XAVIER ABEL LLUCH

Derecho Probatorio

ESADE
Facultad de Derecho
Universidad Ramon Llull

INSTITUTO DE PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO

JYB
BOSCH PROCESAL

Introducción

En el origen de esta obra confluyen varias circunstancias. Por una parte, un deseo de exponer de manera sistemática y global una visión general sobre el Derecho Probatorio, como especialidad o rama del Derecho Procesal, cuya relevancia dentro del proceso no escapa a ningún jurista, tanto más cuanto la opción por la oralidad y sus consecuencias de inmediación, concentración y publicidad, efectuada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha revitalizado y dinamizado toda la actividad probatoria. Por otra parte, la reciente culminación, en el pasado mes de enero, de la Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba en el proceso, publicada dentro de la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, e impulsada por el Instituto de Probática y Derecho Probatorio de esta misma Facultad, en la que durante los pasados seis años, un grupo de profesionales integrado por jueces y magistrados y profesores universitarios, y que he tenido la satisfacción de codirigir junto con el Prof. Dr. Joan Picó i Junoy, ha efectuado un estudio teórico-práctico de cada uno de los medios de prueba del proceso civil. A lo largo de todo este trayecto académico no han faltado los buenos consejos del Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal, abogado en ejercicio, quien me ha animado constantemente, primero con la dirección de mi Tesis Doctoral y posteriormente con sus observaciones en cada una de las monografías de la Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba, a profundizar en los temas dogmáticos y prácticos del Derecho Probatorio.

La prueba es una parte esencial del proceso hasta el punto de que, como se ha afirmado acertadamente por el Prof. Dr. Muñoz Sabaté, existe una relación de causa a efecto 'prueba-sentencia', esto es, entre los medios de prueba y el resultado del proceso en la sentencia que evidencia con literal dramatismo el viejo apotegma *probare o soccombere*. Tan importante, o incluso más, que aquello que las partes exponen en sus escritos inciales de alegaciones –hechos, fundamentos de derecho y *petitum*– es la capacidad y habilidad (técnica probatoria) para acreditar los hechos y formar la convicción judicial. De ahí que una parte significativa del Derecho Procesal se haya preocupado por las normas que disciplinan la proposición, admisión, práctica y valoración de los medios de prueba, que es lo que conocemos como Derecho Probatorio, título con el que se encabeza la presente obra. Esta parte del Derecho Procesal me ha interesado especialmente, antes como juez y ahora como profesor/investigador, desde el convencimiento que la suerte del proceso se ventila en la prueba y en la técnica probatoria, en la capacidad y estrategia procesal para indagar las pruebas, presentarlas para que superen el juicio de admisión judicial, y practicarlas con contradicción y someterlas a la mejor valoración judicial.

La presente obra se estructura en dos volúmenes por razones sistemáticas. En un primer volumen, titulado «Fundamentos y Procedimiento probatorio», se abordan los grandes interrogantes del Derecho Probatorio, esto es, qué es la prueba, qué se prueba, quien prueba, cómo se prueba y cómo se valora la prueba. Junto a los temas dogmáticos

más tradicionales –objeto, iniciativa de la actividad probatoria, carga de la prueba, presunciones y valoración de la prueba– se intenta dar una visión también completa de otros temas fundamentales, como el procedimiento probatorio, prestando particular atención a la prueba de oficio, las diligencias finales y al juicio de admisión de los medios de prueba.

En un segundo volumen, titulado «Los medios de prueba en el proceso civil», se efectúa un estudio de cada uno de los medios de prueba –interrogatorio de las partes, interrogatorio de testigos, prueba pericial, prueba documental, prueba electrónica y reconocimiento judicial-, recogiendo, unificando y actualizando en algunos extremos los estudios dogmáticos contenidos en ya citada Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, con una visión centrada en la práctica forense y en los problemas que ha comportado, superada la primera década de vigencia, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el análisis de cada uno de los medios de prueba se ha pretendido combinar la visión dogmática con la práctica forense, atendiendo tanto a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, cuanto a la conocida como «jurisprudencia menor», pues múltiples cuestiones procedimentales, originadas por la publicación y aplicación de la LEC, están recibiendo una respuesta en esta instancia.

Múltiples son los agradecimientos que es de justicia efectuar, tanto a personas concretas cuanto a instituciones. A mi padre, Dº Jorge Abel Fabre, Letrado en ejercicio durante más de cuatro décadas, prestigioso urbanista y autor de monografías de referencia en este ámbito, que supo transmitirme su pasión por el estudio del derecho desde la perspectiva de la abogacía y cuyo reciente fallecimiento sea tal vez el desencadenante inmediato de esta obra. Al Excmo. Dº Jesús Corbal Fernández, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y mi preparador para las oposiciones de ingreso a la Carrera Judicial, quien me ha alentado siempre en el estudio de los temas de Derecho Probatorio aportándome la claridad, el rigor y la solvencia jurídica de sus razonamientos, y que ha tenido la deferencia de prologar esta obra. A los Prof. Dres. Dº Manuel Serra Domínguez, Dº Lluís Muñoz Sabaté, Dº Joan Picó i Junoy, y a los Magistrados Dº Francisco Javier Fernández Urzainqui y Dº José Luis Seoane Spielgeberg, de quienes siempre he recibido aliento para el estudio de los temas probatorios y cuyas atinadas observaciones han mejorado las versiones iniciales de varios capítulos de esta obra. También debo mencionar a los Prof. Dres. Dª José María Rifa Soler y Dº Manuel Richard González, con quienes recientemente he tenido el honor de compartir los «Estudios sobre Prueba Penal» en el seno del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL.

En el plano institucional, no quiero olvidarme de las personas que desde la Facultad de Derecho ESADE-URL han permitido la creación de un Instituto de Probática y Derecho Probatorio. De manera particular, por la vinculación profesional que he tenido con ellos y por los estímulos recibidos, a los Prof. Dres. Carlos Losada Madorrán, Dª Eugenia Bieto Caubet, Dº Pedro Mirosa Martínez, Dº Enric R. Bartlett Castella y Dª Mª Teresa Dupla Marín.

Xavier Abel Lluch

Barcelona, marzo 2012

Prólogo

Un prólogo es un escrito introductorio que precede a una obra y que hace el autor o encarga a un tercero. En esta ocasión me ha pedido Xavier Abel Lluch que le haga un prólogo a la primera edición de su obra sobre Derecho Probatorio, y no me he podido negar por la relación de afecto personal y por el antecedente de haber sido lo que en el argot se denomina «preparador de oposiciones», en el caso a la Judicatura. No puedo dejar de reconocer que la aceptación me supuso un cierto engorro porque es obvio que el encargo respondió más al aprecio personal del autor que a la modesta contribución que puede proporcionar el prologuista. Pero vaya lo dicho para explicar mi presencia en el proemio de la obra.

Los prólogos, aparte los modernos ejercicios literarios, suelen consistir en una presentación del autor y/o una justificación de la obra, o una explicación de ésta. En el caso, lo primero resulta innecesario porque el autor, Xavier Abel Lluch, es conocido por sus anteriores trabajos en la materia –pues, además de su tesis doctoral, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil* (2005), es autor y coordinador de varios estudios sobre la prueba publicados bajo su dirección y supervisión junto con la de Joan Picó i Junoy, sobre *Los Poderes del juez civil en materia probatoria* (2003); *Problemas actuales de la prueba civil* (2005); *Aspectos prácticos de la prueba civil* (2005); *Objeto y carga de la prueba civil* (2007); *El interrogatorio de las partes* (2007); *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (2008); *El interrogatorio de testigos* (2008); *La prueba pericial* (2009); *La prueba documental* (2010); *La prueba electrónica* (2011); *La prueba judicial* (2011); y *La prueba de reconocimiento judicial* (2012)–, y la obra no precisa de ninguna justificación en el sentido de un alegato frente a hipotéticas objeciones o reparos. Ello acota la tarea a la presentación de la misma, que si siempre supone un motivo de alegría, tanto más dadas las circunstancias que concurren en la que se prologa. Y esto es así porque versa sobre una materia de suma importancia, como es el Derecho Probatorio, a la que han dedicado sus mejores esfuerzos insignes procesalistas, y porque nos hallamos ante un trabajo magnífico de singular utilidad para todos los que operan en la práctica del derecho procesal.

Antes de detener la atención en la obra que nos ocupa resulta prioritario enfatizar la importancia que en la práctica jurídica tiene el Derecho Probatorio. La experiencia de más de cuarenta años de juez me dice que el resultado de la inmensa mayoría de los procesos depende del éxito de la prueba. Y tan es así que incluso en los recursos extraordinarios, en los que está profundamente limitado el acceso a los temas probatorios, no resulta raro ver impugnaciones en las que no se incida directa o indirectamente sobre la prueba en sus diversos aspectos, acudiendo incluso en ocasiones a vías procesales impropias o incurriendo en vicios casacionales. Por ello es en las instancias judiciales donde se deben concentrar los esfuerzos porque luego resultan, salvo excepciones, estériles.

Si se nos permite un calificativo de la obra en concreto diremos que es un trabajo excelente. No solo se examina la generalidad de los temas que constituyen el Derecho Probatorio sino que además se tratan de un modo sencillo, didáctico y claro, rehuyendo debates innecesarios, y sobre todo reviste una especial utilidad la forma de abordar las cuestiones o problemas probatorios más espinosos que la aplicación de la LEC 1/2000 plantea en la práctica diaria de los Tribunales.

Tener a disposición un libro al día con la textura del que se prologa es una suerte para todos los que estimamos el Derecho Procesal, pero sobre todo para en el que interviene en su práctica. Por muy amplios que sean los conocimientos en la materia, siempre en algún momento nos surgirá la necesidad de tener que consultar la respuesta que se ofrece, y de ahí el especial valor de la obra para el Juez y para el profesional de la postulación procesal.

Todo abogado antes de plantear un proceso debe estudiar concienzudamente el supuesto de hecho que ha de configurar –identificar– la acción a ejercitar y, a continuación, o incluso simultáneamente, debe prestar atención a los datos fácticos respecto de los que le corresponde la carga de probar. Es necesario plantear qué es lo qué se debe probar y cómo, y debe cerciorarse de qué documentos y qué elementos de prueba, y en qué dosis, son precisos para formar la convicción racional del juez sobre la verdad o no de las afirmaciones fácticas o, en su caso, para desvirtuar (mediante la contraprueba creadora de incertidumbre o duda, o prueba de lo contrario) las afirmaciones de la adversa. En tal tarea se juega generalmente el resultado del proceso.

Por su parte, el juez, aparte de decidir diversas cuestiones relativas al procedimiento probatorio, tiene la labor fundamental de examinar meticulosamente y valorar racionalmente las pruebas practicadas. Para este prologuista, es la tarea más ardua y la que exige mayor sacrificio y dedicación por parte del juzgador. No basta con percatarse de los puntos sensibles del asunto. Para resolver un litigio es preciso conocer con profundidad el contenido de las actuaciones y, en especial, el resultado de los diversos medios de prueba para, mediante una valoración racional, sentar la realidad o falsedad de los hechos históricos que permitan acoger o no el efecto jurídico pretendido, caso de que aquellos sean incardinables en el supuesto de la norma aplicable.

El Derecho Probatorio de Xavier Abel Lluch procura los conocimientos que ayudan para encauzar el trabajo profesional en relación con todos los temas de prueba y nos facilita las respuestas a las principales cuestiones que surgen en la práctica forense diaria. Es en este aspecto donde singularmente tiene un valor inestimable, y en este momento diría que resulta imprescindible.

Hacer una recesión de todos y cada uno de los capítulos de la obra no sería útil por breve, o excedería de este proemio por no ser mínimamente completa caso de que se pretendiera una impresión significativa de su contenido. Pero sí procede siquiera apuntar la especial atención que se dedica a temas no siempre tratados con consideración suficiente en obras generales y que revisten gran interés, como son los relativos a la iniciativa proba-

toria (capítulo III), la prueba de oficio (capítulo IV), las diligencias finales (capítulo VII) y la prueba electrónica (capitulo XV).

En el Capítulo III, y tras distinguir entre las nociones de impulso e iniciativa probatoria, se analizan separadamente los artículos 216 LEC y el artículo 282 LEC –éste último expresivamente rubricado iniciativa de la actividad probatoria-, precisando el alcance y la delimitación de los principios dispositivos y de aportación de parte, a menudo confundidos en la doctrina y en la jurisprudencia, y ambos fundamentales en la configuración de la actividad probatoria. En el Capítulo IV se analiza la prueba de oficio, concebida en la LEC como una excepción a la iniciativa probatoria a instancia de parte, y sus principales manifestaciones, tales como la del controvertido artículo 429.1, II y III LEC –configurada como una facultad de indicación de insuficiencia probatoria en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal–; la iniciativa de oficio en los procesos no dispositivos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores –más pacífica y con fundamento en la existencia de un interés público–; el carácter restrictivo y excepcional de las diligencias finales de oficio sujetas a unos requisitos de controvertida discusión-art. 435.2 LEC-; y la intervención del tribunal durante la práctica de la prueba, con un detallado estudio no solo de las facultades de dirección material, sino de intervención activa en los distintos medios de prueba. En el capítulo VII, se abordan las diligencias finales –arts. 434 a 436 LEC– que han comportado no solamente un cambio terminológico y sistemático, sino sobre todo sustantivo con respecto a las centenarias y derogadas diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881, al ser con carácter general condición necesaria la instancia de parte y pudiéndose acordar solo excepcionalmente de oficio, y efectuándose un análisis comparativo de las similitudes y diferencias entre ambas instituciones –diligencias finales y diligencias para mejor proveer–, para terminar sopesando los argumentos favorables y contrarios a la adopción de diligencias finales en supuestos discutidos, como el juicio verbal o la segunda instancia.Y en el Capítulo XV se analiza la prueba electrónica, uno de los grandes retos del Derecho Probatorio, postulándose la necesidad de una noción amplia de documento que comprenda todo objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, cualesquiera que sea el soporte –papel, audiovisual, informático o electrónico– en que aparezca recogido, y construyendo el régimen jurídico de la prueba electrónica –en orden a la obtención, aportación, conservación, impugnación y valoración– a partir de la exigua regulación contenida en los artículos 382 a 384 de la LEC.

Finalmente es oportuno resaltar que no debe extrañar la pericia del autor, revelada especialmente en la aportación de una profunda experiencia práctica y en una exposición didáctica y con criterios claros y razonados, ya que no en vano ejerció de juez, fue profesor de jueces en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, y actualmente dirige el Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE (URL), cuyo objetivo fundamental es la docencia, investigación y divulgación en una materia tan trascendente como la prueba, y donde ha impulsado y coordinado, entre otras iniciativas, la Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, dentro de la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE (URL), que tiene por objetivo analizar cuestiones controvertidas sobre los distintos medios probatorios en la práctica de

los Juzgados y Tribunales, con un carácter esencialmente práctico y dirigido a todos los operadores jurídicos, con la finalidad de fomentar y actualizar la reflexión sobre los retos probatorios que plantea la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Y, además, no puedo dejar de decirlo, es hijo de un extraordinario Abogado de Barcelona, muy apreciado amigo mío, que tristemente nos ha dejado hace poco tiempo.

Jesús Corbal Fernández
Magistrado Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo jubilado

Barcelona, abril 2012

CAPÍTULO I

Sobre la prueba, el derecho a la prueba y la técnica probatoria[1]

1. Introducción. 2. Nociones generales sobre la prueba. 2.1. Qué es prueba. 2.2. Qué se prueba. 2.3. Con qué se prueba. 2.4. Quién prueba. 2.5. Cómo se valora la prueba. 3. Nociones generales sobre el derecho a la prueba en el proceso civil. 3.1. Contenido. 3.2. Proyección sobre la legalidad ordinaria. 3.2.1 Mandatos al legislador. 3.2.2 Mandatos al juez. 3.2.3 Mandatos a las partes. 4. Reflexiones sobre la técnica probatoria. 4.1. El abogado. 4.1.1. Su relación con los hechos. 4.1.2. Presentación de los hechos en la demanda. 4.1.3. Preparación de las pruebas. 4.1.4. Intervención del letrado durante la práctica de los medios de prueba. 4.1.5. Las conclusiones. 4.2. El Juez. 4.2.1. Su relación con los hechos. 4.2.2. El juicio sobre la admisión de los medios de prueba. 4.2.3. Facultades judiciales durante la práctica de la prueba. 4.2.4. La construcción de la decisión judicial. Bibliografía.

1. Introducción

En el presente capítulo se abordan los clásicos interrogantes del derecho probatorio –qué es prueba, qué se prueba, con qué se prueba, quién prueba y cómo se valora la prueba– en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Se pretende precisar algunas nociones fundamentales sobre la prueba civil y verificar su encaje en el modelo de prueba civil diseñado por el legislador de la LEC. En otras palabras, cómo el legislador civil español ha articulado algunas de las nociones fundamentales del derecho probatorio.

Por otra parte, a partir de la constitucionalización del derecho a la prueba, mediante el reconocimiento del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), se definirá su contenido y su proyección sobre la legalidad ordinaria en forma de mandatos al legislador, al juez y a las partes.

Y finalmente se abordarán algunas reflexiones de técnica probatoria, particularmente sobre el arte de convencer al juez de las afirmaciones que se efectúan en los escritos iniciales de alegaciones y que sostienen la pretensión del actor y la resistencia del demandado.

1 Publicado en «Objeto y carga de la prueba civil», J.M.Bosch, 2007. Revisado y ampliado para la presente obra.

2. Nociones generales sobre prueba

2.1. Qué es prueba

Nos dice Sentís Melendo que «la prueba no consiste en averiguar sino en verificar»[2]. Averiguar, según el mismo autor, «significa tender, ir, caminar, hacia algo, en este caso la verdad»; mientras que verificar «se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto»[3].

Prescindiendo ahora de si la función de la prueba es alcanzar la verdad (procesal o material) u otra distinta[4], en términos similares se han pronunciado Montero Aroca al señalar que «la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes»[5] y Muñoz Sabaté, quien sostiene que «la investigación no es prueba» y que «la prueba es verificación de una afirmación»[6].

El juez no averigua los hechos sometidos a controversia, sino que verifica los hechos aportados por las partes para reconstruir la pequeña historia del proceso. Averiguar los hechos y aportarlos al proceso es carga de las partes, verificar los hechos ya aportados al proceso es deber del juez.

La actividad probatoria, por ende, varía atendiendo al reparto entre las cargas de las partes y los deberes del juez. Para la parte «probar» se traduce en la carga de indagar, buscar, investigar; mientras que para el juez «probar» consiste en el deber de verificar, comprobar, tener por cierto. En gráfica y sintética expresión de Muñoz Sabaté, «las partes prueban y el juez comprueba»[7].

---

2 Sentís Melendo, S., La prueba, EJEA, Buenos Aires, 1947, p.12.

3 Sentís Melendo, S., *La prueba*, ob. cit., pp. 55 y 76.

4 Ferrer Beltrán, J., (*Prueba y Verdad en el derecho*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002), desde la perspectiva de la filosofía del derecho, defiende que la finalidad de la actividad probatoria es la búsqueda de la verdad, resultando inadmisible la distinción entre distintos tipos de verdades, siquiera desde una concepción garantista de la aceptabilidad de la resolución judicial no se exige la verdad de un enunciado para que éste puede declararse como probado.

Una de las claves pasa por la distinción entre «ser verdadero» y «ser tenido por verdadero» (pp. 82 a 88): «la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera» (p.84).

5 Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2002, p.38.

6 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M.Bosch, Barcelona, 2001, pp. 41 y 85.

7 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos*…, ob. cit., p.431.

La LEC elude la definición de prueba, y en el capítulo destinado a las disposiciones generales sobre la prueba, regula el objeto y necesidad de la prueba (art. 281 LEC), las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria (art. 282 LEC) y los criterios sobre su admisibilidad (art. 283 LEC).

Son, por el contrario, numerosas las definiciones doctrinales[8]. Por nuestra parte, la prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados

8 Sin ánimo exhaustivo, y atendiendo a la triple finalidad de la prueba apuntada por Montero Aroca *(La Prueba en el Proceso Civil.*, ob. cit., pp. 36 y ss.) de «fijar hechos», «convencer al juez» y «la certeza», podemos efectuar la siguiente clasificación:

A) Definiciones que atribuyen a la prueba la función de «fijar hechos»: Carnelutti, F., (*La Prueba Civil*, 2ª ed., EJEA, ed. Desalma, pp. 44 y 91) «prueba es fijación formal de los hechos controvertidos».

B) Definiciones que atribuyen a la prueba la función de «convencer al juez»: Sentís Melendo, S., (*La prueba*, ob. cit., pp. 16 y 22) «la prueba es la verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes la cuales se llevan al proceso por determinados medios»; y «la prueba es verificación –de afirmaciones– utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios –aportadas aquéllas por los litigantes y dispuestos éstos por el juez– con las garantías jurídicas establecidas –ajustándose al procedimiento legal– adquiridas para el proceso –y valoradas de acuerdo con las normas de la sana crítica– para llegar el juez a una convicción libre». Muñoz Sabaté, LL., (*Fundamentos…*, ob. cit., pp. 25-26; *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p.23), no sin antes prevenirnos que la noción de prueba está sujeta a muchos matices y puede enfocarse desde tres direcciones –según se acentúe el factor resultado, medios o actividad–, desde la óptica del resultado la define, –siguiendo a Rosemberg–, como «la actividad para convencer al juez de la verdad o falsedad de una afirmación»; Serra Domínguez, M., (*De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir), 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, p.9) afirma que «podemos definir el concepto extrajurídico de prueba como una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción de una persona». En palabras de la STS, Sala 1ª, de 16 de junio de 2010, fto. jco. 5º (La ley 152843/2010) «la prueba tiene por finalidad convencer al Tribunal de la realidad de los hechos».

C) Definiciones que atribuyen a la prueba a «la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes»: Montero Aroca, J., (*La Prueba en el Proceso Civil*, ob. cit., p.39) «la actividad procesal tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos»; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., (*La prueba civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, p.28) «actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes *medios* de prueba, se pueden alcanzar resultados *probatorios* a los efectos de acreditar los hechos que conforman y en que se fundamentan las respectivas pretensiones de las partes».

D) Definiciones mixtas, que contienen elementos de las anteriores: Prieto-Castro Ferrándiz, L., (*Derecho Procesal Civil*, 5ª ed, ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.143) «Prueba es la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al Juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a efectos del proceso». De la Oliva Santos, A. con Díez-Picazo Giménez, I., (*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p.285) «aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la

por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica.

La anterior noción descansa sobre:

a) La iniciativa probatoria, pues aun cuando la iniciativa debe recaer sobre las partes (art. 282, proposición primera, LEC), en coherencia con los principios dispositivo y de aportación de parte (art. 216 LEC), existen concesiones, más o menos limitadas, a la iniciativa probatoria de oficio (art. 282, proposición segunda, LEC), y reveladoras del reparto de poderes entre las partes y el juez[9].

b) El objeto de la prueba, pues son siempre afirmaciones sobre hechos efectuadas por las partes en sus escritos de alegaciones (arts. 399.3 y 406.3 LEC) y que conforman el substrato (*causa petendi*) de sus respectivas pretensiones.

c) La finalidad de la prueba, pues la tutela judicial se limita, en cualesquiera de sus clases (art. 5 LEC), a tener por ciertos unos hechos sometidos a la decisión del juez a partir de las pretensiones deducidas por las partes (arts. 216 y 218.1 LEC).

d) La motivación del juicio fáctico (art. 218.2 LEC), que es el proceso mental del juez en el que, aplicando reglas tasadas o de libre valoración, establece qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de prueba.

Merece una valoración positiva que el legislador haya soslayado el concepto de prueba civil, pues no es misión del legislador ofrecer definiciones de carácter doctrinal, máxime en nociones, como ésta, que, como hemos visto, son susceptibles de enfoques diversos.

Junto con la prueba, y dentro del Derecho Probatorio, esto es, el conjunto de normas que disciplinan la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas, debemos hacer una mención singular a la Probática, entendida como ciencia de los hechos en el proceso y que representa las técnicas o el arte de verificación de los hechos extraprocesales. Se trata de un saber multidisciplinar, en el que interviene no solo el Derecho probatorio, sino también la lógica y la psicología, cuya finalidad –en palabras de uno de sus grandes cultivadores– es la de «rescatar del pasado relacionado históricamente con los hechos que se intenta probar en el proceso, bien sea por medios convencionales o científicos, todos aque-

verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso».

9 Ya en el *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, aprobado por el Pleno del CGPJ en 11 mayo de 1998, se decía «[...] también desde la perspectiva de la prueba merece destacarse como faceta esencial el papel que desde el Consejo General del Poder Judicial se propugna como idóneo para el Juez en el proceso: nunca el de mero espectador, sino el de director e impulsor, con iniciativa propia, a partir del marco procesal delimitado por las partes y sobre la base de su aporte probatorio, tanto para conseguir su materialización efectivo, como para completarlo, en caso necesario» (en «Reformas del Proceso Civil», CGPJ, Madrid, 1998, p.159).

llos datos idóneos que puedan representarlo o reconstituirlo, y sucesivamente mediante la retórica en fase de *conclusiones* darle una coherencia persuasiva para que el juez los estime como evidentes»[10].

2.2. Qué se prueba

El objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, tal como apunta Serra Domínguez[11], o los enunciados sobre hechos, como indica Taruffo[12]. Los hechos existen en la realidad, fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones.

Incluso autores que han defendido que en el proceso se prueban los hechos han matizado su postura. Así Stein, tras afirmar que son objeto de prueba los hechos, añade que «el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmaciones de las partes»[13]. Y en nuestra doctrina Garcimartín Montero precisa que los hechos necesitan de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba «los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos»[14].

Constituyen, pues, objeto de la prueba las afirmaciones de los hechos que las partes tienen la carga de alegar e introducir en el proceso (art. 216 LEC) y cuyo fundamento, en palabras de la STS de 16 de junio de 2010, «se basa en razones lógicas y derivadas de que son ellas las que los conocen y tienen en un contacto directo»[15]. También constituye objeto de prueba las normas jurídicas (básicamente el derecho extranjero y el derecho consue-

10 Muñoz Sabaté, LL., *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2010, p.22, quien también apunta que el término <probática> responde a la combinación de la palabra <prueba> con la expresión griega *tekné* (arte, ciencia) (ob. cit., p.21) y que la actividad probática consiste en «el proceso operativo, físico o mental, que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado (abogado, fiscal, detective, policía, etc.) con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso judicial en preparación o ya activado» (ob. cit., p.28). Del mismo autor puede verse también, *Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial*, diario la ley, núm. 7128, 5 de marzo de 2009, pp. 1-3.

11 Serra Domínguez, M., *Contribución al estudio de la prueba*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 355-366.

12 Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 113-119, para quien «en el proceso <el hecho> es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho».

13 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p.10.

14 Garcimartín Montero, R., *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*, 1º, ed., ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p.49.

15 STS, Sala 1ª, de 16 de junio de 2010, fto. jco.5º (La Ley 152843/2010).

tudinario) y las máximas de experiencia. Sin embargo, la anterior afirmación precisa una serie de matizaciones.

Primera matización. No todos los hechos se prueban, sino únicamente los hechos controvertidos. Por hecho controvertido entendemos el hecho que afirmado por una parte es negado por la contraria[16]/[17], puesto que el legislador ha impuesto al demandado la carga procesal de pronunciarse expresamente en su contestación a la demanda sobre los hechos alegados por el actor con la demanda, bajo la sanción que el silencio –o las respuestas evasivas– se consideran como admisión de hechos (art. 405.2 LEC). Por lo demás, los hechos afirmados por ambas partes en sus escritos de alegaciones, o los hechos que afirmados por una de las partes son reconocidos por la adversa, son hechos admitidos y, como tales, exentos de prueba (art. 281.3 LEC).

Segunda matización. Las normas jurídicas (básicamente, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario) no pueden tener idéntico tratamiento que los hechos a efectos probatorios. La posición del Juez con respecto a las normas jurídicas (*iura novit curia*) no es la misma que con respecto a los hechos, que deben ser introducidos por las partes en virtud del principio de aportación de parte (art. 216 LEC). Podemos afirmar que el *iura novit curia* se traduce en un deber de conocimiento con respecto al derecho interno, escrito y general y en un deber de investigación con respecto al derecho extranjero y al derecho consuetudinario. Propiamente, y en cuanto a las normas jurídicas, no existe una actividad probatoria, en el sentido de «actividad consistente en la comparación entre una afirmación sobre los hechos y la realidad de los mismos encamina a formar la convicción del juez»[18], sino más bien una actividad de averiguación o acreditación, en el sentido de búsqueda de la norma jurídica aplicable al supuesto de hecho[19].

Tradicionalmente se ha considerado que la ley extranjera era, desde el punto de vista procesal, un hecho sujeto a la carga de alegación y prueba por las partes. Tras la promulgación de la LEC, el derecho extranjero, sigue estando sometido a la carga de la alegación, siquiera en cuanto a la prueba el legislador ha previsto una suerte de colaboración entre las partes y el juez (art. 281.2 LEC y STS 3 de marzo de 1997[20]), de modo que tanto las

16 Carnelutti, F., (*La Prueba Civil*, ob. cit., p.15) distingue, a efectos de prueba, entre: a) hechos no afirmados por ninguna de las partes, y que no deben ser tenidos en cuenta por el juez; b) hechos afirmados por todas las partes, que deben ser tenidos en cuenta por el juez; c) hechos controvertidos que son «hechos afirmados pero no admitidos», que comprende el silencio y la declaración de no saber; d) hechos discutidos, que son hechos negados de contrario.

17 La STS, Sala 1ª, de 18 de abril de 2001, fto. jco.2º (RJ 2001\6679) define los hechos controvertidos como «aquellos que afirmados por una parte, los niega la otra».

18 Serra Domínguez, M., *La prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», t.XVI, vol. 2º, ob. cit., p.9.

19 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 51-54.

20 STS, Sala 1ª, de 3 de marzo de 1997, fto. jco.5º (RJ 1997\1638).

partes, cuanto el juez, tienen facultades de investigación, discutiéndose en la doctrina si la intervención judicial tiene carácter subsidiario[21] respecto a la carga probatoria de las partes o tiene carácter principal[22], sin olvidar un sector, hoy minoritario, que afirma la existencia de un deber judicial de investigación del derecho extranjero[23].

Tercera matización. Las máximas de experiencia –en conocida y célebre definición de Stein «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»[24]– son reglas no jurídicas que no están sujetas a la carga de la alegación. En cuanto a la prueba debemos distinguir según se trate de máximas que pertenecen a los conocimientos propios de una persona del nivel del juez, y que están exentas de prueba, y máximas de experiencia especializadas, desconocidas por el juez, y que precisan de la prueba pericial[25].

La LEC determina el objeto de la prueba, mediante una cláusula general, referida a los hechos (art. 281.1 LEC); una cláusula particular, referida a las normas jurídicas, esto es, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario (art. 281.2 LEC); una dispensa absoluta de prueba, referida a los hechos sobre los que exista conformidad entre las partes (art. 281.3 LEC); y una dispensa relativa de prueba, referida a los hechos notorios (art. 281.4 LEC).

Como cláusula general, serán objeto de la prueba «los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso» (art. 281.1 LEC), expresión ésta –la de «guardar relación»– que, como apunta Garberí Llobregat, resulta poco jurídica

21 Entre otros muchos, Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros; Valls-Gombau; Rifá-Soler (coords.), ed Atelier, Barcelona, 2000, p.1299; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos…*, ob. cit., pp. 116 y 117; Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p.83.

22 En esta posición Gómez de Liaño González, F., *La Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Forum, Oviedo, 2000, p.350; Garberí Llobregat, J., *Los Procesos civiles,* ed, Bosch, Barcelona, 2001, p.12.

23 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., en su monografía *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., pp. 161-163, quien afirma, entre otras conclusiones: a) «No existe carga de la prueba para las partes respecto de la existencia y contenido del derecho extranjero y sí, por el contrario, un auténtico deber oficial de investigación; y b) con independencia del deber oficial de investigación, las partes tienen derecho a interesar que se practique actividad procesal tendente a obtener el conocimiento de la norma jurídica extranjera aplicable».

24 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, (traducc. De la Oliva) Pamplona, 1973, p.27.

25 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 74-75; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010, p.358; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), Valencia, 2001, p.2202; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.612.

y nada expresiva de cuáles son los hechos que deben probarse y cuáles no[26]. Se trata de una fórmula doctrinal y genérica, que poco aporta sobre el objeto de la prueba, y de la que se podría perfectamente prescindir. Con mayor precisión, en el informe al Anteproyecto de la LEC del CGPJ, se identificaba como objeto de la prueba «los hechos alegados por las partes como base de sus respectivas pretensiones, sobre los que no se alcanza o expresa conformidad, o no resulten notorios»[27].

Como cláusula particular, serán objeto de prueba la costumbre, salvo conformidad de las partes en su contenido y vigencia[28], y será objeto de prueba el derecho extranjero, en su contenido y vigencia (art. 281.3 LEC). Se trata de una norma novedosa, y pese a sus imperfecciones técnicas[29], aborda el tratamiento probatorio del derecho extranjero y del derecho consuetudinario, superando el silencio de la LEC de 1881.

Se articulan, además, sendas dispensas de prueba. Una absoluta, que afecta a los hechos sobre los que existe conformidad sobre las partes (art. 281.3 LEC) –con la salvedad de los procesos no dispositivos (art. 752.2 LEC)–. Y otra relativa, que afecta los hechos notorios, siempre que su notoriedad sea absoluta y general (art. 281.4 LEC). Califico la dispensa de «relativa», por cuanto, de una simple comparación entre los apartados 3 (hechos admitidos) y 4 (hechos notorios) del art. 281 LEC se deduce que no es equivalente «estar exento de prueba» –que se predica del hecho admitido– que «no ser necesario probar» –que se predica de la costumbre y del hecho notorio–. En otras palabras, sobre los hechos admitidos no cabe prueba, de modo que si llegara a proponerse, el juez debería inadmitirla. Mientras que sobre los hechos notorios, aun no siendo necesario, si que puede caber prueba. Y lo mismo cabe afirmar sobre la costumbre, pues la conformidad de las partes, no exonera de la carga de la prueba.

En realidad, y mediante estas dispensas de prueba, el legislador concreta, por vía negativa, el verdadero alcance del tema de la prueba: los hechos controvertidos. Se trata, por ende, de normas necesarias en la medida que concretan el tema de la prueba[30].

---

26 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La Prueba Civil*, ob. cit., p.34.

27 *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.161.

28 Pese a la dicción del art. 281.2 LEC («La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público») debemos entender que la conformidad de las partes no exonera la prueba de la costumbre, pues las normas jurídicas –sean nacionales, extranjeras o consuetudinarias– son ajenas a la autonomía de la voluntad de las partes.

29 Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, en «Práctica de la prueba del derecho extranjero», ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 37-39, ha formulado una doble propuesta de reforma normativa: una relativa al art. 428 LEC, con la finalidad que en la audiencia previa se articule un incidente sobre la aplicación y vigencia del derecho extranjero; y otra relativa al art. 281.2 LEC, con la finalidad de articular un mecanismo legal que exija una mínima actividad judicial que acredite la intención del juez de buscar el derecho extranjero aplicable al caso.

30 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 47 y 48, distingue entre el *objeto de la prueba* –en referencia a lo que puede ser probado en abstracto, y que son los hechos, el derecho y

Merece una valoración positiva que el legislador haya previsto el tratamiento de la prueba de las normas jurídicas (derecho extranjero y derecho consuetudinario), así como de los hechos notorios, siquiera la calculada ambigüedad de la fórmula utilizada para abordar la prueba del derecho extranjero ha generado interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales muy dispares, y la fórmula para abordar la prueba del hecho notorio, ni despeja el interrogante sobre el concepto de hecho notorio ni sobre los medios idóneos para probar la notoriedad de los hechos. Por otra parte, el tratamiento del derecho extranjero y del derecho consuetudinario no despeja muchos interrogantes, tales como si debe alegarse el derecho extranjero o consuetudinario, quien debe asumir la carga de la prueba, o qué medios de averiguación son idóneos para acreditar la existencia y contenido[31].

2.3. Con qué se prueba

Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de las fuentes de prueba, que se introducen en el proceso mediante los medios de prueba. La distinción entre fuentes y medios de prueba, procedente de Carnelutti[32] y desarrollada por Sentís Melendo[33], resuelve el interrogante de con qué se prueba.

Las fuentes de prueba son conceptos preexistentes al proceso (la parte; el testigo; el documento; el lugar, objeto o persona que ha ser examinado; el conocimiento técnico del perito) y los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso (el interrogatorio de las partes o de testigos, la prueba documental, el reconocimiento judicial, el dictamen de peritos).

Las fuentes de prueba son los instrumentos que deben averiguar las partes para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador[34].

---

las máximas de experiencia– y el *tema de la prueba* –en referencia a lo que debe ser probado en un proceso en concreto, y que son los hechos controvertidos–.

31 Sobre las lagunas en la regulación del derecho extranjero en el art.281.2 LEC puede verse Garau Sobrino, F.J., *La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista General del Derecho, año LVII, núm. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366, quien enuncia las siguientes omisiones o silencios del legislador: 1º) ¿Debe alegarse el Derecho extranjero? ¿Qué ocurre si ello no se hace? 2º) ¿Debe probarse siempre, en cada proceso, el Derecho extranjero? 3º) ¿Cuál es el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero? 4º) ¿Cuáles son los medios de prueba del Derecho extranjero? 5º ¿Quién debe o puede probar el Derecho extranjero? y 6º ¿Qué ocurre si resulta imposible probar el Derecho extranjero?

32 Carnelutti, F., *La Prueba Civil*, ob. cit., pp. 67 y ss.

33 Sentís Melendo, S., *La Prueba*, ob. cit., pp. 14-16.

34 Precisando aun más esta distinción, Montero Aroca, J. (*La prueba civil*, ob. cit., pp. 108-109) apunta que la fuente es un concepto extrajurídico, que existe con independencia que llegue a realizarse o no

Así se ha dicho que las fuentes de prueba corresponden a las partes y los medios al juez. A la parte le corresponde averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso. La actividad probatoria de la parte, como hemos ya apuntado, es de averiguación, indagación y aportación al proceso de las fuentes existentes fuera del proceso.

Al juez le corresponde introducir (admitir) y valorar las fuentes aportadas por las partes a través de los medios de prueba. La actividad probatoria del juez es, por ende, de incorporación al proceso de los medios de prueba y de valoración de dichos medios[35].

El art. 299 LEC, rubricado expresivamente «medios de prueba», contiene en tres apartados diferenciados, los medios de prueba que podemos adjetivar como clásicos (apartado 1º art. 299 LEC), modernos (apartado 2º art. 299 LEC) y futuros (apartado 3º art. 299 LEC). El legislador evita un *numerus clausus* de medios de prueba, recoge los nuevos medios técnicos, ya admitidos por la jurisprudencia y por el Proyecto de Profesores de 1974[36], y admite futuros e innominados medios de prueba.

Entre los medios clásicos, todos ellos ya previstos en la LEC de 1881[37], y en una enumeración cerrada: el interrogatorio de las partes (art. 299.1.1º LEC); los documentos públicos (art. 299.1.2º LEC); los documentos privados (art. 299.1.3º LEC), el dictamen de peritos (art. 299.1.4º LEC), el reconocimiento judicial (art. 299.1.5º LEC) y el interrogatorio de testigos (art. 299.1.6º LEC). Se enuncian, se enumeran y se identifican nominativamente, constituyendo, en cuanto clásicos y conocidos, una lista cerrada.

Entre los modernos, están los medios de reproducción técnicos. Se enuncian y se identifican descriptivamente, no nominativamente, mediante la alambicada expresión de «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso» (art. 299.2 LEC). Posteriormente, y en sección independiente, se les rubrica como «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» (art. 382 LEC) y como «instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso» (art. 384 LEC). Será labor

---

en el proceso y es lo sustantivo o material; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico –y, más específicamente, procesal–, que se forma en un proceso concreto y consiste en una actividad.

35 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos*…, ob. cit., p.238, con la expresión *probare o soccombere* ilustra la asimetría de la posición del abogado y del juez «en el acto binominal de proposición/admisbilidad de la prueba. La cantidad y calidad del trabajo que suele emplear un abogado en diseñar lo que yo llamo su fórmula probática necesariamente supera a la del juez al dictar su proveído de admisión».

36 Art.447.III LEC. «También se admitirán los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, conforme a los requisitos establecidos en esta Ley» (Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, t.II, Madrid, 1974, p.239).

37 Una visión sintética de la normativa sobre los diferentes medios de prueba, en relación con la normativa procesal derogada de 1881, puede verse en Serra Domínguez, M., *La Preveu dans le Procès Civil Espagnol*, en «Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne», Lebre de Freitas, J.M. (editor), Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, pp. 381-397.

jurisprudencial la identificación nominativa de estos medios técnicos. Entre ellos destaca, por su novedad, la denominada prueba por soportes –o instrumentos– informáticos y, más particularmente, por haber sido objeto de tratamiento legal específico, la firma electrónica, regulada por vez primera en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre[38].

Y, finalmente, se prevén los medios futuros (art. 299.3 LEC). Se enuncian y se identifican, también descriptivamente, a partir de un cuádruple condicionante: 1º) Que no sean ninguno de los medios incluidos en los anteriores apartados 1º y 2º del art. 299 LEC («[...] cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo [...]»). 2º) Que sean medios que permitan adquirir certeza probatoria («por cualquier otro medio [...] pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes»). 3º) Que el medio de prueba se proponga a instancia de parte. En concordancia con la regla general de proposición de los medios de prueba (art. 282, proposición primera, LEC) y vedando cualquier actividad investigadora del juez. 4º) Que sean medios para cuya práctica se adopten medidas *ad hoc* («adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias»). Su admisión y su reconocimiento también deberá ser objeto de interpretación jurisprudencial.

De la anterior enumeración, hemos excluido las presunciones legales (art. 385 LEC) y judiciales (art. 386 LEC), por no considerarlas un medio de prueba. De modo significativo, el Capítulo VI del Título I del Libro II se rubrica «De los medios de prueba y las presunciones», indicando la partícula copulativa «y» que son conceptos con entidad autónoma: por una parte, los medios de prueba, con un régimen jurídico de proposición, admisión y práctica, todo ello en la forma y tiempo marcado por la ley; y, por otra parte, las presunciones, más cercanas a un proceso lógico-deductivo o «método de fijar la certeza de ciertos hechos» (Exposición de Motivos LEC[39]). En sentido jurídico y para el Derecho Probatorio, la presunción es un método judicial de inferencia con eficacia probatoria, en virtud del cual partiendo de una afirmación (hecho) base se alcanza una afirmación (hecho) consecuencia mediante un nexo lógico, estableciéndose dicho nexo unas veces *ex lege* (presunción legal) y otras por el juez (presunción judicial)[40].

38 Desde el punto de vista de su eficacia jurídico-sustantiva, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de la firma electrónica, ha equiparado los soportes electrónicos con el documento en sentido estricto (arts. 3.5 y 8, inciso primero LFE), lo cual ha sido acertadamente criticado en la doctrina: puede verse Ormázabal Sánchez, G., *Informática y Prueba judicial. Especial consideración de la firma electrónica*, texto inédito y conferencia pronunciada el día 8 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de Esade (Barcelona).

39 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo último. Sobre presunciones puede verse Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t.XVI, vol. II, 2ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, pp. 606-795; y Miranda Estrampes, M., *Las presunciones,* en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 497-525.

40 La STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco. 3º (RJ 4735/2006) afirma: «la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base –el hecho demostrado–; la afirmación presumida –el hecho que se trata de deducir–; y el nexo de ambas afirmaciones –inferencia–, que ha de ajustarse a un lógico criterio humano, sin que sea preciso la ineludibilidad o univocidad, sino únicamente la sujeción a las reglas de la sana crítica».

Debe valorarse de forma positiva que el legislador no haya establecido un *numerus clausus* de medios de prueba, sino que, atento al presente y con previsión de futuro, haya optado por una regulación amplia y abierta que recoge los medios de prueba ya previstos en la LEC de 1881 (los aquí denominados clásicos), positiviza las reglas jurisprudenciales en torno a los medios de prueba por soportes audiovisuales (los aquí denominados modernos) y prevé la posibilidad de otros nuevos medios de prueba, distintos de los tradicionalmente recogidos en la LEC de 1881 y de los ya contemplados por la jurisprudencia (los aquí denominados futuros).

Estos medios de prueba deben introducirse con de conformidad con un procedimiento legal y con observancia de unas garantías procesales. La LEC/2000, a diferencia de la LEC/1881, ha optado decididamente por el principio de la oralidad de las actuaciones procesales[41], y también por la oralidad en la proposición y práctica de las pruebas, lo cual comporta, a su vez, una serie de consecuencias y entre ellas: 1ª) la inmediación, en el doble sentido –amplio– que las pruebas deben practicarse a presencia judicial (arts. 137.1 LEC y 289.2 LEC) y –estricto– que el juez que ha practicado las pruebas debe ser el que dicte la sentencia (arts. 137.2 y 194.1 LEC)[42]; 2ª) la concentración, en el sentido que la práctica de las pruebas se realizará en un acto único, esto es, en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) y en la sede y local del Juzgado (art. 290 LEC); y 3ª) la publicidad, también en una doble dimensión, como publicidad interna, en el sentido que las actuaciones de prueba deben tener lugar con presencia e intervención de las partes (arts. 138 y 289.1 LEC)[43] –y que algún sector doctrinal considera que forma parte de principio de contradicción[44]–, y como publicidad externa, en el sentido que terceras personas pueden acceder al proceso, incluyéndose el público en general y los medios de comunicación de manera particular.

41 Exposición de Motivos de la LEC: «La ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras la demanda y contestación los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador» (Epígrafe XII, párrafo 8º).

42 Exposición de Motivos de la LEC: «cabe destacar un singular énfasis en las disposiciones sobre la necesaria publicidad y presencia del Juez o de los Magistrados –no sólo el Ponente, si se trata de órgano colegiado– en los actos de prueba, comparecencia y vistas. Esta insistencia en normas generales encontrará luego plena concreción en la regulación de los distintos procesos, pero, en todo caso, se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial e inmediación en sentido amplio» (Epígrafe IX, párrafo 1º).

43 La STS, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1991, fto. jco.2º (RJ 1991\2082) señala: «[…] y ello por la simple consideración que toda prueba, para que pueda producir efecto en el proceso, ha de ser pública para las partes, en cuanto que el derecho no admite eficacia a pruebas secretas, que como de tal índole impide la apreciación probatoria que el órgano judicial debe efectuar para llegar a la solución decisoria en el debate judicial a que todo medio probatorio afecta».

44 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.153.

2.4. Quién prueba

Aquí debemos distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir la función de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez.

Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba, pues como apunta Rosemberg, «el problema de la carga de la prueba sólo se presenta cuando la prueba no se ha producido»[45], pues, son normas dirigidas al juez que se «aplican cuando no se ha logrado la certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso»[46]. Y, desde una perspectiva más amplia, no le sobra razón a Serra Domínguez al sostener que las reglas sobre la carga de la prueba «reconocen no sólo el fracaso de las partes al no acreditar los hechos alegados en su demanda, sino también el fracaso de todo el proceso»[47].

Por el contrario, de existir prueba, no resultan de aplicación las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba[48], y entran en juego las normas sobre valoración de la prueba.

La carga de la prueba de los hechos, por ende, corresponde a las partes, y en eso consiste precisamente el principio de aportación de parte, que atribuye a las partes la carga de la alegación y de la prueba. El juez tiene, eso sí, el deber de admitir (o, en su caso, inadmitir) los medios de prueba y con ello la clave para introducir las fuentes de prueba en

45 Rosemberg, L., *La carga de la prueba*, 2ª ed. en castellano, Buenos Aires, 2002, p.37, y también 15 y ss. y 22 y ss. Una jurisprudencia muy consolidada afirma que el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba: SSTS, entre otras muchas, 22 de julio de 1998, fto. jco. 2º (RJ 1998/6197) y 8 de marzo de 1999, fto. jco. 3º (RJ 1999/1405).

46 Exposición de Motivos LEC (epígrafe IX, párrafo 28º): «Las normas sobre la carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se haya logrado la certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación de las partes». Este enunciado recoge el doble carácter de las normas de la carga de la prueba como regla de juicio dirigida al juez y como regla de conducta de las partes.

47 Serra Domínguez, M., *Prólogo*, en «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil», ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.16.

48 La carga de la prueba constituye una regla de juicio dirigida al juzgador de carácter imperativo y subsidiario, pues solo se aplicará al final del proceso y cuando se acredite «la falta de prueba sobre hechos controvertidos y relevantes para la decisión». Puede verse López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en «rev». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.487, de 24 de mayo de 2001, p.2; y la monografía de Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 25-30 y 31-34, que en alusión a las «manifestaciones de la carga de la prueba» abunda en una distinción, ya clásica, entre la dimensión material –regla de juicio dirigida al juzgador– y la dimensión formal –regla de distribución de la actividad probatoria entre las partes–.

el proceso. Y tiene, por supuesto, el deber de valorar las pruebas a los efectos de motivar la sentencia, como exigencia legal (art. 218 LEC), elevada ya a rango constitucional (arts. 24.2 y 120.3 CE).

La LEC impone a las partes la carga de aportar los medios de prueba (arts. 216, 217 y 282 LEC) y reserva al juez el juicio sobre su admisión (o, en su caso, inadmisión) y ello con respecto de «de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas» (art. 285 LEC). Como anticipa la Exposición de Motivos de la LEC el legislador regula «las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad» e introduce, por vez primera en una Ley de Enjuiciamiento Civil, un artículo, rubricado expresivamente «iniciativa de la actividad probatoria» que, como regla general, atribuye la iniciativa probatoria a las partes (art. 282 LEC, inciso primero), si bien admite la iniciativa probatoria de oficio con carácter reglado, esto es, «cuando así lo establezca la Ley» (art. 282 LEC, inciso segundo).

Esta iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, cuyas manifestaciones más destacadas son la facultad de indicación de insuficiencia probatoria (art. 429.1, II y III LEC), las diligencias finales de oficio (art. 435.2 LEC), las pruebas de oficio en los procesos no dispositivos (arts. 752.1, II; 759.1; 763.3; 770 regla 4ª; 339.5 LEC), y la intervención judicial durante la práctica de la prueba (*ad exemplum*, la facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de las partes –art. 306.1, II LEC– y de testigos –art. 372.2 LEC–), debe estar sujeta a un serie de presupuestos, límites y garantías –de los que me he ocupado extensamente en otra obra[49]–, para preservar el insoslayable deber de la imparcialidad judicial.

Debe valorarse positivamente que el legislador, tal como se anticipa en la Exposición de Motivos y a diferencia de los Códigos procesales civiles derogados de 1881 y de 1851, haya establecido, por vez primera, reglas sobre la iniciativa probatoria. Se ha optado por un modelo procesal civil en el que otorgando, con carácter general, la iniciativa probatoria a las partes, se reconocen limitadas concesiones a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. Es de esperar que la prudencia y moderación de los jueces en su quehacer cotidiano, la labor de integración de la doctrina jurisprudencial y las aportaciones de la doctrina científica, contribuyan a perfilar las facultades de las partes y los poderes del juez en materia tan decisiva como la probatoria[50].

49 Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria*…, ob. cit., pp. 139-144. Resumidamente, estos presupuestos son «la existencia de hechos controvertidos, pues en su defecto no se abre el período probatorio, la previa proposición de las partes, pues el juez no puede suplir la actividad probatoria de las partes, y [en el caso de la normativa del art. 429.1, II y III LEC] la existencia de un juicio provisional sobre la insuficiencia probatoria. Son límites, la no introducción de hechos distintos de los alegados por las partes, con lo que se respeta el principio dispositivo, y la no utilización de fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, con lo que se respeta el deber de imparcialidad judicial. Y es garantía, común a la práctica de toda prueba, sea a instancia de parte o de oficio, la intervención de las partes, con lo que se respeta el derecho de defensa» (p.403).

50 En torno a los poderes del juez civil en materia probatoria, y como aportaciones dispares, pueden verse Montero Aroca, J., *El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria*, y Picó i Junoy, J., *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, ambos recogidos en

También debe valorarse positivamente que la normativa de la carga de la prueba que, bajo la vigencia de la LEC/1881 se encontraba regulada en el art. 1214 CC, haya sido trasladada a un texto procesal con la LEC/2000 y con una regulación minuciosa y técnica que establece normas generales y especiales para la distribución de la carga de la prueba e incorpora los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217 LEC), aun cuando ha olvidado incorporar el principio de adquisición procesal, pacíficamente admitido por doctrina y jurisprudencia.

Por el contrario, no resulta acertada la supresión de las diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC/1881), institución centenaria y exportada a otros ordenamientos jurídicos de países iberoamericanos, y su sustitución por las diligencias finales (arts. 434-436 LEC/2000), pues a pesar de ciertos usos dilatorios, era una institución comúnmente aceptada por la doctrina y la práctica forense y de gran utilidad para el juez en el momento de dictar sentencia.

2.5. Cómo se valora la prueba

La verificación de los hechos afirmados por las partes e introducidos en el proceso a través los medios de prueba culmina con la valoración judicial en la sentencia[51]. Aquí debemos acotar el significado legal de la valoración de la prueba, distinguir entre los sistemas tasados y los de libre valoración y, por último, precisar el alcance de la expresión «apreciación conjunta de la prueba».

Las pruebas se valoran al final del proceso. En efecto, las partes son «dueñas» de las fuentes de prueba y al juez le corresponde introducirlas en el proceso con la admisión de los medios de prueba. Pero una vez introducidas en el proceso, las fuentes, que eran de las partes, dejarán de serlo y se encuentran a disposición del juez para su valoración. Una vez adquirida la prueba, por cualesquiera de las partes (principio de adquisición procesal)[52], el juez inicia el proceso mental de valoración de la prueba.

---

la obra «Proceso civil e ideología», coordinada por el propio Montero Aroca, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 129-165 y 109-127, respectivamente.

51 La valoración probatoria puede efectuarse desde distintos enfoques, entre los que Nieva Fenoll, J. (*La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010, pp. 95-149) destaca los siguientes: 1º) Enfoque estrictamente jurídico; 2º) Enfoque epistemológico o gnoseológico; 3º) Enfoque psicológico; 4º) Enfoque probabilístico matemático; y 5º) Enfoque psicológico.

52 En eso consiste el principio de adquisición procesal, introducido por vez primera por Chiovenda al afirmar que «los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes» (*Principios de Derecho Procesal Civil,* t.II, ed. Reus, Madrid, 2000, p.216) y que se puede expresar con Corbal Fernández, como que «todas las pruebas son del proceso y están destinadas al juez, pudiendo valerse de ellas no sólo la parte que las ha producido, sino también las demás» *(La adquisición de la prueba y la carga procesal*, en »La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1994, p.152). Sobre el contenido de dicho principio puede verse Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria,* en rev. La Ley, núm.6404, de 20 de enero de 2006, p.1-6.

Este proceso se produce de manera distinta en la mente de cada juez e incluso un mismo juez no siempre efectúa el mismo recorrido o *iter* en la valoración probatoria[53]. La valoración es la actividad judicial consistente en la verificación de la afirmaciones fácticas de las partes (*juxta allegata*) en orden a la fijación de los hechos controvertidos (*juxta probata*) y su plasmación en la sentencia mediante la motivación del juicio de hecho, sea atendiendo a reglas tasadas o a las reglas de la sana crítica.

Con carácter general, la motivación de la sentencia, recogida como mandato constitucional en el art. 120.3 CE y como mandato procesal en el art. 218.2 LEC implica, en sintética expresión de la STC de 8 de marzo de 2004, «dar la razón del porqué de la decisión» y «ser razonada en términos de Derecho»[54]. Con carácter particular, la motivación fáctica, también recogida *expresis verbis* en el precitado art. 218.2 LEC («la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos […]»), exigirá determinar qué hechos han resultados probados y en virtud de qué medios de prueba[55]. De esta manera, y como indica Taruffo, la motivación del juicio de hecho «satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas»[56].

Así lo recuerda, entre otras muchas y con rotundidad, la STS de 12 de junio de 2000 al afirmar que «[…] no basta como calificar un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis»[57]. A menudo se reduce la motivación al juicio de derecho, con olvido que el juicio fáctico, y la selección de los hechos probados, es la que predetermina la fundamentación jurídica[58].

Es frecuente distinguir entre un sistema de prueba legal (o tasada) y un sistema de libre valoración. En los primeros se atribuye a la prueba un efecto determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica. Como apunta Taruffo, la prueba legal consiste «en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba[59]. Y, entre nosotros, Seoane Spielgeberg afirma que en un sistema de prueba tasada «es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio

53 Aguilera Rodríguez, C., *La sentencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 76-79.

54 STC de 8 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/6834). En el mismo sentido la STC de 23 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/10852) indica que la motivación implica expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y debe contener una fundamentación en Derecho.

55 En este sentido, y entre otras muchas, STS 23 de septiembre de 1997 y STC de 13 de julio de 1986.

56 Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.436.

57 STS de 12 de junio de 2000, fto. jco. 2º, (EDJ 2000/15182).

58 Chamorro Bernal, F., *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, p.212.

59 Taruffo, M., *La prueba de los hechos,* ob. cit., p.387.

legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales»[60].

Y en un sistema de libre valoración de la prueba no significa que el juez pueda apreciar a su libre arbitrio los medios de prueba, sino que deberá efectuarlo, en palabras del mismo Magistrado, «conforme a principios o pautas seguros de enjuiciamiento de acciones, conductas y hechos de relevancia procesal, depurándolos conforme a las máximas de experiencia»[61]. Y en palabras de Taruffo, la libre valoración «presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón»[62].

La LEC establece normas de valoración tasada: arts. 316.1 LEC –para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en lo que intervino personalmente–; arts. 319 LEC y 1218 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos públicos–; arts. 326 LEC y 1225 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos privados–.

Y otras basadas en la sana crítica: art. 316.2 LEC –para el interrogatorio de las partes cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba–, art. 348 LEC –para el dictamen de peritos–, art. 376 LEC –para el interrogatorio de testigos–; art. 382.3 LEC –para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes–; art. 384.3 LEC –para los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relavantes para el proceso–.

En realidad, el legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba, pues a salvo de las transcritas reglas de prueba tasada (interrogatorio de las partes –y en los términos acotados– y valor de los documentos públicos y privados), existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (interrogatorio de las partes –en los términos ya precisados–, interrogatorio de testigos, prueba pericial, reconocimiento judicial y medios de filmación, grabación y semejantes)[63].

60 Seoane Spielgeberg, J. L., *La Prueba*…, ob. cit., p.202.

61 Seoane Spielgeberg, J. L., *La Prueba*…, ob. cit., p.202.

62 Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.387.

63 Sobre las reglas de la sana crítica: en relación con el interrogatorio de partes puede verse Fernández Urzaiqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», (Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau; coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1509-1511; en relación con el dictamen de peritos puede verse Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (dir. Albaladejo), t.XVI, vol. 2ª, pp. 529-539 y, más recientemente, Seoane Spielgeberg, J.L.., *La prueba*…, ob. cit., pp. 249-250; en relación con el reconocimiento judicial puede verse Serra Domínguez, M., *De la inspección personal del Juez*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dir. Albaladejo), t.XVI, vol. 2ª, Madrid, 1991, pp. 424-426 y 438-444; y más recientemente López Yagüez, V, *La prueba de reconocimien-*

La expresión «apreciación conjunta de la prueba» puede ser ambivalente[64]. En sentido positivo, significa que los medios de prueba no puede ser valorados aisladamente o tomando en cuenta alguno/s de ellos y prescindiendo del o de los que conducen a una conclusión contraria.

Ello es manifiesto en los propios textos positivos: el art. 316.1 LEC establece el valor tasado del interrogatorio de las partes –siempre que verse sobre hechos personales, con intervención personal de la parte interrogada, y cuyo reconocimiento le sea enteramente perjudicial– pero también sujeto a una condición «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, […]».

Y, aun con carácter más general, el art. 218 LEC, expresamente rubricado «motivación», tras señalar que la «la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito», precisa acto seguido «considerándolos individualmente y en su conjunto, […]», en referencia manifiesta a la necesidad de interrelacionar el resultado de las distintas pruebas.

En sentido negativo, y calificado como «práctica viciosa y condenable»[65], apreciar en conjunto la prueba significa efectuar la valoración probatoria sin atender al resultado de los medios de prueba en particular, las reglas de valoración tasada o libre de cada uno de ellos, y a modo de una cláusula de estilo polivalente en la redacción de la sentencia.

3. Nociones generales sobre el derecho a la prueba en el proceso civil

Dentro de los «derechos procesales fundamentales» se incluye el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)[66]. Ha sido definido como

to judicial en el proceso civil, ed. La Ley, Madrid, 2005, pp. 285 y ss.; en relación con los testigos, puede verse Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dir. Albaladejo), t.XVI, vol. 2º, Madrid, 1991, pp. 589-594 y más recientemente Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 176-181; en relación con los medios de filmación, grabación y semejantes puede verse Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donet, E. A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 176-186; y De Urbano Castrillo, E. y Magro Servert, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 56-61.

64 Un completo estudio en Jiménez Conde, F., *La apreciación conjunta de las pruebas*, en «Escritos en homenaje al Profesor Prieto-Castro», t.II, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 207-280.

65 STS, Sala 1ª, 5 de junio de 1998, fto. jco. 3º (RJ 1998/4275).

66 La expresión «Derechos procesales fundamentales» es el título de uno de los Manuales de Formación Continuada del CGPJ –núm.22/2004– en el que se analiza la tutela de la libertad (art.17 CE), la tutela de la intimidad (art. 18 CE) y la tutela judicial (art. 24 CE).

«aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso»[67].

Como todo derecho fundamental, opera como norma «atributiva de derechos subjetivos» y «consagra valores objetivos»[68]. En el primer aspecto (derecho subjetivo) concede al particular facultades para ser ejercitadas en situaciones concretas, esto es, es un derecho directamente ejercitable (aplicable) por el particular. En el segundo aspecto (derecho objetivo) consagra unas garantías institucionales que deben ser respetadas en todo proceso, esto es, consagra unos parámetros para fijar la legitimidad constitucional de las leyes[69].

Ambas dimensiones, subjetiva y objetiva, deben ser promovidas y protegidas por los poderes públicos y, por ende, por los Jueces y Tribunales que, como es sabido, se hallan vinculados por los derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1 CE). Se trata de una vinculación de carácter inmediato, pues no precisa de ulterior desarrollo legislativo, y derivada del propio carácter normativo de la Constitución.

Expondremos, de modo sucinto, el contenido del derecho a la prueba –ya objeto de rigurosas monografías[70]–, como premisa necesaria para centrarnos en la proyección de este derecho fundamental en la legalidad ordinaria.

3.1. Contenido

Se desglosa en cuatro facultades:

1) Derecho a la proposición de los medios de pruebas. Cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones. La proposición se halla únicamente sujeta a requisitos de tiempo y forma (STC, de 19 de abril de 2004[71]).

---

67 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 18-19.

68 Díez-Picazo, L. Mª, *Sistema de derechos fundamentales*, 1ª ed., ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p.57.

69 Ambas dimensiones, subjetiva y objetiva, son analizadas por Oller Sala, Mª D., *Las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho a la prueba. Comentario a la STC 136/2007, de 4 de junio*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 5, Diario La Ley, núm. 7667, de 6 de julio de 2011, pp. 24-25.

70 Puede verse la monografía de Picó i Junoy, J, *El derecho a la prueba,* ob. cit.,, pp. 18-30 y unas versiones, más reducidas pero actualizadas, en los artículos: *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2003, pp. 886-890; y *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy (coords.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 38-43. Incidiendo en la perspectiva constitucional, y del mismo autor *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, 2012, pp. 177-184.

71 STC de 19 de abril de 2004, fto. jco. 3º, (RTC 2004/71).

Ahora bien, se trata de un derecho de configuración legal, y por ende, limitado. Y un primer límite se deriva del propio tenor del art. 24.2 CE, pues solo se admiten los medios de prueba «pertinentes». De ahí que el derecho a la prueba «no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer». De este modo «atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*» (STC, de 14 de enero de 2004[72]).

Como resume esta última sentencia la garantía del derecho a la prueba se encuentra sujeta a tres límites: a) un primer límite, derivado del tenor literal del art. 24.2 CE que solo admite los medios de prueba «pertinentes», excluyendo, por ende, las pruebas que no tengan relación con el *thema decidendi*; b) un segundo límite, es su carácter de derecho de configuración legal, que exige que la prueba se haya propuesto en tiempo y forma y esté autorizada por el ordenamiento jurídico; y c) un tercer límite, se anuda a su carácter de derecho procedimental, que exige que se produzca una indefensión constitucionalmente relevante, esto es, la parte perjudicada deberá demostrar que la prueba no admitida o practicada era decisiva en términos del fallo.

2) Derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a una inadmisión motivada. Una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer una resolución de admisión o, en su caso, de inadmisión sobre cada una de ellas[73].

En caso de inadmisión, la misma no puede ser arbitraria o irrazonable, sino que tiene que ser motivada, esto es, con expresión de las razones que impiden superar el «jui-

72 STC 14 enero 2004, fto. jco. 2º, (EDJ 2004/389). En el caso, el TC estimó el amparo y reconoció vulnerado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, pues en juicio de divorcio no solo se discutía el régimen de visitas que se pretendía alterar por el padre-demandante en la instancia, sino también la forma en que debían ser llevadas las visitas. Tal aspecto requería un informe psicológico de ambos progenitores y de la menor, interesado por la madre, demandada en la instancia y recurrente en amparo, que fue acordado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao y por la Audiencia Provincial de Vizcaya, y sin embargo no se pudo practicar por incomparecencia del padre, siendo tal prueba relevante para decidir el lugar de comunicación entre el padre y la hija, y no practicándose por causas ajenas a la madre, proponente en la instancia y recurrente en amparo.

En el mismo sentido, SSTC de 15 de junio de 2002, fto. jco. 4º (RTC 2002/147); de 3 de abril de 2002, fto. jco. 5º (RTC 2002/70); de 16 de julio de 2001, fto. jco. 2º (RTC 2001/165) de 10 de abril de 2000, fto. jco. 2º (RTC 2000/96).

73 Sobre la naturaleza, presupuestos y caracteres de la resolución de admisión o inadmisión de los medios de prueba me remito a mi estudio *«Iniciativa probatoria…»*, ob. cit., pp. 346-361, donde también analizo el alcance de la máxima *in dubio pro probatione*. Y también mis trabajos anteriores: *La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en «Revista del Poder Judicial», núm.69, 2003, pp. 335-372; y *Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en «Libro homenaje al Profesor Dr. Eduard Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 959-981.

cio de pertinencia». Se trata de un derecho de configuración legal y debe ejercitarse conforme al marco previsto por el ordenamiento jurídico.

De ahí que la denegación no pueda incurrir «en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad» (STC de 14 de enero de 2004)[74]. La inadmisión deberá producirse en el momento procesal oportuno, pues una denegación tardía, como prosigue la misma STC de 14 de enero de 2004 «podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de «perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia— o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria» (STC 96/2000, de 10 de abril [RTC 2000\96], F. 2)».

3) Derecho a la práctica de la prueba admitida. Las pruebas, una vez propuestas y admitidas, deben ser practicadas, pues la ausencia de práctica de una prueba admitida, equivale a una inadmisión no motivada.

Así se ha dicho que «cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito» (STC de 14 de febrero de 2000)[75].Y también que «el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si ésta es admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida (STC 12 de diciembre de 2005)»[76].

Ahora bien, admisión y no práctica alguna vez pueden no coincidir (ej. ser excesivo el número de testigos o dilación del proceso ante incomparecencia de testigo que presumiblemente no aportará elementos fácticos relevantes en términos del fallo).

4) Derecho a la valoración de la prueba practicada. Las pruebas propuestas, admitidas y practicadas, deben ser valoradas en la sentencia, como exigencia del deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE).

---

74 STC de 14 de enero de 2004, fto. jco.2º (RTC 2004/1). En sentido similar, SSTC de 15 de junio de 2002, fto. jco.4º (RTC 2002/147); de 6 de mayo de 2002, fto. jco.3º (RTC 2002/109); de 3 de abril de 2002, fto. jco.5º (RTC 2002/70) y de 26 de marzo de 2001, fto. jco.3º (RTC 2001/78).

75 STC 14 febrero 2000, fto. jco.3º (RTC 2000/37). Del mismo modo, SSTC de 12 de diciembre de 2005, fto. jco.4º (EDJ 2005/213561), de 29 de noviembre de 1993, fto. jco.2º (RTC 1993/357); de 14 de marzo de 1991, fto. jco.1º (RTC 1991/59), de 22 de marzo de 1988, fto. jco.3º (RTC 1988/50), y de 25 de septiembre de 1987, fto. jco.3º (RTC 1987/147).

76 STC de 12 de diciembre de 2005, fto. jco.4º (EDJ 2005/213561), la cual, a su vez, cita las SSTC de 17 de enero de 2005 (EDJ 2005/3244), de 26 de marzo de 2001 (EDJ 2001/2656), de 16 de octubre de 2000 (EDJ 2000/31691), y 24 de febrero de 2000 (EDJ 2000/1145).

3.2. Proyección sobre la legalidad ordinaria

Desde otra perspectiva, cabe indicar que el art. 24.2 CE se proyecta sobre la legalidad ordinaria. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha contribuido a la «constitucionalización del derecho procesal», fundamentalmente mediante la resolución de recursos de amparo, y ello ha comportado dotar de rango constitucional algunos aspectos del derecho procesal. No en vano, algún autor ha acuñado ya la expresión de «prueba constitucional»[77].

De la constitucionalización del derecho a la prueba, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprenden una serie de mandatos, dirigidos tanto al legislador, cuanto al juez y a las partes.

3.2.1. Mandatos al legislador

Un mandato fundamental se dirige al legislador. Como apuntan Sainz Robles y Albacar López la constitucionalización del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) comporta la obligación, por parte del legislador, de «regular los mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para la efectividad de aquel derecho»[78].

Por lo que respecta a la técnica legislativa, resulta acertado que el legislador de la Ley 1/2000 haya optado, finalmente y atendiendo a una insistente reclamación doctrinal, por la unificación de las reglas probatorias de procedimiento civil, en un solo texto legal finalizando con la duplicidad normativa antes existente (Ley de Enjuiciamiento Civil y Código Civil), aportando claridad sistemática.

Y es de esperar que las leyes especiales que se dicten solo contengan normas sobre prueba civil, cuando se trate de auténticas especialidades probatorias, sin engrosar el catálogo de leyes extravagantes con normas, que lejos de aportar claridad, generan confusión. Un ejemplo de ello fue la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyas normas sobre valoración probatoria rompieron la sistemática y coherencia interna de la LEC[79].

77 Se define por De Urbano Castrillo, E., (*El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, en «Derechos procesales fundamentales», Manuales de Formación continuada núm. 22/2004, Gutiérrez-Alvi, F. y López López, E. (coords.), CGPJ, Madrid, 2005, p.550) en los términos siguientes: «la prueba que se inspira en los postulados de la Norma Fundamental, la cual sirve de cobertura interpretativa y de aplicación para la resolución de las diferentes cuestiones que se susciten en el proceso».

78 Sainz Robles, C. y Albacar López, J. L., *El derecho a la prueba*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983, p.597. Los mismos autores afirman que «el carácter social del Estado de Derecho obliga al juez español a velar por la efectividad de la tutela de derechos que imparte en el ejercicio de su función jurisdiccional, abandonando cualquier postura de pasividad que en aras de una malentendida imparcialidad, pueda propiciar soluciones no del todo justas» (p.597).

79 Ormázabal Sánchez, G., *Informática y Prueba judicial. Especial consideración de la firma electrónica*, texto inédito y conferencia pronunciada el día 8 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de Esade

3.2.2. Mandatos al juez

Una serie de mandatos se dirigen al juzgador:

1) Garantizar el principio de interpretación conforme a la Constitución. Las normas probatorias, al igual que las restantes, deberán interpretarse conforme a los principios constitucionales y a la interpretación que de la misma efectúe el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ).

   El reconocimiento del derecho a la prueba en una norma de rango constitucional comporta, entre otras consecuencias, la necesidad «una lectura amplia y flexible de las normas probatorias» y «una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba» (Picó i Junoy)[80].

2) Mayor sensibilidad en relación con las garantías procesales del art. 24.2 CE (STC de 13 de enero de 1992[81]). Es un mandato muy genérico, de difícil concreción en la actuación judicial, y tal vez la manifestación más relevante, en el ámbito probatorio, de la llamada «fuerza expansiva de los derechos fundamentales»[82].

   Esa «mayor sensibilidad judicial», aun con el riesgo de simplificación, podría circunscribirse a que el juez atendiese, en cuanto a la prueba, a los mandatos siguientes:

   a) Flexibilidad en cuanto a la admisión de la prueba (la máxima *pro probatione* en el juicio de admisión de los medios de prueba) o, tal vez con mayor precisión y como razonaremos más adelante, procurar la admisión de la «prueba justificada».

   b) Diligencia en la práctica de la prueba, particularmente cuando se remiten despachos (exhortos, oficios, mandamientos o comisiones rogatorias, por citar algunos ejemplos), adoptando las resoluciones precisas para que se remitan en los plazos de tiempo legales.

   c) Diligencia en el ejercicio, cuando fuera menester, de las facultades judiciales de intervención durante la práctica de la prueba (así, y por apuntar algunos supuestos, art. 306,1, II LEC –facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en

(Barcelona). Con referencia a la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica crítica semejante modo de proceder.

80 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba*…, en «Problemas actuales de la prueba civil», ob. cit., p.31.

81 STC de 13 de enero de 1992, fto. jco. 5º (EDJ 1992/1986). En el caso, y vigente la LEC de 1881, el tribunal estimó el recurso de amparo, y razona literalmente que «la interpretación excesivamente formalista de los preceptos procesales que regulan el recibimiento a prueba en 2ª instancia para el declarado en rebeldía en la primera, y la inaplicación por el Tribunal del que, en todo caso, permitía la práctica de las pruebas que en el recurso de súplica se propusieron, vulneraron los derechos fundamentales garantizados para el recurrente en el art. 24.1 y 2 CE y exigen por ello su restablecimiento, mediante la estimación del recurso».

82 Díez-Picazo, L.M., *Sistema*…, ob. cit., p.57.

el interrogatorio de las partes–; art. 346 LEC –facultad de acordar la comparecencia del perito a la vista o al juicio– o art. 372.2 LEC –facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de testigos)[83].

d) Práctica, cuando fuera menester, de diligencias finales, si las pruebas practicadas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos fueran insuficientes, justificando, en cada caso, la observancia de los requisitos legales para su adopción, ora a instancia de parte (art. 435.1 LEC), ora de oficio (art. 435.2 LEC)[84].

e) Primacía del juicio fáctico en la motivación de la resolución judicial, pues solo desde una correcta formación del juicio de hecho se evidencia el estudio particularizado de las concretas actuaciones y se evita la discrecionalidad en el razonamiento judicial. Es necesario, por ende, que en la sentencia consten qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de pruebas.

f) En todo caso, la proscripción de la indefensión, durante la proposición, admisión y práctica de la prueba.

3) Garantizar el contenido del derecho a la prueba. Los tribunales de justicia deben promover la satisfacción del derecho a la prueba. De nuevo se trata de un mandato genérico, que comprende varias garantías en cuanto a la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas:

a) En cuanto a la proposición: las partes deben ser citadas correctamente al acto (audiencia previa o vista) para la proposición de los medios de prueba, e incluso deben ser debidamente informadas de tal facultad si comparecen sin asistencia Letrada (afecta al derecho a la proposición de los medios de prueba).

b) En cuanto a la admisión o, en su caso, inadmisión motivada: el deber de pronunciarse por el tribunal sobre todas y cada una de las pruebas propuestas, en resolución oral, expresa, motivada e individualizada (art. 285.1 LEC); y el derecho de las partes a recurrir los actos denegatorios de la prueba (art. 285.2 LEC) y a que se dicten las resoluciones oportunas para la práctica de las pruebas admitidas (ej. citación de testigos o peritos) (art. 429.5 LEC). También comprende esta garantía la exclusión de la prueba ilícita (arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC).

---

83 Muñoz Sabaté, LL., (*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999, pp. 113) apuntaba, ya con respecto a la derogada LEC de 1881, como una de las actitudes propias del juzgador que atiende al *favor probationes* la de «una firme intención aclaratoria en las pruebas de confesión, testifical y pericial». Sobre las facultades judiciales de intervención durante la práctica de la prueba puede verse ampliamente en mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio*…, ob. cit., pp. 385-399.

84 No se nos oculta que el legislador ha regulado con carácter restrictivo las diligencias finales, como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la LEC (párrafos XI y XII del epígrafe XII), pero tampoco podemos ignorar que, a pesar de la diligencia probatoria de las partes, en el momento de dictar sentencia pueden persistir hechos dudosos para el juzgador y el recurso automático a las normas sobre la carga de la prueba, aun produciendo sentencias formalmente ajustadas a derecho, puede, a veces, traducirse en sentencias materialmente alejadas del mismo.

c) En cuanto a la práctica: el derecho de las partes a ser convocadas a participar en la realización de los diferentes actos de prueba, incluidas las que se practiquen en virtud de auxilio judicial (art. 174 LEC), y el derecho a que las pruebas se practiquen con observancia de los principios de contradicción (art. 290 LEC), inmediación (arts. 137, 289 y 194 LEC) y publicidad (arts. 138 y 289.1 LEC). La convocatoria a las diligencias de pruebas permite, en particular, el interrogatorio o la contradicción de las propuestas de adverso (arts. 301.1 LEC –para el interrogatorio de las partes–; 370 LEC –para el interrogatorio de testigos– y 347 LEC–para la prueba pericial–).

d) En cuanto a la valoración: la sentencia deberá recoger el juicio de hecho, esto es –y como ya se ha dicho–, la expresión de qué hechos resultan acreditados y en virtud de qué medios de prueba; e igualmente deberá recoger el juicio de derecho, esto es, qué normas jurídicas resultan aplicables al supuesto declarado probado y los efectos que se derivan de las mismas (afecta al derecho a la valoración) (arts. 120.3 CE y 218.2 LEC).

4) Garantizar la admisión de la «prueba justificada». Se trata de un mandato específico en cuanto al juicio de admisión de los medios de prueba. Dicha teoría ha venido a sustituir aquella otra que sostenía la prioridad por la admisión que por la denegación de la prueba, y dota de mayor precisión el juicio de admisión de los medios de prueba.

   Con la «prueba justificada» se pretende, en palabras de Urbano Castrillo, conjugar «el derecho de defensa con la evitación de dilaciones indebidas y las pruebas redundantes»[85]. En efecto, la admisión de una prueba de costosa elaboración (ej. solicitar de una empresa de seguridad informática el listado de todas las páginas web visitadas por un usuario en un período de los últimos cinco años, cuando lo que se quiere acreditar, pongamos por caso, no es la utilización indebida del correo electrónico, sino que el usuario carecía de la pericia que en su día manifestó en el manejo de los sistemas informáticos para poder acceder a un puesto de trabajo) y cuya relevancia sea escasa en términos del fallo de la sentencia, sobre encarecer innecesariamente el coste económico del proceso, lo va a dilatar excesivamente.

5) Garantizar la contradicción en las pruebas acordadas *ex officio iudicis*. Se trata de un mandato específico en cuanto a la práctica de las pruebas. Ya hemos indicado que la contradicción es una garantía esencial de la práctica de la prueba. Ahora debemos añadir que la intervención de ambas partes en la práctica de las pruebas es una garantía, común a la prueba practicada a instancia de parte y de oficio, pero que adquiere especial relevancia en ésta última, en la medida que las partes pueden intervenir en una prueba no propuesta por ellas.

   Esta intervención de las partes en la prueba *ex officio iudicis* no se circunscribe exclusivamente a la necesidad de ser citadas a la prueba así acordada, y tener en ellas

85 De Urbano Castrillo, E., *El derecho a utilizar…*, ob. cit., p.582.

la misma intervención que en las pruebas practicadas a instancia de parte, sino que, también se extiende, a la facultad de impugnar la prueba acordada *motu proprio* por el juez.

6) Evitar los formalismos enervantes. El respeto a las normas de procedimiento, fundamental siempre en el derecho procesal, no comporta la exigencia de formalidades carentes de sentido que, lejos de facilitar el derecho a la prueba, lo paralizan o enervan.

Los supuestos pueden muy variados. Así, aun con referencia al ámbito contencioso-administrativo, es ilustrativa la STC de 29 de mayo de 2000 en que el Tribunal Constitucional reconoció vulnerado el derecho del recurrente a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, menoscabado por un auto dictado por la Audiencia Nacional, que denegó el recibimiento a prueba de recurso contencioso administrativo, por incumplimiento del señalamiento de los puntos de hecho sobre los cuales había de versar la misma[86].

3.2.3. Mandatos a las partes

Como facultades otorgadas y deberes dirigidos a las partes:

1) Facultad de solicitar la «admisión y práctica de las pruebas pertinentes» (SSTC de 14 de enero de 2004[87] y de 11 de septiembre de 1995[88]). Consustancial al principio de aportación de parte, la carga de la prueba de los hechos corre a cargo de la parte que los alega mediante la proposición de los medios de prueba. Ahora bien, y del tenor literal del art. 24.2 CE deriva un límite a la facultad de solicitar los medios de prueba, pues las pruebas propuestas deben ser «pertinentes», excluyéndose la admisión de las pruebas que no guarden relación con el *thema probandi*.

   Ello significa, en sentido positivo, que las partes pueden proponer todos aquellos medios de prueba que guarden relación con los hechos controvertidos y, en sentido negativo, que deberán abstenerse de proponer aquellas pruebas que no guarden relación con el *thema probandi*, pues la proposición de prueba «impertinentes», sobre alargar innecesariamente el proceso, puede conducir al análisis y valoración de cuestiones distintas a las controvertidas.

86 STC de 29 de mayo de 2000, fto.jco.4º (EDJ 2000/13817).

87 STC de 14 de enero de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/389).

88 STC de 11 de septiembre de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/4413). En este caso el TC, no obstante recordar el carácter excepcional de la prueba en la segunda instancia, estimó que se había producido una vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes en la defensa (art. 24.2 CE), concretamente respecto al derecho a la práctica de la prueba admitida: se había denegado inmotivadamente el recibimiento del pleito en la segunda instancia, respecto de unas pruebas admitidas y no practicadas en la primera instancia y por causas ajenas a la voluntad del proponente. Ver también la SAP Toledo, secc. 2ª, de 19 de octubre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/27391).

2) Facultad de «reclamar o exigir su efectividad» (STC de 11 de septiembre de 1995). No solamente corresponde a las partes la facultad de proponer los medios de prueba pertinentes, sino también corresponde la facultad de exigir su efectividad.

   Exigencia que se traduce en la doble facultad de reclamar que: a) la prueba propuesta y admitida, sea practicada y valorada en sentencia; y b) la prueba propuesta e indebidamente inadmitida, pueda ser objeto de revisión por el mismo órgano jurisdiccional u otro superior y, eventualmente, por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, para que pueda ser admitida, practicada y valorada. Para alcanzar la efectividad de ambas facultades las partes podrán presentar los escritos conducentes ante el Juzgado (ej. interesando la no devolución de un exhorto ya cumplimentado) e instar la protección del derecho a la prueba a través de los oportunos recursos ordinarios (reposición y apelación) o extraordinarios (infracción procesal y amparo).

3) Deber de solicitar la prueba «en la forma y en el momento legalmente establecido» (STC de 14 de enero de 2004[89]), (arts. 284, 414.1, 429.1, 435.1, 444.4 y 460.2 LEC). Siendo el derecho a la prueba un derecho de configuración legal, la proposición de prueba deberá ajustarse a los requisitos formales de oralidad –o, en su caso, escritura[90]–, exigidos por las leyes procesales y a los requisitos temporales, de solicitud en la fase de proposición de pruebas, no pudiéndose admitir las pruebas que, aun siendo pertinentes y útiles, sean extemporáneas.

4) Deber de solicitar el medio de prueba legal o, en su formulación constitucional, que «esté autorizado por el ordenamiento jurídico» (STC de 14 de enero de 2004). Igualmente y derivado de su carácter de derecho de configuración legal, las partes no pueden proponer pruebas no permitidas por el ordenamiento jurídico (esto es, prueba ilegal) o pruebas obtenidas con vulneración o infracción de derecho fundamentales (esto es, prueba ilícita).

5) Deber de ejecutar las pruebas en el tiempo previsto (art. 288 LEC) o, en su formulación constitucional, el deber de «mantener una actividad colaboración para que la prueba se practique» (STC de 11 de septiembre de 1995). La ejecución tempestiva de la prueba admitida se configura en la LEC, según razona Fernández Urzainqui, como una carga y un deber[91]. Es carga en cuanto la inejecución de una prueba en el tiempo previsto, por causa imputable a la parte, comporta que no pueda interesar

89 STC de 14 de enero de 2004, fto. jco 2º (EDJ 2004/389).

90 Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de presentar un pliego de preguntas en el interrogatorio de parte domiciliario (art. 311 LEC), por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC), o en el de las Administraciones Públicas (art. 315 LEC), así como en el interrogatorio de testigo en el domicilio (art. 364, II LEC).

91 Fernández Urzainqui, F., *Comentario al art.288 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., pp. 1345-1346.

de nuevo su práctica como diligencia final (art. 435 LEC) o en la segunda instancia (art. 460.2 LEC) asumiendo, en su caso, las reglas de la carga de la prueba.Y es deber, en cuando la extemporaneidad en la práctica de la prueba, por causa imputable a la parte, si bien no le priva de eficacia, si comporta la imposición de una multa (art. 288 LEC).

De ahí la exigencia del Tribunal Constitucional reclamando una actividad de colaboración de las partes en la práctica de la prueba, de modo que la inejecución no sea imputable a la negligencia o pasividad de la parte (ej. tardanza en la gestión de los despachos librados para la práctica de la prueba mediante el auxilio judicial).

4. Reflexiones sobre la técnica probatoria

En el proceso civil intervienen siempre dos partes (normalmente con su defensa técnica por medio de abogado) y un tercero imparcial (juez) a quien corresponde decidir la controversia mediante una resolución fundada en derecho.

Como afirma Muñoz Sabaté «toda una serie de viejos apotegmas: *nos ius déficit sed probatio; iden est no ese et non probare o probare o soccombere* evidencian, con literal dramatismo incluso, que la relación lógica entre medios y resultados se traduce la mayor parte de las veces en el proceso en una relación de causa a efecto «prueba-sentencia». El éxito de la acción o de la excepción dependen mayoritariamente de la prueba»[92]. En efecto, y en un proceso civil, inspirado en los principios dispositivo y de aportación de parte, al letrado le corresponde la aportación de los hechos y de los medios de prueba y al juez, su admisión y su valoración en la resolución judicial.

Desde la perspectiva de los principios que inspiran el proceso civil, analizaremos cuál es la relación del abogado con los hechos y cómo se introducen en el proceso a través de los escritos de alegaciones, cómo el abogado prepara su estrategia probatoria, tanto con anterioridad al proceso y mediante las relaciones previas con el cliente y demás profesionales que deben ayudarle en su estrategia probatoria (ej. perito), como también durante el proceso mediante su intervención en la práctica de los medios de prueba y en la fase de conclusiones.

Desde otra perspectiva, analizaremos cuál es la relación del juez con los hechos, la trascendencia del juicio de admisión de los hechos, como salvoconducto que permite la práctica de las pruebas y la necesidad de perfilar su régimen jurídico, las facultades judiciales durante la práctica de la prueba y, finalmente, algunos aspectos del proceso mental de construcción de la decisión judicial y su plasmación en la sentencia.

92 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.238.

4.1. El abogado

4.1.1. Su relación con los hechos

El letrado y el juez se encuentran en posiciones asimétricas ante los hechos. El letrado conoce los hechos, a partir de las manifestaciones que le ha traslado su cliente en una primera entrevista inicial. De modo distinto, el juez conoce los hechos, a partir de la versión que de los mismos ofrece el letrado en sus escritos iniciales de alegaciones (demanda y contestación a la demanda). El letrado debe reconstruir la pequeña historia de los hechos para presentarlos en forma de demanda, caso que el asunto llegue al proceso judicial. Esta reconstrucción requiere la objetivación de los hechos y la ponderación de la mejor estrategia para su defensa.

Un primer paso consiste en la objetivación y reconstrucción de los hechos. El letrado entra en contacto con los hechos a partir de la versión que de los mismos le facilita el cliente. Esta versión normalmente será subjetiva y, a menudo, incompleta o parcial, no tanto por mala fe del cliente, cuanto por su desconocimiento del ordenamiento jurídico. Nada mejor, por tanto, en esta fase inicial que objetivar los hechos, a cuyo efecto puede ser útil y, a menudo imprescindible, que el abogado recabe del cliente toda la documentación previa que sustenta la versión de los hechos. Así, por ejemplo, si el cliente, en su condición de arrendador, pretende la resolución de contrato de arrendamiento es imprescindible que aporte el contrato de arrendamiento para que el letrado pueda analizar a qué legislación está sometido el contrato y el régimen de causas de resolución. El letrado sabrá interpretar los documentos y completar la versión inicial del cliente con lo que se deduzca de los mismos, empezando a reconstruir la historia de los hechos y articular su defensa.

También puede resultar útil para objetivar y completar los hechos mantener reuniones previas con otros intervinientes en los hechos, pues una pluralidad de informaciones simultáneas o sucesivas proporcionará al letrado un relato de los hechos más completa, que la versión unilateral de uno de los intervinientes. Así, y siguiendo con el ejemplo propuesto, si el contrato de arrendamiento ha sido suscrito por un matrimonio o una comunidad de bienes, en su condición de arrendadores, puede resultar útil mantener una entrevista inicial con la pareja o todos los integrantes de la comunidad de bienes, a fin de recabar la mayor información posible.

Un segundo paso consiste en la ponderación de la mejor estrategia para la defensa de los intereses del cliente. Una vez el letrado ha conseguido objetivar y reconstruir los hechos, estará en condiciones de iniciar su defensa y asesorar al cliente sobre la misma. Habitualmente el letrado intentará una satisfacción extrajudicial de los intereses confiados por el cliente, sea bien entrando en contacto con el letrado que defiende los intereses de la parte contraria, sea mediante una reclamación formal (carta con acuse de recibo, burofax, telegrama, etc.). Fracasadas las negaciones judiciales, el letrado deberá ponderar la defensa de los hechos e intereses del cliente por la vía judicial o, en su caso, arbitral.

4.1.2. Presentación de los hechos en la demanda

La LEC contiene una serie de prescripciones relativas a la forma de introducción de los hechos en el proceso. En las disposiciones que regulan el contenido de la demanda, se dispone que «los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar» (art. 399.3 LEC).

En la mente del legislador subyace la idea que la fase de alegaciones tiene por finalidad una introducción ordenada y clara de los hechos para que, tras su admisión o negación por la contraria (art. 405.2 y 443.4 LEC), queden fijados unos hechos admitidos y, por ende, exentos de prueba –por conformidad de las partes (art. 281.3 LEC)– y unos hechos controvertidos y necesitados de prueba –por disconformidad de las partes (arts. 429.1 y 443.4 LEC)–. La fase de alegaciones, y la posterior audiencia previa (en el juicio ordinario) y la vista (en el juicio oral), debe servir para depurar el relato fáctico, de modo que el juicio de admisión de los medios de prueba se circunscriba a los hechos controvertidos.

Para ello se exige una redacción ordenada y clara de los hechos en el escrito inicial de demanda. La exigencia de orden se satisface mediante la introducción de los hechos siguiendo bien una secuencia cronológica, bien una secuencia lógica. La claridad significa una exposición coherente y comprensible de los hechos para la parte demandada, a fin de permitir su admisión o negación, y para el propio juzgador, a fin de permitir su configuración de la controversia jurídica y situarle en posición de admitir o inadmitir los medios de prueba[93]/[94]. El buen abogado conoce la importancia de la claridad y del orden en los escritos de alegaciones, y que ambas constituyen «manifestaciones del arte de convencer al juez»[95].

La presentación de los hechos suscita varias cuestiones. Una primera cuestión es si el letrado debe introducir en la demanda solo aquellos hechos que benefician al cliente, o si, por el contrario, también deben anticiparse aquellos que le perjudican. Veámoslo con un sencillo ejemplo. El cliente manifiesta al abogado que ha sufrido lesiones y secuelas a consecuencia de un accidente de circulación en una vía comarcal en la que el conductor contrario se había saltado un semáforo en rojo, pero también le manifiesta que él circulaba a velocidad excesiva. El letrado deberá optar, al redactar su escrito inicial de demanda, bien por silenciar el extremo relativo a la velocidad excesiva de su cliente o, por el contrario, an-

93 Rodríguez Achútegui, E., *Comentario al art. 399 LEC,* en «Enjuiciamiento Civil», Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepin, Madrid, 2008, p.2472, crítica cierta práctica forense consistente en «ciertas demandas se suelen presentar a través de grandes epígrafes que contienen varios párrafos en los que a veces se hacen afirmaciones de naturaleza más diversa» y aboga para que «cada párrafo que contiene una afirmación de hecho, se numere».

94 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2008, p.1173, introduce un «protocolo para la preparación de la demanda», con recomendaciones prácticas –en forma de interrogantes que debe plantearse el letrado– para la narración de los hechos.

95 Gómez de Liaño, F., *De la metodología de las sentencias a la selección de jueces,* en «Realismo jurídico y experiencia procesal», Serra Domínguez, M. (Liber amicorum), ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.642.

ticipar este hecho y mitigar sus consecuencias jurídicas. Habitualmente el dilema de narrar los hechos perjudiciales del cliente puede resolverse en atención a la facilidad probatoria de los mismos. En el ejemplo propuesto, si la velocidad excesiva del cliente consta en un previo atestado de la policía, es aconsejable dejar constancia del mismo, y postular una moderación de la indemnización que le pudiera corresponder.

Una segunda cuestión es la relativa a la introducción de hechos de difícil prueba o sobre los que presumiblemente no podrá aportar prueba. La prudencia profesional aconseja no introducirlos, dado que, en virtud de las reglas de la carga de la prueba, la parte va a sufrir las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba de los hechos que le incumbía probar (art. 217 LEC). Ahora bien, no siempre resulta factible predecir *a priori* la facilidad o dificultad probatoria de determinados hechos, e incluso la estrategia procesal del letrado, en algunas ocasiones, aconseja introducir hechos, a sabiendas de su dificultad probatoria. Así, por ejemplo, si en un proceso matrimonial se pretende determinar la capacidad económica de un cónyuge obligado al pago de unas pensiones alimenticias, conociendo el letrado que dicho cónyuge ha puesto su patrimonio a nombre de terceras personas. En tal supuesto, adquiere una relevancia fundamental las presunciones, que aun no siendo un medio de prueba, son un método de razonamiento que permite acreditar determinados hechos (arts. 385 y 386 LEC).

Una tercera cuestión es la relativa a la inobservancia de las prescripciones del artículo 399.3º LEC, esto es, cuando el letrado de la parte actora redacta su demanda sin orden ni claridad, dificultando al letrado de la parte demandada la carga de la afirmación o negación hechos (art. 405.2 LEC), esto es, lo que Muñoz Sabaté ha denominado como «la narrativa incorrecta del hecho»[96]. No tengo noticia de la inadmisión de una demanda, ni siquiera de su invitación a la subsanación, por falta de orden y claridad en la exposición de los hechos de la demanda. En tal supuesto, el letrado de la parte demandada puede quedar liberado de su carga de admitir o negar los hechos de la demanda mediante el recurso a una negativa general de los hechos. El juez puede intentar centrar el *thema probandi* invitando a las partes a una fijación de hechos controvertidos (art. 428.1 LEC), aun cuando ello puede exigir dosis de prudencia, y probablemente no será posible en todos los casos, sino en aquellos que, por su habitualidad o sencillez, se presentan con mayor frecuencia en los juzgados.

4.1.3. Preparación de las pruebas

También en orden a la preparación de las pruebas la posición de letrado y juez es asimétrica. El letrado ha recibido la versión de los hechos del cliente, los ha introducido en el proceso a través de los escritos de alegaciones, y deberá preparar las pruebas destinados a acreditarlos. El juez conoce la versión de los hechos facilitada por los letrados en sus escritos de alegaciones y debe admitir las pruebas. Basta, como apunta Muñoz Sabaté, pensar en

96 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C.*, ob. cit., pp. 129-135.

el tiempo que dedica el letrado a preparar sus medios de prueba y el tiempo que dedica el juez en admitirlos o denegarlos[97].

Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de los medios de prueba. Al letrado le corresponde la tarea fundamental de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso. La actividad probatoria del letrado es de averiguación, indagación y aportación al proceso de las fuentes de pruebas existentes fuera del proceso[98]. La actividad de juez es de admisión y valoración de las fuentes de prueba propuestas por los letrados. En gráfica y sintética expresión de Muñoz Sabaté «las partes prueban y el juez comprueba»[99].

En orden a la aportación de las pruebas, podemos tener presente algunas indicaciones con respecto a cada uno de los medios de prueba.

a) Interrogatorio de las partes: es, por lo común, el medio de prueba que ofrecerá mayor información, por cuanto nadie mejor que las partes conocen los hechos. Conserva, aun limitadamente, el carácter de prueba tasada, siempre que el interrogatorio verse sobre hechos personales del interrogado, su reconocimiento le sea enteramente perjudicial y no aparezca contradicho por otros medios de prueba (art. 316.1 LEC), requisitos muy exigentes y que, en la práctica, lo convierten en una prueba de libre valoración[100]. Debe tenerse en cuenta que al proponer el interrogatorio de parte, se permite que el propio letrado interrogue a su propia parte (art. 306.1 LEC).

   No resulta admisible proponer el interrogatorio de la propia parte, pues la parte interrogada siempre es la «adversa o e litigante con intereses contrapuestos» (art. 301.1 LEC)[101], debiendo ponderar, en algunas ocasiones, si para evitar el interrogatorio de la parte por su propio letrado, es preferible prescindir de su proposición.

b) Documentos. El documento desempeña funciones de perpetuación (permite perpetuar actos, hechos y declaraciones de voluntad), de garantía (permite su atribución a un autor) y de prueba (permite dejar constancia de cuáles eran los actos,

97 *Ibidem*., p.239.

98 La distinción entre fuente y medio de prueba fue elaborada por Carnelutti, F. (*La prueba civil*, 2ª ed., ed. Ejea, pp. 67 y ss), desarrollada por Sentís Melendo, S. (*La prueba,* ed. Ejea, Buenos Aires, 1947, pp. 14-16) y puede verse una versión más reciente y para el proceso civil español en Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 150-153.

99 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C.,* ob. cit., p.431.

100 Jiménez Conde, F., *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, ed. Civitas, 2007, p.61, alude a una norma de valoración «híbrida» y «que suaviza el rigor formalista que como prueba eminentemente tasada presidía la anterior confesión en juicio, y en tal sentido confía ahora al libre convencimiento del órgano judicial en ciertos casos (art. 316.2), aunque siempre con sujeción a las reglas de la sana crítica».

101 Ello no obstante, también se ha defendido la admisibilidad del interrogatorio de la propia parte por algunos autores, entre ellos Torres Pindado, D., *Aspectos subjetivos en el interrogatorio de partes*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pp. 283-291.

hechos documentados o relaciones entre las partes)[102]. Su aportación es decisiva, particularmente cuando se trata de acreditar hechos o negocios jurídicos de los que habitualmente se plasman por escrito, sometiéndose los documentos fundamentales a estrictas reglas de aportación, bajo sanción de preclusión (arts. 265.1 y 269 LEC). La LEC ha reforzado la aportación de documentos mediante el deber de exhibición documental entre partes (art. 328 LEC) y entre terceros (art. 333 LEC). En orden a la presentación de las pruebas deberá justificarse la aportación de documentos con posterioridad a los escritos de alegaciones (art. 270 LEC).

La proliferación de las nuevas tecnologías de la información ha dado lugar al llamado documento electrónico o, más ampliamente, la prueba electrónica que, aun cuando la LEC le dispensa un tratamiento autónomo a modo de medio de prueba *ad hoc* (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC), dogmáticamente debe reputarse como documento y su régimen de aportación, impugnación y valoración debe asemejarse al del documento escrito[103].

c) Dictámenes periciales. El decimonónico sistema de pericia única, intraprocesal y judicial de la LEC de 1881 ha sido sustituido en la LEC por un novedoso sistema de pericial dual y opcional que admite tanto el dictamen por peritos designados libremente por el juez (pericial de parte) cuanto el dictamen de peritos, a instancia de parte, por el tribunal (pericial de designación judicial). Los dictámenes a instancia de parte tienen, en cuanto a su aportación, un régimen muy similar al de los documentos fundamentales (arts. 265.1.4º, 336 y 269 LEC).

En orden a la preparación de la prueba debe evaluarse la necesidad u oportunidad del dictamen pericial, particularmente en términos de coste económico, reconociéndose que en determinados procesos su práctica deviene cuasi imprescindible (ej. vicios de construcción, supuestos de competencia desleal, impugnación o reclamación de filiación, etc.). Y también debe evaluarse la oportunidad de solicitar, además del dictamen de parte, el de designación judicial, supuesta la compatibilidad entre ambos tipos de pericias[104].

---

102 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Disposiciones generales y presunciones,* 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.426.

103 Esta construcción dogmática puede verse, entre otros autores, en Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ed. Marcial Pons, 2009, especialmente en pp. 311-313, y 318-319; y con anterioridad se anticipan en Montón Redondo, A., *Medios de la reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 175-182; y en Sanchis Crespo, C. y Chaveli Donat, E., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 67 y ss. En sentido distinto, puede verse Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos,* ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 176-183.

104 A favor de la compatibilidad de ambas pericias puede verse el AJPI Santander, núm.1, de 4 de diciembre de 2002 (AC 2002\1911) y en contra de la compatibilidad el AJPI Bilbao, núm. 10, de 27 de octubre de 2003, fto. jco. 3º (AC 2003\1455).

En la pericial de parte, será fundamental la elección del perito que ofrezca las garantías de solvencia profesional[105], a quien deberá presentarse los extremos concretos de la pericial, así como su eventual intervención en el acto del juicio. No debe olvidarse que la prueba pericial «no solo alcanza la emisión escrita de su informe, sino su intervención [del perito] en el juicio con explicaciones y respuestas a preguntas de las partes y del juez» (SAP Cantabria, de 19 de septiembre de 2005[106]). Dada la relación de arrendamiento de servicios entre la parte y el perito puede resultar aconsejable la preparación conjunta entre letrado y perito sobre la estrategia a seguir durante la contradicción del dictamen pericial[107].

En la pericial de designación judicial, y supuesto el sistema de listas corridas vigente en nuestro ordenamiento jurídico (art. 341 LEC), debe confiarse que la inclusión de peritos en las listas atienda a criterios de experiencia y solvencia profesional, siendo también fundamental la precisión de los extremos de la pericia.

d) Interrogatorio de testigos. La LEC ha pretendido revitalizar la prueba testifical estableciendo una cláusula general de idoneidad del testigo (art. 361 LEC) y unos supuestos de inidoneidad (art. 361 LEC), así como unos mecanismos tendentes a garantizar la imparcialidad del testigo, tales como las preguntas generales de la ley (art. 367 LEC) y la tacha del testigo (art. 377 LEC).

En el sistema anglosajón, donde la decisión recae sobre un jurado, el ordenamiento procesal [y, en concreto, las conocidas como *Federal Rules of Evidence* o FRE] se preocupan por regular con precisión el tipo de preguntas que pueden formularse a los testigos y sobre la credibilidad del testigo, pudiendo el juez prohibir las declaraciones en las que el testigo no tenga un conocimiento directo[108].

---

105 A partir de la propia experiencia profesional como perito arquitecto Fanlo Punter,V., (*Reglas básicas para un correcto dictamen de arquitecto*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 4, en Diario La Ley, núm. 7564, de 8 de febrero de 2011, p.18), ofrece un decálogo de normas de lo que debe ser el dictamen pericial de arquitecto, que resultan extensibles a cualquier otro dictamen pericial.

106 SAP Cantabria, secc. 3ª, de 19 de noviembre de 2005, fto. Jco. 4º (EDJ 2005/169663).Y en sentido similar, la SAP Toledo, secc. 1ª, de 19 de septiembre de 2006, fto. Jco. 1º (EDJ 2006/28091) recuerda que «la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporte a los autos, sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a las preguntas u objeciones de las partes y del Tribunal (art. 347 LEC)».

107 La intervención del perito en el acto del juicio fue el tema de una mesa redonda que tuvo lugar el 25 de enero de 2010 en la Facultad de Derecho ESADE, coorganizada por el Instituto de Probática y Derecho Probatorio y l'Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses. Puede verse un resumen en: http://www.esade.edu/portal/pls/portal/docs/1/14486347.PDF.

108 Martín Sabater, A., *La prueba en el sistema anglosajón,* Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio nº 4, Diario La ley número 7564, de 8 de febrero de 2011, p.12.

En nuestro sistema procesal, la preparación de la declaración del testigo se confía al letrado que lo presenta en el acto del juico o de la vista, y probablemente dado que es una prueba de libre valoración (art. 376 LEC) y que a menudo se presenta como prueba de «refuerzo» no suele existir un gran cultura de inversión de esfuerzos en esta materia, acaso por una cierta inercia histórica, que se arrastra por la vigencia centenaria de la LEC de 1881, que el juez suele dar poco crédito a dicho medio de prueba, entre otras razones porque tampoco acostumbraba a practicarse con inmediación.

e) Reconocimiento judicial. En el reconocimiento judicial el juez no se limita a practicar la prueba, sino que el mismo realiza la prueba[109], siendo, a la vez, protagonista y destinatario de la prueba. Aun cuando tradicionalmente se asociado el reconocimiento a cuestiones territoriales (ej. servidumbre, acciones de deslinde, acción reivindicatoria), puede revitalizarse por el empleo, cada vez más masivo, de las nuevas tecnologías y redes sociales de comunicación, mediante lo que se ha dado en llamar cibernavegación (ej. reconocimiento por el juez de una página web o de un e-mail)[110].

En orden a la preparación de la prueba puede resultar útil no solamente presentar los extremos objeto del reconocimiento de forma clara y precisa, sino el previo examen por el letrado del lugar, el objeto o la persona que debe ser posteriormente examinada por el juez. Siendo una prueba asistida, debe ponderarse su solicitud conjunta con la prueba pericial (art. 356 LEC) o con los interrogatorios de testigos y de las partes (art. 357 LEC), pudiendo configurarse casi como una suerte de reconstrucción de hechos[111].

4.1.4. Intervención del letrado durante la práctica de la prueba

La labor del letrado no se agota con la presentación de los medios de prueba, sino que puede tener una intervención activa durante su práctica, que pasamos a sintetizar en cada uno de ellos.

Con respecto a los interrogatorios (de las partes y de testigos) y siendo una prueba esencialmente oral (arts. 302 y 368 LEC, respectivamente) se ofrece al letrado la posibilidad de modular sus preguntas a la vista de las respuestas que ofrezca el interrogado, y a la vez, a la vista de las preguntas y respuestas que formule el letrado de la adversa.

El letrado adquiere la habilidad en el interrogatorio a través de su ejercicio profesional, pudiéndose ofrecer sucintas orientaciones de carácter general, tales como la previa

109 Villagómez Cebrián, M., *La prueba. Los recursos,* en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p.91.

110 Alonso-Cuevillas, J., *Internet y prueba civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, p.1084.

111 En este sentido Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 357*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros, Rifa-Soler, Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2001, p.1663.

preparación de un «listado» de preguntas recabando la mayor información posible del propio cliente y otros intervinientes, la formulación inicial de unas preguntas que ayuden a contextualizar el interrogatorio y permitan adquirir la confianza del sujeto interrogado, la atención a las respuestas que ofrece el interrogado para advertir nuevas líneas de interrogatorio inicialmente no previstas, el firme propósito aclaratorio cuando el testigo responda con evasivas, la formulación de preguntas abiertas –actualmente ya previstas para el interrogatorio de testigos tras la reforma del art. 368 LEC por Ley 13/2009[112]– que ensanchan el espectro de la respuesta del interrogado, la puesta de manifiesto de eventuales contradicciones en la declaración. Y todo ello, siempre que sea posible, acompañado de una cierta dosis de «psicología del testigo».

Con respecto a los documentos, debe tenerse presente la facultad de impugnar la autenticidad de los documentos presentados de adverso (art. 427.1 LEC), impugnación que se circunscribe a la autenticidad del documento, entendida como pertenencia a su autor[113]. La prueba documental no tiene *strictu sensu* una fase de práctica, pues su presentación y aportación agota su práctica[114], por lo que la labor del letrado se centra en la fase de preparación (selección de documentos fundamentales y aportación temporánea) y en la fase de valoración (acreditación de los hechos controvertidos mediante el informe oral en la fase de conclusiones).

Ello no obstante, no puede obviarse la importancia de la aportación de los llamados «documentos de refutación», esto es, documentos dirigidos a refutar las alegaciones relativas al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones formuladas por los demandados en la contestación a la demanda[115].

Con respecto a los dictámenes periciales, sean a instancia de parte o de designación judicial, el legislador contempla con gran amplitud la intervención del perito en el acto del juicio (art. 347 LEC), pudiendo ser útil y conveniente que letrado y perito de parte, una vez incorporados todos los dictámenes, preparen tal intervención, a la vista que la prueba

112 La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial ha dado nueva redacción al apartado primero del art. 368 LEC, relativo al contenido y admisibilidad de las preguntas del interrogatorio de testigos, suprimiendo la exigencia legal del «sentido afirmativo» en la formulación de las preguntas, que figuraba en la redacción inicial de dicho precepto en la LEC de 2000. Las preguntas abiertas, a diferencia de las afirmativas, permiten ensanchar el espectro de conocimiento y respuesta del sujeto interrogado.

113 Tal como razona la SAP Barcelona, secc. 1ª, de 23 de marzo de 2004, fto.jco. 3º (EDJ 2004/13419) «la finalidad de la impugnación es evitar el libramiento de despachos para la adveración de documentos públicos (mandamientos) y privados (arts. 267, 268, 318 y 325 LEC) que consten por copia simple y ahorrar las testificales respecto a aquellos documentos elaborados por empresas, compañías de suministros y, en general, terceros ajenos al pleito (arts. 268 y 381 LEC)».

114 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.305.

115 SAP Badajoz, secc. 3ª, de 17 de marzo de 2004, fto. Jco. 2º (JUR 2004\113053) y SSTS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 1996, fto.jco. 3º (RJ 1996\2179) y de 9 de marzo de 1994, fto. jco. 1º (RJ 1994\2205).

pericial comprende no solamente la aportación del dictamen pericial sino la intervención del perito en el acto del juicio.

La intervención del letrado en el acto de contradicción del dictamen pericial puede dirigirse, entre otros extremos, a impugnar la falta de cualificación profesional del perito, evidenciar la concurrencia de algún motivo de tacha que devalúe su credibilidad, la aportación de conclusiones jurídicas competencia exclusiva del juzgador, la debilidad de los métodos que sustentan el examen, la ausencia de un examen previo de los objetos sobre los que informa, la lejanía sobre los hechos informados, la eventual contradicción entre las conclusiones expuestas en el informe escrito y las manifestaciones efectuada en el acto del juicio o de la vista.

No puede obviarse que, cada vez con mayor frecuencia y en determinado tipo de pericias (de la que es ejemplo paradigmático la pericia en materia de vicos de la construcción), se admite el denominado «careo de peritos», que consiste en la posibilidad de someter a contradicción simultáneamente la declaración de varios peritos, y permite al letrado recabar sobre determinados extremos el parecer de distintos peritos y evidenciar las coincidencias o discrepancias entre los mismos, todo ello facilitado por la oralidad. La LEC no prevé expresamente esta posibilidad[116], pues solo contempla la «crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte adversa» – art. 347.1.5º LEC–, pero el enfrentamiento dialéctico entre peritos facilita el ejercicio de la sana crítica judicial, y ya el derogado art. 629 LEC 1881 admitía que «si estuvieren en discordia [los tres peritos], se pondrán por separado tantas declaraciones o dictámenes cuantos sean los pareceres».

Con respecto al reconocimiento judicial, la intervención del letrado, prevista con carácter general en el art. 354.2 LEC, puede ser decisiva, pues una vez el juez haya examinado por sí mismo el lugar, el objeto o la persona, el letrado puede poner de manifiesto los extremos que figuraban en la proposición de la prueba y fueron admitidos por el juez y, sin embargo, han pasado desapercibidos en el examen judicial[117]. Esa intervención no podrá alcanzar la posibilidad de formular al juez preguntas o solicitar aclaraciones sobre el modo cómo observa un determinado lugar, un objeto o una persona[118].

El acta de reconocimiento judicial debe ser firmada por todos los asistentes, pudiendo el letrado formular su protesta si el juez ha omitido extremos admitidos o si el juez transcribe no solo sus percepciones y apreciaciones (art. 358 LEC), sino también sus valoraciones, que son propias de la sentencia.

---

116 Así lo pone de manifiesto, para no admitir el careo entre peritos RIBELLES ARELLANO, J.Mª, *La prueba,* en «La ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia», Alegret Burgués, Mª E y López López, E. (dirs), Estudios de Derecho Judicial, núm. 44/2003, CGPJ, Madrid, 2004, p.358. De modo distinto, la SAP A Coruña, secc. 4ª, de 14 de junio de 2005, fto. Jco. 3º (EDJ 2005/216110) parece admitir el careo entre peritos.

117 En el mismo sentido, LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.188.

118 Así se pronuncia SOLÉ RIERA, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en rev. Justicia, año 2001, p.58.

4.1.5. Las conclusiones

Las conclusiones permiten una valoración oral e instantánea de las pruebas que se han practicado en el mismo acto del juicio[119]. El letrado debe seleccionar los hechos relevantes, enjuiciar *prima facie* los hechos controvertidos, y exponer todo ello oral y públicamente. Aun cuando las conclusiones se dirigen al juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional, a menudo se formulan en presencia del cliente del letrado, a quien éste permanece vinculado en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales.

Las conclusiones no pueden convertirse en resumen de la fase de alegaciones, sea las propias o las de adverso, ni en una disertación sobre la jurisprudencia aplicable al caso, ya expuesta en su caso en los escritos de alegaciones, sin perjuicio que se pueda citar alguna resolución idéntica o novedosa sobre la materia objeto de enjuiciamiento. Las conclusiones deben poner de manifiesto, a partir de la declaración de hechos controvertidos, qué hechos han resultado probados y a partir de qué medios de pruebas, analizando tanto la prueba propuesta por la propia parte como la de adverso.

La regulación legal es detallista, señalando que debe efectuarse un resumen de las pruebas –principiando por los hechos aducidos por cada parte en apoyo de su pretensión y siguiendo por los hechos aducidos de contrario–, de argumentos jurídicos y de la petición (art. 433, 2 y 3 LEC). Una alternativa puede ser partir de los hechos que han quedado fijados en la audiencia previa, y a partir de cada uno de ellos analizar el resultado de los distintos medios de prueba practicados en el juicio. Este análisis comprenderá la valoración de cada medio de prueba individualmente considerado y su relación con los demás medios de prueba.

Como aspectos valorativos, a tener en cuenta en la formulación de las conclusiones, y sin ánimo exhaustivo, apuntamos los siguientes: a) con respecto al interrogatorio de las partes, la existencia de un hecho perjudicial, reconocido por la parte y no contradicho por ningún otro medio de prueba (art. 316.1 LEC), conforme a la máxima universal de la *contra se pronuntiatio*, y particularmente cuando el proceso versa sobre temas de carácter patrimonial[120]; b) con respecto al interrogatorio de testigos, y atendiendo a la razón de ciencia, circunstancias personales concurrentes y, en su caso, las tachas y su resultado (art. 376 LEC), la claridad y precisión de las respuestas, la ausencia de contradicciones en la declaración y la proximidad con los hechos[121]; c) con respecto a los documentos, su fuerza probatoria plena en cuanto a la existencia del hecho documentado, intervinientes y fecha, cuando aparecen recogidos en documentos públicos (art. 319.1 LEC) o en privados no impugnados (art. 326.1 LEC); d) con respecto a los dictámenes periciales, y amén

119 Lo cual no impide, como apunta precavidamente Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.II, ob.cit., p.1344, que el letrado pueda tener preparadas las líneas maestras de las conclusiones para evitar la improvisación.

120 En este sentido, Jiménez Conde, F., *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, ob. cit., pp. 62 y 167.

121 La SAP Valencia, secc. 6ª, de 25 de julio de 2008, fto.jco.4º (La Ley 325866/2008) recoge un exhaustivo catálogo de factores de ponderación para apreciar la credibilidad de un testigo.

de los ya apuntados al analizar la intervención del letrado en el acto de la contradicción, la extralimitación del perito respecto de los extremos del dictamen pericial, la imposibilidad de intervención en las operaciones periciales, la concurrencia de varios dictámenes discrepantes entre sí, la revisión de las máximas de experiencia aportadas por el perito; e) con respecto al reconocimiento judicial, la claridad de las percepciones y apreciaciones del juzgador en el acta de reconocimiento judicial o, en su caso, en el instrumento técnico utilizado para la grabación.

Se permite la intervención del tribunal, en el caso de que no se considere suficiente ilustrado sobre las conclusiones, requiriendo explicaciones de las partes (art. 433.4 LEC), siquiera se trata de una herramienta de la que raras veces se hace uso.

Una dificultad añadida presentan las conclusiones en aquellos supuestos en los que, por su complejidad, el acto de juicio se ha desarrollado en varias sesiones sucesivas en el tiempo. En tal supuesto, tal vez fuera preferible que, por mutuo acuerdo de las partes, las conclusiones pudieran diferirse en el tiempo o presentarse por escrito[122].

4.2. El juez

4.2.1. Su relación con los hechos

El juez conoce los hechos –o, más precisamente, la versión de los hechos que le han ofrecido los letrados a través de los escritos de alegaciones– y desconoce por completo las fuentes de prueba, en cuanto no es misión del juez indagar las fuentes de prueba, sino que su deber se circunscribe a admitir o denegar los medios de prueba. En esta línea ha insistido Muñoz Sabaté señalando que el letrado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con los hechos, y el juez en una relación de extrañamiento[123].

Desde otra perspectiva, también cabe referir que el letrado se encuentra en una situación de parcialidad frente a los hechos, mientras que el juez se encuentra en una situación de imparcialidad. El objetivo del letrado es vencer el juicio, puesto que la relación con su cliente (la parte) se instrumentaliza a través de un arrendamiento de servicios profesionales, orientado a la satisfacción de los intereses privados de su patrocinado, mientras que el deber del juez es resolver la controversia reconstruyendo la pequeña historia del proceso, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional y depositario de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

122 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», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, p.575, se muestra reacia a sustituir el trámite oral por la presentación escrita de conclusiones, pero admite «una interrupción de la vista durante el tiempo imprescindible para que los letrados puedan ordenar el material probatorio y preparar sus conclusiones».

123 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.239.

Se ha firmado acertadamente que los letrados «tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenza a su cliente, con independencia de la verdad»[124]. Muy distinta es la posición del juez, pues prescindiendo del debate sobre si la finalidad del proceso es alcanzar la verdad o la convicción judicial, lo cierto es que el juez únicamente puede centrar su misión en resolver qué hechos han quedado probados y a partir de qué medios de prueba, y sobre la base de la prueba practicada, tener por acreditada la versión de los hechos del actor o, en su caso, del demandado. Su fin, por tanto, es reconstruir la pequeña historia del proceso.

4.2.2. El juicio sobre la admisión de los medios de prueba

Si al letrado corresponde la averiguación y aportación de las fuentes de prueba, al juez le corresponde introducir (admitir) y valorar las fuentes de prueba aportados por las partes a través de los medios de prueba. La actividad probatoria del juez es, por ende, de incorporación o rechazo de los medios de a través del juicio de admisión y, posteriormente, de la valoración de los medios. Desde esta perspectiva, puede compartirse la afirmación de Couture al señalar que el juez «es el intermediario obligado en todo procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin participación del magistrado[125]».

Un análisis del juicio sobre la admisión de los medios de prueba exige referirse a su naturaleza jurídica –la de un deber judicial–, los presupuestos de su ejercicio –la fijación de los hechos controvertidos y la proposición de prueba–, los parámetros legales de admisión –pertinencia, utilidad y licitud– los caracteres de la resolución judicial –oral, individualizada, motivada, expresa y recurrible–, el alcance de la máxime *pro probatione* y, finalmente, el juicio sobre la ilicitud de la prueba.

La proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes, mientras el juicio sobre la admisión constituye un deber del juez, en el sentido que éste inexcusablemente debe pronunciarse sobre cada uno de los medios de prueba propuestos (art. 285.1 LEC), para admitirlos o denegarlos, sin que pueda omitir su resolución o diferirla a un momento posterior[126].

---

124 Taruffo, M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en «La Prueba», ed. Marcial Pons, 2008, p.179.

125 Couture, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 4ª ed., edit. Bdef. Montevideo-Buenos Aires, 2004, p.206.

126 La STC de 23 de junio de 1997, fto. jco.4º (EDJ 1997/4019) ilustra la tensión entre la carga de las partes y el deber judicial en los siguientes términos: «desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, […]. Aquí se plantea una vez más la tensión dialéctica entre la independencia del Poder Judicial, titu-

La admisión de los medios de prueba requiere la previa posición de los medios de prueba y la fijación de los hechos controvertidos. Sin la previa proposición de los medios de prueba, y a salvo de los supuestos de prueba de oficio, el juez no puede emitir su juicio de admisión o inadmisión de prueba. La fijación de los hechos se traduce en la dispensa de prueba de los hechos «sobre los que exista conformidad de las partes» (art. 281.3 LEC) y en la fijación de los controvertidos como una función específica –llamada por Alonso-Cuevillas «función sub-concretora» de la audiencia previa[127]– y como precedente inmediato y necesario de la proposición de los medios de prueba.

Los parámetros o criterios legales de admisión de prueba se traducen la pertinencia, utilidad y legalidad. Pertinencia, referida a la relación entre los medios de prueba propuestos y el objeto de la prueba. Utilidad, referida a la idoneidad del medio propuesto para acreditar el hecho discutido. Y legalidad, en cuanto observancia de las normas procesales –básicamente de forma y plazo– de proposición de prueba.

La decisión judicial admitiendo o denegando los medios de prueba propuestos se expresa mediante una resolución oral (en la misma audiencia previa o vista, sin posibilidad de diferirla en el tiempo), individualizada (sobre todos y cada uno de los medios propuestos), motivada (particularmente cuando se trate de una inadmisión, razonando someramente los motivos de la impertinencia o la inutilidad), expresa (no sometida a condición) y recurrible (en reposición, cuando menos respecto al juicio ordinario, por mor del art. 285.2 LEC).

Resulta conveniente atender a la máxima *pro probatione* e incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que en su denegación[128]. Ahora bien, el recurso a la máxima *pro probatione* no es automático, sino que exigirá la previa fijación de los hechos controvertidos –pues sobre los hechos admitidos hay dispensa prueba (art. 281.3 LEC)–, la inexistencia de dudas sobre la admisión o inadmisión –pues existen supuestos que ofrecen pocas dudas– y la concurrencia de un *dubio*, entendido como una duda razonable sobre los criterios de pertinencia, utilidad o legalidad.

El juicio sobre la ilicitud de la prueba es el procedimiento adecuado para evitar la práctica de una prueba admitida y que puede infringir derechos fundamentales. El legislador ha optado por un incidente particular de ilicitud sobre la prueba ya admitida, en el que salvando la contradicción, de singular importancia para la parte de la prueba supuestamente ilícita, recaiga una resolución *ad hoc*, con anterioridad a la práctica de la prueba, y susceptible de un recurso de interposición, substanciación y resolución en el mismo acto del juicio (art. 287.2 LEC).

---

lar de la función jurisdiccional y la salvaguarda de las garantías constitucionales que nos corresponde, tal y como se diseña en el art. 123 CE».

127 Alonso-Cuevillas, J., *La audiencia previa al juicio*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol. II, Barcelona, 2000, p.166.

128 Entre otras, pueden verse, SSTC de 20 de febrero de 1986, fto. jco. 8º (EDJ 1986/30) y de 30 de octubre de 1991, fto. jco.3º (EDJ 1991/10314).

4.2.3. Facultades judiciales durante la práctica de la prueba

La vigencia del principio de aportación de parte, y la carga de introducción de los hechos por las partes, no impide que el juez goce de algunas facultades en relación con la práctica de las pruebas. A continuación ofrecemos una síntesis de las facultades más destacadas con respecto a cada medio de prueba[129].

a) Interrogatorio de las partes y de testigos: El juez no solo tiene el deber de controlar la admisibilidad de las preguntas en el interrogatorio de las partes y de testigos (arts. 302.2. y 368.2 LEC), sino y entre otras, la de advertir sobre una eventual *ficta admissio* en caso de negativa a responder o respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307.2 LEC), así como particularmente la solicitud de aclaraciones y adiciones a las partes y los testigos (art. 306.1, II y 372.2 LEC). Puede también acordar de oficio el careo de testigos, ante la existencia de graves contradicciones entre los testigos (art. 373.1 LEC), y también acordar de oficio careos entre testigos y partes (art. 373.2 LEC)

b) Documentos: El juez tiene el deber de inadmitir los documentos aportados extemporáneamente (art. 272 LEC), mediante la devolución a la parte del documento extemporáneamente presentado, y tiene también la facultad de requerir documentos en poder de las partes (art. 329.2 LEC), de terceros (art. 330.1 LEC) o de entidades oficiales (art. 332 LEC). También se le reconoce la facultad de valorar la negativa a la exhibición documental (art. 329.1 LEC) y de determinar el lugar de examen de los libros de los comerciantes (art. 327 LEC).

c) Prueba pericial: Prescindiendo de la facultad de de designar peritos de oficio en los procesos especiales no dispositivos (art. 339.5 LEC), la LEC confiere al juez la facultad de designación de peritos en tres supuestos: 1º) Si una de las partes fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1 LEC); 2º) Si alguna de las partes (o ambas) lo hubieran solicitado en sus escritos de alegaciones iniciales y el juez lo reputa pertinente y necesario (art. 339.2 LEC); 3º) Si media la solicitud de las partes a consecuencia de alegaciones o pretensiones de la audiencia previa y el juez lo reputa pertinente y útil (art. 339.3 LEC). También se atribuye al juez la facultad de citar al perito para el acto del juicio o de la vista, tanto si se trata de un perito de parte (art. 338.2 LEC), cuanto si se trata de un perito de designación judicial (art. 346 LEC), así como formule preguntas y requerir explicaciones del perito (art. 347.2 LEC). Lo que resultado vedado al juez es la ampliación del dictamen pericial a extremos no propuestos por las partes, salvo que se trate de peritos designados de oficio en procesos no dispositivos (arts. 347.2 y 339.5 LEC).

d) Reconocimiento judicial. Muy variadas son las facultades judiciales, pues se le reconocen facultades de ejecución (adopción de medidas necesarias para lograr la

129 Con mayor amplitud y detalle puede verse mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 361 y ss.

efectividad del reconocimiento –art. 345.1 LEC); de audiencia (oír observaciones o declaraciones de las partes, los abogados o procuradores del reconocimiento –art. 354.4 LEC–); de exclusión de publicidad o determinación del lugar (la práctica del reconocimiento a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal en el reconocimiento de personas –art. 355.1 LEC–); de acumulación con otros medios de prueba (práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial –art. 356.1 LEC–). También se le reconoce la facultad de determinar la amplitud del reconocimiento (art. 353.2 LEC) y acordar de oficio la declaración de prácticos (art. 354.3 LEC).

4.2.4. La construcción de la decisión judicial

No pretendemos abordar el inagotable tema de la construcción de la decisión judicial, pero si algunos aspectos puntuales, como son:

a) La deseable correspondencia entre la fijación de hechos controvertidos y la estructura de la sentencia. La fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 428.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC) ofrece indudables ventajas no solamente para facilitar el juicio de admisión de las pruebas, sino también para el dictado de la sentencia, en la medida que el listado de hechos controvertidos puede servir de pauta para estructurar la fundamentación jurídica de la sentencia[130]. La correcta fijación de los hechos controvertidos permite distinguir entre hechos admitidos y hechos controvertidos, y la individualización de éstos últimos puede contribuir a la mayor claridad de la estructura de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

b) La primacía de la motivación fáctica de la sentencia. Es opinión extendida que la sentencia debe contener una buena motivación jurídica, y siendo ello cierto, no es menos cierto, cuando menos respecto a las sentencias de primera instancia, que lo decisivo es la motivación del juicio de hecho, esto es, de los concretos hechos que han resultado probados, en la medida que cada sentencia es la respuesta a un conflicto determinado, y ese conflicto aparece singularizado por los hechos introducidos por los letrados a través de sus escritos de alegaciones.

c) La distinción entre interpretar y valorar. En la apreciación de las prueba cabe distinguir la doble operación de «interpretar» y de «valorar»[131]. Se afirma que «interpretar» una prueba significa fijar su resultado, esto es, qué ha dicho el testigo, cuáles

130 Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», ob.cit., pp. 80-82.

131 Esta distinción fue elaborada por Calamandrei, P., *La génesis lógica de la sentencia*, y puede consultarse en Sentís Melendo, S., en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1945, p. 379, y más recientemente en Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp. 421-424.

son las máximas de experiencia que aporta el perito o cuál es el contenido de un documento, por citar algunos ejemplos. Mientras que «valorar» una prueba significa otorgar la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración –tasado o libre– establecido por el legislador.

d) La configuración de las reglas de la sana crítica como sistema de libre valoración motivada. La LEC ha optado por un sistema de libre valoración de la prueba, pues salvo preceptos aislados – interrogatorio de las partes (art. 316.1 LEC) y documentos (arts. 319.1 y 326.1 LEC)– existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica –interrogatorio de las partes (art. 316.2 LEC), prueba pericial (art. 348 LEC), interrogatorio de testigos (art. 376 LEC), instrumentos de grabación, filmación y semejantes (art. 382.3 LEC)–. La sana crítica no significa arbitrariedad o discrecionalidad, sino que es un sistema de libre valoración motivada. Más bien la sana crítica –que en clásica formulación de Guasp son «los criterios normativos que sirven al hombre normal para emitir juicios de valor»[132]– es el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial. Y, en palabras de Prieto Castro, son «las reglas del buen sentido, de la lógica y de las experiencias de la vida»[133].

e) La necesidad de un relato de hechos probados en la sentencia civil. A diferencia del proceso penal (art. 142.2 Lecrm) y del proceso laboral (art. 97.2 LJS), en el proceso civil no se exige un relato separado de hechos probados (art. 209.2 LEC), pero sí que se exige que la sentencia exprese con claridad qué hechos han quedado probados y en virtud de qué medios de prueba, esto es, la motivación del juicio de hecho de la sentencia, que se recogerá en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin necesidad expresa que lo sea en un fundamento jurídico aislado[134].

Bibliografía

AAVV. *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Reformas del Proceso Civil», CGPJ, Madrid, 1998; Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005; *–Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en «Libro homenaje al Profesor Dr. Eduardo Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 959-981; *–La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en «Revista del Poder Judicial», núm.69, 2003, pp.

132 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, vol. 1º, 2ª parte, M.Aguilar, editor, Madrid, 1947, p.647.

133 Prieto-CAstro y Ferrándiz, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.152.

134 Villarino Moure, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, en «Objeto y carga de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 438-439.

335-372; Aguilera Rodríguez, C., *La sentencia*, ed. Bosch, Barcelona,1974; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Carnelutti, F. *La Prueba Civil*, 2ª ed., EJEA, ed. Desalma, Buenos Aires, 2000; Corbal Fernández, J.E., *La adquisición de la prueba y la carga procesal*, en «La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 147-237; Couture, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 4ª ed., edit. Bdef. Montevideo-Buenos Aires, 2004; Chiovenda, G., *Principios de Derecho Procesal Civil,* t.II, ed. Reus, Madrid, 2000; De la Oliva Santos, A. (con Díez-Picazo, Giménez, I.), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000; De Urbano Castrillo, E., *El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, en «Derechos procesales fundamentales», Manuales de Formación continuada núm. 22/2004, Gutiérrez-Alvi, F. y López López, E. (coords.), CGPJ, Madrid, 2005, pp. 547-585; –con Magro Servert, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003; Díez-Picazo, L. Mª, *Sistema de derechos fundamentales*, 1ª ed., ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003; Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ed. La Ley, Madrid, 2006; Ferrer Beltrán, J., *Prueba y Verdad en el derecho*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002; Garau Sobrino, F.J., *La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista General del Derecho, año LVII, núm. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004; Garcimartín Montero, R., *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*, 1º, ed., ed. Cedecs, Barcelona, 1997; Gómez de Liaño, F., *De la metodología de las sentencias a la selección de jueces,* en «Realismo jurídico y experiencia procesal», Serra Domínguez, M. (Liber amicorum), ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 639-653; Jiménez Conde, F., *La apreciación conjunta de las pruebas*, en «Escritos en homenaje al Profesor Prieto-Castro», t.II, Editora Nacional, Madrid, 1979; López Fragoso, T. *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en «rev». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.487, de 24 de mayo de 2001, pp. 1-6; López Yagüez, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005; Martín Sabater, A., *La prueba en el sistema anglosajón,* Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, nº 4, Diario La ley número 7564, de 8 de febrero de 2011; Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2000; Montero Aroca, J., *El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria* en la obra «Proceso civil e ideología», coordinada por el propio Montero Aroca, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 129-165; –*La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2002; Muñoz Sabaté, LL., *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2009; –*Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial*, en Diario la Ley, núm.7128, de 5 de marzo, 2009; *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001; –*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999; Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010; Oller Sala, Mª D., *Las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho a la prueba. Comentario a la STC 136/2007, de 4 de junio*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm.5, Diario La Ley, núm. 7667, de 6 de julio de 2011, pp. 24-25; Ormázabal

Sánchez, G., *Informática y Prueba judicial. Especial consideración de la firma electrónica*, texto inédito y conferencia pronunciada el día 8 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de Esade (Barcelona); Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M.Bosch, 2012, pp. 177-184; *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, en «Práctica del derecho extranjero», ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 17-42; *El principio de adquisición procesal en materia probatoria,* en rev. La Ley, núm.6404, de 20 de enero de 2006, pp. 1-6; –*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en la obra «Proceso civil e ideología», Montero Aroca, J. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 109-127; –*El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 27-68; –*El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2003, pp. 877-917; –*El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996; Prieto-Castro Ferrándiz, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed, ed. Tecnos, Madrid, 1989; Rosemberg, L., *La carga de la prueba*, 2ª ed. en castellano, editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002; Sainz Robles, C. y Albacar López, J. L., *El derecho a la prueba*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983; Sentís Melendo, S., *La prueba,* EJEA, Buenos Aires, 1947; Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002; Serra Domínguez, M., *Prólogo*, en «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil», ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 15-17; –*La Preveu dans le Procès Civil Espagnol*, en «Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne», Lebre de Freitas, J.M. (editor), Kluwer Law International, The Netherlands, 2004; –*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t.XVI, vol. II, 2ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pp. 1-44 y 606-795; –*Contribución al estudio de la prueba*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Ariel, Barcelona, 1969; Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990; Taruffo, M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en «La Prueba», ed. Marcial Pons, 2008, pp. 159-183; –*La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002; Villarino Moure, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 419-443.

CAPÍTULO II

El objeto de la prueba

1. Introducción. 2. El hecho como objeto de prueba. 2.1. El hecho desde la perspectiva del Derecho Probatorio. 2.2. La admisión de los hechos. 2.3. Los hechos controvertidos. 2.4. Los hechos exentos de prueba. 2.4.1. Los hechos no controvertidos. 2.4.2. Los hechos notorios. 2.4.3. Los hechos declarados probados en otro proceso. 2.5. Los hechos favorecidos por una presunción. 3. El derecho como objeto de prueba. 3.1. El derecho desde la perspectiva del Derecho Probatorio. 3.2. La prueba del derecho extranjero. 3.2.1. ¿Debe alegarse?. 3.2.2. ¿Debe probarse?. 3.2.3. ¿Quién debe probarlo? 3.2.4. ¿Con qué medios de averiguación? 3.2.5. ¿Qué consecuencias se derivan de la falta de prueba? 3.3. La prueba de la costumbre. 3.3.1. ¿Debe alegare? 3.3.2. ¿Debe probarse? 3.3.3. ¿Quién debe probarla? 3.3.4. ¿Con qué medios de averiguación? 3.3.5. ¿Qué consecuencias se derivan de la falta de prueba? 3.4. La prueba del derecho estatutario. 4. Las máximas de experiencia como objeto de prueba. 4.1. Concepto y función. 4.2. Tratamiento procesal a efectos probatorios. Bibliografía.

1. Introducción

Dogmáticamente se ha distinguido entre el objeto y el tema de prueba[135]. La pregunta por el objeto de prueba responde al interrogante de qué es posible probar en abstracto. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, podemos anticipar que son objeto de prueba los hechos –o, con mayor precisión, las afirmaciones sobre los hechos–, el derecho, y las máximas de experiencia.

El tema de prueba (*thema probandi*) responde al interrogante de qué hechos deben ser probados en un proceso concreto, esto es, lo que debe probarse y lo que está exento de prueba en cada proceso concreto. Sin perjuicio de ulterior matización, también anticipamos que deberán probarse los hechos controvertidos, esto es, los hechos que afirmados por una parte no son admitidos por la contraria, y estarán exentos de prueba los hechos sobre los que exista conformidad entre las partes, esto es, los hechos que afirmados por una parte son admitidos, expresa o tácitamente, por la adversa, salvo en los procesos no dispositivos en los que la conformidad de las partes no vincula al tribunal. También están exentos de prueba los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

135 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 67 y 68; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 123-141.

El tratamiento procesal de los hechos, el derecho y las máximas de experiencia, será analizado separadamente porque la posición del Juez con respecto a las normas jurídicas (*iura novit curia*) no es la misma que con respecto a los hechos, que deben ser introducidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. De ahí que las previsiones sobre la carga de la alegación y de la prueba varíen en función de que el objeto de la prueba verse sobre hechos o normas jurídicas.

El objeto de la prueba aparece regulado en el artículo 281 LEC, que contiene una cláusula general referida a los hechos (art. 281.1 LEC); una cláusula particular referida a las normas jurídicas, en la que se regula, por vez primera en un texto procesal civil, la prueba del derecho extranjero y de la costumbre (art. 281.2 LEC); una dispensa absoluta de prueba, referida a los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (art. 281. 3 LEC); y una dispensa relativa de prueba, referida a los hechos notorios, siempre que la notoriedad sea absoluta y general (art. 281. 4 LEC).

Además del artículo 281 LEC, deberemos tener en cuenta los hechos favorecidos por una presunción (art. 385 LEC), esto es, las llamadas presunciones legales, que dispensan de la prueba del hecho presumido, pero no exoneran la prueba del hecho base; y las máximas de experiencia como objeto de prueba que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos –ej. art. 115, II Codice di Procedura civile– no tienen una regulación legal específica en la LEC.

2. El hecho como objeto de prueba

2.1. El hecho desde la perspectiva del Derecho Probatorio

El Derecho Probatorio contempla el hecho con gran amplitud. Siguiendo a Devis Echandía dentro de la categoría de los hechos se comprenden[136]:

a) Todo lo que puede calificarse como conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias de tiempo y lugar.

   Así, por ejemplo, podrá ser objeto de prueba una manifestación de voluntad (un contrato); un acto civilmente ilícito generador de culpa extracontractual; un comportamiento (un acto propio); la intención de una persona (simulación, dolo, etc.).

b) Todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que no interviene la voluntad humana.

136 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t.I, 5ª ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981, pp. 150 y ss.

Así, por ejemplo, podrá ser objeto de prueba un rayo, un terremoto, una inundación a los efectos de demostración de un caso fortuito o una fuerza mayor.

c) Las cosas u objetos materiales y los lugares, es decir, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana.

Así, por ejemplo, podrá ser objeto de prueba una finca a los efectos de una acción reivindicatoria; el vehículo dañado a los efectos de una indemnización por culpa; un documento a los efectos de un testamento ológrafo; unas grietas a los efectos de una acción fundada en vicios de la construcción.

d) La propia persona humana, en cuanto realidad material, puede ser objeto de prueba, tanto en lo que se refiere a su misma existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades.

Así, por ejemplo, podrá ser objeto de prueba la capacidad mental de una persona a los efectos de la impugnación de un testamento o las lesiones a los efectos de una indemnización por accidente de circulación.

e) Los estados psíquicos o internos del hombre, pues aunque no tengan materialidad en sí mismos, si tienen entidad propia, y como el derecho objetivo los contempla a veces en tanto que presupuestos de consecuencias jurídicas.

Así, por ejemplo, podrán ser objeto de prueba la voluntad de donar a los efectos de una simulación contractual.

La prueba recae no sobre los hechos, sino sobre las afirmaciones de los hechos, pues los «hechos se han producido de una u otra forma, son invariables y, por consiguiente, no requieren 'prueba'»[137]. Otros autores eluden la polémica doctrinal sobre si la prueba recae sobre los hechos o sobre las afirmaciones de los hechos sosteniendo que la prueba versa sobre los hechos en cuanto afirmados de las partes[138] o las afirmaciones en cuanto contienen hechos[139].

Con agudeza Muñoz Sabaté distingue entre el objeto de la investigación – que es el hecho– y el objeto de la prueba –que es la afirmación sobre el hecho–[140]. Ambos (el

137 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.XVI, vol. 2º, 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, p.36. En el mismo sentido Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p.102, para quien «Los hechos se investigan a través de una hipótesis o de una mera sospecha, pero una vez hallados no se exponen en el proceso como un capitel etrusco se exhibe en un museo, sino que procesalmente se transmutan en afirmaciones».

138 Stein, F., *El conocimiento privado del juez,* 2ª ed., ed. Temis, 1999, p.10, quien nos recuerda que el juez solo se enfrenta directamente con los hechos en el reconocimiento judicial, pues en los demás casos se le presentan como afirmaciones de las partes o de terceros.

139 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p.16.

140 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.102.

hecho y la afirmación sobre el hecho) interesan al Derecho Probatorio, pero desde perspectivas diferentes, aun cuando complementarias y sucesivas en el tiempo. El hecho interesa al Derecho Probatorio en un estadio preprocesal, en cuanto realidad extraprocesal, que deberá ser «investigada» normalmente por el letrado para ser introducida en el proceso[141], y a cuyo servicio está la Probática, como ciencia o arte para la verificación de los hechos extraprocesales[142]. Y la afirmación sobre el hecho interesa al Derecho Probatorio en un estadio procesal, en cuanto realidad procesal, que deberá ser «probada» en el curso de un proceso y conforme a unas normas de procedimiento que disciplinan la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba. El hecho se «investiga» para ser introducido en el proceso y permitir reconstruir la historia de lo sucedido fuera del proceso. La afirmación sobre el hecho debe «ser probada» para lograr la convicción judicial acerca de la respectiva pretensión (del actor) o resistencia (del demandado).

En ese estadio preprocesal lo fundamental es que el hecho «investigado» no haya sido obtenido con violación de derechos fundamentales, pues el hecho así obtenido podrá eventualmente ser calificado de ilícito, y el ordenamiento jurídico le priva de eficacia probatoria (arts. 287 LEC y 11 LOPJ). Y en el estadio procesal lo fundamental es que la afirmación sobre el hecho «objeto de prueba» sea introducida conforme a unas exigencias de tiempo (escritos de alegaciones –arts. 399 y 405 LEC– o, en su caso, escritos de ampliación de hechos –arts. 286 y 426.4 LEC–) y de forma (claridad, orden y precisión para facilitar su admisión o negación por la parte contraria –arts.399.3 y 405.2 LEC).

El juego dialéctico del proceso y las respectivas cargas y facultades de las partes y los deberes y poderes del juez, atribuyen a los hechos una serie de notas que, resumidamente, son:

a) Los hechos se introducen por las partes, y no por el juez. En virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, confusamente recogido en el art. 216 LEC junto con el principio dispositivo y el deber de congruencia de las resoluciones judiciales, corresponde a las partes la introducción de los hechos en el proceso. En los supuestos en los que el juez, en la audiencia previa, puede efectuar una indicación de insuficiencia probatoria, lo deberá efectuar «ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos» (art. 429.1, II LEC), y en los supuestos de diligencias finales de oficio las pruebas acordadas deberán versar «sobre hechos relevantes, oportunamente alegados» (art. 435.2 LEC). En ambos casos, y como límite a la iniciativa probatoria de oficio, figura que el juez no pueda introducir hechos distintos de los alegados por las partes, con lo que se respeta el principio de aportación de parte.

b) Los hechos han de guardar relación con la tutela pretendida (art. 281.1 LEC). Como ha puesto de relieve Garberí Llobregat la dicción legal –«hechos que guarden re-

141 Decimos normalmente porque en ocasiones el letrado encarga a otros profesionales la «investigación» de los hechos, como pueden ser, por ejemplo, los detectives privados e incluso los peritos.

142 Muñoz Sabaté, LL., *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 14 y ss.

lación con la tutela jurídica que se pretenda obtener en el proceso»– contiene una expresión genérica y poco expresiva, excesivamente doctrinal, que no resuelve el interrogante de qué hechos pueden ser objeto de prueba[143], resultando preferible, como se exponía en el Informe al Anteproyecto de la LEC del Consejo General del Poder Judicial, la expresión «los hechos alegados por las partes como base de sus respectivas pretensiones, sobre los que no se alcance o exprese conformidad, o no resulten notorios»[144] o como reclama algún autor, las afirmaciones sobre los hechos controvertidos y que tales afirmaciones se efectúan por las partes[145]. Por su parte, Garcimartin Montero apunta que el art. 281.1 LEC más que sentar el objeto de prueba, contempla la pertinencia del objeto de la prueba: relación del objeto de la prueba con el objeto del proceso como requisito de su admisión[146].

c) Los hechos han de introducirse en el momento procesal oportuno, esto es, en la fase de alegaciones mediante la afirmación que de su certeza hace el alegante. Los hechos se introducen en la demanda y en la contestación a la demanda (eventualmente en la reconvención y contestación a la reconvención), concretamente en un apartado rubricado como «hechos» (art. 399.3 LEC), pero también pueden introducirse en la misma demanda –pero en los llamados «fundamentos de derecho» e incluso en los documentos que se acompañan con la demanda– y sin perjuicio que se puedan aclarar o rectificar en puntos accesorios en la audiencia previa (art. 426.1 LEC)[147]. Tampoco puede descartarse que los hechos se introduzcan en un momento posterior a la demanda, como sucede con los hechos nuevos (*nova producta*) o los hechos de nuevo conocimiento (*nova reperta*) (arts. 286 y 426.4 LEC), pero sobre la premisa que «han de consistir en un evento fáctico que se integre en la *causa petendi* de la pretensión principal ejercitada (STS 26 de junio de 1999)»[148].

---

143 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.34.

144 *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Reformas del Proceso Civil», CGPJ, Madrid, 1998, p.161.

145 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 2190 y 2191, quien, además, añade que el art. 281.1 LEC al referirse al objeto de la prueba olvida que también pueden ser objeto de la prueba las normas jurídicas y las máximas de experiencia y se olvida también que las afirmaciones son introducidas por las partes.

146 Garcimartin Montero, R., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, 2001, p.1002.

147 Constituye una excepción la introducción de los hechos en los procesos no dispositivos, pues en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, «se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra mantera en el proceso» (art. 752.1 LEC).

148 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil…*, ob. cit., pp. 123 y 124.

d) Los hechos controvertidos constituyen el presupuesto del juicio de admisión de los medios de prueba. Afirma Muñoz Sabaté que «puesto que el hecho solo puede ser uno, pero existen dos afirmaciones antagónicas acerca del mismo, el hecho se convierte procesalmente en *hecho controvertido* planteando la subsiguiente necesidad de su prueba»[149]. La fase de alegaciones, con la carga de alegación de los hechos por el actor (art. 399.3 LEC) y de su admisión o negación por el demandado (art. 405.2 LEC), convierte los hechos en admitidos o controvertidos, resultando los primeros exentos de prueba (art. 281.3 LEC) y los segundos necesitados de prueba (arts. 429.1 y 443.4 LEC), y constituyendo éstos últimos el *thema probandi*. La fase de fijación de los hechos (en la audiencia previa o en la vista) tiene por finalidad la delimitación de los hechos controvertidos, a modo de antecedente necesario del juicio de admisión de los medios de prueba. Tan es así que si existe conformidad sobre los hechos y la discrepancia se circunscribe a una cuestión jurídica, es innecesaria la apertura del período probatorio (art. 429.1 LEC *a sensu contrario*), y el juez debe dictar sentencia dentro de los veinte días siguientes a la terminación de la audiencia previa (art. 428.3 LEC).

Los escritos de alegaciones narran normalmente hechos pasados (ej. colisión entre un tren y un automóvil en un paso a nivel sin barreras en el que el conductor tenía su visibilidad reducida por unas ramas de trigo que dificultaban la visión del tren con resultado de lesiones y secuelas en el conductor del vehículo), pero ello no impide que también puedan ser objeto de prueba los hechos presentes (ej. longitud de las ramas de trigo que dificultaban la visibilidad del conductor, a cuyo efecto puede solicitarse un reconocimiento judicial) e incluso los futuros (ej. pronóstico de evolución de las secuelas en el conductor del vehículo, a cuyo efecto puede aportarse o solicitarse un dictamen pericial).

Generalmente los hechos se narran en sentido positivo. Sin embargo, hay que admitir con Montero Aroca que los hechos negativos también pueden ser objeto de prueba. El referido autor cita como ejemplo de su afirmación la STS de 17 de junio de 1947 que pudo llegar a la conclusión que, en una determinada finca no existía una acequia de riego, con base en la prueba de reconocimiento judicial[150]. Desde otra perspectiva, pero en una línea similar de razonamiento, Muñoz Sabaté nos advierte que semánticamente un hecho negativo tiene su antónimo positivo, pues «es lo mismo decir no uso que desuso, siendo evidente que las señales del desuso son positivas y perceptibles»[151].

2.2. La admisión de los hechos

En virtud de la estructura dialéctica del proceso, y del principio de contradicción, el actor tiene la facultad de introducir los hechos en el proceso (art. 399.3 LEC) y el de-

149 *Ibidem*, p.126. La cursiva es nuestra.

150 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil…*, ob. cit., p.71, nota a pie núm.11.

151 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil…*, ob. cit., p.105.

mandado la carga de admitirlos o negarlos (art. 405.2 LEC). La admisión de los hechos supone el reconocimiento de la afirmación de contrario y debe tener lugar en la fase de alegaciones, pues en esta fase debe quedar delimitado el objeto del proceso y el *thema probandi*. Debe, por ende, tildarse de incorrecta, cuando no lindante con la mala fe procesal, la negativa de los hechos que se produce en la fase de conclusión y así lo reconoce la STS de 20 de septiembre de 1998 al afirmar:

> «[…] no es permisible que en el escrito de conclusiones pretendiera negarlo, pues, con ello colocaba a la parte actora aquí recurrida, en una situación, lindante con el fraude procesal, de evidente indefensión al no permitirle ya probar la realidad de dicho hecho, cuya prueba era innecesaria, en cuanto admitido por la parte demandada, en sus ya citados escritos de contestación y dúplica»[152].

Como afirma Garcimartin Montero la admisión de los hechos «supone la existencia de una manifestación en sentido positivo acerca de los hechos alegados por la contraria»[153]. La admisión de los hechos puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el hecho aducido por el actor es admitido por el demandado en la fase de alegaciones. La admisión expresa de los hechos exige «plena conformidad de los litigantes» (art. 281.3 LEC) y produce la dispensa de prueba.

Ahora bien, no cabe confundir la dispensa de la prueba con la prueba del hecho, y en alguna ocasión puede suceder, como apunta Muñoz Sabaté, que en el período probatorio se demuestre la incerteza de un hecho admitido expresamente. En este último supuesto el juez se encuentra en la tesitura de dar por probado el hecho por la admisión de las partes (verdad formal) o de darlo por falso por haber sido probada su falsedad por la contraparte (verdad material), y aun existiendo argumentos para defender ambas posturas, la jurisprudencia, a partir de una relativización de la admisión, parece decantarse por una solución más proclive a admitir la verdad material[154]. Al efecto resulta significativo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de mayo de 1962 al afirmar:

> «Aunque las manifestaciones vertidas en los escritos litigiosos vinculan a la parte que las formula […] no cabe aferrarse inexorablemente a las bases de planteamiento, o más concretamente, a una versión convencional de los hechos, tomando determinadas palabras por definitivas, cuando del conjunto de la relación fáctica conjugándola con el resultado de la prueba puede obtenerse una solución más acorde con la realidad de lo sucedido»[155].

---

152 STS, Sala 1ª, de 20 de septiembre de 1988, fto. jco.3º (JUR 1988\ 6842).

153 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, 1997, p.153.

154 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.147.

155 SAT Valencia, 10 de mayo de 1962, R.G.D., p.58. También pueden tenerse en cuenta la STS 17 de diciembre de 1987 al afirmar «Las manifestaciones hechas por los defensores de las partes en sus escritos no tienen el valor de verdadera cognosciencia con arreglo a la Ley de Partidas, y mucho menos cuando, como sucede en este caso, los litigantes al absolver posiciones, han negado el contexto de aquellas manifestaciones»; y la STS 15 enero 1909 (C.L. nº 28, p.206) que afirma: «Las manifesta-

La admisión tácita se produce por vía del silencio (cuando el litigante no se pronuncia acerca de las alegaciones de contrario), de las respuestas evasivas (cuando el litigante se pronuncia tan vagamente que de sus declaraciones no cabe deducir su postura al respecto)[156] y por la afirmación de hechos distintos que presuponen la realidad de los afirmados de adverso. El silencio y las respuestas evasivas comportan la admisión tácita (art. 405.2 LEC), siendo necesaria una resolución en la audiencia previa en la que se tenga el hecho por admitido. Si la admisión tácita se pospone para la fase de sentencia y como una facultad del juez –como sucedía con los arts. 549 y 690, II LEC\1881–, no se produce el efecto de la dispensa de la prueba, y el actor tendrá que proponer prueba sobre el hecho presuntamente admitido de modo tácito[157]. Sin embargo, no faltan autores que, en atención a razones de prudencia y a falta de previsión legal expresa, entienden que la ley no impone una declaración de hechos admitidos tácitamente y que su fijación requiere de una motivación en la sentencia –arts. 209.2 y 218.2 LEC–[158].

La admisión tácita de los hechos no debe confundirse con la *ficta admissio* de los hechos en el interrogatorio de las partes –por incomparecencia de la parte interrogada (art. 304 LEC); por negativa a responder (art. 307.1 LEC); o por respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307.2 LEC)– que tendrá lugar en la sentencia. La admisión tácita de los hechos puede producirse en la audiencia previa –para otros en sentencia– y responde a la carga de pronunciarse sobre los hechos de adverso –art. 405.2 LEC–, mientras que la *ficta admissio* es una facultad (no un deber) judicial de tener por admitidos determinados hechos en la sentencia y a partir del comportamiento de la parte interrogada[159].

Tampoco puede confundirse la admisión de los hechos con la rebeldía. La declaración de rebeldía del demandado no comporta ni allanamiento ni admisión de hechos (art. 496.2 LEC), ni exime al actor de probar los hechos constitutivos de su pretensión. Así se deduce, entre otras muchas, de la STS 25 de febrero de 1995, al afirmar:

«Si bien la rebeldía no implica allanamiento a la demanda ni libera al actor de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, e incluso cabe al demandado el acreditar su inexactitud si el estado del proceso lo reclama, no puede, en cambio, el litigante, que estuvo en rebeldía utilizar excepciones tardíamente alegadas ni suscitar cuestiones distintas de

---

ciones consignadas en el escrito del pleito no pueden tener el carácter de confesión en juicio de los litigantes».

156 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.155.

157 En este sentido Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.83; López Simo, F., *Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, Díez-Picazo Giménez, I. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001, p.44.

158 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba*…, ob. cit., p.178.

159 Sobre los requisitos de la *ficta admissio* en el interrogatorio de las partes puede verse Ortíz Rodríguez, C., *Valoración del interrogatorio y ficta admissio (arts. 304 y 307 LEC)*, en «El interrogatorio de partes», J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 318-327.

las planteadas en la demanda, que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, al no existir cuestión que se le opusiere»[160].

Ahora bien, siendo esta la regla general, en algunos supuestos la rebeldía se equipara al allanamiento, como sucede, por ejemplo, con la incomparecencia del demandado en los supuestos de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas (art. 440.3 LEC).

Tampoco debe confundirse la admisión de hechos con los supuestos de incomparecencia de alguna de las partes en el juicio verbal y de facultad judicial de reconocimiento de los hechos. El art. 440.1, II LEC dispone que en la citación para la vista se hará constar a las partes que si no asistieren a la vista y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos conforme a lo dispuesto en el art. 304 LEC. No existe en el supuesto del art. 440.1, II LEC una admisión tácita de los hechos por el demandado, sino una facultad judicial de apreciar una *ficta admissio* a partir de una conducta procesal, consistente en la incomparecencia para el interrogatorio de la parte debidamente citada[161].

La carga de admitir o negar los hechos aducidos de adverso presenta una doble dificultad, apuntada por Muñoz Sabaté. Un primer motivo es ontológico, pues el hecho no se introduce en el proceso como «una unidad factual irreductible», sino descompuesto en distintas unidades, de manera que, a título de ejemplo, si lo pretendido es la reclamación de cantidad derivada de una compraventa, el hecho de la compraventa puede descomponerse en el hecho de la oferta o del pedido, y el hecho de la entrega. Y en los supuestos de falta de prueba directa, la afirmación o negación de los hechos puede comprender una pluralidad de hechos, como sucede, a título de ejemplo, en la simulación de una compraventa en la que el actor afirmará la situación de parentesco entre comprador y vendedor, el precio irrisorio, la retención de la cosa por el comprador, etc[162]. Y un segundo motivo es de práctica forense, pues a pesar de las exigencias legales de orden y claridad en la narrativa de los hechos (arts. 399.3 y 405.1 LEC), a veces sucede que por estrategia procesal, los hechos se relatan de forma retórica, ilógica o cronológicamente desordenada, dificultando la compresión por la adversa y por el órgano judicial, e imposibilitando levantar la carga de su admisión o negación[163].

160 STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 1995, fto.jco. 2º (RJ 1995\1136). En el mismo sentido la STS, Sala 1ª, de 8 de mayo de 2001, fto. jco.3º (RJ 2001\ 7378) afirma: «[…] La rebeldía, según ha tenido ocasión de declarar esta Sala no implica allanamiento, ni releva al actor de proceder a la cumplida prueba de sus alegaciones, pudiendo ser considerada como una oposición tácita a las pretensiones deducidas en la demanda (sentencia de 3 de abril de 1987, [RJ 1987, 2484] entre otras)».

161 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.86. Ver también Picó i Junoy, J., *Interrogatorio de parte en el juicio verbal*, en «El interrogatorio de partes», J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 291-299.

162 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.127.

163 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., pp. 129 y ss., se refiere a este fenómeno como «la narrativa incorrecta del hecho».

2.3. Los hechos controvertidos

Por hecho controvertido entendemos el hecho que afirmado por una parte es negado por la contraria[164], resultando de este modo un hecho necesitado de prueba y que integra el *thema probandi*. Así se deduce, entre otras muchas, de la STS de 18 de abril de 2001, que afirma:

> «En este punto resulta incuestionable que los hechos necesitados de prueba en el proceso son aquellos que afirmados por una parte, los niega la otra, es decir, los hechos controvertidos, por tanto, la admisión de los hechos en sentido amplio, excluye la necesidad de probarlos, y de aquí que la carga de probar es excusable respecto de los hechos que fueron reconocidos, expresa o tácitamente, por el demandado, doctrina ésta en línea con la establecida, entre otras, en las sentencias de 29 de noviembre de 1950 (RJ 1950, 1694), 2 de febrero de 1952 (RJ 1952, 475); 20 de junio de 1954 y 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7679)[165].

La aparición de los hechos controvertidos es el resultado del juego dialéctico de la fase de alegaciones del proceso y, más concretamente, de la carga que la ley impone categóricamente al demandado de pronunciarse sobre los hechos alegados de adverso, al disponer que «en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor» (art. 405.2 LEC). La negación de los hechos, como indica Seoane Spiegelberg, puede efectuarse directamente, desmintiendo lisa y llanamente los mismos, o de forma indirecta, articulando otros incompatibles con los alegados por el actor o el demandado, como sería el caso de la coartada (ej. no pude ser el autor del daño cuyo resarcimiento se reclama al amparo del art. 1902 CC, pues el día de los hechos me encontraba ausente en otra localidad)[166].

El llamado «hecho controvertido» es el resultado o, mejor aún, la consecuencia jurídica de las facultades y cargas de alegación y negación que, respectivamente, corresponden al actor y al demandado en la fase inicial del proceso. Secuencialmente responde al esquema cronológico siguiente: 1º) alegación por una de las partes –en los escritos de demanda y contestación (arts. 399.3 y 405.1 LEC) o, en su caso, de reconvención y contestación a

164 Carnelutti, F., (*La Prueba Civil*, ob. cit., p.15) distingue, a efectos de prueba, entre: a) hechos no afirmados por ninguna de las partes, y que no deben ser tenidos en cuenta por el juez; b) hechos afirmados por todas las partes, que deben ser tenidos en cuenta por el juez; c) hechos controvertidos que son «hechos afirmados pero no admitidos», que comprende el silencio y la declaración de no saber; d) hechos discutidos, que son hechos negados de contrario.

165 STS, Sala 1ª, 18 abril 2001, fto. jco. 2 (RJ 2001\ 6679), la cual, a su vez, cita las sentencias de 29 de noviembre de 1950 (RJ 1950\1694); 2 de febrero de 1952 (RJ 1952\475); 20 de junio de 1954, y 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7679). Y de modo similar la STS, Sala 1ª, de 8 de febrero de 2001 (RJ 2001\2048) afirma: «resulta incuestionable, como dice la sentencia de 30 de marzo de 1995, fto. jco.1º (RJ 1995\2790), los hechos necesitados de prueba son aquellos afirmados por una parte y la otra los niega».

166 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, ob. cit., p.175.

la reconvención (arts. 406.1 y 407.2 LEC)–; 2º) negación por la adversa –en el escrito de contestación a la demanda (art. 405.2 LEC) o, en su caso, en el de contestación a la reconvención (art. 407.2 LEC)–; y 3º) fijación por el juez con las partes –en la audiencia previa (art. 428.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.3 LEC)–.

La fijación de hechos controvertidos tiene lugar en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal). Conforme al art. 428.1 LEC «En su caso, la audiencia previa continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes». La fijación de los hechos controvertidos, cuya misión se encomienda conjuntamente al tribunal y a las partes, tiene por finalidad establecer unos hechos sobre los que existe conformidad –y que, por ende, estarán exentos de prueba (art. 281.3 LEC)– y unos hechos sobre los que existe disconformidad –y que, por ende, están necesitados de prueba (art. 429.1 LEC)–. Estos últimos constituyen el *thema probandi* y el antecedente necesario para un correcto juicio de admisión de los medios de prueba.

A modo de sugerencia de práctica forense, Muñoz Sabaté ha propuesto una *invitatio ad probationem*, entendida como una invitación «a las partes a acudir a la audiencia aportando una relación simplificada y numerada de los hechos que afirman», que podría revestir el siguiente enunciado:

> «Se invita a las partes para que en el acto de la comparecencia y al objeto de determinar los hechos que puedan ser admitidos de adverso y dispensarse de la subsiguiente prueba, se sirvan voluntariamente aportar una relación simplificada y escueta, sin adietamientos argumentales, de los hechos principales que a su criterio fundamentan su defensa. Se les advierte que dicha relación tendrá un efecto meramente operativo y no se incorporará a los autos»[167].

Una correcta fijación de los hechos controvertidos proporciona varias ventajas, que Uriarte Cordón resume del siguiente modo: 1º) La fijación de los hechos permite el acceso a la siguiente fase de la audiencia previa, la función de proposición y admisión de los medios de prueba, que se abrirá por impulso de oficio ante la existencia de hechos controvertidos, tanto en el juicio ordinario (art. 429.1 LEC) como en el juicio verbal (art. 443.4 LEC); 2º) El juez podrá inadmitir los medios de prueba que, por impertinentes o inútiles, no guarden relación o no resulten idóneos para acreditar los hechos controvertidos (arts. 281.1 y 283.1 y 2 LEC); 3º) La duración del acto del juicio, e incluso el tiempo para la práctica de cada medio de prueba, podrá reducirse, bien porque las partes se centran en acreditar los hechos controvertidos, absteniéndose de formular preguntas a las partes, testigos y peritos sobre hechos admitidos, bien porque el juez inadmite las preguntas que no guarden relación con los hechos controvertidos; 4º) El objeto de la prueba podrá circunscribirse a una cuestión jurídica, y existiendo conformidad en los hechos y al quedar reducida la discrepancia a una cuestión o cuestiones jurídicas, el tribunal puede dictar sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente a la terminación de la audiencia, obviando la fase

167 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.134.

de proposición y práctica de prueba (art. 428.3 LEC); 5º) Aumentan las posibilidades de éxito de una segunda conciliación (art. 428.2 LEC), pues al resultar delimitados los hechos sobre los que existe disconformidad, y las posibilidades de éxito o fracaso de las respectivas pretensiones o resistencias, particularmente con respecto a las partes que han efectuado una estrategia de oscuridad o confusión y que pueden buscar una solución consensuada con objeto de evitar una eventual condena en costas[168].

2.4. Los hechos exentos de prueba

2.4.1. Los hechos no controvertidos

La categoría de los hechos no controvertidos comprende: 1º) Los hechos afirmados por ambas partes en sus escritos de alegaciones y que se deducen de la carga inicial que pesa sobre actor y demandado de exponer los hechos en que fundamentan su pretensión y resistencia, respectivamente, en sus escritos de alegaciones (art. 399.3 LEC para el actor y art. 405.1 LEC para el demandado); 2º) Los hechos afirmados por una parte y admitidos por la parte contraria en la fase de alegaciones y que se deducen de la carga del demandado de negar o admitir los hechos aducidos por el actor (art. 405.2 LEC, respecto de la contestación a la demanda y art. 407.2 LEC, respecto de la contestación a la reconvención); y 3º) Los hechos sobre los que las partes han manifestado su conformidad en el trámite de fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa (art. 428.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC).

La declaración de un hecho como «no controvertido» comporta la exención de prueba, de manera que no será necesario que las partes propongan prueba alguna sobre el mismo. Este efecto ya se preveía en la LEC/1881 al disponer que los jueces repelarán las pruebas sobre los hechos confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (arts. 565 y 566), y ahora con mayor corrección técnica en la LEC/2000 al disponer que están exentos de prueba los «hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes» (art. 281. 3). Se trata de una dispensa absoluta de prueba –a diferencia de lo que sucede con respecto de los hechos notorios, en los que la dispensa solo es absoluta cuando el hecho goce de «notoriedad absoluta y general» (art. 281.4 LEC)–, y que, en opinión de algunos autores, comporta incluso la prohibición de prueba sobre los hechos[169].

Adviértase, con todo, que la admisión (expresa o tácita) no prueba la existencia de un hecho, sino que, en virtud del carácter dispositivo que inspira el proceso civil, dispensa

168 Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 80-81.

169 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., ob. cit., p.80, precisa: «No se trata simplemente que un hecho admitido pueda tenerse por existente sin necesidad de prueba, es que si se propone prueba respecto del mismo el juzgador debe rechazarla. Del art. 429.1, I hay que derivar que la audiencia previa sólo sigue, con la proposición y admisión de prueba, si no existiese conformidad sobre los hechos, de modo que existiendo esa conformidad no cabe admitir proposición de prueba alguna».

de probarlo[170]. Así se deduce, con claridad meridiana, de la SAP Córdoba de 4 de abril de 1997 que en la parte que interesa afirma:

> « […] debemos precisar que en un sistema contradictorio como el nuestro, es indudable que frente a las afirmaciones producidas por uno de los litigantes existe la carga de la aceptación o negación por el otro litigante (deber procesal de exposición), de forma que sólo en el caso de darse una negativa, surge la correlativa necesidad de prueba encaminada a acreditar las afirmaciones contradichas. Por ello sobre los hechos que alegados por una parte para fundamentar una pretensión sean admitidos por la contraria no es preciso practicar prueba, pero no sólo es que no necesiten prueba (artículo 565 LECiv) sino que la Ley lo prohíbe. En consecuencia los hechos admitidos no pueden ser objeto de prueba, pero no porque la admisión pruebe sino porque se deja a las partes, en virtud del principio dispositivo, la fijación de los hechos»[171].

Existe una salvedad con respecto a la conformidad sobre los hechos en los procesos no dispositivos, ya apuntada en el mismo apartado 3º del art. 281 LEC («salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes»), y cuya efectividad se concreta en el apartado 2º del art. 752 LEC («La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria»). En los procesos no dispositivos ni la admisión expresa ni la admisión tácita de hechos vincula al tribunal, dado que en estos procesos subyace un interés público que impide que los hechos puedan quedar declarados probados por la mera voluntad de las partes, de la misma manera que existen disposiciones específicas sobre la indisponibilidad del objeto del proceso (art. 753 LEC).

La conformidad sobre los hechos, sea expresa o tácita, sea en fase de alegaciones o en la fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal), simplifica el período probatorio, al exonerar determinados hechos del juicio sobre la admisión de los medios de prueba, y eventualmente puede reducir la duración del proceso y la declaración de hechos probados en la sentencia. De ahí la importancia, particularmente en un proceso inspirado por la oralidad, que la parte demandada levante la carga procesal de pronunciarse sobre los hechos alegados por el actor en la demanda (art. 405.2 LEC) y que las partes con el tribunal procedan a una correcta fijación de hechos controvertidos, de la que se deduzcan los hechos sobre los que existe conformidad entre las partes (arts. 428.1 y 443.4 LEC).

2.4.2. Los hechos notorios

Ya en 1893 advertía Stein que se trata de un concepto «sobre cuya dificultad y oscuridad hemos de lamentarnos hoy tanto como hace quinientos años»[172]. Son y han sido, en

170 Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales», t.XVI, vol. 2º, 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, p.35.

171 SAP Córdoba, secc. 2ª, de 4 de abril de 1997, fto. jco.2º (AC 1997\662).

172 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p.6.

efecto, múltiples definiciones sobre el hecho notorio. Unas destacan su carácter subjetivo y afirman que son «los que por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos por ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media»[173]; o que son «aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en el que se produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez»[174]; o que «son hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba»[175].

Otras destacan su carácter objetivo afirmando que «la notoriedad de un hecho trasciende de la esfera subjetiva del conocimiento de los sujetos del proceso para insertarse en la propia naturaleza de las cosas»[176].

Y otras atienden a su eficacia probatoria, afirmando que «el hecho notorio es un evento *concreto*, o un estado de una cosa *concreta*, cuyo conocimiento general convierte en irrelevante la prueba sobre el mismo (*notoria non egent probatione*)»[177]; y también que se trata de «aquel hecho que por ser generalmente conocido por personas de cultura media, basta la carga de la alegación para que el Juez lo pueda dar por acreditado en el proceso, sin necesidad para ello de que se articule una actividad probatoria para demostrarlo, la cual, precisamente, en virtud de tal notoriedad, deviene inútil e innecesaria»[178]. En palabras de la STS de 4 de febrero de 1998, los hechos notorios son «datos a los que el Tribunal atribuye por causa de su general conocimiento efectos probatorios»[179].

No han faltado intentos de «redefinir» el hecho notorio distinguiendo entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del mismo. En el aspecto objetivo el hecho notorio es: a) un hecho conocido por percepción, comunicación verbal y escrita; b) un hecho que se consolida en el tiempo en la mente de los sujetos de una comunidad; c) un hecho que tiene impacto e importancia dentro del grupo social que se considera. Y en el aspecto

173 Prieto-Castro, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.148.

174 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.87.

175 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p.177.

176 Fenech Navarro, M., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1979, p.147, para quien «lo que caracteriza al hecho notorio es que aun pudiendo ser desconocido por las partes y por el juez, para que sea tenido como cierto no es necesario probarlo, ya que por su propia naturaleza puede ser fijada su existencia real y ser declarado cierto en la sentencia sin necesidad de usar los medios legales».

177 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.149, para quien «la cualidad de hecho concreto contribuye a diferenciarlo de la máxima de experiencia, y la de conocimiento general lo aparta de que pudiera ser considerado como mero conocimiento privado del juez, que como sabemos no puede ser utilizado como prueba».

178 Seoane Spielgeberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil…*, ob. cit., p.180.

179 STS, Sala 1ª, de 4 de febrero de 1998, fto. jco.2º (RJ 1998\618).

subjetivo, es el juez quien tiene la responsabilidad de juzgar cuándo el hecho posee o no la notoriedad[180].

La notoriedad, como se ha afirmado acertadamente, es un problema de parámetros temporales, espaciales y culturales, que conforman las exigencias relativas a la publicidad del conocimiento, y que habrán de ser ponderadas a la hora de dispensar la necesidad de prueba de una determinada afirmación[181]. Ha sido común, por razón del espacio, distinguir entre la notoriedad general y local; por razón del tiempo, entre la notoriedad permanente y la ocasional, y por razón de los sujetos, entre la notoriedad común o social y la meramente judicial[182].

El fundamento de la dispensa de prueba obedece a un doble fin de política procesal, a saber, ahorrar esfuerzos al relevar a las partes de pruebas innecesarias y evitar que la justicia viva de espaldas al común saber del pueblo, esto es, en ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe[183]. El derecho histórico ha refrendado esta dispensa de prueba, como se recoge en diversas máximas del Derecho romano, tales como, entre otras, *si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari; notorium est quod probatione non indiget;* o *notorium non eget probatione*.

No debe confundirse el hecho notorio ni con la fama ni con el rumor. La fama pública debe ser objeto de prueba, ya que «no se fundamenta en el conocimiento cierto del hecho, sino en lo que suele decirse al respecto sin verificación alguna»[184]. Y lo mismo el rumor público, más vago e indeterminado y de origen desconocido y como tal, incluso debería ser prohibida su prueba por su carácter sospechoso[185].

Tampoco debe confundirse el hecho notorio con las máximas de experiencia. Como apunta Serra Domínguez las máximas de experiencia y hechos notorios pertenecen a campos diversos: la máxima de experiencia es de carácter abstracto, no necesita ser alegada y no está sujeta a contradicción, mientras que los hechos notorios tienen carácter concreto, precisan alegación y pueden ser admitidos o negados por la parte contraria[186]. Además, y como apunta Garcimartin Montero, la máxima de experiencia es intemporal, tiene vocación de permanencia y tiene validez para casos ulteriores, mientras que el hecho notorio se produce en un momento dado y se identifica únicamente con el caso concreto[187].

180 Cabañas García, J. C., *Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio*, en rev. Justicia, 1991, III, pp. 582-583.

181 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El proceso civil», vol. III, ob. cit., p.2195.

182 Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2001, p.1296.

183 Couture, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., ed. Bdefe, 2004, p.193.

184 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba*, t.1, 5ª ed., Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1981, p.235.

185 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba*, t.1, 5ª, ob. cit., p.235.

186 Serra Domínguez, M., *Comentario al Código Civil y las Compilaciones Forales*, ob. cit., p.44.

187 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.82.

En el tratamiento procesal del hecho notorio debe distinguirse entre la carga de la alegación y la carga de la prueba, y aun dentro del primer aspecto, entre la afirmación del hecho notorio y la afirmación de su notoriedad. El hecho notorio debe ser alegado por la parte para que pueda ser tenido en cuenta por el juez, dado que la vigencia en el proceso de los principios dispositivo y de aportación de parte impide que un hecho no alegado por las partes pueda ser incluido en la sentencia[188], y tal alegación es tanto más necesaria cuanto se trata de un hecho que funda la pretensión[189], pues de relevarse la carga de la alegación se estaría causando indefensión a la parte contraria y quebraría el principio de congruencia de la sentencia (*iuxed iudicet secundum allegata et probata partium)*[190]. Otra cosa es la afirmación de su notoriedad, que puede ser apreciada por el juez, sin necesidad de una concreta prueba para acreditarla.

Aun cuando la ley dispensa la prueba del hecho notorio, si la notoriedad es absoluta y general, ello no significa que la excluya, en cuanto haya sido negada de contrario. Como afirma Serra Domínguez la alegación de un hecho notorio puede ser acreditada por cualesquiera medios de prueba, sin que el juez pueda rechazar la prueba, resultando, además conveniente la prueba sobre hechos no conocidos por el juez, pese a su notoriedad, y sobre todo la prueba sobre hechos de notoriedad local u ocasional[191]. Esta matización, como indica Picó i Junoy, «adquiere especial relevancia por cuanto la apreciación o no de la notoriedad por parte del juez es algo que sólo podrá conocerse en el momento final del proceso, esto es, en la sentencia, razón por la cual la parte interesada en que se acredite el hecho notorio puede, perfectamente, proceder a su prueba»[192].

La LEC/2000 al disponer que «no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general» (art. 281.4 LEC) no ofrece un concepto jurídico de hecho notorio, sino que se limita a establecer una dispensa relativa de prueba, condicionada a la notoriedad absoluta y general del hecho, como ya había exigido alguna resolución judicial (STS 4 de febrero de 1998[193]). Se trata de una dispensa que, por otra parte, tampoco excluye la prueba.

188 Serra Domínguez, M., *Comentario al Código Civil y las Compilaciones Forales*, ob. cit., p.40. Ello no obstante, la STC, Sala Segunda, de 19 de mayo de 1986, fto.jco.5º (RTC 1986\59) afirma: «en principio no es incorrecto que el juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio. Pero si esto es fácilmente admisible en cuanto a hechos o circunstancias cualitativamente complementarias, puede ser más discutible si el hecho pudiera afectar al fundamento mismo, básico de la demanda o pretensión, en cuanto ello pudiera afectar al principio de imparcialidad y contradicción procesal».

189 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., p.150.

190 Cabañas García, J. C., *Premisas básicas para una definición*…, ob. cit., p.588. Sobre esta máxima puede verse Picó i Junoy, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2007.

191 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, ob. cit., p. 41.

192 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M.Bosch, Barcelona, 1996, p.51.

193 STS, Sala 1ª, de 4 de febrero de 1998, fto. jco.1º (RJ 1998\618) «para que dichos hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso han de tener unas características rotundas de ser conocidos de manera general y absoluta».

Se ha criticado la referencia a la notoriedad «absoluta y general»: ni la notoriedad puede exigirse en todo el mundo (absoluta), resultando más adecuado distinguir entre notoriedad universal, nacional, regional y local; ni la notoriedad puede exigirse de todas las personas (general), bastando atender a las personas de un grado cultural medio, entre las que se encuentra el juez[194]. Incluso se ha propuesto que el legislador hubiera remitido a la apreciación jurisdiccional de la notoriedad, como sucede en la ZPO alemana ($ 291), en la que se afirma «no necesitan de ninguna prueba los hechos que sean notorios para el juez»[195]. Se trata de un concepto de apreciación casuística, relativo en el tiempo y en el espacio, cuyas notas fundamentales son la falta de controversia –estar acreditado– y la publicidad de su conocimiento –común en un grado de cultura media-[196]. En este sentido, Stein afirma que la irrelevancia del conocimiento individual es lo que constituye la esencia del hecho notorio[197].

La notoriedad no es un concepto objetivo y absoluto, sino relativo y subjetivo[198], como lo demuestra la necesidad de calificación judicial de la notoriedad[199]. A diferencia de la LEC/1881 que no hacía alusión al momento de la declaración de notoriedad, la LEC/2000 dispone que la declaración de notoriedad debe efectuarse en la audiencia previa, concretamente en el trámite de fijación de los hechos controvertidos, al señalar los hechos que están exentos de prueba (art. 428.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC). Ahora bien, en la práctica forense también puede suceder que el hecho notorio sea admitido por ambas partes, en cuyo caso la dispensa de prueba no se funda en su notoriedad, sino en la admisión por las partes[200].

Debe distinguirse la notoriedad judicial (*Gericktkundigkeit*) del conocimiento privado del juez. Por notoriedad judicial se entiende «la que se refiere a los hechos conocidos por el juzgador en razón de su actividad profesional o de procesos anteriores de los que conoció anteriormente»[201]. La diferencia fundamental con el conocimiento privado del

194 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.88.

195 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso Civil», ob. cit., p.2196.

196 *Ibidem*, p.2196.

197 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p.33, para quien «notorio quiere decir lo públicamente conocido» (p.178).

198 La STC de 19 de mayo de 1986, fto. jco. 5º (RTC 1986\59) afirma: «Es expresión consagrada la de que los hechos notorios no necesitan prueba, frase en cierto modo tautológica, pues para ser cierta precisaría saber antes qué hechos son notorios, ya que la notoriedad es un concepto relativo e indeterminado, vario y plural, y lo mismo puede referirse a hechos procesales, que extraprocesales.

199 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso Civil», ob. cit., p.2197.

200 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, ob. cit., p.37; Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p. 152.

201 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 91 y 191-192 afirma: «[…] sólo es saber oficial [del juez] el adquirido en el ejercicio de su actividad oficial, es decir, el obtenido por las pruebas, y precisamente en el proceso que se sigue».

juez es que éste proviene de su actividad extraprofesional (ej. juez testigo de una accidente). La notoriedad judicial también puede estar exenta de prueba, pero es necesario que el conocimiento pertenezca también al grupo social en el que se incluye el juez, es decir, por todos los jueces, procuradores y abogados que ejerzan en un determinado partido judicial. La notoriedad judicial no se extiende a considerar como notorio lo conocido por el juez en un proceso determinado (ej. no puede ser notorio el precio de mercado de las tierras de regadío de una población, porque el juez haya adquirido ese conocimiento con base a la prueba pericial practicada en un proceso anterior)[202].

Para distinguir entre hecho notorio y conocimiento privado por el juez puede ser ilustrativo el razonamiento contenido en la SAP Salamanca de 10 de febrero de 1998. En este supuesto los actores habían instado demanda de resolución de contrato de arrendamiento de urbano por denegación de la prórroga forzosa por necesidad del arrendador. La sentencia de instancia había desestimado la demanda por entender que no resultaba acreditada la causa de necesidad alegada y, entre otros razonamientos, argumentaba que el empadronamiento era ficticio «pues la casa y avenida es conocida en su configuración externa por el juzgador entre los años 1984 y 1987, al residir en las cercanías de la misma […]». Los actores recurrentes interpusieron recurso de apelación y la Audiencia revoca la sentencia de instancia y, entre otros razonamientos, y en lo que aquí interesa, afirma en su fundamento jurídico 2º:

> «El afirmado dato del empadronamiento meramente instrumental, no resulta de los autos, como bien entiende el recurrente.
>
> En las diligencias probatorias de los mismos, existe la documental del previo litigio donde consta el preaviso realizado en el año 1989 para denegación de prórroga donde afirma la actora que la vivienda que habita va a ser demolida, sin que se pusiera en discusión que viviera en el núm. 39 de la C/ Alfonso IX; y administrativamente en el expediente de expropiación consta la certeza de la ocupación a diciembre de 1994, data en que se fija el justiprecio por el desalojo, luego recibido en marzo de 1995.
>
> Pero además, el dato del conocimiento propio del Juez, dada su vecindad próxima hace ya veinte años a la C/ Alfonso IX, no es utilizable como material probatorio; es conocido el ejemplo de manual, que la existencia de pedrisco en una finca, no puede afirmarla el Juez por el mero dato de haberla sufrida en predio contiguo de su propiedad; la apreciación en conciencia de la prueba por parte del Juez, no permite dar entrada, en expresión de la doctrina procesal, a la «ciencia privada del Juez»; exclusivamente le es dable ponderar los hechos que hayan sido probados en juicio.
>
> Pues dicha circunstancia, en ningún modo puede considerarse como hecho notorio, que implica su incardinación en la cultura media de una sociedad, dependiendo exclusivamente de circunstancias objetivas; ya que el dato de la inhabitabilidad afirmado de la vivienda en concreto, viene referido a circunstancias observadas por el Juez de modo directo, como persona particular, de ahí su carácter subjetivo y la consecuente pertenencia a su «ciencia privada»[203].

202 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 90 y 91.

203 SAP Salamanca, de 10 de febrero de 1998, fto. jco.2º (AC 1998\33).

La proliferación de las nuevas tecnologías de la comunicación e información ha suscitado la cuestión de si es un hecho notorio lo que consta en una red social de internet (ej. Facebook) o en otra página web. Estoy de acuerdo con Pérez Daudí cuando afirma que la sola circunstancia que un hecho se incluya en una red social no determina que se convierta en notorio, debiéndose distinguir entre la existencia de una red social, que puede ser considerado como un hecho notorio de general conocimiento, del contenido de esa red, que dependerá de la configuración de los perfiles de acceso a los usuarios. Y aun el caso de las redes de acceso público, el hecho incluido en las mismas no tiene por ese solo motivo el carácter de hecho notorio, ya que no es asumido como cierto por la sociedad[204].

2.4.3. Los hechos declarados probados en otro proceso

Los hechos declarados probados en un proceso pueden tener un efecto prejudicial vinculante en otro proceso, aun cuando no se den las identidades de la cosa juzgada. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en sentencia de 30 de octubre de 1991 al expresar:

> «Aun cuando en las diferentes jurisdicciones puedan recaer, dentro de las respectivas competencias, pronunciamientos distintos respecto de cuestiones litigiosas relativas a los mismos hechos, no pueden admitirse en ningún caso que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los órganos del Estado. Si existe una resolución judicial firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos. Cualquier otra solución es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva»[205].

Esto significa que la parte favorecida por una declaración de hechos probados en un proceso no deberá intentar la misma prueba en un proceso posterior, sino simplemente acreditar que, efectivamente, hubo una previa declaración de hechos probados, lo cual puede efectuar aportando el original o testimonio de la sentencia.

No debe confundirse la declaración de que un hecho no ha sido probado, con la declaración de inexistencia del hecho. En efecto, la declaración de que un hecho no ha sido probado (u otra de similar, en el sentido de que un hecho que ha quedado insuficientemente probado) no obsta para que pueda volver a intentarse su prueba en un proceso posterior (particularmente cuando se produce en un distinto orden jurisdiccional sujeto a criterios valorativos diferentes), salvo que lo impida la cosa juzgada. En cambio, la declaración de inexistencia de un hecho, sí que puede tener un efecto vinculante en un posterior proceso[206].

---

204 Pérez Daudí,V., *¿Es un hecho notorio lo que consta en una red social de internet (ej. Facebook) o en otra página web?,* en «La prueba electrónica», J. M. Bosch, Barcelona, 2011, p.459.

205 STC, Sala 1ª, de 30 de octubre de 1991, fto. jco.4º (RTC 1991\204).

206 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil…*, ob. cit., p.160.

2.5. Los hechos favorecidos por una presunción

La presunción es un método judicial de inferencia con eficacia probatoria, en virtud del cual, partiendo de una afirmación (hecho) base, se alcanza una afirmación (hecho) consecuencia mediante un nexo lógico, estableciéndose dicho nexo unas veces *ex lege* (presunción legal) y otras por el juez (presunción judicial). Las presunciones legales, recogidas en el art. 385 LEC, son aquellas en las que el nexo entre la afirmación (hecho) base y la afirmación (hecho) consecuencia lo establece el legislador. A su vez, y dentro de las presunciones legales, hay que subdistinguir entre la presunción *iuris tantum*, modalidad de presunción legal, en la que el legislador tipifica la consecuencia lógica que se deriva de unos hechos base, pero permite a los litigantes articular una prueba en contrario, y la presunción *iuris et de iure*, modalidad de presunción legal, que no admite prueba en contrario.

El art. 385.1 LEC establece que «las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca». La presunción ni es un medio de prueba, ni exime la prueba del llamado hecho base –ni en la presunción legal ni en la presunción judicial–, y lo que, en realidad, hace es cambiar el objeto de la prueba.

Su funcionamiento responde al siguiente esquema: a) La parte debe alegar y probar un hecho base o indicio; b) La parte deberá alegar el hecho presunto, el favorecido por la presunción, aunque no deberá probarlo; c) El enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho presumido lo fija el legislador, sin necesidad que sea alegado por la parte, aunque puede ser conveniente; d) No es necesario que la parte alegue la norma que contiene la presunción legal, en virtud del principio *iura novit curia*, aunque puede ser conveniente.

Veamos un ejemplo, recogido de Montero Aroca[207]. El art. 194.2º CC establece «Procede también la declaración de fallecimiento: 2º. De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieran transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquellos». Y en su párrafo siguiente el mismo artículo añade: «Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje».

Siguiendo el anterior esquema descrito:

a) La parte deberá alegar y probar que una nave salió de viaje, que nunca llegó a su destino y que han pasado seis meses desde la partida del puerto inicial (hechos bases).

b) La parte deberá alegar el naufragio de una persona (hecho presumido).

207 Montero Aroca, J. et alt., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 18ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.259.

c) El enlace preciso entre el hecho base y el hecho presumido lo establece la ley en el transcrito artículo 194.2, II CC[208].

La presunción legal no dispensa de prueba –como erróneamente establecía el art. 1250 del CC al disponer «las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ella»[209]–, pues la parte que la alega tiene la carga de probar el hecho base, sino que cambia el objeto de la prueba, al no ser el hecho presumido –de difícil prueba–, sino el hecho o los hechos bases los que deben ser probados.

El perjudicado por la presunción puede recurrir a la contraprueba y la prueba en contrario. La contraprueba se dirige a destruir el hecho base de la presunción. La prueba en contrario es el mecanismo en virtud del cual se impugna la afirmación (hecho) consecuencia (o presumido) de una presunción.

En definitiva, en los hechos favorecidos por una presunción no hay dispensa de prueba, ni para la parte favorecida que, en todo caso, deberá probar los hechos base o indicios, ni para la parte perjudicada, que puede recurrir a la contraprueba y a la prueba en contrario.

3. El derecho como objeto de prueba

3.1. El derecho desde la perspectiva del Derecho Probatorio

El tratamiento procesal del derecho como objeto de prueba no puede ser el mismo que el de los hechos, pues la posición del Juez respecto de la norma (*iura novit curia*) no es la misma que respecto de los hechos (cuya introducción y prueba está informada por los principios dispositivo y de aportación de parte)[210]. La llamada «prueba del derecho» debe partir de las siguientes premisas:

a) En nuestro ordenamiento rige el principio *iura novit curia*. Ahora bien, el deber de conocimiento del derecho por el juez no es ilimitado, sino que se extiende a las normas jurídicas que forman el derecho interno, escrito y general. El principio *iura novit curia* comprende a todo derecho, nacional o extranjero, pero con un alcance distinto: para el derecho nacional debe entenderse como «deber de conocimiento», mientras

208 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 93-94.

209 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones,* ob. cit., p.665, afirma: «la actividad de las partes es idéntica en uno y otro caso [con referencia a las presunciones legales y las judiciales]. Podrán suponer más fundadamente que la presunción al tener el carácter de legal, será obligatoriamente formada por el Juez, pero pese a ello deben probar la afirmación base con la misma solidez que si de una presunción judicial se tratara».

210 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, capítulo 14, ob. cit., p.357.

que con referencia al derecho extranjero y consuetudinario debe entenderse como «deber judicial de investigación»[211].

b) Las normas jurídicas existen, al margen de su alegación o de su prueba por alguna de las partes, pues son mandatos sancionados por el poder legislativo, no dependientes de la autonomía de la voluntad de las partes. Como afirma Serra Domínguez «aunque las partes no prueben la existencia del derecho, o mejor sin necesidad de prueba, el Juez tiene que aplicar la norma jurídica aplicable al caso»[212]. Y aunque las partes admitan la vigencia y existencia de una norma jurídica –incluso las de derecho consuetudinario, pese a la dicción del art. 281.2 LEC[213]– no devienen aplicables ni vinculantes para el juzgador.

c) A diferencia de la prueba de los hechos, con respecto a los cuales no resulta posible aplicar el conocimiento privado del juez, la prueba del derecho puede proceder del estudio privado del juez. Ello puede ser particularmente relevante en orden a la prueba de la costumbre, pues la ciencia propia puede actuar como cláusula de dispensa de prueba.

d) La llamada «prueba del derecho» participa más de la naturaleza de una actividad investigadora que de una actividad verificadora. En la prueba de los hechos existe una actividad de verificación, porque el juez tiene que contrastar («verificar») la afirmación de unos hechos (introducidos por la partes en los escritos de alegaciones) con la realidad de esos hechos, en orden a formar su convicción. En la «prueba del derecho» el juez debe comprobar («acreditar», «averiguar») la existencia, contenido y vigencia de una norma jurídica, al margen de su alegación o «prueba» por las partes, y esa búsqueda de la norma jurídica aplicable no puede reputarse actividad probatoria, sino más bien investigadora[214].

Para comprender esta última afirmación puede ser útil la distinción formulada por Sentís Melendo entre averiguación y prueba. Según este autor «la prueba no consiste en averiguar sino en verificar»[215], pues mientras averiguar es «buscar algo que

211 Etxeberría Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.233; Cremades Morant, J.B., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Sepin, p.1953.

212 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.42; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, capítulo 14, ob. cit., p.14.

213 Resulta censurable, como destaca con unanimidad la doctrina, que la conformidad de las partes respecto a la existencia y contenido de la costumbre comporte la exoneración de prueba (art. 281.2 LEC).

214 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, ob. cit., pp. 42-43; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.96; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 51-54.

215 Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1947, p.12.

se ignora y se necesita conocer», verificar es «acreditar que aquello averiguado, y después afirmado, responde a la realidad»[216], resultando de todo ello que mientras la actividad de averiguación es ajena al proceso civil, la actividad de verificación es propia del proceso civil y tiene encaje en la prueba civil.

e) Aun cuando el derecho extranjero y el derecho consuetudinario constituyen normas jurídicas aplicables, presentan diferencias que inciden en su tratamiento a efectos probatorios. Así la costumbre, al consistir en una repetición de actos, tiene una base fáctica que la hace más apta para ser objeto de prueba por las partes, mientras que la averiguación de ley extranjera, al emanar de un poder estatal, puede ser más accesible para el juez[217]. Tal vez por ello el art. 281.2 LEC contiene una alusión a los medios de averiguación del derecho extranjero, admitiendo que el juez pueda valerse de cuantos estime oportunos, en contraste con el silencio con respecto a los medios de acreditación de la costumbre.

3.2. La prueba del derecho extranjero

La LEC/1881 no contenía previsión normativa alguna sobre la prueba del derecho extranjero, debiéndose estar al art.12.6, II CC, promulgado en 1974 a raíz de la reforma del Título Preliminar del Código Civil[218]. La doctrina clásica sobre la materia puede condensarse en las siguientes afirmaciones que recogemos de Muñoz Sabaté[219]:

1ª) La Ley extranjera, desde el punto de vista procesal, ostenta la categoría de un hecho sujeto a la carga de alegación y prueba por las partes interesadas en su aplicación, y por lo tanto no cabe su aplicación de oficio, y mucho menos su planteamiento como una cuestión nueva en apelación o en casación (STS 6 de junio de 1969, –RJ 3283–; y STS 5 de noviembre de 1971, –RJ 4524–).

2ª) La prueba del derecho extranjero se realiza a través de los medios de prueba admitidos por la legislación española, y entre ellos, fundamentalmente, a través de las certificaciones expedidas por las Embajadas y Consulados del país extranjero respectivo, o por el dictamen conforme de dos jurisconsultos del país que se trata, debidamente

216 Sentís Melendo, S., *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm.1, 1967, pp. 586 y 586.

217 Garcimartín Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.123.

218 Art.12.6, I CC: «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español». Art.12.6, II CC: «La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación por el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

219 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil…*, ob. cit., pp.113-118.

legalizados (STS de 30 de junio de 1962, –RJ 3322–; y STS 5 de noviembre de 1971, –RJ 4524–).

3ª) La falta de prueba del derecho extranjero perjudica, en virtud de las reglas de la carga de la prueba, a aquella parte que debía preocuparse de acreditar su existencia y contenido, y en consecuencia, la solución que predomina es la de desestimar la demanda o, en su caso, aplicar subsidiariamente la *lex fori* (= back to lex fori rule).

La LEC/2000 introdujo, por vez primera en un Código Procesal Civil, la regulación de la prueba del derecho extranjero, disponiendo que «también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. […] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiéndose valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación» (art. 281.2 LEC). Como advierte Picó i Junoy, de la literalidad del art. 281.2 LEC se deducen dos evidentes conclusiones: en primer lugar, el derecho extranjero debe probarse –no se indica por quién– respecto de su contenido y vigencia; y, en segundo lugar, el Tribunal «puede» –que no debe– valerse de cuantos medios de averiguación estime pertinentes[220].

En una lectura más detenida podemos destacar lo que *sí que dice* y lo que *no dice* el art. 281.2 LEC. Como resumen Calvo y Carrascosa, la LEC *sí que dice*: 1º) El derecho extranjero debe ser probado; 2º) Debe probarse el «contenido» y la «vigencia» del derecho extranjero; 3º) Como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte (art. 282 LEC), pero caben excepciones a dicha regla (art.281.2 LEC); 4º) El «Derecho extranjero» es algo totalmente diferente de los «hechos procesales»: los hechos procesales están sujetos a unas reglas determinadas de prueba que no son aplicables *tout court* al Derecho extranjero[221].

La LEC, por el contrario, *no dice*, esto es, guarda silencio sobre los siguientes aspectos: 1º) ¿Debe alegarse el Derecho extranjero? ¿Qué ocurre si ello no se hace? 2º) ¿Debe probarse siempre, en cada proceso, el Derecho extranjero? 3º) ¿Cuál es el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero? 4º) ¿Cuáles son los medios de prueba del Derecho extranjero? 5º ¿Quién debe o puede probar el Derecho extranjero? y 6º ¿Qué ocurre si resulta imposible probar el Derecho extranjero?[222]

A efectos de claridad expositiva, podemos abordar el estudio de la prueba del derecho extranjero a partir de los siguientes interrogantes: 1º) ¿Debe alegarse el derecho extranjero? 2º) ¿Debe probarse el derecho extranjero? 3º) ¿Quién debe probarlo?

220 Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿Dónde está el problema?*, en «Práctica de la prueba del derecho extranjero», La Ley, Madrid, 2011, p.19.

221 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, en Diario La Ley, núm. 6178, 28 enero 2005, Año XXVI, Ref. D-23, pp. 2 y 3.

222 Garau Sobrino, F.F., *La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC*, Revista General de Derecho, núm. 678-679, marzo-abril 2011, pp. 2343 y ss.

4º) ¿Con qué medios de averiguación? 5º) ¿Qué consecuencias se derivan de la falta de prueba?[223]

La LEC no trata al derecho extranjero ni como una cuestión fáctica ni como una cuestión jurídica, sino en una posición intermedia, pues «a pesar de ser derecho, debe ser alegado y probado», resultando la cuestión más delicada sobre quien recae la carga de la prueba[224].

3.2.1. ¿Debe alegarse?

El principio *iuria novit curia* (el tribunal conoce las normas), con plasmación en los artículos 218.1 LEC y 1.7 y 6.1 CC, se limita al derecho interno, escrito y general y significa que es innecesario alegar y probar el derecho interno, porque se presume que el tribunal lo conoce. Por el contrario, y frente al derecho extranjero, rige el principio *iura aliena nescit curia* (el tribunal desconoce derecho foráneo), al menos con carácter general y mayoritario, siendo necesaria la carga de su alegación y la carga de la prueba de su vigencia y contenido (art. 281.2 LEC).

La carga de alegación del derecho extranjero no se deduce del precitado artículo 281.2 LEC, que solo se refiere a la carga de la prueba, pero puede deducirse de la configuración del objeto del proceso. Éste, como es sabido, se integra por unos sujetos, una petición o *petitum* y un fundamento o causa de pedir. La causa de pedir es el fundamento de la acción afirmada y, por ende, de la pretensión. Y en el fundamento de la pretensión conviven elementos fácticos y elementos jurídicos (y, entre éstos, el derecho extranjero).

El juez tiene el deber de aplicar de oficio el derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto (art.12.6, II CC) –no por la alegación de la parte–; y la parte tiene la carga de alegar los hechos en que se subsume el criterio de conexión que determina la aplicación de la norma extranjera[225]. Así lo precisa la STS de 10 de junio de 2005 al afirmar:

> «[…] Si el derecho extranjero se equipara a la *lex fori* en cuanto al conocimiento que de él debe tener el Tribunal, sucede lo mismo, en orden a la introducción en el proceso, como material del mismo, con los llamados hechos procesales, esto es, los integrantes del supuesto descrito en la norma cuya aplicación pretenden las partes. En efecto, los hechos están regidos por la regla de la aportación de parte (*quod non est in actis no est in mundo*), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero, lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo sea

223 Seguimos, en lo sustancial, el esquema propuesto por Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿Dónde está el problema?*, ob. cit., pp. 22-30.

224 Garau Sobrino, F., *La prueba del derecho extranjero en la nueva LEC*, ob. cit., p.2346.

225 Molins García Atance, E., *La aplicación de la ley extranjera por los tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos*, en «Objeto y carga de la prueba civil», J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p.284; Garcimartin Montero, R., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1003.

necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma de conflicto extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. Como consecuencia de la aplicación de oficio de las normas de conflicto, el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto. Lo que han de alegar las partes son los hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto»[226].

Y en términos muy similares se expresa la STC de 17 de enero de 2000, en cuanto al dato que la aplicación del derecho extranjero viene reclamada por la existencia de una norma de conflicto y no por la alegación de una de las partes, al afirmar:

«Debe, además, repararse en la circunstancia de que, en este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no disponer de la traducción del derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas y en que, además, *la aplicación al caso de ese peculiar «hecho» en que convierte el Código Civil al derecho extranjero no proviene del alegato de la señora Ch., sino de la remisión del art. 107 del Código Civil (en relación con su art. 9.2)*, por lo que, propiamente, no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella (la aplicación al caso del Derecho armenio), sino de la acreditación del derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107 del Código Civil, lo que, a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se de razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el propio art. 12.6 «in fine» del Código Civil confiere a los órganos judiciales»[227].

La invocación del derecho extranjero debe efectuarse en la fase de alegaciones (demanda y contestación a la demanda). En la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal) puede efectuarse el control de la fundamentación jurídica del derecho extranjero invocado a través del trámite de las alegaciones complementarias (art. 426.1 LEC). Si el juez tiene la obligación de resolver conforme a las normas jurídicas aplicables al caso (arts. 1.7 CC y 218.1, II LEC) y de los escritos de alegaciones no se deduce con claridad el derecho extranjero invocado, el juez puede hacer uso del trámite de alegaciones complementarias para despejar estas dudas.

Si se identifica correctamente el derecho extranjero invocado por las partes se delimita correctamente el objeto del proceso. Para evitar infracción del derecho de defensa, se ha propuesto una reforma del artículo 428 LEC para que en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal) se pueda discutir sobre la aplicación del derecho extranjero, con el contenido siguiente:

226 STS, Sala 1ª, de 10 de junio de 2005, fto. jco. 1º (RJ 2005/6491). En el mismo sentido, y con anterioridad, STS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10245).

227 STC, Sala 1ª, de 17 de enero de 2000, fto. jco. 4º (RTC 2000\10). (La cursiva es nuestra). Adviértase también que esta sentencia solo exige al litigante con respecto al derecho extranjero un principio de prueba y que se reclama una posición más activa del tribunal en la obtención de la prueba.

«Art. 428. Fijación de hechos controvertidos y posible sentencia inmediata. *Incidente sobre la aplicación y vigencia del derecho extranjero.*

[…]

4. Si en la audiencia previa o vista el Tribunal apreciare que resulta de aplicación el derecho extranjero, lo pondrá de manifiesto a las partes para que en el plazo de diez días se pronuncien al respecto, suspendiéndose mientras tanto dichos actos. Contra la resolución judicial podrá recurrirse en reposición»[228].

3.2.2. ¿Debe probarse?

El artículo 281.2 LEC dispone que el derecho extranjero «deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia». Por tanto, el legislador sienta la carga de la prueba del derecho extranjero –a diferencia del derecho interno, que no precisa de tal carga por ser conocido por el tribunal[229]– y sienta el alcance u objeto de la carga de la prueba del derecho extranjero –al enunciar que deber versar sobre su «contenido y vigencia»–.

Sin embargo, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que la prueba del derecho extranjero no puede limitarse a su contenido y vigencia. Así autores como Montero Aroca afirman que la carga de la prueba del derecho extranjero debe extenderse también a su aplicación[230] y autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González refieren la prueba al contenido, vigencia y existencia, interpretación y aplicación al caso concreto[231]. En la jurisprudencia se indica que «quien invoca el derecho extranjero ha de acreditar en juicio: a) la existencia de la legislación de que se trate, b) la vigencia de la misma, y c) su aplicación al supuesto de debate […] siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación» (STS de 25 de enero de 1999[232]). La prueba del derecho extranjero no se circunscribe a su contenido y vigencia, esto es, no basta la invocación aislada del precepto extranjero aplicable acompañada de la escueta afirmación de su vigencia, sino que, además, deberá probarse el sentido y autorizada interpretación de la norma extranjera invocada, de modo que la aplicación no suscite dudas a los tribunales españoles.

228 Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, ob. cit., p.38.

229 La STS de 24 de junio de 2010, fto. jco.3º (RJ 2010/5410) nos recuerda la obligación de la prueba del derecho extranjero en los siguientes términos: «Cómo lógica consecuencia de que los Jueces españoles no tienen la obligación de conocer el derecho extranjero, históricamente se ha exigido la prueba del mismo ya en la Tercera Partida, Título XV, Ley XV, se refiere a la prueba de la Ley o fuero de otra tierra que fuese de fuera de nuestro señorío».

230 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.90.

231 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *La prueba del Derecho extranjero…*, ob. cit., pp. 6 y 7.

232 STS, Sala 1ª, de 25 de enero de 1999, fto. jco.2º (RJ 1999\321). En sentido similar, y con anterioridad la STS, Sala 1ª, de 3 de febrero de 1975, fto. jco.9º (EDJ 1975\90) apuntaba que la carga de la prueba del derecho extranjero comprende «el alcance e interpretación asignados por el tribunal del respectivo país»; y la STS, Sala 1ª, de 4 de julio de 2006, fto. jco.2º (RJ 2006\6080) alude a «la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación».

El derecho extranjero no admite dispensa de prueba por la conformidad de las partes, ni por la notoriedad[233]. En efecto, la plena conformidad de las partes, salvo en los procesos no dispositivos, determina la exención de la prueba de los hechos (art. 281.3 LEC), pero no así del derecho extranjero, por cuanto las normas de conflicto que remiten a la aplicación del derecho extranjero tienen carácter imperativo y están sustraídas al poder de disposición de las partes (art.12.6 CC)[234]. La notoriedad absoluta y general dispensa de la prueba de los hechos (art. 281.4 LEC), pero no existe una previsión equivalente en cuanto al derecho extranjero, resultando, además, difícil que se dé el supuesto de una norma extranjera de notoriedad absoluta (en todo el planeta orbe y en todo el tiempo) y general (comprendiendo a todas las personas del mismo). La notoriedad como instrumento de dispensa de la prueba se refiere a los hechos, pero no a las normas jurídicas (STSJ Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 2005[235]).

El conocimiento privado del juez (private wissen) que no puede ser utilizado para la fijación de los hechos[236], puede ser válido para la aplicación del derecho extranjero, siquiera algunos autores reclaman que el juez deje constancia documentada de su conocimiento privado a efectos del posterior control por vía de recursos de la aplicación del derecho extranjero efectuada[237]. En este sentido resulta ilustrativa la STSJ Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 2005, al afirmar:

> «Las normas jurídicas son tema de prueba sólo si no son conocidas por el juzgador, el cual puede tener en cuenta su conocimiento privado del derecho, sea éste el que fuere. El juez puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. El cómo adquiere el juez conocimiento del derecho no tiene importancia respecto del proceso concreto. Cosa distinta es que el juez debe dejar clara constancia de la norma y de su contenido en la sentencia a los efectos del posible recurso. Por lo mismo no existe notoriedad de una norma, pues la notoriedad se refiere sólo a los hechos»[238].

233 Ferrer Cortines, O., *La carga de la prueba del derecho extranjero*, en «Objeto y carga de la prueba», ob. cit., pp. 256-257.

234 En este sentido también Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba…*, ob. cit., p.116, quien además, añade que para la prueba de la costumbre el art. 281.2 LEC establece una dispensa de prueba «si las partes estuviesen conformes en su existencia», consideración que no se hace del derecho extranjero (*inclusio unus exclusio alterus)*.

235 STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, secc.1ª, de 22 de septiembre de 2005, fto. jco.2º (RJ 2006\375).

236 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.96; Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.1293; Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.138.

237 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.60.

238 STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, secc.1ª, de 22 de septiembre de 2005, Pte. Ilmo. Sr. Dº Juan Montero Aroca, fto. jco. 2º (RJ 2006\375).

En parecidos términos se expresa la ya citada STS de 10 de junio de 2005, pues partiendo del distinto tratamiento jurídico con respecto a la aportación de los hechos y a la aplicación del derecho extranjero, afirma que el juez debe aplicar el derecho extranjero reclamada por la norma jurídica si lo conoce, en los términos siguientes:

> «Y si el derecho extranjero no se equipara a la *lex fori* en cuanto al conocimiento que de él debe tener el Tribunal, sucede lo mismo, en orden a la introducción en el proceso, como material del mismo, con los llamados hechos procesales, esto es, los integrantes del supuesto descrito en la norma cuya aplicación pretenden las partes.
>
> En efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (*quod non est in actis non est in mundo)*, mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (artículo 12.6.2 del Código Civil, redacción anterior a la de Enjuiciamiento Civil, que era la vigente al interponerse la demanda, y artículo 281.2 de esta última Ley), lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información[239].

3.2.3. ¿Quién debe probarlo?

El art. 281.2 LEC dispone que, a efectos de la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero, «el tribunal [puede] valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». La cuestión relativa a quien debe probar el derecho extranjero permite distinguir tres orientaciones doctrinales[240].

Primera, la averiguación y aplicación de oficio del derecho extranjero, en tanto que Derecho, corresponde a los tribunales españoles. Esta posición parte de la doble consideración del carácter imperativo de las normas de conflicto y de que la remisión de una norma de conflicto al derecho extranjero debe comportar la aplicación del derecho extranjero que, no por ser extranjero, deja de ser derecho. De esta posición se desprenden las siguientes consecuencias: a) el *iura novit curia*, en referencia al derecho extranjero, no puede extenderse a su conocimiento, sino más bien al deber judicial de verificarlo o averiguarlo de oficio, al margen de lo que las partes hayan podido alegar o probar; b) la aplicación del derecho extranjero no es de libre disposición de las partes, por lo que su falta de alegación no impedirá que el juez pueda aplicarlo al caso concreto; y c) existe un deber de investigación de oficio del derecho extranjero, pudiendo las partes colaborar con el Tribunal para facilitar su averiguación[241].

Los defensores de esta tesis esgrimen los argumentos siguientes: 1º) La derogación del art. 12.6 CC y su substitución por el art. 281.2 LEC, y las notables diferencias entre

239 STS, Sala 1ª, de 10 de junio de 2005, fto. jco. 1º (RJ 2005\6491).

240 Cerrato Guri, E., *El onus probandi del derecho extranjero*, en «Práctica de la prueba del Derecho extranjero», ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 80-90.

241 *Ibidem*, p.81.

ambos preceptos: a) se despersonaliza el deber de probar el derecho extranjero, pues mientras el art. 12.6, II CC afirmaba que «la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la ley española», el art. 281.2 LEC dispone que «el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia»; b) se suprime la dicotomía entre medios de prueba y medios de investigación, pues mientras el art. 12.6 II CC refería los medios de la prueba a la persona que invocaba el derecho extranjero y los medios de averiguación al juez, el art. 281.2 LEC alude únicamente a los medios de averiguación; y c) se eliminan las expresiones «sin embargo y además» del art. 12.6, II CC en referencia a la actividad del juzgador, que denotaban una actividad subsidiaria (Alonso-Cuevillas Sayrol)[242]; 2º) El Derecho extranjero, aun cuando extranjero, no deja de ser derecho, por lo que su tratamiento probatorio no puede equiparase al sistema de verificación o comprobación de los hechos, como es la prueba, sin olvidar que en esta materia la ley impone al juez el deber de oficio de aplicar una norma de conflicto que remite a un derecho extranjero (art.12.6, II CC) y se le atribuye iniciativa probatoria directa (art. 281.2 LEC) (Ramos Méndez[243]); 3º) La consideración del proceso como un instrumento para el ejercicio de una función pública de conformidad con los postulados del Estado Social de Derecho (art.1.1 CE), en que el juez asume un papel de director del mismo; y la imposición a las partes de la obligación de probar el derecho extranjero, con el coste que ello supone, significaría un obstáculo de difícil justificación para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (Etxeberría Guridi[244]).

Segunda, la alegación y prueba del derecho extranjero, en tanto que hecho, es una carga de las partes. Ha sido la posición tradicional mantenida por la jurisprudencia que parte de la base que si la norma de conflicto remite a un derecho extranjero, serán las partes quienes deban alegarlo y probarlo como si de un hecho se tratare. A partir de esta afirmación se desprenden las siguientes consecuencias: a) la aplicación imperativa de la norma de conflicto puede remitir al derecho nacional o bien a un ordenamiento jurídico extranjero, pero los tribunales no tienen la obligación de conocer el derecho extranjero, por lo que la carga de su prueba repercute sobre la parte que lo invoca; b) el juez no tiene el deber de verificar y/o averiguar, de oficio, el derecho extranjero al que envíe la norma de conflicto, existiendo, a lo sumo, una facultad de investigación, que exigirá, en todo caso, una mínima actividad probatoria por las partes; c) la parte que invoque el derecho extranjero

242 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., pp. 39-40 y 65-66.

243 Ramos Méndez afirma: «A diferencia de lo que prescribía la Ley [LEC/1881] anterior, tampoco se hace recaer sobre una parte la prueba, sino que se utiliza una fórmula impersonal –deberá ser probado–, etc. Si a renglón seguido uno se percata de que se atribuye la iniciativa probatoria directa al Tribunal, habrá que concluir que nos estamos alejando del modelo probatorio general. Con ello se quiere decir de lo que está estableciendo la Ley es un deber de averiguación del Tribunal del contenido y vigencia de las normas foráneas que tiene que aplicar» (en «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.614).

244 Etxeberría Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria*, ob. cit., p.233.

tiene la carga de la prueba, en aplicación del criterio jurisprudencial, sustentado en el derogado artículo 12.6, II CC en atención al cual dicha carga repercutirá «en la parte que lo invoque»[245]. Esta orientación ha tenido un sólido respaldo jurisprudencial, pudiéndose destacar, entre otras muchas, la STS de 30 de abril de 2008 que, en la parte que interesa, afirma:

> «[…] La jurisprudencia ha declarado que quien invoca el derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6, II, inciso final [del Código Civil] (texto hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero) no constituye una obligación»[246].

Tercera, las partes y el juez colaboran en orden a acreditar el derecho extranjero aplicable al caso. Parte de la literalidad del art. 281.2 LEC que indica que debe probarse el derecho extranjero, pero no indica a quien corresponde la carga de la prueba. El carácter abierto del art. 281.2 LEC favorece un sistema híbrido –también llamado de «colaboración juez-partes»[247] o de «textura abierta»[248]– en el que las partes deben intentar acreditar el derecho extranjero (cuestión de hecho); y para el caso que la actividad probatoria desplegada por las partes fuera insuficiente, lo podrá averiguar el Tribunal de oficio (cuestión de derecho), siendo ésta la posición doctrinal mayoritaria[249]. La STS de 3 de marzo de 1997,

---

245 Cerrato Guri, E., *El onus probandi del derecho extranjero*, ob. cit., pp. 82-85.

246 STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 2008, fto. jco.3º (RJ 2008\2685).Y en sentido similar, y con anterioridad, puede verse la STS de 27 de diciembre de 2006, fto. jco.2º (RJ 2006\9907) la cual, a su vez, cita las SSTS de 4 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991, 9 de febrero de 1999 y 4 de julio de 2006.

247 Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2ª ed., Navarra, 2007, p.203.

248 Garcimartín Alférez, F.J., *Nota a la STS 17 de diciembre de 1991*, R.EDI, 1992, vol. XLIV, pp. 239-243.

249 López Simo, F., *Disposiciones generales sobre la* prueba, ob. cit., p.55; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., pp. 116-117, para quien en este sistema de colaboración juez-partes, «parece lógico suponer que la colaboración de éste último [el juez] sólo se producirá si falla la actividad de parte, o el resultado de la misma es incompleto»; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.64, –pese a que este autor no mantiene esta posición–; Ferrer Cortines, O., *La carga de la prueba del derecho extranjero*, en «Objeto y carga de la prueba civil», J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 259-262; Garau Sobrino, F.F., *La prueba del derecho extranjero en la nueva LEC*, en Revista General del Derecho, núm. 678-679, marzo-abril, 2001, pp. 2.347-2.348, precisando que la actuación del órgano jurisdiccional para complementar la actividad de las partes podría ser bien el mecanismo de las diligencias finales, en el ámbito del juicio ordinario, bien la facultad de «indicar» a las partes la práctica de determinadas pruebas ex art. 429.1, II LEC, tanto en el ámbito del juicio ordinario como en el del juicio verbal; Cremades Morant, J.B., *Comentario al art. 281 LEC,* en «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.1953, apunta que el juez tiene una «facultad, formulada como investigación hasta *«lo razonable»*; Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 281 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Atelier, 2000, p.1299, para quien «la carga probatoria impuesta a la parte que lo alegue no excluye la investigación de oficio por el juez de la norma extranjera que, a tenor de lo dispuesto en las correspondientes normas de conflicto, resulte

dictada con anterioridad a la promulgación de la LEC/2000, apuntaba que al juez le correspondía un deber de investigación del derecho extranjero de oficio, si las aportaciones de prueba por las partes no era suficientes, razonando del modo siguiente:

> «Se ha hecho notar, en este sentido, que el «iura novit curia», aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que *más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano*. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción dada al Título preliminar del Código Civil por Decreto 1836/1974, de 31 mayo el artículo 12.6 [CC] deja claro: a) que la norma extranjera se 'acredita'; b) que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término 'acreditar' no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las normas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente 'libre', o, en otras palabras, *prueba que presupone la libertad de medios probatorios* (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable. En consecuencia, los informes periciales (aparte las posibles informaciones testificales) que sirvan a este fin no tiene necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba»[250].

Ahora bien, el sistema de colaboración partes-juez, si bien es preferible que el sistema de la alegación y carga de la prueba por las partes, también adolece de imperfecciones, y la principal de ellas es que ni a las partes ni al juez se le impone como un deber la prueba del derecho extranjero, de ahí que queden sin resolver sobre quien deben recaer las consecuencias de la falta de acreditación del derecho extranjero[251].

---

aplicable al caso»; Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, ob. cit., p.137, afirma que «coexiste la necesidad de prueba por las partes, con la potestad de investigar la norma extranjera de oficio»; Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en el Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, ob. cit., p.217, para quien «es, en principio, a las partes a quienes compete su cumplida demostración [del contenido y vigencia del derecho extranjero], sin perjuicio de las facultades de averiguación de oficio por parte de los tribunales» y además añade «que impera el régimen de colaboración del juez con las partes a tal efecto, y la falta de diligencia judicial en el factible conocimiento de tal derecho u la omisión del auxilio requerido por las partes, podrá generar lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

250 STS, Sala 1ª, de 3 de marzo de 1997, fto. jco.5º (RJ 1997\1638). La cursiva es nuestra. Puede verse el comentario de Gascón Inchausti, F., *Investigación del derecho extranjero: papel activo del órgano judicial*, en Tribunales de Justica 7/1997, pp. 796-801, en el que destaca el carácter rupturista de esta sentencia frente a la monolítica doctrina tradicional del Tribunal Supremo, al considerar el derecho extranjero como una norma jurídica, en cuyo caso el deber de investigar el contenido y vigencia del Derecho extranjero debe recaer sobre el órgano jurisdiccional, aun cuando con la colaboración de las partes.

251 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba*, ob. cit., p.107.

En aras a incentivar la actividad judicial en este sistema de colaboración de la norma extranjera aplicable, y en aras también a preservar el carácter imperativo de las normas de conflicto, y evitar la aplicación subsidiaria del derecho español, se ha propuesto una reforma normativa del art. 281.2 LEC con el contenido siguiente:

Art. 281. Objeto y necesidad de la prueba.

2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deber ser *acreditado* en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. *En este caso, el Tribunal sólo podrá aplicar subsidiariamente el derecho español cuando acredite que ha efectuado la mínima acreditación o exista un motivo que imposibilite la aplicación del derecho extranjero*»[252].

3.2.4. ¿Con que medios de averiguación?

Los medios de prueba tradicionales para la prueba del derecho extranjero han sido la documental pública –certificación del embajador o cónsul de España en el país que se trate (STS 15 de julio de 1985) y la pericial –dictamen de dos jurisconsultos del país extranjero, legalizado por el cónsul español (SSTS de 19 de noviembre de 1992, de 10 de marzo de 1993, de 4 de mayo de 1995)[253].

El artículo 281.2 LEC abre una nueva perspectiva al establecer el tribunal podrá valerse de cuantos «medios de averiguación» estime oportunos para su acreditación, de la cual se ha eco también la jurisprudencia. Así en la STS de 24 de junio de 2010 –con cita de la de 4 de julio de 2006–, se afirma:

> «En relación con los medios de prueba del derecho extranjero la referida sentencia de 4 de julio de 2006 pone de relieve la posibilidad de utilizar «todos los medios de prueba a su alcance», enumerando entre ellos a los siguientes: «a) documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones, aunque esta prueba sólo se limita al texto de la norma vigente, pero elude su interpretación muy necesaria en cualquier litigio; b) «mediante testimonio conforme de dos jurisconsultos del país respectivo aportado por los autos» (sentencia de 3 febrero 1975, aunque la de 9 noviembre 1984 (RJ 1984, 5372) entendió que las conclusiones de los jurisconsultos no son vinculantes), […]. En el caso objeto de recurso el contenido y vigencia del derecho aplicable ha sido demostrado por dos «afidávit» o declaraciones juradas cuya eficacia probatoria, bien que en conjunción con el resto de datos, ha sido reconocida de forma expresa por esta Sala en el auto de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 54318) (Exequátur número 131[sic]/2001)[254].

252 Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, ob. cit., p.39.

253 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.100.

254 STS, Sala 1ª, de 24 de junio de 2010, fto. jco.3º (RJ 2010\5410).

Del art. 281.2 LEC se deduce el principio de plena libertad de medios de investigación del derecho extranjero, según coinciden doctrina y jurisprudencia (entre otras, STS de 3 de marzo de 1997 y SAP Guadalajara 14 de enero de 2004[255]). Así Picó i Junoy pone de manifiesto que para la averiguación del Derecho extranjero podrá utilizarse[256]:

a) prueba documental, consistente en cualquier escrito donde se recoja información del derecho extranjero como pudiera ser una simple fotocopia obtenida por internet –protocolizada o no–; la simple fotocopia de cualquier texto normativo impreso en papel[257]; cualquier documento emitido por la embajada o autoridad consular española que se encuentre en el país extranjero cuyo derecho debe aplicarse, o por la embajada o autoridad consular extranjera que se encuentra en España; una certificación emitida por la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia, creada por Real Decreto 495/2010, de 30 de abril[258].

b) prueba pericial, consistente en un dictamen jurídico emitido por jurisconsultos expertos en la materia litigiosa, normalmente juristas de reconocida competencia en el país de origen del derecho extranjero (SSTS de 23 de octubre de 1992 o 9 de noviembre de 1984). También cabe el dictamen pericial emitido por una institución de reconocido prestigio, esto es, la pericia corporativa (art. 340.2 LEC), entre las que, siguiendo el listado enunciado por Alonso-Cuevillas, cabe destacar las siguientes:
   - Max-Planck-Institut für ausländiches und internationals Privarecht.
   - Institut International pour l'Unification de Droit Pirvé (UNIDROIT).
   - Institut Juridique International.
   - Societé de legislation comparée et Centre français de droit comparé.
   - Service des recherches juridiques comparatives du C.N.R.S.
   - Institut Suisse de droti comparé.
   - The British Institute of International and Comparative Law.
   - American Law Institute.

255 STS, Sala 1ª, de 3 de marzo de 1997, fto. jco.5º (RJ 1997\1638) y SAP Guadalajara, secc. 1ª, de 14 de enero de 2004, fto. jco. Único (RJ 2004\371).

256 Picó i Junoy, J., *La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, ob. cit., pp. 26 y 27.

257 En sentido contrario, Calvo Caravaca, L.A. y Carrascosa González, J., *La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.5, quienes admiten la prueba por documentos públicos, pero excluyen, a efectos de la prueba del derecho extranjero, las fotocopias con olvido que un documento privado no impugnado despliega idéntica virtualidad probatoria –o si se quiere certeza– que el documento público (art.326.1 LEC).

258 Esta Dirección, que sustituye a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia tiene entre sus funciones la «información de derecho extranjero» (art.11.1.a Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio).

- Institut hellénique de droit international et étranger[259].

También cabe la declaración de un testigo-perito, a modo de expert witness (experto en Derecho extranjero)[260], sistema escasamente utilizado en España, pese a su importancia en otros países[261].

c) el interrogatorio de las partes. Cita Picó i Junoy el siguiente ejemplo: imaginemos un contrato de compraventa firmado por dos empresas –una española y otra suiza– cuyos representantes legales son abogados y al declarar afirman la vigencia, contenido y aplicación de la norma extranjera al caso. Lo cual, por otra parte, no significa que la aplicación del derecho extranjero quede a disposición de las partes, sino que éstas pueden constituir un medio de prueba para su acreditación. Sin embargo, otros autores excluyen el interrogatorio de las partes como medio de prueba del derecho extranjero porque el interrogatorio, para desplegar eficacia de prueba tasada, exige que la parte haya intervenido personalmente en los hechos, y ello no se puede predicar del reconocimiento de una norma jurídica[262].

d) el interrogatorio de testigos, consistente en el hecho que en la relación jurídica discutida ha intervenido algún jurista que puede testimoniar sobre su contenido, vigencia e interpretación o cualquier otro extremo que resulte de interés al juez español. Sin embargo, otros autores excluyen el interrogatorio de testigos bajo el argumento que el derecho extranjero no es algo perceptible por un individuo concreto sino que su conocimiento y aplicación afecta a un número indeterminado de personas[263].

e) el reconocimiento judicial, no obstante las dudas que despierta en algunos autores[264], puede consistir en proponer la prueba de la llamada cibernavegación[265], interesando del juez que, en el día del juicio o de la vista, navegue por «internet» y consulte el contenido y vigencia del derecho extranjero.

Además de los referidos medios de prueba, deben tenerse en cuenta los tratados internacionales, bien en forma convenios multilaterales, tales como el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968 (BOE de 7 de

259 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.78.

260 Marín Consarnau, D., *El tratamiento procesal de los medios para la prueba del derecho extranjero y su valor probatorio*, en «La prueba judicial», ed. La Ley, Madrid, 2011, p.574.

261 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *La prueba del Derecho extranjero*…, ob. cit., p.6.

262 Garcimartín Montero, R., *El objeto de la* prueba, ob. cit., p.117; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.116.

263 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba*, ob. cit., p.117.

264 Calvo Caravaca, A.L., y Carrascosa González, J., *La prueba del derecho extranjero*…, ob. cit., p.5; y Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p.117.

265 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.80, para quien dicha proposición podría tener encaje, bien en la normativa del reconocimiento judicial, bien a través de la cláusula abierta del art. 299.3 LEC.

octubre de 1974) y su Protocolo Adicional de 15 de marzo de 1978 (BOE de 24 de junio de 1982), o la Convención Intramericana sobre prueba e información del Derecho extranjero de 7 de mayo de 1979 (BOE de 13 de enero de 1988); bien en forma de convenios bilaterales, basados en el sistema de autoridades centrales de información jurídica.

3.2.5. ¿Qué consecuencias se derivan de la falta de la prueba?

Ante la falta de la prueba del derecho extranjero caben tres alternativas[266].

Primera, entender que la prueba del derecho extranjero es una cuestión de hecho, por lo que la falta de prueba perjudica a la parte que tenía la carga de alegarlo y/o incorporarlo al proceso, debiéndose desestimar sus pretensiones. En este sentido, y entre otras muchas, puede verse la STS, Sala de lo social, de 22 de mayo de 2001, al afirmar:

> «El precepto citado no contiene ninguna previsión específica para el supuesto de que quien tiene la carga de probar el derecho extranjero aplicable, según la regla de conflicto, no lo pruebe. En principio, son posibles distintas alternativas, de las que cabe destacar por su importancia las dos siguientes: la primera consiste en desestimar la demanda, porque el que tiene la carga de probar la norma jurídica que debe fundamentar necesariamente su pretensión, de acuerdo con la norma de conflicto no lo ha hecho y, en consecuencia, debe soportar las consecuencias jurídicas de esa falta de prueba de las normas que habrían de servir»[267].

Segunda, entender que la prueba del derecho es una cuestión jurídica, y que la falta de prueba del derecho extranjero es responsabilidad del órgano judicial, sobre el cual debe recaer el deber de investigar las normas extranjeras, determinar su vigencia y decidir su aplicación, debiéndose en este caso bien acudir a la institución de las diligencias finales para proponer nuevos medios de prueba de acreditación del derecho extranjero, bien acordar una retroacción de actuaciones hasta la presentación de la demanda para subsanar la insuficiente actividad probatoria. Esta última solución fue la adoptada por la SAP Baleares, de 9 de octubre de 2002, al afirmar que:

> «Consecuentemente, sin entrar a examinar el recurso de apelación del demandado don Peter G. W., procedería revocar la sentencia de instancia, desestimando íntegramente la demanda, sin entrar en el fondo que se dejaría imprejuzgado, sin embargo teniendo en cuenta que la materia de que se trata es de orden público y aplicando el principio de conservación de las actos procesales (Art. 242 de la LOPJ, pues aún no es aplicable el art. 230 de la LEC, según su DF17ª) y ejercitando la facultad que sobre la prueba otorga el art. 429 de la nueva LEC a los Tribunales ante la evidente insuficiencia de la prueba propuesta por las partes, procede, con la revocación de la sentencia de instancia, la retroacción de las actuaciones al momento de la presentación de la demanda y con las particularidades siguientes:

266 Adán Doménech, F., *Consecuencias de la falta de prueba del derecho extranjero*, en «Práctica de la prueba del Derecho extranjero», ob. cit., pp. 98-106.

267 STS, Sala de lo Social, secc. 1ª, de 22 de mayo de 2001, fto.jco. 5º (EDJ 2001\6477).

A. Conservarán su eficacia todas las actuaciones procesales realizadas en la instancia, a excepción de la sentencia que se anula.

B. Las actuaciones a efectuar principiarán por un escrito de la actora de adaptación de su demanda al derecho británico con alegación de la o las causas de separación según dicho derecho extranjero, que deberá presentar doña Elizabeth W., en el plazo que al efecto le conceda el Juzgado a quo, y del que se dará traslado a la demandada para que proceda a su contestación especifica en el plazo legal […][268].

Y tercera, entender que la prueba del derecho extranjero es una combinación de hecho y derecho, existiendo una responsabilidad compartida entre las partes y el órgano judicial en cuanto a la prueba de la norma extranjera, y ante la falta de prueba del derecho extranjero aplicar la *lex fori*, adoptando una posición garantista *pro accione*, a favor de una resolución de fondo del conflicto jurídico, con invocación de la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24.2 CE). Esta última postura es la que ha sido defendida mayoritariamente por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que si bien considera que el derecho extranjero es una cuestión de hecho, termina aplicando supletoriamente el derecho español. En este sentido, puede citarse, entre otras, la STS de 4 de julio de 2007 que, en la parte que interesa, afirma:

> «Por tanto, la falta de aportación de la legislación alemana al procedimiento impediría que el motivo tuviese eficacia casacional, ya que no podría resolverse en ningún caso sobre el fondo, conforme al derecho que se alega aplicable, debiendo emplearse de forma supletoria, por tanto, ante la falta de prueba del derecho extranjero, el derecho español, lo cual no permite modificar en modo alguno el fallo de la sentencia al haber sido dictada conforme a derecho»[269].

3.3. La prueba de la costumbre

La costumbre constituye una de las fuentes del ordenamiento jurídico (art.1.1 CC), rigiendo en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada (art. 1.3 CC), y aparece igualmente recogida en distintos ordenamientos forales, con el mismo rango de fuente del ordenamiento jurídico[270]. Como advierte Garcimartin Montero la costumbre es la única de las citadas como fuente del

268 SAP Baleares, secc. 5ª, de 9 de octubre de 2002, fto. jco.2º (JUR 2003\28857).

269 STS, Sala 1ª, de 4 de julio de 2007, fto. jco.4º (RJ 2007\4937). En el mismo sentido, también SSTS, Sala 1ª, de 27 de diciembre de 2006, fto. jco.1º (RJ 2006\9907); y de 4 de julio de 2006, fto. jco.2º (RJ 2006\6080).

270 Ver aquí:

a) Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

Art.1.1. «Las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico».

Art.1.2. «El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan».

ordenamiento jurídico en el Código Civil de la cual se exige prueba, como requisito para que pueda ser aplicada por el juez[271].

La LEC establece una exención –o, mejor aún, una «no necesidad»– de prueba de mediar conformidad de las partes acerca de su existencia y contenido (art. 281.2 LEC). El precitado artículo 281.2 LEC permite deducir tres conclusiones evidentes. En primer lugar, que la costumbre, al igual que el derecho extranjero, puede ser objeto de prueba (art. 281.2, proposición inicial LEC). En segundo lugar, que la conformidad de las partes sobre la existencia y contenido de una costumbre comporta la discutible innecesariedad de su prueba[272]

Art.2.1. «La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés».

Art.2.2. «Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes».

b) Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia:
art. 1.1.»Las fuentes del derecho civil de Galicia son la ley, la costumbre y los principios generales que integran e informan el ordenamiento jurídico gallego». Art.1.2.»La costumbre regirá en defecto de ley gallega aplicable».
art. 2.1. «Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

c) Ley 1/1973, de 1 de marzo, de la Compilación de Derecho Civil de Navarra:

Ley 2. Prelación de fuentes

«En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente:

1) La costumbre.
2) Las leyes de la presente Compilación.
3) Los principios generales del Derecho navarro.
4) El Derecho supletorio».

Ley 3. Costumbre

«La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales».

d) Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Vasco:

art.1: «La costumbre que no sea notoria deberá ser probada».

e) Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera del Código Civil de Catalunya:

Artículo 111-1. Derecho civil de Catalunya

1. «El derecho civil de Catalunya está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio».

2. «La costumbre sólo rige en defecto de ley aplicable».

271 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.118.

272 Advierte Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.135, que el art. 281.2 LEC habla que «la prueba de la costumbre no será necesaria, lo que no se corresponde con que esté exenta ni, mucho menos, con que sea inadmisible».

(art. 281.2, proposición segunda LEC). Y en tercer lugar, que la no necesidad de prueba está condicionada a que la costumbre no afecte al orden público (art. 281.2, proposición segunda *in fine* LEC), expresión ésta que podría entenderse como el orden constitucional o el conjunto de principios inspiradores y dimanantes de la constitución[273]. Por el contrario, y al igual que hemos apuntado con relación al derecho extranjero, el art. 281.2 LEC guarda silencio sobre extremos relevantes tales como si debe alegarse la costumbre, quién debe probar la costumbre, con qué medios de prueba o las consecuencias de la falta de la prueba.

A efectos de claridad sistemática, y siguiendo un esquema parecido al estudio de la prueba del derecho extranjero, podemos formular los siguientes interrogantes: 1) ¿Debe alegarse la costumbre? 2) ¿Debe probarse la costumbre? 3) ¿A quién corresponde la carga de la prueba? 4) ¿Con qué medios de averiguación? 5) ¿Qué consecuencias se desprenden de la falta de prueba?

3.3.1. ¿Debe alegarse?

El legislador, probablemente arrastrado por la inercia y el peso de la doctrina jurisprudencial, dispensa a la costumbre un tratamiento similar al de los hechos –como lo demuestra la exención de prueba por conformidad de las partes en su contenido y vigencia (art. 281.2 LEC)– y guarda silencio sobre la carga de la alegación de la costumbre. Una consolidada jurisprudencia sostiene que la costumbre debe invocarse por la parte que pretende servirse de ella, posición que también ha sido mantenida por algún sector doctrinal[274]. Sin embargo, esta afirmación no encaja con el hecho que la costumbre es una norma jurídica, con rango de fuente del ordenamiento jurídico (art. 1.3 CE) y con el hecho que, con respecto a las normas jurídicas, no rige el principio dispositivo y de aportación de parte, sino el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius* y el principio *iura novit curia*. Cuestión distinta será la mayor o menor dificultad en la localización de una costumbre, sobre todo si no está compilada y su ámbito de aplicación es muy reducido[275].

3.3.2. ¿Debe probarse?

De los artículos 1.3 CC y 281.2 LEC se desprende que la costumbre puede ser objeto de prueba. Y aun cuando el precitado art. 281.2 LEC circunscribe el objeto de la prueba a la «existencia y contenido de la costumbre», debe extenderse el objeto de la prueba a «sus circunstancias, alcance y demás preciso para deducir las consecuencias pretendidas» (STS 4 de

273 Martín Ostos, J.S., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, 2ª ed., Valladolid, 2000, p.1758.

274 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso* civil, ob. cit., p.121; Moreno Catena, V., en «El proceso civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2199.

275 Etxeberrí Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria*, ob. cit., p.236.

octubre de 1982[276]). Como se ha afirmado acertadamente la prueba tiene por objeto «la determinación de la conducta o práctica socialmente observada y la uniformidad y continuidad de su observancia, y corresponde al tribunal apreciar la racionalidad, la *opinio iuris seu necessitatis* y la suficiencia en el tiempo para calificar aquel comportamiento como costumbre»[277].

No cabe la exención de la prueba de la costumbre por conformidad de las partes, pese al tenor literal del art. 281.2 LEC[278], precepto acertadamente calificado como «distorsionador»[279]. No se puede otorgar un tratamiento procesal idéntico a la costumbre, que es norma jurídica y fuente del ordenamiento jurídico, que a los hechos. De admitirse que la conformidad de las partes sobre la existencia y contenido de una costumbre comporte la innecesaridad de su prueba, ello podría producir la aplicación de una normativa incorrecta o inexistente[280], amen que tal dispensa excepciona la prescripción general que la costumbre debe ser probada, según el art.1.3 CC, siempre[281].

Por el contario, cabe la exención de la prueba de la costumbre por conocimiento privado del juez, pues si éste conoce la costumbre puede aplicarla en virtud de su ciencia privada, conforme al aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*[282], resultando oportuno que deje constancia documentada de su existencia, vigencia, contenido y acaso también de las fuentes de su conocimiento privado a los efectos de su control en vía de recurso por un órgano judicial superior[283]. En este sentido, resulta significativa la previsión del art. 2.2º del Código de Derecho Foral de Aragón, al establecer: «Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes».

---

276 STS, Sala 1ª, de 4 de octubre de 1982, cdo.6º (RJ 1982\5537), la cual, a su vez, cita las SSTS de 25 junio 1920, 5 diciembre 1925, 26 febrero 1926, 14 enero 1928, 23 diciembre 1943 (RJ 1943\1323), 24 marzo 1947 (RJ 1947\448), 8 febrero 1951 (RJ 1951\586) y 21 febrero 1957 (1957\401).

277 Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1298.

278 En sentido distinto, Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.39.

279 Seoane Spielgeberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000,* ob. cit., p.221. En sentido crítico la generalidad de la doctrina: Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.97; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.137; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.119, para quien el juez podrá prescindir de la conformidad, si tiene razones para determinar la inexistencia de dicha costumbre; Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1298.

280 Garcimartin Montero, R., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. 1, ob. cit., p.1004.

281 López Simó, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, ob. cit., p.53.

282 Díez-Picazo, L., *Comentario al art. 1 CC*, en «Comentario del Código Civil», t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.8.

283 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.140.

Más controvertida resulta la exención por notoriedad. Si bien es cierto que la notoriedad absoluta y general dispensa de la prueba de los hechos (art. 281.4 LEC), hay que significar que no existe una previsión similar con respecto a la costumbre, y resulta difícil imaginar un supuesto de una costumbre de notoriedad absoluta (en todo el orbe y en todo tiempo) y general (comprendiendo a todas las personas). Ello no obstante, no faltan autores que admiten la dispensa de la prueba de la costumbre por notoriedad, entendiendo que la generalidad, tratándose de normas consuetudinarias propias de un derecho foral, debe entenderse referida al ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma[284]. En favor de esta última opinión hay que recordar se dispensa de prueba la costumbre que sea notoria en distintos derechos forales (art. 2.1 Ley de Derecho Civil de Galicia; Ley 3, 2º párrafo de la Compilación de Derecho Civil o Fuero Nuevo de Navarra; y art. 1.2 Derecho Civil Foral del País Vasco).

3.3.3. ¿Quién debe probarla?

Ni en el Código Civil ni en la LEC se prevé quien tiene la carga de probar la costumbre[285], pudiéndose distinguir tres orientaciones doctrinales.

Primera, la averiguación y aplicación de oficio de la costumbre, en tanto que norma jurídica, corresponde a los tribunales. Esta posición parte de la consideración de la costumbre como norma jurídica y como fuente del derecho.

En defensa de esta tesis se esgrimen los argumentos siguientes: 1º) La costumbre es norma jurídica, y debe ser conocida por el tribunal sobre todo cuando este recogida o compilada[286]; 2) Lo que hay que entender cuando el CC se refiere a la prueba de la costumbre (art.1.3) es que el tribunal tiene la facultad de investigarla por su cuenta, cuando le sea desconocida[287]; 3) La costumbre es fuente del derecho (art. 1.1 CC) y los jueces y tribunales tienen el deber de resolver los asuntos «ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.7 CC) y «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por las partes» (art. 218,1, II LEC)[288]; 4) El deber de investigación de oficio ya tiene plasmación en algún texto legal, como el art. 2.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) que, como ya he indicado, establece «los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes».

284 *Ibidem*, p.138.

285 La Ley 3 de la Compilación de Navarra dispone que las partes tienen la carga de la alegación y la prueba de la costumbre que no sea notoria.

286 Ramos Méndez, F., «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.611.

287 Ramos Méndez, F., «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.613, con cita de Alcalá Zamora y Castillo Niceto, La prueba del derecho consuetudinario, Estudios (1934).

288 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba,* ob. cit., p.143.

Segunda, la alegación y prueba de la costumbre, en tanto que hecho, es una carga de las partes. Ha sido la posición tradicional y aun mayoritaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera la costumbre como un hecho y le confiere un tratamiento procesal similar. A partir de esta afirmación se desprenden las siguientes consecuencias: a) el juez no tiene el deber de averiguar la existencia ni el contenido de la costumbre, existiendo, a lo sumo, una facultad de investigación que requerirá, en todo caso, una mínima actividad probatoria por las partes; b) la parte que invoque la costumbre deberá asumir la carga de su prueba. Los defensores de esta posición esgrimen los argumentos siguientes: 1) El *iura novit curia* se limita al derecho interno, escrito y general; 2) La costumbre no tiene un tratamiento específico como el derecho extranjero en la Ley de Enjuiciamiento Civil[289]; 3) La regla, siguiendo lo establecido en el art. 1.3 CC, es que la costumbre debe ser probada por quien la alega, no estando exenta de prueba, razón por lo que el artículo 281.2 LEC nada dice de la misma con carácter general[290]; 4) Exigir que la prueba de la costumbre se sujete a la misma disciplina que la fijación del derecho, obligaría al juez a un trabajo diabólico, pues obviamente no se hallaría en condiciones de «dar el derecho» (*dabo tibi ius*) con la misma agilidad que si se tratara de una ley o un reglamento[291]. 4) En las legislaciones autonómicas, y salvo que la costumbre sea notoria –en cuyo caso está exenta de prueba– se atribuye la carga a las partes (Ley 3 de la Compilación de Navarra; art.1.3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006; art. 1 Ley 3/1992, de Derecho Civil Vasco). Esta posición ha tenido un sólido respaldo jurisprudencial, como puede deducirse, entre otras, de la STS 12 de marzo de 2002, en la que puede leerse:

> «La costumbre es mencionada en el Código Civil como segunda fuente de derecho, y tiene como notas características las de que se trata de una fuente independiente, pues nace y se desarrolla al margen de la ley; subsidiaria, ya que cumple una función supletoria de la norma jurídica positiva; y secundaria, en cuanto no rige para ella la máxima 'iura novit curia' y quien alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance y que sus normas no afectasen al orden público (art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)»[292].

E igualmente resulta ilustrativa la STS 4 de octubre de 1982, que afirma:

> «toda vez que siendo la costumbre una cuestión de hecho para poder apreciar su existencia, en tanto no venga reconocida por la ley la institución a que afecte, se precisa que se alegue y pruebe por la parte que sostenga un derecho, con relación de sus circunstancias, alcance y demás preciso para deducir las consecuencias pretendidas, según tiene declarado esta Sala en SS., entre otras, de 25 junio 1920, 5 diciembre 1925, 26 febrero 1926, 14 enero 1928,

289 Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, ob. cit., p.136.

290 Asencio Mellado, J.Mª, *La prueba: disposiciones generales,* capítulo V, en «El Proceso Civil Práctico», t.IV, ob. cit., p.12.

291 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.119.

292 STS, Sala 1ª, de 12 de marzo de 2002, fto. jco.2º (RJ 2002\5696).

23 diciembre 1943 (RJ 1943\1323), 24 marzo 1947 (RJ 1947\448), 8 febrero 1951 (RJ 1951\586) y 21 febrero 1957 (RJ 1957\401)»[293].

Tercera, las partes y el juez colaboran en orden a acreditar la costumbre aplicable al caso. Es el sistema establecido en algunas legislaciones autonómicas[294].

3.3.4. ¿Con qué medios de averiguación?

Ni el CC ni la LEC indican cuáles serán los medios de averiguación idóneos para acreditar la existencia y el contenido de la costumbre. Existe cierto consenso doctrinal en considerar como más aptos la prueba pericial –en cuanto para el conocimiento de la costumbre son precisos conocimientos especializados (mercantiles, agrarios,…)[295]– y la prueba documental, en un amplio abanico de modalidades, que incluirían documentos, informes, sentencias, libros o recopilaciones e incluso refranes, asimismo el informe de un Colegio Notarial acerca de un uso testamentario, la certificación de una Corporación municipal o de la Cámara de Comercio[296].Y también podrían incluirse trabajos y estudios de la doctrina científica (manuales, artículos de revista, etc.), la cita efectuada en anteriores resoluciones judiciales, certificaciones *ad hoc* por gremios, cofradías, hermandades, etc[297].

Ello no obsta a que se admitan otros medios como podría ser la confesión del alcalde de una localidad o la declaración conteste de los vecinos de una localidad.

3.4. ¿Qué consecuencias se derivan de la falta de la prueba?

La falta de prueba de la costumbre puede solucionarse de dos modos distintos, en función de la consideración de su naturaleza jurídica como cuestión fáctica o cuestión jurídica. Si consideramos que la costumbre es una cuestión de hecho, como es la posición jurisprudencial mayoritaria, la falta de la prueba de la misma debe perjudicar a quien tenía la carga de probarla, por lo que deberá desestimarse sus pretensiones. Si, por el contrario,

293 STS, Sala 1ª, de 4 de octubre 1982, cdo.6º (RJ 1982\5537). También exigen la necesidad de alegación y prueba de la costumbre: SSTS, Sala 1ª, de 16 de noviembre de 1994, fto. jco.6º (RJ 1994\1035); de 30 de octubre de 1995, fto.jco.2º (RJ 1995\8352); de 16 de octubre de 1998, fto. jco.2 (RJ 1998\7564); de 1 de julio de 2003, fto. jco.4º (RJ 2003\5074); de 13 de marzo de 2006, fto. jco.4º (RJ 2006\1884).

294 Por ejemplo en el art. 2 del Código de Derecho Foral de Aragón («La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho Aragonés. Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes»).

295 López Simó, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, ob. cit., p.54.

296 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba…*, ob. cit., p.119, quien cita a GORDILLO CAÑAS.

297 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., p.149.

entendemos que la costumbre es una cuestión jurídica, la falta de prueba de la costumbre deberá conducirnos a la aplicación de la norma que deba sucederla en el orden de prelación de fuentes[298].

3.5. La prueba del derecho estatutario

El llamado derecho estatutario (o normas no generales) debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca, lo cual puede producirse mediante la presentación del boletín oficial donde se encuentra publicada la norma[299].

Por lo que respecta a las normas emanadas de las Comunidades Autónomas hay que distinguir. Si se trata de normas con rango de ley aparecen publicadas en el Boletín Oficial del Estado, con lo que el deber de conocimiento respecto de ellas se extiende a los jueces. Ahora bien, si se trata de normas distintas de las leyes sólo se publican en el Diario Oficial de la respectiva Comunidad Autónoma, por lo que el deber de conocimiento se circunscribe a los jueces que ejercen su función en el ámbito de la Comunidad Autónoma. El propio Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 151/1994, de 23 de mayo:

> «De otra parte, la propia estructura del Estado obliga a valorar bajo nuevos criterios el esquema de publicación de las normas. Disponiendo las CCAA de facultades propias de regulación, en el ámbito reconocido en la CE y en sus respectivos EEAA, ha de afirmarse que los diarios oficiales autonómicos satisfacen esta exigencia de publicidad de las normas, sirviendo a idénticos fines, y desplegando, respecto de las normas sujetos a ellos, la máxima eficacia al principio *iura novit curia*, cuando menos, para los órganos judiciales cuya competencia no excede del ámbito territorial de aquéllos»[300].

4. Las máximas de experiencia como objeto de prueba

4.1. Concepto y función

En conocida y célebre definición de Stein las máximas de experiencia son «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos,

298 *Ibidem*, p.150.

299 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.104.

300 STC, Sala 1ª, de 23 de mayo de 1994, fto. jco.2º (RTC 1994\151).

pretenden tener validez para otros nuevos»[301]. También son llamadas como reglas de naturaleza no jurídica[302] o reglas generales de carácter empírico[303].

Esta definición ha tenido su reflejo en la jurisprudencia, como puede verse en la STS de 24 de noviembre de 1983, al afirmar que las máximas de experiencia son «juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia que el Juez, sin excederse o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar, con la consecuencia de serle aplicada en casación la doctrina de su inatacabilidad si la aplicación o inferencia es razonable»[304].

Existe una gran variedad de máximas de experiencias, no pudiendo reducirse a conceptos técnicos o especializados. Así se han citado, entre otros, como ejemplos de máximas de experiencia la *diligencia* del comerciante, la *especial gravedad* con que pueden calificarse determinadas consecuencias, el *interés* de los hijos a los efectos de un convenio regulador, los *usos mercantiles* en una concreta relación mercantil[305].

No cabe confundir las máximas de experiencia con las presunciones, pues mientras las primeras son siempre reglas, las presunciones constituyen un método de razonamiento dirigido a la prueba de un hecho determinado. Tampoco se trata de hechos notorios, pues como afirma Serra Domínguez las máximas de experiencia son de carácter abstracto, no necesitan ser alegadas y no están sujetas a contradicción, mientras que los hechos notorios tienen carácter concreto, precisan alegación y pueden ser admitidos o negados por la parte contraria[306]. Y tampoco pueden confundirse con el conocimiento privado del juez, pues ésta expresión, en el ámbito de Derecho Probatorio, significa que el juez no puede utilizar en el proceso aquellos hechos de los que tiene conocimiento a título particular, mientras que las máximas de experiencia no son hechos, sino reglas[307].

---

301 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p.27.

302 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.358, para quien «estas reglas no son hechos, sino criterios o juicios de carácter abstracto y general, que pueden ser aplicados a una serie indefinida de casos cuyas características los hacen subsumibles en aquellas reglas; no tienen naturaleza jurídica, sino científica, artística, técnica, estética, ética, etc., pero son relevantes para la aplicación de la norma jurídica».

303 De la Oliva Santos, A., *El proceso de declaración*, ob. cit., p.290.

304 STS, Sala 1ª, de 24 de noviembre de 1983, cdo.7º (RJ 1983\6499). En término similares la STS de 21 de mayo de 2001, fto. jco. 3º (RJ 2001\6464) afirma: «[…] tampoco constituyen presunciones, en sentido propio y técnico, las llamadas «máximas de experiencia», deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de convivencia (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1966 (RJ 1996, 3961)».

305 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2202.

306 Serra Domínguez, M., en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. 2º ob. cit., p.44.

307 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.78.

Según Ortells Ramos las máximas de experiencia en la sentencia pueden cumplir tres finalidades: 1) Verificar la concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados que formen parte de la norma jurídica que deba ser aplicada. Por ejemplo, el origen de la ruina de la edificación en vicios del suelo, de dirección o construcción, a efectos de atribuir responsabilidades a los diferentes agentes de la edificación (art. 1591 CC: criterios científico-técnicos de arquitectura o determinadas ingenieras); 2) Para la valoración de los medios de prueba practicados. Por ejemplo, los conocimientos de psicología posibilitan una más perfecta valoración de las pruebas de declaración de las partes y testifical; 3) Para la construcción de presunciones judiciales, en cuanto que entre el hecho presumido y el hecho base ha de existir «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 386.1 LEC)[308].

4.2. Tratamiento procesal a efectos de prueba

Pueden distinguirse tres orientaciones doctrinales con respecto a su tratamiento procesal a efectos de prueba.

1) Las máximas de experiencia no pueden ser objeto de prueba. Desde esta posición se afirma que las máximas de experiencia constituyen reglas, y no hechos, y que, por consiguiente, no pueden ser objeto de prueba. El tratamiento procesal a efectos de prueba debe ser similar al de la norma jurídica, esto es, el juez debe aplicar las máximas de experiencia al margen de cualquier prueba por las partes. La máxima de experiencia es de carácter abstracto, no necesita ser alegada[309], y no está sometida a contradicción. No precisan de prueba ni las máximas de experiencia comunes, ni las técnicas[310].

2) Las máximas de experiencia pueden ser objeto de prueba dependiendo de la función que cumplan en el proceso. Desde esta posición se distingue entre: a) máximas de experiencia que están al servicio del conocimiento de los hechos –saber si ha existido o no un hecho, para determinar si el mismo es imposible, para determinar el vínculo entre un indicio y un hecho presumido, para valorar un hecho mismo–, pueden ser objeto de prueba; b) máximas de experiencias que sirven para determinar la consecuencia jurídica de la norma jurídica o la valoración de la prueba, no puede ser objeto de prueba[311].

   Y asimismo se distingue en cuanto a la necesidad de prueba: a) hay máximas de experiencia que están exentas de prueba por pertenecer a los conocimientos

308 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal civil*, ob. cit., p.358.

309 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed, ob. cit., p.116.

310 Serra Domínguez, M., en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. 2º, ob. cit., pp. 43-44.

311 Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 90-91; Etxeberría Guridi, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria*, ob. cit., p.257.

propios de una persona del nivel personal del juez; b) hay máximas de experiencia especializadas, que son desconocidas por el juez, y precisan de la prueba pericial[312].

3) Las máximas de experiencia deben ser objeto de prueba, aun cuando formen parte del conocimiento privado del juez[313].

Bibliografía

Sobre el hecho como objeto de prueba

Cabañas García, J. C., *Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio*, en Justicia, 1991, III, pp. 565 y ss; Calamandrei, *La definición del hecho notorio*, en «Estudios de Derecho Procesal», trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945; Garcimartin Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997; López Simó, F., *Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, Díez-Picazo Giménez, I. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001; Montero Aroca, J., *Objeto y tema de prueba*, en «La prueba en el proceso civil», 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 67-97; Muñoz Sabaté, LL., *Hecho notorio judicial*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, núm. 4, y también en «Estudios de práctica judicial», Barcelona, 1987, pp. 28-29; –*Técnica probatoria*, 3ª ed., 1993, pp. 488 (sobre la carga de la alegación); –*La carga de explicitar la alegación*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, núm. 4, p.1016; Pérez Daudí,V., *¿Es un hecho notorio lo que consta en una red social de internet (ej. Facebook) o en otra página web?,* en «La prueba electrónica», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 455-461; Picó i Junoy, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2007; Seoane Spielgeberg, J. L., *El objeto de la prueba*, capítulo II, en «La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones», 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 165-189; Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el Código Civil y en la LAU*, Barcelona, 1963; –*De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. 2º, Albaladejo (dir), 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 35-44; Uriarte Cordón, A., *La fijación*

312 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.105; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.358; Moreno Catena,V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso civil», vol. III, ob. cit., p.2202; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., p.612; Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 18-19; Etxeberría Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria*, pp. 257-258.

313 De la Oliva Santos, A., *El proceso de declaración*, ob. cit., p.290.

de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 75-104.

Sobre el derecho como objeto de prueba

Adán Doménech, F., *Consecuencias de la falta de prueba del derecho extranjero*, en «Práctica de la prueba del derecho extranjero», Picó i Junoy, J. (dir), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 93-115; Alcalá Zamora, N., *La prueba del derecho consuetudinario*, en «Estudios de Derecho Procesal», 1934, también en «Estudios de derecho probatorio», Concepción, Chile, 1965; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Diario La Ley, núm. 6178, 28 de enero de 2005, pp. 1-15; Cerrato Guri, E., *El onus probandi del derecho extranjero*, en «Práctica de la prueba del derecho extranjero», Picó i Junoy, J. (dir.), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 75-92; Díez Picazo, L., *Comentario al art. 1*, en «Comentario al Código Civil», I (dirigida por Bercovitz, Díez-Picazo, Paz-Ares y Salvador), Madrid, 1991; Etxeberría Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 227-237; Ferrer Cortines, O., *La carga de la prueba del derecho extranjero*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 249-274; GARAU, F., *La prueba del derecho extranjero en la nueva LEC*, en Revista General del Derecho, año LVII, núm.678-679, marzo-abril 2001; Gascón Inchaustí, F., *Investigación del derecho extranjero: papel activo del órgano jurisdiccional*, en rev. Tribunales de Justicia, 1997, núm.7, pp. 796-801; Marín Consarnau, D., *El tratamiento procesal de los medios para la prueba del derecho extranjero y su valor probatorio*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J; Richard González, M. (dirs.), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 565-585; Molins García-Atance, E., *La aplicación de la Ley extranjera por los Tribunales españoles y la posición que debe adoptar el Juez en estos procesos*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 275-300; Montero Aroca, J., *Objeto y tema de prueba*, en «La prueba en el proceso civil», 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 98-105; Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿Dónde está el problema?*, en «Práctica de la prueba del derecho extranjero», obra dirigida por el mismo autor, La Ley, Madrid, 2011, pp. 17-42; *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996; Ramos Méndez, F., *La prueba del derecho extranjero*, Revista Jurídica Cataluña, 1980, pp. 659-675; –*Condiciones de uso de la prueba*, capítulo 26, en «Enjuiciamiento Civil», t.I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 597-617; Seoane Spielgeberg, J. L., *El objeto de la prueba*, capítulo II, en «La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones», 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 189-225; Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albaladejo (dir), 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 35-44.

Sobre las máximas de experiencia como objeto de prueba

Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, capítulo 14, 10ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2010; Montero Aroca, J., *Objeto y tema de prueba*, en «La prueba en el proceso civil», 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 75-78 y 105; Seoane Spielgeberg, J. L., *El objeto de la prueba*, capítulo II, en «La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones», 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 183-186; Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albaladejo (dir), 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 35-44; Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, (traducc. De la Oliva), 2ª ed., ed. Temis, 1999.

CAPÍTULO III

La iniciativa de la actividad probatoria[314]

1. Introducción. 2. Configuración de la iniciativa probatoria. 2.1. Distinción entre impuso e iniciativa. 2.2. Contenido de la iniciativa probatoria. 2.3. Iniciativa probatoria a instancia de parte. 2.4. Iniciativa probatoria ex officio iudicis. 3. La previsión del art. 216 LEC. 3.1. Génesis parlamentaria. 3.2. Delimitación de los principios dispositivo y de aportación de parte. 3.3. Contenido del principio de aportación de parte. 3.4. Excepciones al principio de aportación de parte. 4. La previsión del art. 282 LEC. 4.1. Génesis parlamentaria. 4.2. La regla general y la excepción. 4.3. Caracteres de la iniciativa probatoria de oficio. Bibliografía.

1. Introducción

En este Capítulo analizaremos a quién corresponde iniciar la actividad probatoria. Distinguiremos entre la iniciativa probatoria a instancia de parte, que es la regla general, consagrada por vez primera a nivel legislativo (art. 282 LEC, proposición inicial), pero no olvidaremos los supuestos de iniciativa probatoria oficio (art. 282 LEC, proposición segunda). Se efectuará también un análisis de los artículos 216 y 282 de la LEC, partiendo de su génesis parlamentaria, pues ambos artículos contienen, a nivel positivo, la regulación sustancial de la iniciativa de la actividad probatoria.

En el análisis del artículo 216 LEC profundizaremos en la delimitación entre los principios dispositivo, de aportación de parte y de rogación, a menudo confundidos en la doctrina y en la jurisprudencia –e incluso en la propia Exposición de Motivos de la LEC[315]–, así como en el contenido propio del principio de aportación de parte. Podemos anticipar que el artículo 216 LEC, rubricado erróneamente principio de justicia rogada, recoge manifestaciones del principio dispositivo –como la aportación de pretensiones– y del principio de aportación de parte –como la aportación de hechos y pruebas–, y aun del

314 Publicado en «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil», ed. Bosch, 2005, y revisado para la presente obra.

315 Exposición de Motivos LEC: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus consecuencias razonables, […]» (Epígrafe VI, párrafo 1º).

deber de congruencia de las resoluciones judiciales –como la necesidad de fallar conforme a las pretensiones deducidas por las partes–.

En el análisis del art. 282 LEC, significativamente rubricado «iniciativa de la actividad probatoria», efectuaremos una breve incursión en su tramitación parlamentaria para deslindar en su contenido, una regla general –que atribuye la proposición de los medios de prueba a las partes– y una excepción –que permite acordar prueba de oficio en los supuestos previstos en la ley–. Se procederá a enunciar los supuestos en la que la LEC\2000 prevé expresamente la iniciativa probatoria de oficio, así como los caracteres que, en general, reviste dicha iniciativa.

2. Configuración de la actividad probatoria

Preciso es comenzar por deslindar las nociones de impulso e iniciativa de la actividad probatoria, para seguidamente profundizar en el contenido y alcance de dicha iniciativa.

2.1. La distinción entre impulso e iniciativa

Impulso e iniciativa probatoria son conceptos utilizados a menudo como sinónimos. Es preciso su deslinde conceptual, particularmente en su acepción jurídica.

En una primera aproximación, iniciativa significa «acción de adelantarse a los demás en hablar u obrar»[316]. En sentido jurídico la iniciativa se refiere, como indica Sentís Melendo[317], al «derecho de hacer una propuesta» y al «acto de ejercerlo»[318]. Por el contrario, el impulso alude a la «acción y efecto de impeler o impulsar»[319], esto es, a «promover una acción» y en sentido jurídico el impulso es la facultad (judicial) o carga (de la parte) de hacer progresar el proceso, de dar continuidad a las actuaciones promoviendo los trámites procesales correspondientes[320].

316 Diccionario de la RAE, ed. Espasa Calpe, 20ª ed., 1992, p.1168.

317 Sentís Melendo, S. (*Estudios de Derecho procesal*, EJEA, 1967, pp. 621 y 622) ha puesto de relieve que existe una relación entre impulso e iniciativa probatoria, del mismo modo que existe una relación entre iniciativa probatoria y carga procesal, del modo siguiente: a) El impulso es una manifestación de la iniciativa. b) Mientras la iniciativa probatoria sea una facultad judicial, subsistirá la carga de la prueba por las partes.

318 Diccionario de la RAE, ed. Espasa Calpe, 20ª ed., 1992, p.1168.

319 Diccionario de la RAE, ed. Espasa Calpe, 20ª ed., 1992, p.1149.

320 También puede verse una distinción entre impulso e iniciativa en Cremades Morant, J. B., *La prueba. Disposiciones generales (arts. 281 a 298 LEC)*, en «Lec XX. Comentada», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D. (coords.), ed. Sepin, Madrid, 2000, p.710; Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 216 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. II, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch,

El proceso que no se impulsa se paraliza y queda, por así decirlo, en suspenso, de lo que, a veces, se deriva la pérdida de oportunidades probatorias[321]. Sin iniciativa probatoria, no se propone, no se admite y, en consecuencia, no se practican los medios de prueba. Quedan las actuaciones para resolver sobre la base de los escritos de alegaciones, lo cual puede suceder, entre otros supuestos, cuando la cuestión controvertida sea estrictamente jurídica (art. 429.8 LEC).

La iniciativa, al igual que el impulso, puede ser de parte o de oficio, según el legislador haya atribuido a las partes la carga de hacer propuestas y de promover el trámite procesal o, por el contrario, sea una facultad judicial. Aún más, la iniciativa y el impulso pueden no atribuirse exclusivamente a las partes o al juez, a modo de alternativas excluyentes, sino que, como es más frecuente, puede existir un reparto entre las cargas de las partes y los poderes (facultades) del juez.

Semejante distinción conceptual también encuentra su plasmación legislativa en la LEC. Una vez desaparecida la necesidad –en expresión de Serra Domínguez, la «anomalía»[322]– de la solicitud del recibimiento del juicio a prueba dependiente de la voluntad de las partes, como ya reclamaba la doctrina más autorizada[323], el impulso de la actividad probatoria es de oficio en cuanto a la apertura del juicio a prueba. Se producirá cuando no exista conformidad sobre los hechos controvertidos (arts. 429.1 y 443.4 LEC)[324].

En la LEC 1881, y en un trámite probatorio presidido por la escritura, el impulso de la actividad probatoria, en orden a la solicitud del recibimiento a prueba y la proposición de

---

Valencia, 2001, p.1588; Montero Aroca, J. (*Derecho Jurisdiccional*, t.I., 10ª ed., Parte General, obra de la que es autor junto a Gómez Colomer, J. L; Montón Redondo, A; y Barona Vilar, S; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.342) distingue entre el principio dispositivo, que afecta a la iniciativa del proceso y a su continuación, y el impuso procesal, que afecta al avance del proceso dentro de una instancia o dentro de la ejecución.

321 STS, Sala 1ª, de 26 de octubre de 1994, fto. jco. 2º (EDJ 1994/8296). El TS denegó la existencia de quebrantamiento de forma, por falta de práctica de una pericial acordada, cuando la recurrente no instó la aceptación del perito nombrado o la designación de otro, razonándose del modo siguiente: «[..] rigiéndose el proceso civil, y concretamente la proposición y práctica de las pruebas, por el principio de instancia de parte y no por el de impulso de oficio, a la parte que propuso tal prueba, que fue la ahora recurrente incumbía promover la aceptación oportuna del perito nombrado o en su caso la designación de otro que pudiera emitir el informe que el primero no pudo llevar a cabo».

322 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, p.539.

323 Para Serra Domínguez, M. (*Liberalización y socialización*.. , p.535) «estando la prueba dirigida toda ella a formar la convicción judicial, se comprende que es el Juez el principal interesado en la correcta formación de la prueba y, por tanto, quien debe apreciar libremente su procedencia o improcedencia y en su caso dirigir todo el período probatorio».

324 Con la salvedad que las únicas pruebas propuestas sean la documental y la pericial, sin que los documentos hayan sido impugnados y sin que las partes ni el tribunal hayan solicitado la presencia del perito en el juicio para la ratificación del informe (art. 429.8 LEC). En este caso no se abrirá el período probatorio y, tras las alegaciones de las partes, el juez deberá dictar sentencia.

prueba, correspondía a las partes[325]. Pero la LEC, con la intención de evitar «tiempos muertos», opta por el impulso de oficio en el recibimiento y proposición de prueba. El art. 429.1 LEC, en sede de juicio ordinario, dispone que, en defecto de acuerdo de las partes para finalizar el litigio o existiendo hechos controvertidos, «la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de prueba». Y el art. 443.4 LEC, en sede de juicio verbal, dispone que «si no hubiere conformidad sobre ellos [en referencia a los hechos], se propondrán las pruebas y, una vez admitidas, las que no sean pertinentes e inútiles, se practicarán seguidamente».

Ni en el juicio ordinario, ni en el juicio verbal la apertura del procedimiento probatorio está sujeto a la previa petición de la parte, sino que se producirá, de oficio, existiendo hechos controvertidos. El impulso de oficio se ve favorecido porque la fijación de los hechos controvertidos, tanto en el juicio ordinario como en el verbal, tiene lugar en un trámite presidido por la oralidad, como es la audiencia previa (en el juicio ordinario) y la vista (en el juicio verbal), de modo que al juez le bastará con constatar la existencia de hechos controvertidos para ceder la palabra a las partes a los efectos de la proposición de los medios de prueba.

Por lo que respecta a la iniciativa probatoria debemos partir de la distinción entre las cargas (de las partes) y las facultades y deberes (del juez). Será carga de las partes, no solamente aportar las afirmaciones de los hechos, sino también las pruebas o, más exactamente, proporcionar las fuentes de prueba (arts. 216 y 282 LEC). Será deber judicial el juicio de admisión o, en su caso, de inadmisión de los medios de prueba a través de los cuales las fuentes de prueba accederán al proceso (art. 285.1 LEC). Excepcionalmente, se reconocerá al juez la facultad de practicar pruebas de oficio, fundamentalmente en los procesos no dispositivos[326], e incluso en algún supuesto será un deber judicial la práctica de determinadas pruebas (arts. 759.1; 763.3; 770,4ª proposición final; y 777.5, todos ellos de la LEC).

Con el concepto de iniciativa probatoria se alude, en definitiva, a la carga de probar los hechos que corresponde a las partes, si bien suele reconocerse cierto margen de iniciativa probatoria al juez, con amplitud en los procesos especiales no dispositivos y limitadamente en los procesos dispositivos.

---

325 Así lo recuerda la STS de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578) que, en un supuesto de no adopción de diligencias para mejor proveer, razona que «las providencias para mejor proveer no son formalidades esenciales del juicio, puesto que su práctica es facultad exclusiva del Juez». Y añadía que en su adopción se debía evitar «suplantar la negligencia de la parte, ya que otra cosa iría en contra del impulso procesal de parte, de la rogación y del principio dispositivo, que es pauta general de nuestro ordenamiento jurídico [..]».

Destacan también el carácter del impulso de parte como pauta general del ordenamiento jurídico: STS de 21 de septiembre de 1991, fto. jco. 8º (EDJ 1991/8815), la cual, a su vez, cita la STS de 24 de abril de 1989.

326 Reiteramos que, como regla general, la aportación de los hechos y la averiguación de las fuentes de prueba es carga de las partes. Al juez, le corresponde, por tanto, la admisión de los medios de prueba y el control de su legalidad. En este sentido Moreno Catena, V. (*Comentario al art. 282 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. –coord–, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2204) para quien «a las partes corresponde la iniciativa probatoria y al juez el control de dicha actividad».

2.2. Contenido de la iniciativa probatoria

Asumiendo que se ha identificado la iniciativa probatoria con la facultad de proponer los medios de prueba[327], y se ha distinguido según esta facultad corresponda exclusivamente a las partes (iniciativa a instancia de parte) o también se reconozca al juez (iniciativa *ex officio iudicis)* vamos a estudiar el contenido de la iniciativa probatoria en un sentido más amplio, comprensivo del conjunto de cargas de las partes y facultades (y deberes) del juez[328].

Tanta iniciativa probatoria asume la parte que propone unos determinados medios de prueba, cuanto el juez que indica la insuficiencia de los propuestos por la parte, que inadmite esos mismos medios o que simplemente interviene –dentro, claro está, de los márgenes permitidos por la Ley– en la práctica de los propuestos por las partes.

En efecto, y dejando al margen la apertura del juicio a prueba[329], cuya subordinación a la petición de parte era ya censurada por la doctrina más autorizada, el contenido de la iniciativa probatoria viene integrado por un elenco de cargas de las partes y facultades (y deberes) del juez, que analizamos a continuación separadamente.

En primer lugar, la proposición por las partes de los medios de prueba. Las partes tienen la carga de señalar las pruebas de que pretenden valerse para acreditar las afirmaciones sobre los hechos. A diferencia de las Leyes procesales de 1855 y 1881, en las que la proposición se efectuaba por escrito y en algunos casos dentro de un plazo –ej. ocho días en

327 Garberí Llobregat, J. (*Comentario a los artículos 281-292 LEC*, en «Los Procesos Civiles», vol. 3º, ed. Bosch, 2001, p.23) señala que el art. 282 LEC se refiere «a la 'fase de proposición de prueba', indicándonos así que tanto las partes, a su propia instancia, como el órgano judicial, de oficio, podrán promover la actividad probatoria en el proceso civil»; Moreno Catena, V. (*Comentario al art. 282 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2204) indica que «por iniciativa probatoria hemos de entender la averiguación y aportación al proceso de las fuentes de prueba».

328 Más ampliamente y más cercana a la concepción que defendemos Cremades Morant, J. B. (en AAVV, «Lec XX. Comentada», vol. I, ob. cit., p.710) entiende que el art. 282 LEC, rubricado «iniciativa de la actividad probatoria», «[..] va referido a los derechos, deberes y cargas las partes y a los poderes del juez, en orden al material fáctico necesario para la cognición judicial [..]».

329 Con la apertura del juicio a prueba aludimos al trámite que marca propiamente el inicio de la actividad probatoria y a partir del cual las partes podrán proponer los medios de prueba oportunos. Conforme a la anterior distinción entre impulso e iniciativa, entendemos que la apertura del trámite de prueba, no obedece a la iniciativa de oficio o de parte, sino al impulso de oficio, pues, tanto en el juicio ordinario (art. 429.1 LEC) como en el verbal (art. 443.4 LEC), y a diferencia de las Leyes procesales de 1855 y 1881, no se precisa una solicitud previa y expresa de las partes, ni tampoco se exige del juzgador una resolución específica, sino que procederá la apertura del juicio a prueba cuando no exista conformidad entre las partes sobre los hechos alegados en sus respectivos escritos de alegaciones. Para Fernández Urzainqui, F. J. (*Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, Fernández Ballesteros-Rifá Soler-Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.817) la apertura del juicio a prueba se deriva de la necesidad, esto es, de la mera existencia de hechos controvertidos, y no descansa ni deriva del contenido del principio dispositivo ni del de aportación de parte.

el juicio de menor cuantía (art. 693, regla 4ª, párrafo 5º, LEC\1881)–, la proposición debe efectuarse oralmente bien en la audiencia previa (juicio ordinario ex art. 429.1 LEC) bien en la vista (juicio verbal ex art. 443.4 LEC)[330]. Es una de las manifestaciones por excelencia de la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil[331].

En segundo lugar, la facultad judicial de integración probatoria. Prevista tanto en el juicio ordinario (art. 429.1, II y III LEC), cuanto en el juicio verbal (art. 443.4, II LEC), se trata de una novedosa previsión normativa. Sintéticamente baste aquí señalar que, aun advertida por el juez una insuficiencia de prueba y señalada una prueba para remediarla, la proposición de la prueba no puede acordarse de oficio, sino que requiere previa instancia de parte[332]. Constituye una matización al principio de aportación de parte, pero no una excepción en la medida que, realizada la indicación judicial, la facultad de «completar o modificar» la prueba inicialmente propuesta sigue correspondiendo en última instancia a las partes (art. 429.1, III LEC)[333].

330 Un solo artículo, en sede de disposiciones generales sobre la prueba y rubricado «Forma de la proposición de prueba» (art. 284 LEC) contiene tres previsiones: 1ª) La proposición deberá efectuarse con «separación» (art. 284, I LEC), expresión que alude a la carga del actor y del demandado de proponer la totalidad de los medios de prueba de que intenten valerse en un solo momento procesal, sin que sea posible una proposición sucesiva de medios de prueba. 2ª) Una regla general: En la proposición de prueba cada parte «consignará» el domicilio o residencia de las personas que deban ser citadas (art. 284, I LEC). La dicción legal «consignar», (en cuanto sinónimo de asentar por escrito opiniones, votos, doctrinas, etc.) ha suscitado la cuestión de si los medios de prueba deberán proponerse por escrito, opinión que no podemos compartir por cuanto la proposición de prueba tanto en el juicio ordinario cuanto en el verbal tiene lugar en una fase procesal, audiencia previa o vista, que vienen presididas por la oralidad (En este sentido López Simó, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, ed. La Ley, Madrid, 2001, p.81). Y 3ª) Una excepción: circunscrita al juicio ordinario, y para el supuesto de no disponer de algunos datos de las personas a citar, se pueden aportar dentro de los cinco días siguientes a la audiencia previa.

331 Ver al respecto: SSTS de 29 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/3849); de 7 de diciembre de 1999, fto. jco. 3º (EDJ 1999/40432); de 19 de abril de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/7194); de 23 de octubre de 1998, fto. jco. 4º (EDJ 1998/21065); de 31 de diciembre de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/3551); de 1 de julio de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/3551); de 28 de noviembre de 1995, fto. jco.1º (EDJ 1995/6369).

Ello no obstante, no falta alguna resolución que engloba el principio de aportación de parte bajo el principio dispositivo, como la STS de 4 de junio de 1993, en cuyo fto. jco. 3º (EDJ 1993/5373) se razona «[..] no resulta infringido el principio dispositivo en virtud del cual se confía a las partes litigantes no solo la iniciativa para incoar el proceso sino también la aportación de las pruebas conducentes a la defensa de su derecho [..]».

332 Ello no obstante, Picó i Junoy, J. *Normativa art. 429.1, II y III LEC. ¿Puede el juez, al amparo de dicho artículo, acordar una prueba de oficio?*, en «La audiencia previa», J.M.Bosch, 2010, pp. 383-392, sostiene que el juez puede acordar, con fundamento en el art. 429.1 II y III LEC, una prueba de oficio.

333 Fernández Mata, A. et alt., *Principios dispositivo y de aportación de parte*, en «Los Poderes del Juez Civil en materia probatoria», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 32 y ss., analizan la compatibilidad entre el art. 429.1, II y III LEC y el art. 216 LEC.

En tercer lugar, el deber judicial de efectuar el juicio sobre la admisión o, en su caso, inadmisión de las pruebas propuestas (art. 285.1 LEC). Previamente, el juez deberá examinar los criterios de admisibilidad, esto es, la pertinencia, la utilidad y la legalidad (art. 283 LEC)[334].

En cuarto lugar, la intervención judicial en la práctica de las pruebas propuestas por las partes[335]. Comprende un abanico de facultades, deberes y capacidades de iniciativa probatoria previstos en la regulación específica de cada uno de los distintos medios de prueba. Podemos distinguir tres tipos de intervención judicial en la práctica de los medios de prueba: 1º) Como manifestación de una capacidad de iniciativa probatoria de oficio; 2º) Como manifestación de un deber judicial; y 3º) Como manifestación de una facultad de dirección material de la actividad probatoria.

En quinto lugar, la práctica de pruebas de oficio por el tribunal. Circunscrita a los procesos no dispositivos, el juez no puede de oficio acordar una prueba en los procesos dispositivos. Constituye una excepción al principio de aportación de parte[336]. Acaso convenga matizar que, respecto a la prueba del derecho extranjero (art. 281.2 LEC), existe mayor amplitud en la intervención judicial, en cuanto el ordenamiento jurídico le permite utilizar «cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación», en un sistema que se ha dado en llamar de colaboración parte-juez. E igualmente conviene matizar que las diligencias finales extraordinarias (art. 435.2 LEC) es otra de las manifestaciones de la prueba de oficio, siquiera de regulación restrictiva, que puede acordarse también en los procesos no dispositivos.

Y en sexto y último lugar, la facultad judicial de suscitar la vulneración de derechos fundamentales para la obtención de pruebas (art. 287.1, II LEC). La preocupación del le-

334 Sobre la facultad de admisión conviene recordar: 1º) Debe recaer sobre cada uno de los medios propuestos una resolución judicial (art.285.1 LEC), bien sea de admisión o de inadmisión, sin que sea posible, en principio, una admisión condicionada. Tampoco cabe el uso de formulas de estilo como «sin perjuicio, en su caso, de acordarse como diligencias finales», proscrito por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2º) La inadmisión, siquiera tenga lugar oralmente, debe ser motivada, aun de forma sucinta, por cuanto afectando al derecho de defensa, puede ser objeto de impugnación. 3º) El control por las partes sobre la admisión o inadmisión del juzgador se verifica por medio del recurso de reposición (art. 285. 2 LEC), de interposición, substanciación y resolución oral.

335 En expresión de Berzosa Francos, V. (*Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992, III, p.596) son los «poderes directivos del juez en la práctica de la prueba».

336 Ver al respecto las SSTS de 30 de julio de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/18886); de 5 de octubre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/23067); de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783) la cual razona «[..] con sólo recordar la doctrina jurisprudencial expresiva de que la decisión judicial acordando la práctica de diligencias para mejor proveer, si bien puede considerarse una excepción al principio de aportación de parte, no quebranta el principio dispositivo por cuanto no introduce hechos en el proceso sino que complementa la actividad de las partes, y, en definitiva, responde a una facultad discrecional del Juez que apreciará si la estima necesaria, sin que se produzca violación del invocado art. 24 (SS.de 20 de marzo y 22 de septiembre de 1992)».

gislador por la observancia de los derechos fundamentales ha supuesto la introducción de una previsión normativa (art. 287 LEC) que permite «expulsar» del procedimiento aquellas pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental[337]. Y la facultad de suscitar tal vulneración se atribuye indistintamente a las partes y al juez.

2.3. Iniciativa probatoria a instancia de parte

La iniciativa probatoria a instancia de parte tiene su manifestación fundamental en la proposición de prueba, objeto de múltiples previsiones normativas específicas, reguladoras de los requisitos de tiempo y forma. Siguiendo a Garberí Llobregat[338], estas manifestaciones pueden ser sistematizadas atendiendo a la clase del juicio (ordinario o verbal), a la fase procesal (instancia o apelación) y al carácter (ordinario o anticipado) de la actividad probatoria. Así podemos distinguir varias manifestaciones.

En primer lugar, la proposición de prueba en el juicio ordinario. Las partes podrán proponer los medios de prueba en la audiencia previa (art. 429.1 LEC) y también en diligencias finales (art. 435.1 LEC), con carácter general en los supuestos del art. 435.1 LEC y con carácter excepcional en los supuestos del art. 435.2 LEC. En los supuestos del art. 435.2 LEC la iniciativa probatoria se atribuye indistintamente al juez y a las partes.

En segundo lugar, la proposición prueba en el juicio verbal. En el acto de la vista las partes pueden proponer los medios de prueba, una vez resueltas las cuestiones procesales y delimitados los hechos controvertidos (art. 443.4 LEC).

En tercer lugar, la proposición prueba en segunda instancia. Dado el modelo de apelación limitada configurado por el legislador, la prueba en la segunda instancia se circunscribe a unos supuestos tasados, bien referidos a la subsanación de irregularidades procesales –como son las pruebas denegadas en la primera instancia (art.460.1.2º LEC) y las pruebas admitidas en la instancia y no practicadas por causas ajenas a la parte proponente (art.460.1.3º LEC)–, bien referidos a la introducción de material probatorio *ex novo* –como la aportación de documentos (art.460.1º LEC), la prueba sobre hechos nuevos o de nuevo conocimiento (art.460.2.3º LEC) o la prueba propuesta por el demandado rebelde (art. 460.3 LEC)–. Deberán indicarse por parte del apelante en el escrito de interposición de la apelación (art. 460.2 LEC) y por la parte apelada en el escrito de oposición y, en su caso, impugnación a la apelación (art. 461.2 LEC).

En cuarto lugar, la proposición prueba a raíz del escrito de ampliación de hechos (art. 286.3 LEC). No existe un trámite posible en el juicio verbal, dado que se concentra la fase de alegaciones y de prueba en la vista, sin posibilidad de una fase probatoria poste-

337 Sobre prueba ilícita ver la STS de 13 de noviembre de 2001, fto. jco. 3º (EDJ 2001/40422).

338 Garberí Llobregat, J., *Comentarios a los arts. 281-292 LEC*, en «Los Procesos Civiles», t.3º, ob. cit., pp. 24 y 25.

rior[339]. De ahí que el apartado 3º del art. 286 LEC condicione la viabilidad de la proposición de prueba sobre hechos nuevos al «estado de las actuaciones». Por el contrario, y en el juicio ordinario, existe la posibilidad de proponer pruebas tanto en la audiencia previa, cuanto en el acto del juicio y en las mismas diligencias finales, en función del momento en que se presente el escrito de ampliación de hechos.

En quinto lugar, en la prueba ilícita. Las partes pueden proponer prueba, una vez ellas mismas –o el juez de oficio– hayan suscitado la cuestión de la violación de un derecho fundamental en la obtención de una prueba (art. 287.1 II LEC).

Y en sexto y último lugar, la prueba anticipada. Las partes interesadas en la práctica de una prueba anticipada deberán formular la proposición de prueba en el mismo escrito de solicitud de prueba anticipada, con expresión de los motivos que justifican la proposición (arts. 293 y 294 LEC), habiéndose sugerido por Seoane Spielgelberg que, una vez iniciado el proceso, no debería haber inconveniente para que la proposición se efectuara verbalmente en una vista o una comparecencia[340].

2.4. Iniciativa probatoria *ex officio iudicis*

Para atribuir (o distribuir) las manifestaciones (el contenido) de la iniciativa probatoria de oficio, será necesario distinguir entre los procesos no dispositivos y los procesos dispositivos.

En los procesos no dispositivos, y con fundamento en la existencia de un interés público[341], reiterado por constante jurisprudencia[342], se reconoce una mayor amplitud para la práctica de pruebas de oficio (art. 752.1, II LEC). Podemos aquí también distinguir varias manifestaciones.

339 A salvo, claro está, de admitir la controvertida posibilidad de diligencias finales en el juicio verbal. Sobre el particular puede verse mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 329-334.

340 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/000*, 2ª ed., Navarra, 2007, p.345.

341 Paralelamente, la misma existencia de un interés público, determina la existencia de especialidades en materia probatoria: 1ª) Posibilidad de introducir hechos en cualquier momento (art. 752.1, I LEC); 2ª) No vinculación del juez por la conformidad de las partes (art. 752.2 LEC); y 3ª) No aplicación de las reglas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de parte, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2 LEC).

342 Así lo recuerdan, entre otras muchas, la STS de 20 de julio de 2001, fto. jco. 5º (EDJ 2001/28493); ATS de 27 de febrero de 2001, fto. jco. 4º (EDJ 2001/3513); STS de 24 de enero de 2001, fto. jco. 3º (EDJ 2001/8); de 29 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/3849); de 21 de septiembre de 1999, fto. jco. 6º (EDJ 1999/25991); de 4 de diciembre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/30750); de 28 de febrero de 1997, fto. jco. 2º (EDJ 1997/1279); de 1 de julio de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/3551); de 30 de diciembre de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/7312) y de 28 de noviembre de 1995, fto. jco. 1º (EDJ 1995/6339).

En primer lugar, la proposición de prueba. A diferencia de la proposición de prueba por las partes, sujeta a unos requisitos legales de forma y tiempo, la prueba acordada *ex officio iudicis* en los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores no contempla –con alguna salvedad[343]– una regulación específica de los requisitos temporales o de forma de proposición. El legislador parece más atento al reconocimiento de la facultad judicial de acordar la prueba de oficio, que a la regulación de los aspectos procedimentales derivados de tal facultad, probablemente porque ante la concurrencia de intereses públicos confía en una interpretación judicial flexible de las normas sobre proposición y práctica de prueba.

En segundo lugar, la admisión de prueba. Se produce aquí una suerte de «confusión»[344] –o, tal vez mejor, de absorción[345]– entre los trámites de proposición y admisión de prueba cuando la iniciativa procede del órgano judicial, pues recae en un mismo sujeto (el juez) la facultad de proponer y de admitir. Tampoco existen previsiones específicas sobre la admisión, probablemente porque se da por supuesto que la prueba acordada *ex officio iudicis* ya reúne los requisitos de pertinencia, utilidad y legalidad, amén de ser la admisión de prueba una facultad exclusiva del tribunal.

Y en tercer lugar, la práctica de prueba. Se efectuará conforme a las normas específicas de cada medio de prueba si bien, y con carácter general, acaso fuera útil que acordada *ex officio iudicis* una prueba existiera un breve trámite de alegaciones de las partes, para que pudieran manifestar lo que tuvieran por conveniente sobre la procedencia, o no, de la prueba acordada, el modo de practicarla y, en todo caso, sobre su resultado.

La doctrina, en general, no muestra reparos ante la amplia iniciativa probatoria de oficio reconocida en los procesos no dispositivos. Sin embargo, algún autor (Moreno Catena) se muestra crítico, y considera que la defensa del interés público ya se atiende mediante la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC), no resultando necesario que el juez proponga prueba. El mismo autor sostiene que la intervención del Ministerio Fiscal también se orienta a preservar la imparcialidad judicial que puede quedar comprometida si el juez acude a la búsqueda de fuentes de prueba que posteriormente tendrá que valorar[346].

343 El art. 770.4ª LEC, referido a las pruebas de oficio en el proceso matrimonial «contencioso», establece que las pruebas acordadas *ex officio iudicis* que no puedan practicarse en la vista, lo deberán ser dentro de un plazo no superior a treinta días.

344 Como pone de manifiesto Garberí Llobregat, J. (*Comentario a los arts. 281-292 LEC*, en «Los Procesos Civiles», t.3º, ob. cit., p.23) «mientras en la proposición de prueba a cargo de las partes y la práctica de la prueba se interfiere el trámite de admisión judicial de la prueba, cuando es el órgano judicial quien promueve la prueba su ejecución se confunden en una sola, de forma que, adoptada una prueba de oficio, el siguiente trámite no ha de ser sino su puesta en práctica».

345 En realidad, se produce una absorción del trámite de admisión por el de proposición, pues siendo el órgano judicial el sujeto proponente, ha efectuado internamente el juicio de pertinencia, utilidad y legalidad para la admisión de la prueba que, de oficio, acuerda practicar. De este modo la fase de admisión ha quedado absorbida, embebida, por así decirlo, en la fase de proposición.

346 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 282 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., pp. 2207 y 2208.

De modo distinto sucede en los procesos dispositivos. Normalmente la distribución de cargas de las partes y facultades del juez obedece a un reparto de funciones, de modo que a las partes corresponde la proposición de la prueba y al juez el control sobre las pruebas propuestas en forma de admisión y adecuación de la práctica de la prueba propuesta a la normativa legal[347].

Sin embargo, la intervención judicial no queda relegada exclusivamente a la facultad de admitir la prueba propuesta por las partes y de velar por su práctica conforme a derecho, sino que se extiende –obviamente de manera más limitada–, a la facultad de proponer prueba en ciertos supuestos y a la facultad de intervenir en la práctica de las pruebas en el modo previsto en la regulación específica de cada medio de prueba.

En un análisis individualizado de las facultades judiciales podemos sistematizar, atendiendo a la fase procesal en que se producen, varias manifestaciones de iniciativa probatoria de oficio:

En primer lugar, en la proposición de prueba. Se le confiere al juez la novedosa facultad de integrar la prueba propuesta por las partes, cuando considere que las pruebas propuestas pudieran resultar insuficientes para acreditar los hechos controvertidos, mediante una indicación de insuficiencia probatoria, tras la cual las partes podrán completar o modificar su inicial proposición de prueba (art. 429.1, II y III LEC). Se le confiere también la tradicional facultad de acordar de oficio diligencias, una vez finalizado el periodo probatorio, ahora denominadas diligencias finales, y con un carácter excepcional y restrictivo (art. 435.2 LEC).

En segundo lugar, en la práctica de pruebas propuestas por las partes[348]. Diversas normas reconocen una variada participación al juez durante la fase de la práctica de la prueba, cuya intervención vendrá determinada por la normativa reguladora del concreto medio de prueba.

Finamente, debemos efectuar una referencia, siquiera breve, a la iniciativa probatoria de oficio tanto en procesos dispositivos, cuanto en no dispositivos. En efecto, común a los

347 En este mismo sentido Moreno Catena., *Comentario al art. 282 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2204.

348 Garberí Llobregat, J. (*Comentario a los arts. 281-292 LEC*, en «Los Procesos Civiles», t.3º, ob. cit., pp. 23-28), en el análisis que efectúa de la iniciativa probatoria a partir de los arts. 282 y 284 LEC, distingue, atendiendo al sujeto proponente, dos clases de prueba: la «Prueba propuesta de oficio» (pp. 23-24) y la «Prueba propuesta a instancia de parte» (pp. 24-28). A su vez, y dentro de la «Prueba propuesta de oficio» distingue tres manifestaciones: 1) La prueba propuesta de oficio «cuando así lo establezca la ley» (art. 282 *in fine* LEC), fundamentalmente referida a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores; 2) La «sugerencia de prueba», también de oficio, en el supuesto del art. 429.1 LEC; y 3) La «intervención del órgano judicial, de oficio, en la práctica de los medios propuestos por las partes», citando, como ejemplos, la posibilidad de oficio de solicitar aclaraciones y adiciones a las partes o testigos (arts. 306.1, II y 372.2 LEC, respectivamente). De este modo, y en la distinción efectuada por el autor, se pone de manifiesto la diferencia entre la «proposición», la «sugerencia» y la «intervención», todas ellas de oficio, pero existiendo únicamente proposición en el supuesto del art.282 *in fine* LEC.

procesos dispositivos y no dispositivos es la facultad judicial de suscitar, de oficio[349], que en la obtención de una prueba se hayan vulnerado los derechos fundamentales (art. 287.1, II LEC), en cuyo caso, y tras la oportuna alegación de las partes y proposición por las mismas de prueba, el juez resolverá lo oportuno.

3. La previsión del art. 216 LEC

En el análisis del art. 216 LEC, rubricado «Principio de justicia rogada», tras referirnos a su génesis parlamentaria, profundizaremos en la delimitación con los principios dispositivo y de aportación de parte[350]. A continuación examinaremos el contenido del principio de aportación de parte y concluiremos con una referencia a las excepciones a dicho principio.

3.1. Génesis parlamentaria

El art. 216 LEC fue ligeramente modificado durante su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados[351]. En efecto, el art. 217 del PLEC contenía dos apartados. El primero, rubricado «Principio de justicia rogada». Y el segundo, rubricado «Sentencias en materia de usura».

El art. 217 PLEC, rubricado «Principio de justicia rogada. Sentencias en materia de usura», contenía un apartado primero del tenor literal siguiente: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas, y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa». Y en el apartado segundo se añadía: «En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a las normas sobre valoración de prueba, en vista de las alegaciones de las partes»[352].

A dicho artículo fueron presentadas tres enmiendas en el Congreso de los Diputados. La enmienda núm.272, de modificación, presentada por el Grupo Socialista, que pro-

349 Esta cuestión también puede suscitarse a instancia de parte (art. 287.1, I LEC).

350 Art. 216 LEC. «Principio de justicia rogada. Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

351 Fernández Mata, A.; et alt., (*Principios dispositivo y de aportación de parte*, ob. cit., p.39) analizan la evolución parlamentaria completa del art. 216 LEC y concluyen que «se ha mantenido el principio que inspira esta materia, es decir, la limitación de las facultades del juzgador a la hora de tener en cuenta los distintos hechos controvertidos y la posibilidad de acordar de oficio alguna prueba repute relevante para el esclarecimiento de los mismos».

352 Dorrego de Carlos, A. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I., Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 2001, p.63.

ponía que el artículo se rubricase exclusivamente «Principio de justicia rogada» y, por ende, se suprimiese la referencia a las «Sentencias en materia de usura»[353]. Según la justificación de dicha enmienda, se entendía que la materia de usura ya se hallaba regulada en la Ley de Créditos al Consumo[354]. A ello cabría añadir acaso que en una sección dedicada a fijar principios generales sobre los «requisitos internos de la sentencia y de sus efectos»[355] no resulta sistemáticamente adecuado establecer normas particulares y excepcionales de valoración probatoria. Dicha enmienda se incorporó ya al texto del Congreso.

Otra fue la enmienda núm.107, de adición, presentada por la Sra. Lasagabaster, del Grupo Mixto, que proponía insertar en el apartado 1º del art. 217 PLEC el siguiente redactado: «Los Tribunales civiles decidirán, conforme a las reglas de la sana crítica, los asuntos [..]». Se justificaba en la necesidad de «liberar, al menos parcialmente, al Juzgador de las reglas y corsés que las partes pueden imponer»[356].

Dicha enmienda, que no prosperó, desconoce que la valoración de la prueba no se limita a las reglas de la sana crítica, sino que existen también pruebas legales o tasadas, de modo que su inclusión con carácter general hubiera introducido probablemente mayor confusión. Por otra parte, tampoco se acaba de entender el alcance de su motivación, pues las «reglas o corsés» a que se refiere la justificación de la enmienda no provienen de las partes, sino del legislador.

Y una tercera enmienda al art. 217 LEC fue la núm. 273, de supresión, presentada por el Grupo Socialista, que proponía eliminar el apartado 2º del artículo 217 PLEC por la misma justificación ya expuesta. Dicha enmienda prosperó ya en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados y supuso ciertamente una mejora técnica en la medida que deslinda cuestiones diferentes, a saber, los requisitos de la sentencia y la valoración probatoria en un supuesto particular de usura.

Sin modificaciones en el Senado, la redacción final del art. 216 LEC, rubricado «Principio de justicia rogada» es la siguiente: «Los tribunales civiles decidirán[357] los asuntos

353 Puede consultarse en Dorrego de Carlos, A. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I., ob. cit., p.253.

354 Ley 7/95, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, publicada en el boe (núm. 72) de 25 de marzo de 1995.

355 Tal es la rúbrica de la sección 2ª («De los requisitos internos de las sentencias y de sus efectos»), del Capítulo VII («De las resoluciones judiciales y de las diligencias de ordenación») del Título V («De las actuaciones judiciales») del Libro I («De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles»), que encabeza el art. 216 LEC.

356 Puede consultarse en Dorrego de Carlos, A. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I., ob. cit., p.273.

357 Garberí Llobregat, J. (*Comentario al art. 216 LEC*, en «Los Procesos Civiles», t.2º, ob. cit., p.431) ha señalado la falta de corrección técnica del verbo «decidirán» precisando que, en su parecer, el legislador debió utilizar el verbo «incoarán», puesto que el principio de justicia rogada atiende a la

en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

Este formulación recoge el principio clásico *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium,* resultando oportuno traer a colación un documentado estudio de Picó i Junoy en el que sostiene que se ha producido una errónea recepción de dicho brocardo en nuestras leyes procesales y también en el precitado art. 216 LEC. Según el referido autor en la recepción del brocardo se han producido una doble modificación, dado que, por una parte, se introduce el término *partium* o *a partibus* y, por otra parte, se silencia la expresión *non secundum consciencia*m, de manera que este brocardo, correctamente enunciado –*iudex iudicare debe secundum allegata et probata, non secundum conscientia*»– comporta que el juez no pueda recoger en la sentencia hechos no alegados o hechos que, aún sido alegados y discutidos, no han resultado probados. Por otra parte, el citado brocardo invocado a menudo como argumento de autoridad para negar la iniciativa probatoria del juez, no pretende resolver la cuestión relativa a la iniciativa probatoria, sino una cuestión relativa al enjuiciamiento, esto es, que el juez, en el momento de dictar sentencia, pudiera cambiar los hechos litigiosos, incurriendo en incongruencia[358].

3.2. Delimitación de los principios dispositivo y de aportación de parte

El art. 216 LEC ha supuesto, por primera vez en un Texto Procesal Civil, la introducción del «principio de justicia rogada» (técnicamente, el de aportación de parte[359], como

«iniciativa para la incoación o nacimiento del procedimiento», esto es, si cabe incoarlo de oficio o es preciso la petición de parte.

358 Picó i Junoy, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 161-163.

359 En realidad, bajo la rúbrica de principio de «justicia rogada» aparecen mezclados en el art. 216 LEC aspectos que forman parte del principio dispositivo –como la aportación de pretensiones– junto con aspectos que forman parte del principio de aportación de parte –como la aportación de pruebas– y la jurisprudencia «menor» viene destacando el engarce del art. 216 LEC con el principio de congruencia (SSAP Madrid, secc.22ª, de 10 de junio de 2003, fto. jco. 2º, EDJ 2003/66256; AP Córdoba de 23 de mayo de 2003, fto. jco. 2º, EDJ 2003/37067; AP Toledo de 22 noviembre de 2002, fto. jco. 1º, EDJ 2002/67364; AP León de 13 de septiembre de 2002, fto. jco. 3º, EDJ 2002/64851; AP Alicante, secc. 7ª, de 5 de junio de 2002, fto jco. 2º, EDJ 2002/40096).

Respecto de la aportación de hechos habrá que distinguir, siguiendo a Berzosa Francos, V. (*Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992-III, pp. 594 y 595), según se trate de «hechos esenciales integradores de la causa de pedir» –que forman parte del principio dispositivo– de los «hechos que fundamentan o motivan la petición pero no tienen ese carácter de esencialidad» –que forman parte del principio de aportación de parte–. Para la citada autora «la alegación de los primeros corresponde a las partes en virtud del principio dispositivo ya que estos hechos constituyen junto al 'petitum' el

ya precisan algunas resoluciones judiciales[360]), pacíficamente admitido como principio específico del proceso civil[361] y, a menudo confundido con los principios dispositivo y de aportación de parte, tal como enseñan doctrina y jurisprudencia[362].

Ya en 1972 Serra Domínguez advertía de la unanimidad de los procesalistas en la vigencia del principio dispositivo y la falta de acuerdo completo «para determinar el alcance del principio dispositivo y su distinción respecto del de aportación de parte»[363], diversidad doctrinal que, a diferencia de lo que sucede en la doctrina alemana e italiana[364], ni siquiera la publicación de la LEC ha conseguido zanjar.

Asumiendo el riesgo de simplificar, en una materia sumamente delicada y repleta de matices, podemos distinguir tres posiciones doctrinales. Un primer sector doctrinal efectúa

---

objeto del proceso. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación o, en su caso, de la desestimación, si nos situamos en la perspectiva del demandado, aún correspondiendo también a las partes, encuentra su fundamento en el principio de aportación. Por tanto en función de uno u otro criterio son los litigantes los que asumen la tarea de introducir los hechos en el proceso, determinando así el tema de la prueba». En sentido similar, Etxebarría Guridi, F. J. (*Las facultades judiciales en materia probatoria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 140) distingue entre «hechos individualizadores o fundamentadores de la pretensión» y los «que sirven de justificación o motivación de aquélla» y concluye que la aportación de los primeros descansa en el principio dispositivo y de los segundos en el principio de aportación de parte.

360 La SAP Baleares, secc. 3, de 28 de junio, de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/46384) ofrece una definición del principio de aportación de parte y de su encaje en el art. 216 LEC, al razonar: «El principio de aportación de parte hace recaer sobre los litigantes la carga de alegar y probar los hechos constitutivos de sus pretensiones –iudex iudicet secundum allegata et probata partium– y viene actualmente recogido en el artículo 216 LEC.. ». En sentido similar SAP Salamanca de 19 de mayo de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/56243). De modo muy gráfico la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de marzo de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/78966) matiza que «el principio de justicia rogada (en la expresión utilizada por el art. 216 de la nueva LEC, y que equivale al tradicionalmente denominado de aportación de parte).. ».

361 La doctrina procesalista distingue entre los denominados «principios comunes a todos los procesos» (dualidad de partes, audiencia e igualdad) y los «principios específicos» del proceso civil (dispositivo y aportación de parte). Sobre tal distinción puede verse: Montero Aroca, J., *Introducción al Derecho Procesal*, AAVV, t.I., 10ª ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 316 y ss; Berzosa Francos, V., *Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992-III, pp. 553 y ss; y de la misma autora *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*, en «Presente y futuro del proceso civil», Picó Junoy, J. (dir.), ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 28-33.

362 Al respecto resulta ilustrativa la STS de 4 de abril de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/5373) que engloba dentro del principio dispositivo tanto la facultad de iniciar el proceso como de aportar prueba al razonar «[..] no resulta infringido el principio dispositivo en virtud del cual se confía a las partes litigantes no solo la iniciativa para incoar el proceso sino también la aportación de las pruebas conducentes a la defensa de su derecho [..]».

363 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización.. ,* ob. cit., p. 519.

364 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 208, con abundante cita bibliográfica de doctrina alemana e italiana.

una interpretación amplia del principio dispositivo, y concibe la aportación de parte como una manifestación del primero.

Se alega que el principio dispositivo no puede circunscribirse al poder de disposición de las partes sobre sus derechos subjetivos, sino que es «un criterio fundamental de inspiración de la estructura contradictoria del proceso y de asignación de 'roles' a las partes y al tribunal» (DE LA OLIVA SANTOS[365]). Este mismo autor configura «la tarea de alegar y fijar los hechos que les interesen» a las partes como una «manifestación del principio dispositivo»[366], con lo cual diluye el contenido del principio de aportación de parte dentro del principio dispositivo y, en definitiva y siquiera de manera implícita, le niega autonomía.

En línea de razonamiento similar, y en la interpretación del art. 216 LEC, se afirma que dicho artículo «ha extraído del principio dispositivo una de sus razonables manifestaciones, cual es la de dejar en manos de las partes la facultad de aportar al proceso el material fáctico y su iniciativa probatoria» (TAPIA FERNÁNDEZ[367]). Se insiste, pues, en la idea que la aportación de hechos y de pruebas es una manifestación del principio dispositivo, con lo cual, si bien se les dota a cada uno de los principios de contenido propio[368], parece negarse una distinción entre ambos principios.

Y también pueden inscribirse en esta interpretación quienes entienden que el principio de aportación de parte es la aplicación del principio dispositivo a la actividad probatoria, «donde adquiere una especial significación en orden al reparto de papeles entre las partes y el juez» (MORENO CATENA[369]).

Un segundo sector doctrinal postula una interpretación amplia del principio de aportación de parte, que subsume en el mismo manifestaciones esenciales del principio dispositivo. En el extremo opuesto a la anterior interpretación, otros autores, acaso influidos por una interpretación excesivamente literal del art. 216 LEC –que incluye la referencia a la introducción de pretensiones– ensanchan el contenido del principio de aportación de parte, e incluyen dentro del mismo la facultad de determinar el objeto del juicio que, en puridad, es una de las manifestaciones esenciales del principio dispositivo. Así se ha razona-

365 DE LA OLIVA, A., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.381.

366 DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal. Introducción*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 61 y ss.

367 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno; Armenta Déu; Muerza Esparza; Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 781 y 782.

368 Para TAPIA FERNÁNDEZ, I. (*Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.781) el principio de parte significa que «corresponde a quien solicita la tutela de los tribunales la carga de determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de las partes».

369 MORENO CATENA, V., *Comentario al art. 282 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. II, ob. cit., pp. 2204 y ss.

do que el principio de aportación «lo que nos indica esencialmente es a quién corresponde la tarea de aportar los hechos al proceso (delimitando el objeto del mismo) y la de procurar su acreditación a través de la oportuna actividad probatoria» (Garberí Llobregat[370]).

Y un tercer sector doctrinal efectúa una interpretación que delimita los principios dispositivo y de aportación de parte. La mayoría de autores delimita los principios dispositivo y de aportación de parte con formulaciones variadas[371], pero que ponen el acento en el

370 Garberí Llobregat, J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Los Procesos Civiles», t.2, ob. cit., p.434.

371 En la doctrina española, entre otros, y por orden alfabético cabe citar a: Berzosa Francos, V, *Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992-III, pp. 575-578 y 594-600; Cordón Moreno, F., (*En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en «RDP», 1979, pp. 810 y ss.) para quien «la atenuación del principio de aportación de parte constituye un hecho de mera técnica procesal, algo que afecta a la estructura interna del proceso y no está en oposición con el principio de disposición en sentido estricto, ya que todo poder reconocido al juez en orden a la búsqueda de la verdad se vería limitado al campo de los hechos que las partes afirman en sus alegaciones como fundamento de sus respectivas pretensiones»; Cortés Domínguez, V. (*La constitución española y los principios rectores del proceso civil*, en «Principios constitucionales del proceso civil», Cuadernos CGPJ, núm. XIII/93, Madrid, 1993, p.152) quien ya en relación con la derogada LEC 1881, había criticado el papel de «mero espectador» del Juez en la actividad probatoria, afirmando que «en alguna ocasión hemos sostenido que si la Ley deja en manos de las partes el ejercicio de la tutela jurisdiccional y la determinación del material de hecho sobre el que se va a juzgar, no tiene el menor sentido que sean las partes y no el juez quienes tengan la dirección la dirección material del proceso o, dicho en otras palabras, la capacidad probatoria dentro del mismo». Para este autor «[..] en nada queda afectado el principio de imparcialidad judicial por el hecho de que el Juez, una vez se han delimitado los confines de su actuación judicial, tuviera los más amplios poderes de dirección del proceso para así poder adquirir en el mismo la más precisa certeza de los hechos»; Damián Moreno, J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.) y Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, p.1417; Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I., ob. cit., p.814; Etxebarría Guridi, F. J. (*Las facultades judiciales en materia probatoria*, ob. cit., pp. 85 y 126) quien, tras mostrarse partidario de «construir una relación equilibrada entre la actividad del juez y los derechos de las partes en el proceso», afirma que los principios dispositivo y de aportación de parte «descansan en fundamentos distintos». Este autor, «con la pretensión de armonizar la parece conveniente intervención judicial abandonando la tradicional pasividad del órgano jurisdiccional, por un lado, y el protagonismo de las partes en la aportación del material probatorio» analiza las propuestas doctrinales basadas «en la distinción entre fuentes y medios de prueba» (ob. cit., pp. 159-163) y «en la distinción entre medios de prueba que incorporan hechos y los que no» (ob. cit., pp. 163-166); García Pérez, J. J., (*El deber judicial de congruencia como manifestación del principio dispositivo y su alcance constitucional* (comunicación), en «Principios constitucionales del proceso civil», Cuadernos CGPJ, núm. XIII/93, Madrid, 1993, p.449) quien, en relación con la LEC 1881, defendía que en un nuevo proceso civil, asentado sobre el principio dispositivo, no era incompatible «con la asunción sobremanera de un mayor protagonismo e intervención judicial en la prueba»; López-Fragoso Álvarez, T. y Reverón Palenzuela, B., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.III, Gimeno Sendra.V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 152 y ss; Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional*, t.I, Parte General, obra de la que es autor junto con Gómez Colomer, J. L.; Montón Redondo, A.; y Barona Vilar, S., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p.330; Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 208 y ss.;

hecho que el principio de aportación responde a la determinación de los sujetos a quienes corresponde introducir el material fáctico objeto de la cognición judicial.

Desde esta perspectiva, y para perfilar la esencia del principio de aportación de parte, se afirma: a) «viene a regular el modo en que los hechos acceden al proceso y los medios con que cuenta el juez para el descubrimiento de la verdad» (Damian Moreno[372]); b) «los Tribunales tan sólo pueden decidir las contiendas en base a los hechos que las partes hayan alegado oportunamente y a las pruebas que se hayan propuesto» y que dicho principio está «más bien dirigido a dar instrucciones al juzgador sobre cuál es el material que ha de examinar a la hora de hacer su reflexión» (Seone Pardo[373]); c) «hace recaer sobre los litigantes la carga de reunir e incorporar al proceso los hechos a que la controversia se contrae para su valoración y consideración por el tribunal como sustrato fáctico de su resolución, según la máxima *da mihi factum dabo tibi ius*» (Fernández Urzainqui[374]); d) «El principio de aportación y su opuesto, el principio de investigación, resuelven el problema procesal de determinar a qué sujetos del proceso, juez o partes, le corresponde la formación del material fáctico del proceso (Gimeno)» (López-Fragoso Álvarez y Reverón Palenzuela[375]).

Desde tal interpretación se pone de manifiesto el error dogmático del art. 216 LEC, ya denunciado en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LEC[376], con «la impropiedad de incluir las pretensiones dentro del principio de aportación, puesto que forman parte del principio dispositivo» (Damian Moreno[377]), así como que el hecho «que el art. 216 LEC

Seone Pardo, J., en AAVV, «Lec XX. Comentada», vol. I, ob. cit., pp. 477 y ss; Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización..* , ob. cit., p.519.

372 Damian Moreno, J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.1417.

373 Seone Pardo, J., en AAVV, «Lec XX. Comentada», vol. I, ob. cit., pp. 477 y ss.

374 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., pp. 813 y 814.

375 López-Fragoso Álvarez, T. y Reverón Palenzuela, B., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.III, ob. cit., p.153.

376 Según el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LEC «los principios dispositivo y de aportación de parte son constitutivos del proceso civil. Estos principios se han venido confundiendo dentro de la que se llamó justicia rogada, sin embargo la doctrina alemana desde principios de siglo los separó con claridad [..]. El principio dispositivo se funda en que los derechos en intereses legítimos de los particulares, derivados del Derecho privado, tienen un titular, que es el único que puede solicitar la tutela a través del proceso. Su fundamento reside en la esencia misma del derecho subjetivo, caracterizado por el hecho de que sólo ese titular puede deducirlo y, por ello, la sentencia que se dicte sólo puede extenderse al ámbito dentro del cual el derecho ha sido reclamado [..]. El principio de aportación se refiere a que son las partes las que deben aportar el material fáctico al proceso.. » (citado por Seone Pardo, J., en AAVV, «Lec Comentada XX», vol. I, ob. cit., pp. 477 y ss.).

377 Damian Moreno, J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.1417.

confunde los principios dispositivo y de aportación de parte» (López-Fragoso Álvarez y Reverón Palenzuela[378]).

La propia Exposición de Motivos de la LEC utiliza en su epígrafe VI indistintamente o, mejor dicho, como sinónimos los términos principio de justicia rogada y principio dispositivo. Así nos dice: «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus consecuencias razonables, [..]».

Con mayor precisión técnica, podemos efectuar la siguiente distinción. En virtud del principio dispositivo (*Dispositionsprinzip)* las partes son dueñas de sus intereses privados y de reclamarlos, o no, judicialmente. Responde, como apunta BERZONA FRANCOS, «al interrogante de quién inicia el proceso y quién fija o determina su objeto»[379] y comprende, como indica Serra Domínguez, «todas aquellas facultades procesales derivadas de la titularidad afirmada en el proceso»[380].

Una de las consecuencias fundamentales del principio dispositivo –que no del principio de aportación, ni del de rogación– es que la introducción de las pretensiones corresponde también a las partes.

La pretensión se formula en el escrito inicial de demanda (art. 399.5 LEC) con necesidad de «separación» y, de ser varias, «por su orden y separadamente». En virtud del principio de congruencia[381] (art. 218.1 LEC) –que, en palabras STS 16 de enero de 2002

378 López-Fragoso Álvarez, T. y Reverón Palenzuela, B., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.III, ob. cit., p.153.

379 Berzosa Francos,V., *Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 92-III, p.575.

380 Serra Domínguez, M. (*Liberalización y socialización…* , ob. cit., p.520) enumera como facultades procesales derivadas del contenido del principio dispositivo: 1ª) La de acudir o no al proceso jurisdiccional; 2ª) La de elegir para la resolución del proceso bien los Tribunales ordinarios, bien las jurisdicciones arbitrales; 3ª) La facultad de determinar el contenido de la sentencia o de ponerle término (al proceso) mediante una disposición sobre el derecho afirmado. 4ª) La congruencia con las pretensiones deducidas por las partes. Por su parte, Picó i Junoy, J. (*Los principios del nuevo proceso civil*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. I, ed. Dijusa, Barcelona, 2001, p.30) atribuye al principio dispositivo cuatro «manifestaciones» o «notas esenciales»: 1ª) El inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte; 2ª) La determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes; 3ª) La congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes; 4ª) La finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes (renuncia, allanamiento, transacción, desistimiento, caducidad en la instancia).

381 SSTS de 16 de enero de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/133); de 27 de diciembre de 2001, fto. jco. 3º (EDJ 2001/50528); de 21 de diciembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/50596); de 19 de diciembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/49239); de 3 de diciembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/44797); de 15 de noviembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/43372); de 10 de noviembre de 2001, fto. jco. 4º (EDJ 2001/40999); de 3 de noviembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/39561); de 30 de octubre de 2001, fto. jco.2º (EDJ 2001/37269).Y en la jurisprudencia «menor» SAP Ávila, de 4 de julio de 2002, fto. jco. 4º (EDJ 2002/49951).

«supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos iniciales del pleito de que se trata, y la parte dispositiva de la decisión judicial que le ponga fin»– el órgano judicial deberá fallar sobre lo pedido, sin que pueda dar cosa distinta (incongruencia *extra petita*[382]) o dar más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*[383]) o dejar sin resolver alguna petición (incongruencia *citra petita*[384]).

Por otra parte, y en virtud del principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime)* la introducción de los hechos, así como de la prueba para justificarlos, corresponde a las partes. En palabras de Berzosa Francos «supone este criterio que el dominio del material procesal que constituirá el fundamento de hecho de la sentencia corresponde a los litigantes»[385].

Para distinguir el principio dispositivo del de aportación de parte Díaz Cabiale utiliza un ejemplo extraído de la doctrina procesalista italiana, cuya expresividad es manifiesta: «el hecho que una persona decida ir a un lugar determinado y tome un medio de transporte, un autobús o un taxi, conlleva evidentemente la plena disponibilidad de la iniciativa y fin, en cuanto se utiliza el medio con plena libertad y siempre se puede apear uno del autobús o alterar el destino del taxi, pero ello no tiene que conllevar necesariamente que el

382 SSTS de 20 de noviembre de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 2002/51316); de 8 de noviembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/46509); de 25 de junio de 2001, fto. jco. 1º (EDJ 2001/11740); de 31 de mayo de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/6633); de 29 de julio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/21383); de 13 de julio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/21339); de 23 de mayo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/10841); de 11 de abril de 2000, fto. jco. 5º (EDJ 2000/5724); de 11 de abril de 2000, fto. jco. 5º (EDJ 2000/5724); de 23 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/4339); de 18 de marzo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/6995); de 2 de marzo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/2142); de 9 de febrero de 2000, fto. jco. 3º (EDJ 2000/886); de 22 de diciembre de 1999, fto. jco. 3º (EDJ 1999/40484); de 20 de diciembre de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/40464); de 30 de noviembre de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/36818).

383 SSTS de 20 de diciembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/58550); de 8 de noviembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/46409); de 25 de junio de 2001, fto. jco. 1º (EDJ 2001/11740); de 29 de julio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/21383); de 23 de mayo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/10841); de 11 de abril de 2000, fto. jco. 5º (EDJ 2000/5724); de 23 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/4339); de 2 de marzo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/2142); de 22 de diciembre de 1999, fto. jco. 3º (EDJ 1999/40484); de 30 de noviembre de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/36818).

384 También llamada *«por defecto»*, *«infra petita»*, *«incongruencia omisiva» o «minus petita»*. SSTS de 8 de noviembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/46509) 15 de noviembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/43372); de 25 de junio de 2001, fto. jco. 1º (EDJ 2001/11740); de 29 de julio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/21383); de 23 de mayo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/10841); de 15 de noviembre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/43372); de 25 de junio de 2001, fto. jco. 1º (EDJ 2001/11740); de 29 de julio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/21383); de 23 de mayo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/10841); de 11 de abril de 2000, fto. jco. 5º (EDJ 2000/5724); de 23 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/4339); de 4 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/3645); de 2 de marzo de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/2142); de 22 de diciembre de 1999, fto. jco. 3º (EDJ 1999/40484); de 30 de noviembre de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/36818).

385 Berzosa Francos,V., *Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 92-III, p.544.

usuario disponga de la forma de conducción o del tipo de recorrido. Todos estos aspectos pueden quedar sustraídos a su voluntad, como sucede en el ejemplo visto, sin que él pierda la disponibilidad del viaje, esto es el objeto»[386].

A nivel jurisprudencial, las resoluciones judiciales son muy diversas, pudiéndose sistematizar tres orientaciones.

Una primera orientación jurisprudencial alude a los principios dispositivo, aportación de parte y de rogación prácticamente como sinónimos o les atribuyen idéntico contenido[387]. Como ejemplo de la identificación entre el principio de aportación de parte y el de rogación es significativa la STS de 17 de diciembre de 1986, fto. jco. 2º (EDJ 1986/7371) al razonar:

> «[…] que los procesos civiles, salvo raras excepciones, vienen sujetos entre otros principios a los de rogación y aportación de parte, lo que proyecta sobre éstas la obligación de suministrar a los órganos jurisdiccionales los presupuestos fácticos así como proponer los medios probatorios que sirvan para acreditar aquéllos».

Como ejemplo de la absorción del principio de aportación de parte por el principio dispositivo podemos ver la STS de 4 de junio de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/5373) al afirmar:

> «[..] se ha impuesto a la parte demandada la carga de la prueba de la falta de consumo en el local [..], supliendo así la actividad probatoria de la actora; no resulta infringido el principio dispositivo en virtud del cual se confía a las partes litigantes no sólo la iniciativa para incoar el proceso sino también la aportación de las pruebas conducentes a la defensa de su derecho».

En línea similar la SAP, Baleares, secc. 3ª, de 30 de abril de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/33663) razona:

> «Según el principio dispositivo dominante en nuestro proceso civil, el resultado de éste recae sobre la actividad de las partes, de suerte que cada una de ellas tiene la carga de afirmar, y en caso necesario de probar, los hechos que constituyen el supuesto de la norma jurídica en que respectivamente se amparan, [..]».

Una segunda orientación jurisprudencial se ha limitado a fijar el alcance del principio dispositivo[388]. Destacamos aquí, y entre otras la STS de 31 de diciembre de 1996, fto.

386 Díaz Cabiale, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, ed. Comares, Granada, 1996, pp. 52-54.

387 SSTS de 28 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/3848); de 5 de octubre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/23067); de 11 de diciembre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/11268); de 4 de junio de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/5373); de 17 de diciembre de 1986, fto. jco. 2º (EDJ 1986/7371); de 31 de diciembre de 1984, fto. jco 1º (EDJ 1984/7146); de 24 de noviembre de 1975, fto. jco. 2º (EDJ 1975/424).

388 SSTS de 31 de diciembre de 1996, fto. jco. 3º (EDJ 1996/9915); de 25 de mayo de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/2441); de 7 de febrero de 1994, fto. jco. 2º (EDJ 1994/967).

jco. 3º, (EDJ 1996/9915) que define el alcance del principio dispositivo y su conexión con el principio de rogación señalando que:

> «nuestro derecho se rige por el principio dispositivo, de forma que las partes son dueñas del objeto del proceso y del derecho material que se discute en el mismo, siendo el principio de rogación una nueva faceta de aquel».

Y con mayor acierto, una tercera orientación jurisprudencial ha delimitado los principios dispositivo, de justicia rogada y de aportación de parte (es decir, el principio dispositivo respecto del principio de justicia rogada[389]; y el principio dispositivo respecto del principio de aportación de parte[390]), si bien subrayando su conexión o «interrelación».

Ejemplificando la delimitación del principio de justicia rogada con el principio dispositivo la STS de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 3º (EDJ 1994/9317) alude:

> «[..] a la invocación de la infracción del principio de justicia rogada como aspecto procesal del principio dispositivo (cuyo objeto y fines son más amplios al conectar con el Derecho sustantivo) [..]».

Ejemplificando la delimitación del principio dispositivo con respecto del principio de aportación de parte la STS de 15 de diciembre de 1999, fto. jco. 8º (EDJ 1999/36768) alude al «principio dispositivo, en su modalidad de aportación de parte» y, en línea similar, la STS de 23 de octubre de 1998, fto. jco. 4º (EDJ 1998/21065) precisa que las partes «no utilizaron adecuadamente el principio dispositivo y su derivado de aportación de parte que rige en nuestro derecho». De modo paradigmático puede citarse la STS de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783) que, en referencia a las diligencias para mejor proveer, precisa que:

> «[..] si bien puede considerarse una excepción al principio de aportación de parte, no quebranta el principio dispositivo por cuanto no introduce hechos en el proceso sino que complementa la actividad de las partes [..]».

Otras resoluciones han deslindado el principio de justicia rogada del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, tal como la STS de 30 de junio de 2011, al afirmar:

> «El principio de justicia rogada atiende a la determinación de la iniciativa para la incoación o nacimiento del proceso, que ha de ser a instancia de parte. La decisión de un pleito una vez iniciado, sobre la base de los hechos, pruebas y pretensiones de las partes, que es el ámbito a que se refiere la dicción del artículo 216 LEC, no encuentra tanto su fundamento en el

389 STS de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 3º (EDJ 1994/9317).

390 SSTS de 29 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/3849); de 7 de diciembre de 1999, fto. jco. 3º (EDJ 1999/40432); de 15 de diciembre de 1999, fto. jco. 8º (EDJ 1999/36768); de 30 de julio de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/18886); de 23 de octubre de 1998, fto. jco. 4º (EDJ 1998/21065); de 1 de julio de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/3551); de 28 de noviembre de 1995, fto. jco. 1º (EDJ 1995/6369); de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783).

> citado principio como en otras reglas y criterios entre las que se encuentra el principio de congruencia, que obliga a enjuiciar dentro de los límites objetivos y subjetivos marcados por los pretensiones de las partes, según impone el artículo 218.1 LEC. (STS de 25 de junio de 2009, RCIP núm. 987/2004)»[391].

Por otra parte, no faltan resoluciones judiciales con loable afán delimitador de los principios dispositivo, de rogación y de aportación de parte, pero que incurren en cierta confusión. Así, por ejemplo la STS de 7 de diciembre de 1999, cuyo fundamento jurídico 3º, razona:

> «El principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto al demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de oportunidad del momento de realizarlo, [..] y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa».

Y añade a continuación:

> «En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto que el actor determina la iniciación del proceso («ne procedat iudex ex officio» y «nemo iudex sine actore») y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al Juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición»[392].

La anterior resolución incluye la pretensión como contenido específico del contenido del principio de aportación de parte, cuando, en realidad, corresponde al contenido del principio dispositivo. De la precitada STS de 7 de diciembre de 1999 podemos extraer las siguientes conclusiones: 1ª) El principio dispositivo, el de justicia rogada y el de aportación de parte se hallan en relación de interdependencia; 2ª) El principio dispositivo afecta al objeto del proceso y faculta a las partes para iniciar el proceso, determinar la pretensión y renunciar o transigir sobre su objeto; 3ª) El principio de rogación afecta al inicio y fin del proceso, a la facultad de acudir a los tribunales y de desistir del proceso, aun cuando más propiamente alude a quien corresponde la iniciativa para incoar un procedimiento.

Finalmente, y de lo hasta aquí dicho, podemos indicar que la distinción entre el principio dispositivo y el de aportación de parte permite sentar dos conclusiones, ya apuntadas por Serra Domínguez. Por una parte, afirmar la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil, lo cual no significa afirmar la pasividad del juez en el proceso civil, «por afectar la intervención del juez no a los derechos materiales debatidos en el proceso, sino a la ordenación de proceso, indisponible en principio a los particulares»[393].

---

391 STS, Sala 1ª, de 30 de junio de 2011, fto. jco.9º (EDJ 2011/155204).

392 STS de 7 de diciembre de 1999, fto. jco. 3º (EDJ 1999/40432).

393 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización*.. , ob. cit., p.521.

Y por otra parte, diseñar el reparto de funciones o roles que corresponden a las partes y al juez en el proceso civil. En este sentido el citado autor sostiene que «a las partes les corresponde un absoluto poder de disposición sobre los derechos afirmados en el proceso, mientras al juez le corresponde, con carácter limitado solo por la previa petición de parte, la dirección del proceso civil»[394].

3.3. Contenido del principio de aportación de parte

Para delimitar el contenido del art. 216 LEC podemos distinguir su alcance positivo y negativo[395], así como las excepciones al principio de aportación de parte (analizadas en el epígrafe siguiente).

El alcance positivo viene definido por el dato que la introducción de los hechos y las pruebas en el proceso corresponde a las partes. En cuanto a los hechos, y siguiendo a Berzosa Francos, nos referimos a los hechos determinantes de la estimación o desestimación de la demanda y respecto a su aportación «es indudable que debe corresponder a las partes, fundamentalmente, por dos razones: en primer lugar si se trata de hechos esenciales, su introducción por el juez implicaría adicionar o variar la causa de pedir y, en consecuencia, delimitar el objeto litigioso, destruyendo el principio dispositivo. En segundo lugar porque, tratándose de hechos no esenciales, sino motivadores de una resolución judicial estimatoria o desestimatoria, su aportación por el juez atentaría a la imparcialidad del mismo, poniendo en concreto peligro el correcto ejercicio de la función jurisdiccional»[396].

En cuanto a la prueba, ésta accede al proceso, como regla general, a partir de la proposición de las partes, unas veces junto a los escritos de alegaciones –documentos y dictámenes arts. 265.1.3º y 4º LEC– y la mayoría de las veces a través de su práctica en el momento procesal oportuno –acto del juicio o vista[397]–.

Si bien es cierto que la carga de la aportación gravita sobre las partes, no es menos cierto que existen márgenes, siquiera matizados y limitados, para la actividad probatoria de oficio, unas veces en forma de indicación judicial para paliar la insuficiencia probatoria (art. 429.1, II y III LEC), y otras veces en forma de excepcional y motivada práctica de

394 *Ibidem*, p.525.

395 Advierte Fernández Seijo, J. Mª. (*Comentario al art. 216 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. II, ob. cit., p.1587) que el principio contenido en el art. 216 LEC «debe servir como referencia para interpretar los límites de las facultades del juez en el desarrollo del juicio declarativo, tanto en la fase de audiencia previa, como en la fase de prueba, no pudiendo suplir, en ningún caso, las carencias que en materia de alegaciones o de prueba sean imputables a las partes».

396 Berzosa Francos,V., *Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992-III, pp. 597 y 598.

397 Todo ello, claro está, sin perjuicio de la prueba anticipada (art. 293 y ss. LEC), de la prueba en diligencias finales (art. 435 LEC) o de la prueba en la segunda instancia (art. 460 LEC).

oficio por medio de diligencias finales (art. 435.2 LEC). De ahí que, como pone de relieve Fernández Urzainqui, mientras las consecuencias del principio de aportación de parte en el ámbito alegatorio son doctrinalmente pacíficas, en el ámbito probatorio las posturas son más matizadas. En efecto, según afirma este autor: «Más matizadamente se ha sostenido que la neutralidad judicial en la contienda quedaría salvaguardada, a partir de la distinción entre fuentes y medios de prueba, referido a la iniciativa probatoria judicial a los hechos aportados y a las fuentes de prueba suministradas por las partes y sometiendo la realización de las pruebas acordadas de oficio a la necesaria y oportuna contradicción»[398].

El alcance negativo del principio de aportación de parte comporta varias manifestaciones. Para empezar, el juez no puede tomar en consideración hechos no alegados por las partes. Una de las derivaciones del principio dispositivo es que son las partes quienes, en forma *petitum* y *causa petendi*, configuran el objeto del proceso, sin que el juez pueda fallar sobre hechos distintos de los alegados por las partes (STS de 5 de noviembre de 2003[399]). En realidad, los hechos controvertidos, que se analizan en la sentencia, sólo pueden surgir a partir de los hechos afirmados por una parte (actora) y negados por la otra (demandada).

Igualmente el juez no puede tomar en consideración pruebas no aportadas por las partes. Solamente serán las pruebas propuestas por las partes las que servirán para valoración en sentencia. Sin perjuicio, en su caso, de las pruebas acordadas de oficio como diligencia final (art. 435.2 LEC).

Tampoco puede el juez tomar en consideración su conocimiento privado, cuando menos para la prueba de los hechos[400]. Pues ello supondría la vulneración o pérdida de su debida imparcialidad, amén de ignorar que la prueba accede a las actuaciones sujeta a una serie de formalidades en orden a su proposición, admisión y práctica.

---

398 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.814.

399 La STS, Sala 1ª, de 5 de noviembre de 2003, fto. jco. 2º (La Ley 264/2004), tras precisar que con arreglo al principio de aportación de parte corresponde a las partes el monopolio de las alegaciones fácticas («da mihi factum, dabo tibi ius»), precisa: «El juzgador puede tener o no por probados los hechos alegados, –salvo los admitidos, que le vinculan–, pero no puede ignorarlos, ni considerar hechos distintos de los aportados, como tampoco puede desvirtuar la finalidad con que fueron aducidos utilizándolos como soporte de un planteamiento distinto del que determinó su invocación».

400 De modo distinto, el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la «prueba» o, mejor aún, la acreditación de las normas jurídicas, esto es, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario. En este sentido resulta ilustrativa la STJC Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 2005, fto. jco.2º (RJ 2006\375) al afirmar: «Las normas jurídicas son tema de prueba sólo si no son conocidas por el juzgador, el cual puede tener en cuenta su conocimiento privado del derecho, sea éste el que fuere. El juez puede aplicar una norma no comprendida en el iura novit curia si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. El cómo adquiere el juez conocimiento del derecho no tiene importancia respecto del proceso concreto. Cosa distinta es que el juez debe dejar clara constancia de la norma y de su contenido en la sentencia a los efectos del posible recurso».

Y, finalmente, el juez no puede, de oficio, ordenar la práctica de prueba (salvo en procesos especiales no dispositivos y diligencias finales extraordinarias). Con la salvedad, ya mencionada, de las diligencias finales (art. 435.2 LEC) resulta totalmente vedado que, en los procesos dispositivos, el juez acuerde la práctica de pruebas, pues ello le convertiría en un juez inquisidor, distinto del juez verificador de la actividad probatoria.

3.4. Excepciones al principio de aportación de parte

La necesidad de fallar sobre los hechos, pruebas y pretensiones aportadas por las partes, encuentra su excepción en el propio art. 216 LEC, cuya proposición final, y frente a la regla general de la aportación de parte de hechos, pruebas y pretensiones, ya se encarga de prevenir «excepto cuando la ley disponga otra cosa».

En interpretación doctrinal pacífica dicha excepción se refiere a los procesos no dispositivos[401], donde el principio de aportación de parte aparece muy atenuado[402]. En estos procesos se matiza la introducción de los hechos en el proceso, pues se admiten hechos introducidos «de otra manera en el procedimiento» (art. 752.1, I LEC). El juez deberá fallar atendiendo no solamente a los hechos que introdujeron las partes, sino a los que accedieron al proceso de una genérica y abierta «otra manera».

Además, en los procesos no dispositivos quiebra el principio de la introducción de la prueba por las partes, pues se reconoce al juez una amplia iniciativa probatoria, ora como disposición de carácter general (art. 752.1, II LEC[403]), ora como previsión particular en determinados procesos (arts. 759.1[404]; 763.3[92]; 770.4ª[93]; 774.2[94] LEC). Y en algunos supuestos,

401 Ver Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.819; Tapia Fernández, I., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I., ob. cit., p.783.

402 También aparece atenuado el principio dispositivo en los procesos especiales no dispositivos puesto que: 1º) Se mantiene que la iniciativa del procedimiento corresponde a las partes, incluido, por supuesto el Ministerio de Fiscal. No obstante son ineficaces la renuncia, el allanamiento y la transacción. Además y, como regla general, para el desistimiento es precisa la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751 LEC). 2º) Se modula el principio de introducción de la pretensión, pues existe un orden público tutelable.

403 Disposición de carácter general aplicable a los procesos especiales del Título I del Libro IV de la LEC (capacidad, filiación, matrimonio y menores) que permite al juez acordar, de oficio, la práctica de cuantas pruebas estime necesarias.

404 Disposición específica del proceso de incapacitación que impone *ex lege* al juez el deber de practicar tres pruebas: 1ª) La audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz; 2ª) El examen directo por el juez del demandado; 3ª) Los dictámenes periciales en relación con la incapacitación y las medidas complementarias. Y le faculta, con carácter complementario, para practicar otras pruebas que estime necesarias.

incluso con carácter imperativo (arts. 759.1, 763.3, 770,4ª *in fine* y 777.5 LEC).

4. La previsión del art. 282 LEC

El art. 282 LEC, rubricado expresivamente «iniciativa de la actividad probatoria», regula a quién corresponde la proposición de los medios de prueba. Configura una regla general (proposición por las partes) y una excepción (iniciativa probatoria de oficio cuando lo establezca la ley)[408].

Tras una incursión en su génesis parlamentaria, distinguiremos la existencia de una regla general y una excepción en la iniciativa probatoria y, finalmente, precisaremos las características de dicha iniciativa probatoria.

4.1. Génesis parlamentaria

En la tramitación parlamentaria del art. 282 LEC –283 PLEC– se trasluce el debate sobre el alcance y contenido del principio de aportación de parte. El art. 283 PLEC disponía: «Sólo se practicarán pruebas a instancia de parte, salvo en los casos en que la ley atribuya al tribunal la facultad de acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios»[409].

405 Disposición de carácter particular que en el proceso de internamiento no voluntario impone al juez el deber insoslayable de practicar las siguientes pruebas (o trámites de índole probatoria): 1ª) Examinar a la persona cuyo internamiento se trate; 2ª) Oír a la persona afectada por la decisión; 3ª) Oír al Ministerio Fiscal; 4ª) Oír a cualquier persona que el juez estime oportuno, de oficio o a instancia de parte; 5ª) Oír el dictamen de un facultativo designado por el juez.Y también le faculta para practicar cualesquiera otras que estime necesarias.

406 Disposición específica del proceso matrimonial «contencioso» que otorga un plazo excepcional de treinta días al tribunal para que pueda acordar, de oficio, las pruebas necesarias sobre dos aspectos: 1) Las circunstancias necesarias para decretar la nulidad, separación o divorcio; y 2) Las medidas que afecten a hijos menores o incapacitados.

407 Disposición específica de las medidas definitivas en procesos matrimoniales y que faculta al juez para acordar la prueba que estime necesaria, aun cuando limita su objeto a «los hechos que sean relevantes para la decisión de las medidas a adoptar».

408 Art. 282 LEC: «Iniciativa de la actividad probatoria. Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

409 Puede consultarse en Dorrego de Carlos, A. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I, ob. cit., p.75.

En el Congreso de los Diputados se propuso la enmienda núm.321, de modificación, –reproducida en el Senado como enmienda núm. 89[410]– con el texto siguiente: Artículo 283. Iniciativa de la actividad probatoria. «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el órgano judicial podrá ordenar la práctica de la actividad probatoria que estime necesaria sólo en función de las fuentes probatorias que consten en los autos, sin que en ningún caso pueda introducir hechos no alegados por los litigantes. Las partes podrán intervenir en la práctica de toda la actividad probatoria desarrollada en el proceso»[411].

El texto final del art. 282 LEC, rubricado «Iniciativa de la actividad probatoria» es el siguiente: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios probatorios, cuando así lo establezca la ley»[412].

Comparando el texto del Proyecto, el de la enmienda y el redactado final, podemos afirmar que, a diferencia del texto del Proyecto de Ley, y como acertadamente observa Fernández Urzainqui, en el texto final acoge un redactado «en términos menos contundentes»[413]. Desaparece el matiz imperativo recogido en la expresión «Sólo se practicarán pruebas a instancia de parte», y se sustituye por la formulación de una regla general «las pruebas se practicarán a instancia de parte».

Por otra parte, no se añaden los límites de la iniciativa probatoria de oficio, contenidos en la ya citada enmienda núm.321: no introducción de hechos distintos de los alegados por las partes, no utilización de fuentes distintas de las obrantes en las actuaciones y necesidad de contradicción. En efecto, en la «motivación» de la enmienda se alude a la necesidad de «permitir una eficaz iniciativa probatoria del juez civil»[414], con la necesidad de fijar los precitados límites.

410 *Ibidem*, p.1695.

411 *Ibidem*, p.268.

412 Garcimartín Montero, R. (*Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1007) se muestra crítico con la redacción final, puesto que «hubiera sido más sencillo, sin alterar el sentido norma, aludir simplemente a 'medios de prueba' en vez de aludir a la práctica de 'documentos, dictámenes u otros medios de prueba'».

413 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.815.

414 Ver Dorrego de Carlos, A. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I, ob. cit., p.268. Por su interés reproducimos íntegra y textualmente el contenido de la «motivación» a la enmienda: «El contenido de la enmienda está dirigida en orden a permitir una eficaz iniciativa al juzgador civil, como por otra parte sucede en los ordenamientos procesales civiles europeos. Sólo de esta forma el Juez puede otorgar una justa tutela de los derechos e intereses en conflicto. No obstante, como ha destacado la doctrina más autorizada, deberían establecerse básicamente, los siguientes tres límites: a) La imposibilidad por parte del órgano judicial de introducir hechos no alegados por las partes. Sólo así se garantiza el respeto a los principios dispositivo y de aportación de parte. b) La imposibilidad por parte del órgano judicial de utilizar fuentes probatorias distintas de las que consten en los autos. Con ello se evita la actuación inquisitiva del órgano judicial a la búsqueda de fuentes

Cualquier iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil está sometida a los límites descritos, so pena de infringir principios fundamentales del proceso civil (dispositivo, aportación de parte, congruencia y defensa). La introducción de los tres citados límites no sólo mejoraría técnicamente la redacción del precepto legal, sino que aportaría claridad y seguridad jurídica en una materia delicada. Es de esperar que la jurisprudencia vaya fijando y perfilando dichos límites para una mejor observancia en la práctica forense.

4.2. La regla general y la excepción

El proceso civil se asienta sobre los principios dispositivo y de aportación de parte, atribuyéndose a las partes una casi exclusiva carga en materia de proposición de prueba, y reconociéndose un cierto margen a la iniciativa probatoria de oficio.

Existe una preocupación cada vez más importante del legislador por regular la iniciativa probatoria. Es ya significativa, como se ha dicho, la rúbrica del art. 282 LEC «Iniciativa de la actividad probatoria». Dicho artículo se incluye en el Libro II (De los procesos declarativos), Título I (De las disposiciones comunes a los procesos declarativos), Capítulo V (De la prueba disposiciones generales), Sección 1ª (Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba).

Constituye una novedad, en comparación con la derogada LEC/1881, que en la rúbrica de una sección en materia probatoria se mencione explícitamente la iniciativa de la actividad probatoria. Además dicha regulación se ubica en el Título I del Libro II y, por ende, en el marco de las disposiciones generales comunes a los procesos declarativos, a diferencia de la derogada regulación de la LEC/1881 que acometía la regulación de la prueba en el marco del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

En materia de iniciativa probatoria, existe una regla general (prueba a instancia de parte[415]) y una excepción (iniciativa probatoria de oficio cuando así lo establece la ley), recogidas ambas en el art. 282 LEC.

---

de prueba no introducidas en el proceso por las partes. c) La necesidad de permitir a las partes la intervención activa en la práctica de la prueba realizada a instancia del Juez. Así se garantiza el pleno respeto al derecho de defensa de los litigantes. En un Estado Social y de Derecho el órgano judicial debe estar comprometido en la justa composición de los litigios, motivo por el cual no puede configurarse como un sujeto sin iniciativa probatoria de ningún tipo».

415 La práctica de prueba a instancia de parte es una manifestación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso que, conforme reiterada jurisprudencia constitucional, es un derecho inseparable del derecho mismo a la defensa. Así se recoge en las SSTC de 16 de julio de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/26458), que contiene una síntesis de las líneas principales de la doctrina constitucional; de 23 de abril de 2001, fto. jco. 1º (EDJ 2001/5307); de 16 de octubre de 2000, fto. jco. 3º (EDJ 2000/31691) que razona: «[..] cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso»; de 14 de febrero de

La iniciativa probatoria de oficio, en cuanto excepción al principio general de aportación de parte, requiere de una previsión normativa específica y de una previsión normativa con rango de ley. Los supuestos en que la LEC otorga facultades al tribunal para actuar de oficio pueden recogerse en cuatro grupos[416].

Un primer grupo, es el supuesto general del art. 429.1, II y III LEC (la facultad judicial de integración probatoria). Precepto novedoso, objeto de no pocas críticas doctrinales, y que permite al juez, una vez propuestas las pruebas por las partes en la audiencia previa o en la vista, señalar que determinados hechos pueden quedar afectados por una insuficiencia probatoria e incluso «sugerir» la prueba para paliar tal insuficiencia.

Un segundo grupo son supuestos específicos, básicamente –aunque no exclusivamente–, en procesos especiales no dispositivos: a) Prueba en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 752.1, II LEC); b) Prueba en los procesos de incapacitación (art. 759.1 LEC); c) Prueba en los procesos de internamientos forzosos no voluntarios (art. 763.3 LEC) d) Prueba en los procesos de filiación (art. 767.2 LEC); e) Prueba en proceso contencioso de separación (arts. 770.4ª y 774-2 LEC); f) Peritación de oficio (art. 339.5 LEC).

Un tercer grupo es el supuesto del art. 435.2 LEC (diligencias finales de oficio). Precepto también novedoso y que permite, con anterioridad al dictado de sentencia, y de forma excepcional y motivada, sujeta a requisitos tasados, la adopción de alguna diligencia final de oficio.

Y un último grupo son las facultades judiciales de intervención durante la práctica de la prueba, entre las que pueden citarse: a) La solicitud de aclaraciones y adiciones a las

---

2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/1143); de 17 de enero de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/91); de 16 de septiembre de 1996, fto. jco. 2º (EDJ 1996/5152); de 15 de enero de 1996, fto. jco. 2º (EDJ 1996/15); de 11 de septiembre de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/4413) donde se razona: «En el ámbito concreto del proceso civil debe además tenerse en cuenta que el régimen de la prueba es un régimen básicamente legal que se rige por el principio dispositivo (pues no hay un interés público sino privado en disputa), de manera que corresponde a las partes no sólo solicitar la práctica de la prueba que estimen pertinente sino, asimismo, la reclamación o exigencia de su efectividad y mantener una activa colaboración para que la prueba se practique (STC 167/88)»; de 27 de septiembre de 1988, fto. jco. 2º (EDJ 1988/483) y de 25 de septiembre de 1987, fto. jco. 2º (EDJ 1987/147).

416 Fernández Urzainqui, F. J. (*Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ob. cit., pp. 1301-1307) distingue, a efectos sistemáticos y de exégesis del art. 282 LEC, cinco supuestos: 1º) La iniciativa en la apertura de la fase probatoria, no vinculada a la solicitud de parte; 2º) La iniciativa en la proposición de prueba, que corresponde a las partes con la facultad de indicación de la insuficiencia probatoria (art. 429.1 LEC); 3º) La iniciativa probatoria en diligencias finales, con carácter facultativo y a instancia de parte (regla general), y de oficio, con carácter restrictivo (excepción); 4º) Los poderes directivos del tribunal en la práctica de prueba, examinando cada uno de los medios de prueba «donde se pone de manifiesto el papel activo que en su realización y recepción están llamados a desempeñar» (los jueces); 5º) La investigación de oficio en los procesos especiales no dispositivos, «donde resulta más acusada e intensa la iniciativa oficial en la actividad probatoria».

partes y a los testigos (arts. 306.1, II y 372.2 LEC); b) Acordar de oficio careos entre testigos (art. 373.1 LEC); c) Acordar de oficio careos entre testigos y partes (art. 373.2 LEC); d) La cita de las personas cuyo testimonio sea pertinente y útil en declaraciones de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381.3 LEC); e) Acordar de oficio la presencia de peritos en el juicio o vista (arts. 338.2 y 346 LEC); f) La solicitud de preguntas y explicaciones al perito (art. 347.2 LEC); g) La ampliación del dictamen pericial cuando los peritos hayan sido designados de oficio (art. 347.2 LEC); h) La iniciativa para determinar la amplitud del reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC); i) Acordar de oficio la presencia de práctico en el reconocimiento judicial (art. 354.3 LEC); j) La realización del interrogatorio para el reconocimiento de personas (art. 355.1 LEC)[417].

4.3. Caracteres de la iniciativa probatoria de oficio

De su regulación en el art. 282, proposición segunda LEC, podemos fijar, siguiendo a Garcimartín Montero, tres caracteres[418]. En primer lugar, el carácter reglado. Así, «la iniciativa probatoria ex art. 282 LEC no es discrecional, sino que tiene carácter reglado», pues sólo será posible «cuando así lo establezca la ley» (SAP Asturias 16 septiembre 2002)[419]. Referencia que debe entenderse en el sentido de inexistencia de una facultad genérica de iniciativa probatoria de oficio y necesidad de una previsión normativa específica[420].

En segundo lugar, el carácter excepcional[421]. Se deduce de su regulación en el mismo artículo que se regula la iniciativa a instancia de parte, como regla general, y como contraposición a la misma, la iniciativa de oficio, precedida por el adversativo «sin embargo», que denota excepcionalidad.

Y en tercer lugar, el carácter abierto. La iniciativa de oficio permite que el juez practique las pruebas previstas específicamente y *nominatim* («documentos y dictámenes») y otras abiertas e innominadas («u otros medios e instrumentos probatorios»). La exigencia «cuando así lo establezca la ley» configura una cláusula abierta que permite la iniciativa probatoria de oficio también en futuras reformas de la LEC y en leyes especiales.

417 Más ampliamente en nuestro estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 385 y ss.

418 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., pp. 1007 y 1008.

419 SAP Asturias de 16 de septiembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/55262).

420 Para Villagómez Cebrián, M. (*El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva LEC*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.5, Mayo, 2000, p.526) la referencia posiblemente alude «a los denominados procesos civiles inquisitorios o, en todo caso, a la facultad del juez de interrogar libremente a las partes, testigos y peritos».

421 Para Garcimartín Montero, R. (*Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1007) el carácter excepcional hay que deducirlo, en realidad, del art. 216 LEC «que contempla el principio de aportación de parte, dispone claramente la especialidad que suponen estos supuestos de intervención judicial en la averiguación de los hechos».

No se incluye una enumeración de supuestos en los que el órgano judicial puede actuar su iniciativa de oficio, sino una remisión genérica a la ley que, como queda dicho, cubre futuras iniciativas legislativas, respecto de las cuales, y especialmente en procesos no dispositivos, algunos autores recaban la cautela y la necesidad de su carácter restrictivo[422].

Bibliografía

Abel Lluch, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 46-71; Berzosa Francos, V., *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*, en «Presente y futuro del proceso civil», Picó Junoy, J. (dir.), ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 28-33; –*Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992-III, pp. 553-620; Cordón Moreno, F., *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en Revista de Derecho Privado, tomo LXIII, enero-diciembre 1979, pp. 807-826; Cortés Domínguez, V., *La constitución española y los principios rectores del proceso civil*, en «Principios constitucionales del proceso civil», Cuadernos CGPJ, núm. XIII/93, Madrid, 1993, pp. 137-155; Cremades Morant, J. B., *La prueba. Disposiciones generales (arts. 281 a 298 LEC)*, en «Lec XX. Comentada», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D. (coords.), ed. Sepin, Madrid, 2000, pp. 695-726; Damian Moreno, J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, Lorca Navarrete, A. Mª (dir); Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 1416-1419; de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001; pp. 379-381; Dorrego de Carlos, A. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I., Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 2001; Díaz Cabiale, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, ed. Comares, Granada, 1996; Etxebarría Guridi, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003;

Fernández Mata, A.; Martínez López, Mª R; Pérez Vañuelos, V. Mª, Pérez Heredia, B., *Principios dispositivo y de aportación de parte*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 17-40; Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 216*, en «El Proceso Civil», vol. II, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 1585-1589; Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 216 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I., Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 813-820; –*Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1300-1307; Garberí Llobregat, J., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Los Procesos Civiles», vol. 2º, ed. Bosch, 2001, pp. 431-434; –*Comentarios a los*

422 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1008.

artículos 281-292 LEC, en «Los Procesos Civiles», vol. 3º, ed. Bosch, 2001, pp. 1-36; García Pérez, J. J., *El deber judicial de congruencia como manifestación del principio dispositivo y su alcance constitucional* (comunicación), en «Principios Constitucionales del Proceso Civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm XXII/92, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 427-450; Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno; Armenta Déu; Muerza Esparza; Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 1006-1009; López-Fragoso Álvarez, T. y Reverón Palenzuela, B., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.III, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 151-153; López Simó, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, ed. La Ley, Madrid, 2001; Montero Aroca, J. (con Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A; Barona Vilar, S.), *Introducción al Derecho Procesal*, t.I., 10ª ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 312-348; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 282 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 2201-2208; Picó i Junoy, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, no secundum conscientiam y su repercusión actual*, J.M. bosch editor, Barcelona, 2007; *Los principios del nuevo proceso civil*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 25-66; –*El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996; Sentís Melendo, S., *Estudios de Derecho procesal*, EJEA, 1967; Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, pp. 511-543; Tapia Fernández, I., *Comentario al art. 216 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno; Armenta Déu; Muerza Esparza; Tapia Fernández (coords.) Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 781-784; Villagómez Cebrián, M., *El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva LEC*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.5, Mayo, 2000, pp. 525-534.

CAPÍTULO IV

La prueba de oficio[423]

1. Introducción. 2. La iniciativa probatoria en el proceso civil. 3. La facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1, II y III LEC). 3.1. Precisión terminológica. 3.2. Fundamento. 3.3. Naturaleza. 3.4. Alcance: facultad de indicación y facultad de sugerencia. 3.5. Facultad de sugerencia y preclusión probatoria. 3.6. Presupuestos y límites. 3.7. Críticas. 3.8. Propuesta de lege ferenda. 4. La iniciativa probatoria de oficio en los procesos indisponibles. 4.1. En general. 4.2. Proceso de incapacitación. 4.3. Proceso de internamiento no voluntario. 4.4. Proceso de filiación. 4.5. Procesos matrimoniales. 4.5.1. En medidas provisionales y en modificación de medidas (art. 771.3 LEC). 4.5.2. En proceso matrimonial contencioso (arts. 770.4ª y 774.2 LEC). 4.5.3. En proceso matrimonial consensual (art. 777.4 LEC). 5. Las diligencias finales de oficio. 5.1. Naturaleza jurídica. 5.2. Restricción de la iniciativa probatoria de oficio. 5.3. Ámbito de la iniciativa probatoria de oficio. 5.4. Presupuestos y límites. 5.5. Críticas. 6. La intervención judicial durante la práctica de la prueba. 6.1. Como manifestación de una facultad material de dirección. 6.2. Como manifestación de un deber. 6.3. Como manifestación de una iniciativa probatoria de oficio. 6.3.1. La solicitud de aclaraciones y adiciones a las partes y a los testigos (arts. 306.1, II y 372.2 LEC). 6.3.2. Acordar de oficio careos entre testigos (art. 373.1 LEC). 6.3.3. Acordar de oficio careos entre testigos y partes (art. 373.2 LEC). 6.3.4. La cita de las personas cuyo testimonio sea pertinente y útil en declaraciones de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381.3 LEC). 6.3.5. Acordar de oficio la presencia de peritos en el juicio o en la vista (arts. 338.2 y 346 LEC). 6.3.6. La solicitud de preguntas y explicaciones al perito (art. 347.2 LEC). 6.3.7. La ampliación del dictamen pericial cuando los peritos hayan sido designados de oficio (art. 347.2 LEC). 6.3.8. La iniciativa para determinar la amplitud del reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC). 6.3.9. Acordar de oficio oír la declaración de prácticos en el reconocimiento judicial (art. 354.3 LEC). 6.3.10. La realización del interrogatorio para el reconocimiento judicial de personas (art. 355.1 LEC). Bibliografía.

1. Introducción

En este Capítulo se analizan las facultades, deberes y límites del juez civil en materia probatoria previstas en Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre la base de dos premisas fundamentales: primera, cabe la iniciativa probatoria de oficio en un proceso civil, siquiera es necesario superar una concepción tradicional, limitada a una enumeración dispersa de las cargas de las partes o de las facultades judiciales en orden a la proposición de la prueba. Y segunda, en la LEC la iniciativa probatoria del juez civil se plasma, fundamentalmente, en cuatro facultades: la facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1, II

423 Este capítulo constituye una síntesis actualizada de los epígrafes más relevantes de la monografía *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

y III LEC), las facultades probatorias en los procesos no dispositivos, la facultad de acordar diligencias finales de oficio (art. 435.2 LEC), y las facultades judiciales durante la práctica de la prueba.

2. La iniciativa probatoria en el proceso civil

Ya desde la Exposición de Motivos de la LEC, el legislador se preocupa por «las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad». Se atribuye dicha iniciativa probatoria, como regla general, a las partes (art. 282 LEC, inciso primero); si bien también se admite cierta iniciativa de oficio con carácter reglado esto es, «cuando así lo establezca la Ley» (art. 282 LEC, inciso segundo).

El alcance de la iniciativa probatoria de oficio no puede limitarse a una exégesis del art. 282 LEC, ni reducirse a la facultad de acordar pruebas por el juez *motu proprio.* Es necesario, desde la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte, y desde el respeto a la distinta posición de las partes y del juez en el proceso, el análisis conjunto de las cargas de las partes y de las facultades y deberes del juez en orden a la introducción del material probatorio.

Este análisis resulta empañado por el prolongado debate sobre el alcance del principio dispositivo y de aportación de parte que en la doctrina española, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no está zanjado. Aun hoy, cobran vigencia las palabras de Serra Domínguez, cuando en 1972 apuntaba el desacuerdo de los procesalistas «para determinar el alcance del principio dispositivo y su distinción respecto del de aportación de parte»[424]. En efecto, algunos autores efectúan una interpretación amplia del principio dispositivo, en el que absorben al principio de aportación de parte. Otros, en el extremo opuesto, efectúan una interpretación tan extensa del principio de aportación de parte que diluyen el principio de dispositivo. Y con mejor acierto, unos terceros, atribuyen al principio dispositivo la introducción de las pretensiones, y al de aportación de parte, la introducción de los hechos y de las pruebas.

Otro tanto sucede en la jurisprudencia. Algunas resoluciones judiciales identifican los principios dispositivo, de aportación de parte y de rogación o les atribuyen prácticamente idéntico o intercambiable contenido (ej. SSTS de 28 de marzo de 2000 y 5 de octubre de 1998). Otras se limitan a fijar el alcance del principio dispositivo (ej: SSTS de 31 de diciembre de 1996 y de 25 de mayo de 1995). Y, más acertadamente, algunas resoluciones delimitan los tres principios (es decir, el principio dispositivo con respecto al de justicia rogada –ej. STS 14 de noviembre de 1994–; y el principio dispositivo con respecto al de

424 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del Juez en la legislación y la realidad procesales,* en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, p.519.

aportación de parte –ej. SSTS 29 de marzo de 2000 y de 7 de diciembre de 1999–), si bien subrayan su conexión o interrelación (ej: STS 7 de diciembre de 1999).

La intensidad del debate doctrinal tiene reflejos en el derecho positivo. El art. 216 LEC, erróneamente rubricado «principio de justicia rogada», e inoportunamente ubicado en la sección correspondiente a «los requisitos internos de las sentencias», recoge manifestaciones propias del principio de aportación de parte –la introducción por las partes de los hechos y de las pruebas– y propias del principio dispositivo –la introducción por las partes de las pretensiones–, siquiera su finalidad fundamental es consagrar la vigencia del principio de congruencia de las resoluciones judiciales –coherencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes–, en armonía con lo previsto en el art. 218 LEC, acertadamente rubricado «exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación» y ubicado en la misma sección destinada a regular los requisitos de las sentencias.

La iniciativa probatoria de oficio no es exclusiva del juez civil. Se admite en el proceso penal (art. 729 Lecrm.), en el laboral (arts. 88, 93.2 y 95 LJS) y en el contencioso-administrativo (arts. 60 y 61.1 y 2 LJ), éstos dos últimos también presididos por el principio dispositivo. E igualmente en el proceso arbitral, tanto en la derogada Ley de 1988, como en la Ley de 23 de diciembre de 2003, reformada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Aun mayor reconocimiento se produce en textos supranacionales. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 regula el deber judicial de establecer «la verdad de los hechos controvertidos» (art. 33.4). Y los Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, auspiciados por The American Law Institute y por la Unidroit, permiten al juez indicar los puntos relevantes objeto de prueba y los medios para resolverlos (núm.19.7).

3. La facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1, II y III LEC)

En la mayoría de los sistemas procesales la fase de proposición y admisión de los medios de prueba responde al esquema de ofrecimiento o proposición de la pruebas por las partes y decisión judicial sobre la admisión o inadmisión de los mismos. Una novedad importante en esta materia ha sido la introducción del art. 429.1, II y III LEC que, en la fase de la audiencia previa –y, por ende, con anterioridad a la práctica de la prueba–, confiere al juez la facultad de indicar, una vez propuestas las pruebas por las partes, que determinados hechos pueden resultar afectados por una insuficiencia probatoria. Se prevé una facultad judicial de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes y, además, una facultad de proponer o sugerir medios de pruebas para paliar tal insuficiencia probatoria.

Dispone literalmente el citado artículo 429 LEC, en su párrafo segundo: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes

para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente».

Y añade el párrafo tercero del mismo art. 429 LEC: «En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las podrán completar o modificar sus pretensiones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

Un examen sobre la normativa del art. 429.1, II y III LEC exige referirse a su denominación –facultad judicial de integración probatoria–, su fundamento, su doble contenido –como facultad de indicación y como facultad de sugerencia–, la problemática cuestión de la preclusión probatoria, sus presupuestos y límites, así como las críticas dirigidas a la introducción de tan novedosa normativa[425].

3.1. Precisión terminológica

La normativa del art. 429.1, II y III LEC comporta una facultad judicial de integración probatoria, como ya han recogido algunas resoluciones de la jurisprudencia menor (SAP Islas Baleares, de 3 de mayo de 2005; SAP Madrid, de 27 de octubre de 2005; SAP Málaga, de 3 de marzo de 2008[426]) pudiéndose razonar la denominación del modo siguiente:

a) Facultad: el art. 429.1, II y III LEC otorga al juez una facultad, de carácter eventual, pero no le impone ningún deber, como razonaremos al analizar su naturaleza jurídica.

b) Judicial: si bien es cierto que originariamente se atribuye a las partes la facultad y carga de proponer los medios de prueba (principio de aportación de parte), no es menos cierto que, una vez propuestos, se confiere al juez la facultad de completar la eventual insuficiencia de los mismos (facultad de integración). Esta novedosa facultad judicial comporta un nuevo reparto –o, si se prefiere la expresión, reequilibrio– de funciones entre las partes y el juez en orden a la iniciativa probatoria, con un incremento cualitativo de la iniciativa *ex officio iudicis*, si bien la facultad judicial tendrá siempre un carácter subordinado y complementario al papel de las partes[427].

c) Integración: la facultad judicial es de integración, no de corrección ni de advertencia. El término «corrección» puede ser ambiguo e inducir al equívoco de que el juez

425 Sobre la problemática del art. 429.1, II y III LEC, por su claridad y precisión, y ser una de las primeras sentencias puede verse la SAP, Navarra, secc. 2ª, 16 abril 2002, fto. jco. 5º (JUR 2002/142806).

426 SAP Islas Baleares, secc. 3ª, de 3 de mayo de 2005; SAP Madrid, secc.14ª, de 27 de octubre de 2005; SAP Málaga, secc. 5ª, de 3 de marzo de 2008, fto. jco.3º (AC 2008\126).

427 Puede verse la reflexión de Taruffo, M., no con respecto al art. 429.1, II y III LEC, sino en general sobre las facultades para ordenar *ex officio* la presentación de pruebas en *La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, p.358.

sustituye o enmienda las pruebas propuestas por las partes. El término «advertencia» tampoco es claro en cuanto permite creer que la inobservancia de la indicación judicial puede acarrear efectos jurídicos negativos para la parte. Tampoco parecen muy afortunadas expresiones tales como «insinuación» o «sugerencia», pues, aun siendo sugestivas, no agotan el contenido y alcance de la facultad judicial.

El alcance de la previsión normativa permite al juez señalar la insuficiencia probatoria y le faculta para proponer prueba tendente a paliar tal insuficiencia. Además, es una expresión más acorde con la finalidad de la previsión legislativa, que no busca sustituir, ni enmendar, ni suplir la iniciativa probatoria de las partes, sino completarla mediante una indicación de insuficiencia probatoria y, en su caso, propuesta de prueba para remediarla.

d) Probatoria: la facultad judicial versa sobre la prueba, particularmente sobre la insuficiencia de los medios de prueba propuestos por las partes, la existencia o no de hechos afectados por tal insuficiencia, y la facultad judicial de proponer prueba sobre los mismos.

3.2. Fundamento

El fundamento de la normativa del art. 429.1, II y III LEC obedece a una compensación, en tramitación parlamentaria, por la pérdida de poder del juez, a raíz de la supresión de las diligencias para mejor proveer, aun cuando también se han alegado como otros posibles fundamentos «la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de logar la efectiva tutela de los derechos» (Picó i Junoy[428]), el compromiso entre partidarios de una mayor iniciativa probatoria de oficio, y las posturas, hoy mayoritarias, y defensoras del principio de aportación (Montero Aroca[429], Hoya Coromina[430], Fernández Urzainqui[431], Piscatoste Bobillo[432]), evitar procesos inútiles, pues una de las finalidades de la audiencia previa es configurar la actividad probatoria de las partes, y dentro de esa configuración se atribuyen al juez funciones

428 Picó i Junoy, J., *Los principios del nuevo proceso civil*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. I, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2001, p.47, y del mismo autor *El juez y la prueba*, ed. J.M. Bosch, p.127.

429 Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.123.

430 Hoya Coromina, J., *Comentario al art. 429 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1907.

431 Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 282 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1304.

432 Picatoste Bobillo, J.C., *Disposiciones generales. Reconocimiento judicial. Presunciones*, en «La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Jornada monográfica, A Coruña, 4 de mayo de 2001, p.12.

de colaboración con las partes (Barona Vilar[433], Ortells Ramos[434]) y también la obligación judicial del esclarecimiento de los hechos (*Erklärngspflicht)* (Gimeno Sendra[435]).

3.3. Naturaleza

Con respecto a su naturaleza jurídica se ha discutido si la normativa del art. 429.1, II y III LEC comporta una facultad o un deber judicial.

Un sector doctrinal, actualmente minoritario[436] y alguna resolución judicial aislada[437], sostiene que la normativa del art. 429.1, II y III LEC comporta un deber judicial de indicación de insuficiencia probatoria, bajo los argumentos siguientes:

a) Argumento de interpretación literal. El tiempo verbal empleado por el art. 429.1, II LEC («lo pondrá de manifiesto») es una forma imperativa de claridad manifiesta,

433 Barona Vilar, S., *Comentario al art. 429 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.3218.

434 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p.375.

435 Gimeno Sendra, V., *Comentario a los arts. 429-430* LEC, en «Proceso Civil Práctico», t.V, ed. La Ley, Madrid, 2001, p.3-282.

436 A favor de su naturaleza como deber, y por orden alfabético: Asencio Mellado, J. Mª. (*Disposiciones Generales sobre la prueba en la LEC*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Gómez-Colomer, J. L. (coord.), ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.205) señala que el art. 429.1, II LEC «establece la obligación, que no simple facultad, del tribunal de poner de manifiesto en la audiencia preliminar, [..], la situación de insuficiencia probatoria [..]»; Damián Moreno, J. (en AAVV, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Lorca Navarrete, A. Mª. (dir.); Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.2160; y también en AAVV, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t.I, ob. cit., p.106) precisa que «no estamos ante una facultad de la que pueda [el juez] hacer uso a su prudente arbitrio sino que la ley configura esta posibilidad como una auténtica obligación»; Casas Cobo, P.A. (*Problemas del juicio ordinario en la nueva LEC en su primer año de vigencia*, en «La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Picó i Junoy, J. (dir.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2002, p.78) si bien entiende que se trata de una facultad judicial, razona que ésta se configura como una obligación cuando el hecho con insuficiencia probatoria «es de los que ordinariamente se desprende, según las normas aplicables, el efecto jurídico solicitado con la demanda, o lo impidan, extingan o enerven, a tenor del art. 217 de la LEC [..]»; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G, (*La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.185) para quienes «la emisión de la correspondiente sugerencia probatoria se configura como una obligación ('.. *lo pondrá* de *manifiesto.* .'), una vez se aperciba el mismo de la insuficiencia probatoria [..]»; Seoane Spielgelberg, J. L. (*La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones.*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, pp. 119-112) afirma que se trata de «un mandato legislativo de exteriorización del juicio de insuficiencia»; Serrano Masip, M., *La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1.2º LEC)*, en rev. La Ley, 2004-I, pp. 1868-1869; Tapia Fernández, I. (en AAVV, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno-Armenta Deu-Muerza Esparza-Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p.1461) alude a las «facultades de 'proposición de oficio'» y a una «facultad/deber».

437 SAP de Ciudad Real, secc. 1ª, de 28 de mayo de 2002, ftos. jcos. 5º, y 7º a 9º (JUR 2002/178917).

pudiendo el legislador haber adoptado una forma verbal potestativa («podrá»), como la escogida en la regulación de las diligencias finales del art. 435.2 LEC[438]. En esta línea de razonamiento la SAP de Ciudad Real de 28 de mayo de 2002 concluye, con rotundidad y a partir de la literalidad legal, que «es claro que el citado precepto [art. 429.1, II y III LEC] impone un deber al Juez que preside el juicio tal y como resulta del término imperativo en que está redactado el primer inciso»[439].

b) El art. 429.1, II LEC está contemplando una hipótesis (indicación de insuficiencia probatoria) que el juez no puede soslayar. Existe, por ello, un deber judicial: «el juez debe necesariamente formular la indicación a la que la norma alude si considera que hay algún hecho afectado por la insuficiencia probatoria»[440].

c) Se trata de un mandato legislativo de exteriorización de un juicio de insuficiencia probatoria. Dentro de la normativa del art. 429.1 II y III LEC debe distinguirse un mandato, bajo fórmula imperativa, de indicación de insuficiencia probatoria y una sugerencia, bajo fórmula potestativa, de completar la proposición de prueba con las pruebas que el juez considere oportunas. Ese mandato se dirige exclusivamente al juez, no a las partes; es a aquél a quien compete la indicación de que, en su particular criterio y en ese concreto momento del proceso [la audiencia previa], un hecho pudiera adolecer de insuficiencia probatoria[441].

Ello no obstante, los mismos autores y la misma resolución judicial que defienden la imposición de un deber judicial matizan su alcance y las sanciones jurídicas por su infracción. Así, Picó i Junoy afirma que se trata «de un deber judicial de difícil control, en la medida que su aplicación depende de la valoración subjetiva que efectúe el propio juez sobre la 'insuficiencia' de la prueba»[442]. Marreno Francés precisa que «bien entendido, que en caso de apreciar esa insuficiencia probatoria, lo único que se le impone al juez es advertir de tal dato a las partes, sin más implicaciones»[443]. Seoane Spielgelberg matiza que no se trata «de un deber de aportación probatoria que, en modo alguno, le compete» y también que «no es un deber inexcusable para que el proceso siga su curso»[444], no pudiendo ser exigido por las partes. Y la precitada SAP Ciudad Real de 28 de mayo de 2002, a renglón seguido de afirmar su naturaleza jurídica como deber, apostilla que «lo realmente

438 Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003, p.160; y Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba*…, ob. cit., p.120.

439 SAP de Ciudad Real, secc. 1ª, de 28 de mayo de 2002, fto. jco. 5º (JUR 2002/178917).

440 Marreno Francés, I., et alt., *Análisis del art. 429.1, II y III LEC*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria», ob. cit., p.47.

441 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba*…, ob. cit., p.120.

442 Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria*.. , ob. cit., pp. 160-161.

443 Marreno Francés, I., et alt., *Análisis del art. 429.1, II y III LEC*, ob. cit., p.48.

444 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba*…, ob. cit., pp. 120 y 121.

problemático es delimitar con exactitud el supuesto de hecho de la norma y, más aún, su concreción en cada caso»[445].

Entre quienes consideran que la normativa del art. 429.1, II y III LEC establece un deber judicial las divergencias se acentúan al fijar las consecuencias de su infracción. Mientras unos postulan la anulación de la sentencia por infracción del art. 429.1, II y III LEC[446], otros, en el extremo opuesto, apuntan que tal deber no es «jurídicamente exigible ni determinante de responsabilidad en el juzgador»[447], ni puede generar consecuencias jurídicas de nulidad de actuaciones, pues sigue siendo a las partes a quienes corresponde la carga de la prueba, y sin que las partes puedan alegar una situación de indefensión que precisamente derivaría de su falta de diligencia[448]. En una línea intermedia se apunta a la posibilidad de unas «diligencias finales tardías»[449]. Más matizadamente, la ya citada SAP Ciudad Real de 28 de mayo de 2002 razona que para que la infracción del deber del art. 429.1, II y III LEC pueda acarrear nulidad de actuaciones debe producirse indefensión, lo cual sucederá en el supuesto que los litigantes comparecieran por sí mismos, sin presencia de letrados.

No compartimos los argumentos anteriores basados en la literalidad legal o en la atribución de un mandato dirigido al juzgador para concluir que el art. 429.1, II y III LEC configura un deber judicial de indicación de insuficiencia probatoria. En primer lugar, la literalidad legal es un argumento «de ida y vuelta». Del mismo modo que se afirma que el legislador podía haber utilizado una fórmula potestativa («podrá ponerlo de manifiesto»), también podría haber utilizado una fórmula inequívocamente imperativa («deberá manifestarlo a las partes»). La imposición de un deber judicial precisaría una redacción muy distinta, de corte inequívocamente imperativo. En términos simples y contundentes el legislador habría podido disponer que «el juez deberá, en todo caso, manifestar a las partes la insuficiencia de la prueba propuesta». En segundo lugar, la configuración de un mandato judicial de indicar la insuficiencia probatoria tampoco resulta convincente. No se puede configurar una nueva responsabilidad judicial, la de controlar la insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes, pues en un sistema regido por el principio de aportación la carga de alegación de los hechos y de las pruebas, corresponde a las partes. Los propios matices que se introducen a este deber –de difícil control subjetivo, no es de carácter inexcusable, no es susceptible de ser exigido por las partes, su infracción no genera nulidad–, terminan por desdibujar dicho deber y acercarlo prácticamente a una facultad.

445 SAP de Ciudad Real, secc. 1ª, de 28 de mayo de 2002, fto. jco. 5º (JUR 2002/178917).

446 Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria*.. , ob. cit., p.161.

447 Marreno Francés, I., et alt., *Análisis del art. 429.1, II y III LEC*, ob. cit., pp. 65-66.

448 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba*…, ob. cit., p.121.

449 Asencio Mellado, J. Mª., *Disposiciones generales sobre la prueba*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», Gómez Colomer, J. L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.205.

A pesar de los términos imperativos del artículo 429.1, II LEC, entendemos, con la doctrina[450] y la jurisprudencia dominante[451], que debe configurarse como una facultad

450 A favor del carácter facultativo, y por orden alfabético: Asencio Mellado, J. Mª., en «Proceso Civil Práctico», t. IV, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 1-35; Banacloche Palao, J., en «Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.724; Barona Vilar, S. (en AAVV, «El Proceso Civil», vol. IV, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.3320), para quien se trata de una «facultad de advertencia, importante, incisiva e incluso pudiera ser decisiva»; BROSA, P. & ASOCIADOS, *Introducción…*, ob. cit., p.115; Cremades Morant, J. B. (en AAVV, «Lec XX. Comentada», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D. (coords.), ed. Sepin, Madrid, 2000, p.710) quien sin bien no efectúa una calificación de su naturaleza jurídica le atribuye carácter facultativo a partir del contexto de las iniciativas que atribuye al juez; de la Oliva Santos, A., en «Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.415.; Etxeberría Guridi, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.271; Garberí Llobregat, J., en «Los Procesos Civiles», vol. 3º, obra coordinada por el mismo autor, ed. Bosch, Barcelona, p.465; Gimeno Sendra, V., en «Proceso Civil Práctico», t. V., obra coordinada por el mismo autor, ed. La Ley, Madrid, 2001, p.395; Gutiérrez Sanz, Mª. R., en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno-Armenta Deu-Muerza Esparza-Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p.318; Hoya Coromina, J., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Fernández Ballesteros-Rifá Soler-Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1907; Illescas Rus, A.V. (*La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p.349), manifiesta que constituye una «mera operación mental» del juez sobre la suficiencia de los medios de prueba propuestos que, «de no trascender o exteriorizarse de algún modo, ni su existencia y menos aún su falta podrán ser objeto de reproche ni de control a través de los recursos»; Martín Ostos, J. S., (*Actividad probatoria judicial en el nuevo proceso civil*, en «Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Gutiérrez-Alvi Conradi, F. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.267) afirma que «de la letra del precepto se desprende su nítido carácter potestativo, propio de la facultad judicial». El mismo autor (*La prueba. Aspectos generales*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., (coord.), ed Dijusa, Barcelona, 2000, p.204) bajo la rúbrica «Facultades judiciales en materia de prueba» incluye la que denomina «sugerencia de prueba», en referencia a la normativa del art. 429.1, II y III LEC; Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.123; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, p.235; Picatoste Bobillo, J. C., *Disposiciones generales. Reconocimiento judicial. Presunciones*, en «La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», jornada monográfica, A Coruña, 4 mayo 2001, p.11; Sanchís Crespo, C., *Nuevo proceso civil y nuevas tecnologías: la prueba*, en RPJ, núm.68, 2002-IV, p.381; Suárez Robledano, J. M. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, p.1421; Vázquez Iruzubieta, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Difusa, Madrid, 2000, p.623; Vázquez Sotelo, J. L., *Las diligencias finales*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas, J. (coord.), ed. Difusa, Barcelona, 2000, p.551.

451 Por orden cronológico: SAP Murcia, secc. 3ª, de 15 de febrero de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/11920) que, además, precisa que dicha facultad «no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil»; SAP Badajoz, secc. 2ª, de 3 de mayo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/40005) que afirma que tal facultad debe ejercerse en el momento de proposición de prueba, pues «si no se advirtió tal insuficiencia hasta el momento de dictar sentencia es claro que las actuaciones no se pueden retrotraer hasta la proposición de prueba para dar entonces posibilidad a la parte a que proponga la prueba que sea necesaria para acreditar su derecho»; SAP Lugo, secc. 1ª, de 29 de mayo de 2002,

judicial, en atención a los argumentos siguientes:

a) Argumento de interpretación conjunta. Una interpretación global, no reducida a unos aislados términos literales e imperativos –«[..] lo pondrá de manifiesto [..]»– del artículo 429.1 II LEC, evidencia que la facultad judicial de integración probatoria está subordinada a una eventualidad: la constatación judicial sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas («Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos [..]») que, como acertadamente precisa la SAP Navarra de 16 de abril de 2002, se trata de «una oración temporal, expresada de modo subjuntivo [..], de inequívoco significado condicional»[452]. Y en términos similares se expresa la SAP Málaga de 3 de marzo de 2008 al afirmar que «se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos»[453].

b) Argumento de interpretación sistemática. El art. 429.1, II y III LEC, ubicado tras la fijación de los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC) y tras la proposición de la prueba por las partes (art. 429.1 LEC), puede configurarse como juicio de valor entre hechos controvertidos y prueba propuesta. Ahora bien, se trata de un juicio facultativo, nunca imperativo, sobre la insuficiencia de la prueba propuesta, esto es, sobre la idoneidad de las pruebas propuestas para acreditar los hechos controvertidos. Y ello es así puesto que no en todos los casos resultará posible efectuar tal juicio de insuficiencia probatoria, al desconocerse cuál puede ser el resultado de la prueba propuesta por las partes. En parecidos términos se expresa la SAP Islas Baleares de 9 de febrero de 2006 al razonar: «El artículo 429.1.II LEC está ubicado entre la fijación de los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC) y tras la proposición de prueba (art. 4291.I LEC) pero al no haberse practicado todavía la prueba e ignorarse el resultado de ésta, no puede exigirse al juez que adelante su valoración para identificar posibles insuficiencias probatorias»[454].

---

fto. jco. 1º (EDJ 2002/32229), la cual precisa que dicha facultad se refiere «sólo a la prueba propuesta –no a la insuficiencia de la practicada-»; SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 17 de junio de 2002, fto. jco. 1º (EDJ 2002/41397); la SAP Navarra, 16 de abril de 2002, fto. jco. 5º (La Ley 73501/2002), la califica como «una facultad discrecional para atemperar la rigurosa aplicación de principio dispositivo»; SAP Burgos, secc. 2ª, de 23 de julio de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43197); SAP Alicante, secc. 5ª, de 30 de octubre de 2002, fto. jco. 2 (EDJ 2002/63966), con cita expresa de la SAP de Murcia de 15 de febrero de 2002, reitera que dicha facultad «no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la LEC»; SAP Córdoba, secc.1ª, de 6 de febrero de 2003, fto. jco. 5º (EDJ 2003/10258).

452 SAP Navarra, 16 de abril de 2002, fto. jco. 5º (La Ley 73501/2002).

453 SAP Málaga, secc. 5ª, de 3 de marzo de 2008, fto. jco. 3º (AC 2008/1260).

454 La SAP Islas Baleares, secc. 3ª, de 9 de febrero de 2006, fto. jco.2º (AC 2006\22) ofrece hasta cuatro argumentos para razonar que el art. 429.1 II y III LEC contiene una facultad y no un deber.

c) Argumento de interpretación finalista. Si la facultad del art. 429.1, II y III LEC se fundamenta en la búsqueda de la convicción judicial en aras a obtener una mayor tutela judicial efectiva, de ello no puede deducirse un deber judicial –el control de la insuficiencia probatoria–, pues, como acertadamente razona la SAP Navarra de 16 de abril de 2002, se trata de «una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio»[455].

d) Argumento de interpretación *ad absurdum*. La facultad judicial de integración probatoria no puede llevarse al extremo de exigir del juez una intervención tuitiva sobre la prueba propuesta por la parte. De llevarse a sus últimas consecuencias la facultad, o bien configurándola como un deber judicial, se acabaría exigiendo al juez una predicción del resultado de la actividad probatoria o, en palabras de la SAP Ciudad Real de 28 de mayo de 2002, efectuar «un juicio de adivinación»[456]. La indicación de la insuficiencia probatoria no puede convertirse en un presupuesto procesal de la propia actividad probatoria pues siempre existe un *incertus*: la efectividad de la prueba propuesta para acreditar el hecho controvertido.

3.4. Alcance: facultad de indicación y facultad de sugerencia

El art. 429.1, II y lll LEC confiera al juez una doble facultad de indicación y de sugerencia de prueba. Literalmente el citado artículo dispone: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria [facultad de indicación de insuficiencia probatoria]. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» [facultad de sugerencia probatoria].

La facultad de indicación de insuficiencia probatoria se caracteriza por las siguientes notas: a) eventual, sujeta a la constatación de la insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes. En defecto de tal constatación, el juez no puede ni debe hacer uso de la facultad del art. 429.1, II y III LEC. Dicho carácter eventual obliga al juez a efectuar una ponderación sobre el resultado de las pruebas propuestas por las partes, a modo de juicio indiciario –y para algunos imposible o, cuando menos, incierto– cuando aún está pendiente la prác-

455 SAP Navarra, secc. 2ª, 16 de abril de 2002, fto. jco. 5º (La Ley 73501/2002).

456 La SAP Ciudad Real, secc. 1ª, de 28 de mayo de 2002, fto. jco. 5º (JUR 2002/178917)), no obstante defender que la normativa del art. 429.1, II y III LEC contiene un deber judicial, razona que «tampoco exige el artículo en cuestión la anticipación de juicios de valor, cuando no de adivinación, sobre el resultado de los medios de prueba que se propongan por las partes». En términos similares SAP Burgos, secc. 2ª, de 23 de julio de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43197).

tica de la mayor parte de las pruebas; b) de carácter indicativo, pues su finalidad es permitir al juez poner de manifiesto, evidenciar, sacar a relucir la insuficiencia probatoria. Al amparo de la normativa del art. 429.1, II y III LEC el juez puede indicar, señalar, manifestar, pero no corregir, subsanar o enmendar las pruebas propuestas por las partes; c) individualizadora, pues el juez puede no limitarse a señalar la eventual insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes, sino que incluso puede señalar el concreto hecho que puede verse huérfano de prueba y con ello permite la individualización de los hechos controvertido afectados por prueba insuficiente; d) progresiva, pues tras constatar la insuficiencia probatoria de las partes, debe extenderse a indicar el concreto hecho o hechos afectados por tal insuficiencia.

La facultad de propuesta o de sugerencia de prueba se caracteriza por las siguientes notas: a) es una facultad de propuesta, puesto que su finalidad es permitir al juez proponer, sugerir a las partes la prueba o pruebas que considere convenientes para paliar a insuficiencia probatoria. En realidad, se produce una «inversión de la iniciativa probatoria» que, gráficamente, podría expresarse del modo siguiente: «le propongo (yo juez), para que me propongan (cualquiera de las partes) y pueda (yo juez) admitir»; b) es una facultad concreta, puesto que el juez puede incluso proponer la prueba o pruebas que estima convenientes para paliar la insuficiencia, suscitándose la controvertida cuestión –que analizaremos en el epígrafe siguiente– de si el juez puede sugerir una prueba (ej. documentos fundamentales o dictámenes periciales) cuyo momento procesal ya ha precluido; c) potestativa, en cuanto el juez puede limitarse a indicar la insuficiencia probatoria sin sugerir un concreto medio para paliar; y d) es una facultad limitada, puesto que la facultad de proposición de prueba debe ceñirse «a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos», y que debe entenderse a que la fuente de prueba sugerida por el juez resulte de las actuaciones, sin que el juez pueda efectuar una labor investigadora de pruebas.

3.5. Facultad de sugerencia y preclusión probatoria

Una de las cuestiones más controvertidas que plantea la facultad de propuesta de prueba del art. 429.1, II LEC es la de si el juez puede «sugerir» un medio de prueba (en concreto, dictámenes periciales y también documentos) cuyo momento procesal de proposición ha precluido. De la literalidad legal no puede extraerse una conclusión cierta, siendo necesario analizar las posiciones doctrinales favorables y contrarias a la preclusión probatoria.

La tesis de la preclusión probatoria sostiene que no pueden aportarse dictámenes periciales ni documentos cuyo momento procesal ha precluido. El juez no podrá efectuar una indicación de insuficiencia probatoria «sugiriendo» la posibilidad de un dictamen pericial «judicial» que no se solicitó con la demanda o con la contestación (art. 339.2 LEC[457]), ni tampoco podrá sugerir la aportación de documentos que debieron acompañarse con

457 SAP Cantabria, secc. 1ª, de 31 de marzo de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/32214).

los escritos iniciales de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336 LEC). En definitiva, la «sugerencia» probatoria no puede infringir la regla de la preclusión probatoria respecto de aquellas pruebas que debieron aportarse con anterioridad[458]. A favor de la tesis de la preclusión probatoria se han esgrimido los argumentos siguientes:

a) El respeto a la legalidad probatoria. Se ha afirmado que la facultad de sugerencia del art. 429.1, II y III LEC debe efectuarse siempre con respeto al principio de legalidad probatoria y que dicha normativa no permite la aportación a juicio, ni la proposición extemporánea de pruebas pertenecientes a estadios procesales anteriores sometidos a un régimen normativo de preclusión, que no puede ser violado o desconocido por el juez[459]. Bajo la invocación del principio de «legalidad probatoria» o «legalidad procesal» se están aludiendo a los efectos intraprocesales de la preclusión, entendidos, en este caso, como la extinción de la facultad de las partes de proponer pruebas o, en terminología legal, «la pérdida de la oportunidad» (art. 136 LEC) de proponer pruebas.

b) La solicitud de dictámenes periciales y la aportación de documentos tiene unos momentos procesales preclusivos. A diferencia de otros medios de prueba, el legislador ha previsto unos momentos procesales específicos para la aportación de los dictámenes periciales y de los documentos, produciendo una cierta equiparación entre ambos medios de prueba. Al preceptuar la aportación de la pericial de parte junto con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336, I LEC), equipara el tratamiento procesal de los dictámenes a instancia de parte con el de los documentos fundamentales, de manera que el dictamen no acompañado con la demanda o la contestación a la demanda no podrá ser aportado con posterioridad, por efecto de la preclusión procesal (art. 269 LEC), que se extiende tanto a los documentos fundamentales cuanto a los dictámenes a instancia de parte –y, en general, a todos los «documentos» enumerados en el art. 265 LEC–. Algo similar sucede con la pericial de designación judicial que, como regla general, también debe solicitarse con el escrito de demanda y contestación a la demanda (art. 339.2 LEC).

   Con respecto a los documentos fundamentales se impone la carga de su aportación inicial con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.1º y 269 LEC), «para información de la parte contraria», en justificación literal de la Exposición de Motivos LEC[460], extendiéndose dicha carga tanto al actor cuanto al demandado. Con respecto a cualquier documento –distinto de los fundamentales– se impone la carga de su aporta-

458 Banacloche Palao, J. (con de la Oliva/Díez-Picazo/Vegas), en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.725, al que sigue Etxeberría Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC,* ob. cit., p.281.

459 Seoane Spielgelberg, J.L. *La Prueba…* , ob. cit., p.124.

460 Exposición Motivos LEC, epígrafe X, párrafo 12º.

ción con anterioridad a la vista (en el juicio verbal) o al acto del juicio (en el juicio ordinario) (arts. 271.1 y 272 LEC y SAP Toledo, 15 enero de 2004[461]).

La no aportación del documento en el momento legalmente previsto comporta la preclusión, principio recogido con carácter general para cualquier acto procesal sometido a plazo o término (art. 136 LEC) y con carácter particular para los documentos (arts. 269, 271.1 y 272, I LEC). Con respecto a los documentos fundamentales la preclusión se traduce en la imposibilidad de su aportación con posterioridad a la demanda y la contestación (art. 269.1 LEC) y con respecto a los documentos no fundamentales la imposibilidad de su aportación con posterioridad a la vista o al acto del juicio (art. 271.1 LEC) – aun cuando se admiten excepciones muy estrictas (el art. 270 LEC permite aportación de documentos fundamentales en un momento no inicial y el art. 271 LEC permite aportación, por vía de diligencias finales, de documentos sobre hechos nuevos y también sentencias dictadas después de las conclusiones que fueran decisivas en términos del fallo).

c) El art. 429.1, II LEC no permite subsanación de pruebas no propuestas o propuestas inadecuadamente por no sujetarse a las previsiones LEC. La SAP La Rioja, de 31 de enero de 2005, afirma literalmente que «[..] el Juez a quo no puede subsanar, al amparo de la facultad que le confiere el artículo 429-1 de la Ley Civil Adjetiva, la omisión de los informes periciales que deben acompañarse con la demanda (art. 336 LEC), la omisión del anuncio de dictamen cuando no se pueda aportar con la demanda (art. 337 LEC) y la falta de solicitud en el escrito de demanda de la designación judicial de perito (art. 339 LEC)»[462]. Desde esta perspectiva se añade que la aplicación del art. 429.1 II y III LEC exige una cierta actividad probatoria de las partes, puesto que el juez no puede suplir la desidia, desinterés o inactividad de las partes y que el art. 429.1 II y III LEC puede paliar la «insuficiencia probatoria», pero no la ausencia probatoria.

La tesis de la no preclusión, por el contrario, admite que al amparo del art. 429.1, II y III LEC el juez pueda sugerir la aportación de un dictamen pericial judicial o de un documento incluso fundamental. Se argumenta:

a) La preclusión que establece el art. 269.1 LEC alcanza solo a la aportación inicial de documentos de las partes, y no aquella que deriva de la iniciativa judicial. Se añade que el art. 429.1, II y III LEC establece, de forma expresa, otra posibilidad de aportación de prueba, sin ningún tipo de excepción al respecto, por lo que *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus.*

461 SAP Toledo, secc. 1ª, de 15 de enero de 2004, fto. jco. 3º (JUR 2004\79895).

462 SAP La Rioja, secc. 1ª, de 31 de enero de 2005, fto. jco. 1º (JUR 2005\94202). En sentido similar y con anterioridad puede verse la SAP Murcia, secc.3ª, de 15 de febrero de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/11920).

b) La falta de distinción legal. El art. 429.1, II LEC se limita a decir que «el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere convenientes», por lo que no está distinguiendo o especificando que sólo podrá sugerir el interrogatorio de la parte, de testigos y el reconocimiento judicial, sino que podrá sugerir todo el elenco de pruebas que autoriza el art. 299.1 LEC.

c) Momento procesal de la preclusión. Todas las pruebas, y no solo la documental y la pericial, se aportan al proceso en un momento procesal anterior a la facultad de sugerencia del art. 429.1, II LEC, puesto que es un presupuesto de dicho artículo que las partes ya han efectuado su proposición probatoria. Y así entendido toda proposición de las partes que tuviera su raíz en la sugerencia judicial sería extemporánea, no pudiéndose otorgar un tratamiento diferenciado a unos y otros medios probatorios, ya que todos son posteriores a la sugerencia efectuada por el juez.

d) De aplicarse estrictamente la preclusión probatoria se vaciaría de contenido la normativa del art. 429.1, II y III LEC puesto que la iniciativa probatoria del juez siempre tiene lugar una vez precluida la proposición de todas las pruebas solicitadas por las partes. Se añade que en aras a no vaciar de contenido esta norma, es decir, provocar su inaplicación, debe concluirse que «la iniciativa probatoria del juez nada tiene que ver con la preclusión de las pruebas a instancia de parte»[463].

No podemos compartir algunas de estas afirmaciones: a) es cierto que el art. 429.1, II LEC no distingue entre las pruebas que podrá sugerir el juez, pero una cosa es la sugerencia judicial de prueba y otra la modificación de la proposición inicial a raíz de la sugerencia judicial, que, como toda proposición de prueba, no puede ignorar la preclusión; b) es cierto que el art. 429.1 II LEC se ubica en un momento en el que todas las pruebas ya se han propuesto, pero no es menos cierto que a raíz de la sugerencia judicial se abre un «segundo período de proposición de prueba» («las partes podrán completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal») en el que las partes pueden proponer nuevas pruebas, y ese nuevo período deriva de una previsión legal expresa (art. 429.1, III LEC); c) el juez no puede, al amparo de la normativa del art. 429.1, II LEC, acordar una prueba de oficio, cuando las partes desatiendan la sugerencia probatoria. Iniciativa probatoria *ex* art. 429.1 II LEC y preclusión de las pruebas a instancia de parte guardan relación. La iniciativa probatoria *ex* art. 429.1 II LEC no puede ir más allá de una facultad de sugerencia probatoria y la proposición de pruebas que efectúen las partes siguiendo la sugerencia judicial y el posterior juicio de admisión no puede ignorar las reglas de la preclusión.

463 Ver una exposición sintética de estos argumentos en Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, ob. cit., p.160, y una exposición más amplia en de la Rúa Navarro, J., *La facultad del art. 429.1, II y III y la preclusión probatoria*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 253-258.

Para abordar la controvertida cuestión del art. 429.1, II LEC y la preclusión probatoria es necesario explicitar algunas premisas: 1ª) La normativa del art. 429.1, II y III LEC no figuraba en el Proyecto de LEC enviado en su día por el Gobierno a las Cortes y su introducción se produjo en la Comisión de Justicia de la Ponencia de la LEC, fruto de una enmienda transaccional, por lo que tal vez muchos de los problemas que ofrece su interpretación –y en particular el de la preclusión– probablemente pasaran inadvertidos al legislador. 2ª) La normativa del art. 429.1 II y III LEC abre un «segundo período de proposición de prueba», una vez recaído el inicial juicio de admisión de prueba, carente de regulación específica. Hubiera sido deseable que, a la vista de la sugerencia judicial, se pudiera abrir un breve contradictorio entre las partes sobre su oportunidad, la idoneidad del medio sugerido por el juez, el posible resultado de las pruebas propuestas. 3ª) Algunos medios de prueba –ej. documentos y dictámenes– aparecen sujetos a estrictas reglas de preclusión, que no aparecen regulados en otros –ej. interrogatorio de las partes, de testigos y reconocimiento judicial–. Y aún dentro de los medios de prueba sujetos a preclusión –documentos y dictámenes– se prevé un régimen legal muy matizado, pues se contempla una preclusión inicial –documentos y dictámenes que deben aportarse con los escritos de alegaciones– y otras preclusiones posteriores –ej. imposibilidad de aportación de documentos con posterioridad a la vista o al juicio– y excepciones legales a ambas reglas de preclusión.

Compartimos sustancialmente los argumentos de la tesis de la preclusión, con las siguientes matizaciones:

a) Con respecto al interrogatorio de las partes, de testigos y al reconocimiento judicial, el juez podrá, con fundamento en el art. 429.1, II y III LEC, sugerir la práctica de estos medios de prueba, siempre que la fuente de prueba exista en los autos, esto es, conste la referencia de las partes, de los testigos o el lugar, cosa o persona que deba ser inspeccionado. Esta exigencia debe deducirse a partir de la expresión legal «ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos» (art. 429.1, II LEC).

b) Cabe la «sugerencia» sobre la aportación de dictámenes, en todos aquellos casos en que dicha posibilidad se encuentre legalmente permitida[464]. A la vista del contenido de los arts. 265.1.4º y 336 LEC –que imponen la carga procesal de aportar los dictámenes de parte con los escritos de alegaciones– y del art. 339.2, II LEC –que fija como momento preclusivo para la solicitud del dictamen de designación judicial los escritos de alegaciones, con la salvedad de que se refieran a «alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda»– hemos de concluir que, legalmente, solo se permite una «sugerencia» de aportación de dictamen

464 Puede verse más ampliamente esta tesis en Chico Fernández, T., *La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del art. 429.1, II y III LEC de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Aspectos Prácticos de la Prueba Civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 264-271.

pericial que no quiebra la normativa legal en los supuestos, poco frecuentes, de alegaciones o pretensiones complementarias (art. 427.3 LEC en relación con el art. 426. 1, 2 y 3 LEC[465]) o en los supuestos de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286.3 LEC).

Fuera de estos supuestos, y ante la existencia de dictámenes contradictorios aportados con los escritos de alegaciones, el juez solo puede «sugerir» la oportunidad de la presencia del perito en el acto del juicio o de la vista a los efectos que, sometiendo los dictámenes inicialmente aportados a contradicción con la amplitud que permite la LEC (art. 347 LEC), se puede aclarar las conclusiones contrarias o dispares de los peritos. Tal conclusión es consecuencia de la nueva configuración de la prueba pericial en la LEC, en la que el perito no se considera como un auxiliar del juez, sino que el dictamen de peritos se considera como un medio de prueba[466], de orientación preclusiva, con unos momentos de aportación legalmente tasados.

Se ha apuntado que, al amparo de la normativa del 429.1, II y III LEC, el juez pudiera «sugerir» la posibilidad de ampliar algún o algunos de los extremos del dictamen pericial[467]. Tal posibilidad, ciertamente sugerente *de lege ferenda*, ofrecería la doble ventaja de contribuir a la mejor formación de la convicción judicial –pues ante la existencia de dictámenes contradictorios de parte, el juez se limitaría a «sugerir» los extremos concretos de ampliación–, y de economía procesal –pues no sería necesario esperar a la fase de diligencias finales para acordar un dictamen pericial dirimente, de admitirse esta facultad–. Ahora bien, también hay que reconocer que choca con el tenor literal del art. 347.2 LEC que, salvo en lo relativo a los procesos no dispositivos, impide que el juez pueda ampliar de oficio el dictamen pericial en el juicio o a la vista.

c) Con respecto a los documentos cabe afirmar *mutatis mutandi* algo semejante a los dictámenes periciales. A la vista de los arts. 265.1.1º y 269 LEC –que imponen la carga de aportar los documentos fundamentales con los escritos de alegaciones bajo sanción de preclusión– y del art. 271.2 LEC –que establece la imposibilidad de la aportación de cualquier documento en momento posterior a la vista en el juicio verbal o al acto del juicio en el juicio verbal–, hemos de concluir que, legalmente solo se permite una sugerencia de aportación de documentos, con fundamento en la normativa del art. 429.1, II y III LEC, en los supuestos de documentos «fundamentales» del art. 270 LEC (falta de existencia del documento; falta de conocimiento del documento; y falta de disponibilidad del documento) y en los supuestos de documentos complementarios.

---

465 SAP Burgos, sec. 2ª, de 23 de julio de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/43197).

466 Así lo proclama ya la Exposición de Motivos de la LEC (epígrafe XI, párrafo 16).

467 Seoane Spielgelberg, J.L., *La Prueba* …, ob. cit., p.127.

3.6. Presupuestos y límites

Tres son los presupuestos de la normativa del art. 429.1, II y III LEC. En primer lugar, la existencia de hechos controvertidos, porque en su defecto no se abre el período probatorio. En segundo lugar, la previa proposición por las partes, puesto que el juez al amparo de la tantas veces citada normativa no puede suplir la inactividad de las partes ni la subsanación de pruebas no propuestas o propuestas inadecuadamente por no sujetarse a las previsiones de la LEC.Y en tercer lugar, la existencia de un juicio eventual de insuficiencia probatoria que se trata de «una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de un control externo y a posterior por otro órgano judicial para imponerle su propio criterio» (SAP Navarra, de 16 de abril de 2002[468]).

Los límites de dicha facultad, siguiendo a Picó i Junoy, son dos. Primero, el juez no podrá introducir hechos distintos de los alegados por las partes, respetándose así el principio dispositivo.Y segundo, el juez no podrá utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, protegiéndose así la debida imparcialidad judicial[469]. Como ha expresado gráficamente Taruffo, en reflexión general sobre las facultades probatorias de oficio, «el juez no se convierte en un policía o en un fiscal que vaya buscando en todas partes pruebas sobre los hechos del caso», pues ni tiene facultades para introducir hechos principales y no alegados, ni está autorizado para llevar a cabo investigaciones privadas sobre posibles pruebas[470].Y junto a estos límites, la iniciativa probatoria de oficio contenida en el art. 429.1, II y III LEC reclama una garantía, común a la práctica de toda prueba, sea a instancia de parte o de oficio, como es la práctica contradictoria de las pruebas.

La necesidad de «ceñirse a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos» (art. 429.1, II LEC), aun cuando permite al juez señalar la concreta prueba o pruebas que estime convenientes para paliar la insuficiencia probatoria, exige que la prueba verse sobre un hecho alegado por las partes, arranque de una fuente probatoria obrante en las actuaciones, vedando, eso sí, que, por citar algún ejemplo, el nombre del testigo, conste *nominatim* en las actuaciones.

La indicación de insuficiencia probatoria no vincula a las partes quienes podrán, o no, completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba (art. 429.1, III LEC). Dicha indicación puede tener un «efecto de advertencia» sobre la insuficiencia de prueba, bien un «efecto de sugerencia» sobre la concreta prueba para paliar tal insuficiencia, o bien un «efecto recordatorio» cuando existió un mero olvido en la proposición de prueba. Tras la indicación las partes podrán efectuar alegaciones, e incluso solicitar una interrupción, aun cuando tal trámite no esté legalmente previsto, en aras a salvaguardar el derecho de defensa. Pero no podrán

468 SAP Navarra, secc. 2ª, de 16 de abril de 2002, fto. jco.5º (JUR 2002\142806).

469 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 267-271; y del mismo autor *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 117-119.

470 Taruffo, M., *La recopilación y presentación de las pruebas en el proceso civil*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, p.357.

reclamar que el juez sugiera qué prueba estima conveniente, ni completar su prueba sobre hechos distintos de los sugeridos por el juez. Las partes podrán recurrir en reposición la resolución que admite o deniega las pruebas, a raíz de la indicación de insuficiencia probatoria.

El juez no podrá acordar la prueba de oficio, si las partes desatienden la indicación de insuficiencia probatoria, pues con ello quebraría el principio de aportación de parte. La práctica de la prueba de oficio no encaja con la redacción del art. 429.1, II y III LEC que, tras la indicación de insuficiencia probatoria (párrafo segundo), reserva a las partes la posibilidad de «modificar o completar» sus proposiciones iniciales (párrafo tercero) y utiliza unos términos indicativos («señalar») cuando hubiera podido utilizar unos más imperativos (acordará, decretará, ordenará)[471].

3.7. Críticas

A nivel doctrinal, la crítica más incisiva frente a la normativa del art. 429.1, II y III LEC es la relativa a la pérdida de la imparcialidad judicial. No pueden ignorarse los riesgos de un uso imprudente de tal facultad, pero su uso moderado, respetuoso con los presupuestos, límites y garantías descritos no merma la imparcialidad judicial desde el momento que la indicación de insuficiencia probatoria no se dirige a una de las partes, sino a ambas. Además, en el momento de efectuar la indicación de insuficiencia probatoria el juez desconoce el resultado de la prueba a practicar y cuál de las partes beneficiará. Tampoco podemos olvidar que los artículos que reconocen la iniciativa probatoria de oficio no han sido declarados inconstitucionales ni en los procesos civiles no dispositivos, ni tampoco en el proceso administrativo, ni en el laboral ni siquiera en el penal[472].

De lege data la redacción del art. 429.1, II y III LEC es ambigua, insuficiente e incompleta. Es ambigua, porque suscita la doble duda de su confiere una facultad o impone un deber al juez, o de si autoriza o no la práctica de prueba de oficio. Es insuficiente, porque debería introducirse un límite –que el juez no pudiera sugerir prueba sobre hechos distintos de los alegados por las partes– y una garantía –el derecho a la contradicción en la práctica de las nuevas pruebas–. Y es incompleta, puesto que no se prevé un cauce procesal para alegaciones de las partes y, en su caso, para impugnación.

3.8. Propuesta *de lege ferenda*

De lege ferenda una recepción menos crítica y una aplicación más pacífica del art. 429.1, II y III LEC podría asentarse sobre las premisas del reconocimiento de una facultad

471 En sentido distinto, Picó i Junoy, J., *Normativa art. 429.1 II y III LEC. ¿Puede el juez, al amparo de dicho artículo, acordar una prueba de oficio?*, en «La audiencia previa», J.M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 383-395.

472 Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, ob. cit., pp. 169-172, argumenta hasta cinco razones por las que el art. 429, 1, II y III LEC no afecta a la imparcialidad judicial; y del mismo autor puede verse también *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 110-114.

judicial, de la fijación de sus presupuestos, límites y garantías, así como de la previsión de su cauce procesal completo.

Como opción técnica del legislador, puede existir el reconocimiento de una facultad, la de integración judicial de la insuficiencia probatoria, a modo de excepción a la regla general de la iniciativa probatoria a instancia de parte (proposición primera del art. 282 LEC).

Será imprescindible fijar unos presupuestos, unos límites y unas garantías precisas y de inexcusable observancia. Serán presupuestos la existencia de hechos controvertidos y la previa proposición de prueba por las partes. Serán límites los hechos alegados por las partes y el respeto a las fuentes obrantes en autos, vedando expresamente la introducción de hechos por el juez y la investigación de oficio en procesos dispositivos[473]. Será garantía la práctica de las nuevas pruebas con contradicción.

Y debe, finalmente, preverse un procedimiento, entre cuyos trámites se encuentren la resolución oral e inmediata por el juez, la práctica facultativa y contradictoria por las partes, y la impugnación por vía de un recurso de reposición oral, de tramitación y resolución en el acto.

Desde un punto de vista sistemático, la facultad judicial de integración probatoria es preferible que constituya un único artículo, más que un apartado o unos párrafos dentro de un extenso artículo, como lo es el actual art. 429 LEC, específicamente previsto tanto en el juicio ordinario, cuanto en el juicio verbal.

A la luz de las anteriores premisas y para paliar las deficiencias ya señaladas, la redacción que se propone para el art. 429.1, II y III LEC es la siguiente:

1º) Fijados los hechos controvertidos y constatada por el juez la falta de acuerdo, las partes propondrán por su orden las pruebas de que intenten valerse.

2º) Admitida la prueba propuesta, el juez tiene la facultad de indicar a las partes que las pruebas admitidas podrían ser insuficientes para esclarecer los hechos controvertidos, sin que tal indicación pueda versar sobre hechos distintos de los alegados por las partes, ni permita señalar pruebas distintas de las que resulten de los autos.

3º) Al efectuar tal indicación, el juez podrá señalar el concreto hecho que puede verse afectado por la insuficiencia probatoria y también podrá proponer la prueba o pruebas que estime necesarias para paliar tal insuficiencia.

4º) Las partes, a la vista de la indicación judicial y previa alegación en el acto de lo que a su derecho convenga, podrán completar o modificar oralmente sus proposiciones iniciales de prueba. Las partes no podrán proponer pruebas cuyo momento procesal haya precluido.

Si las partes no completan o modifican sus proposiciones iniciales, el juez no podrá de oficio acordar nuevas pruebas.

473 Picó i Junoy, J., (*La iniciativa probatoria..* , ob. cit., pp. 156-157) sostiene que tales límites ya están previstos en la redacción del art.429.1, II y III LEC.

5º) Contra la resolución que admite la prueba propuesta a raíz de la indicación judicial cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto.

La redacción que se propone ofrece varias ventajas. En primer lugar, despeja cualquier duda sobre el carácter de la intervención judicial, y sienta que es una facultad. En segundo lugar, y partiendo de la existencia de hechos controvertidos y de una previa actividad probatoria de las partes (presupuestos), circunscribe la facultad judicial a los hechos alegados por las partes y la propuesta de prueba a las fuentes ya existentes (límites), y prevé la contradicción en el análisis de la indicación y, en su caso, propuesta del tribunal (garantía). Y, por último, fija un cauce procesal para la relación dialéctica entre las partes y el juez, un régimen impugnatorio específico y zanja la polémica sobre la práctica de pruebas de oficio.

4. La iniciativa probatoria de oficio en los procesos indisponibles

4.1. En general

Menor controversia suscita la iniciativa probatoria de oficio en los procesos no dispositivos (Título I, Libro IV LEC), en los que los principios de aportación de parte y de preclusión en la proposición y práctica de prueba aparecen sensiblemente matizados, con fundamento en la concurrencia de un interés público. Sintéticamente resume Sánchez-Covisa Villa las consecuencias de las especialidades probatorias del art.752 LEC en (1ª) la práctica anulación de los principios de aportación de parte, dispositivo y preclusión en la proposición y práctica de prueba; (2ª) sustracción a las partes del dominio sobre el material fáctico de la decisión; y (3ª) la amplitud de la iniciativa probatoria de oficio en orden a la práctica de la prueba[474].

Con carácter general, el art. 752.1 LEC, en su párrafo segundo, prevé una triple iniciativa probatoria. Junto con la iniciativa de las partes y del Ministerio Fiscal[475], se reconoce una iniciativa probatoria *ex officio iudicis,* ilimitada en cuanto al número y la clase de medios de prueba, puesto que el juez «podrá acordar cuantas [pruebas] estime pertinentes»

474 Sánchez-Covisa Villa, J., *Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*, en «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscala II-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p.198.

475 El Ministerio Fiscal actuará en los procesos no dispositivos, por lo general, en la misma posición que el demandado, siquiera como una parte *sui generis*, en defensa e interés de la legalidad. Así lo establece la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado (Actualidad Civil Legislación, pp. 747 y 756): «Cuando actúa como demandante, el fiscal puede ser parte, con todos los derechos, obligaciones y cargas que ello supone, pero se constituirá en parte sui generis, habida cuenta que su intervención se debe ex Constitutione a la defensa de la legalidad y del interés público».

(art. 752.1, II LEC), y únicamente limitada en cuanto no podrá versar sobre materias de derecho dispositivo (art. 752.4 LEC). No existe limitación en cuanto al número y clase de pruebas que puedan practicarse por decisión judicial (principio de libertad en la práctica de la prueba). Ni el juez precisa de instancia de parte, ni resulta condicionado por las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio Fiscal (principio de oficialidad).

Esta iniciativa probatoria también se extiende a la segunda instancia (art. 752.3 LEC), particularmente respecto de los hechos acaecidos y no alegados por ninguna de las partes, los hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia de instancia y los hechos acaecidos durante la tramitación de la apelación.

En los procesos no dispositivos el legislador ha optado por trasladar a un Texto Procesal Civil una regulación ya contenida en el Código Civil u otras leyes. Mejora técnicamente su redacción e incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, particularmente en el proceso de internamiento no voluntario. Se establece la inexcusabilidad de un dictamen pericial médico de oficio en los procesos de incapacitación (art. 759.1 *in fine* LEC). E incurre en alguna inútil contradicción (art. 770. regla 4ª y 774.2 LEC) para reiterar el objeto de la prueba de oficio.

La cuestión más controvertida es la relativa a la introducción de los hechos en el proceso. El art. 752.1 LEC, en su párrafo primero, permite la decisión del juicio a partir de los hechos debatidos y probados. Pero añade: «con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso». Dicho artículo no autoriza la introducción *ex officio iudicis* de hechos fundamentales, pero sí permite atender a los hechos introducidos a partir de la práctica de la prueba, así como a los hechos nuevos.

Por otra parte, se admite la posibilidad de acordar un dictamen pericial de oficio en los procesos sobre filiación, matrimonio y capacidad (art. 339.5 LEC), y la designación de perito podrá ser efectuada directamente por el juez[476]. No existe incompatibilidad entre los dictámenes acordados de oficio por el juez y los aportados a instancia de parte, siendo posibilidades alternativas y cumulativas. La posibilidad de acordar dictámenes periciales de

476 A favor de la designación directa por el juez se pronuncian los siguientes autores, por orden alfabético: Andrés Joven, J. Mª., *La actividad probatoria en los procesos de familia conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Manuales de Formación Continuada, núm.17, CGPJ, Madrid, 2001, p.93; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p.91; Illescas Rus, A.V., *El dictamen de peritos en la LEC 1/2000*, ob. cit., p.21; Muñoz Sabaté, LL. (*Fundamentos.* , ob. cit., p.346), quien contrasta la libertad judicial de designación de perito por parte del juez en los procesos matrimoniales (y demás de estado) con el supuesto de liquidación del régimen de bienes, en que el contador y peritos, a falta de acuerdo, deberán ser designados por sorteo entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio (remisión del art. 810.4º al 784.3º LEC).

oficio no debería restringirse a los procesos especiales no dispositivos, y debería preverse ante la existencia de dictámenes contradictorios, aún en los procesos dispositivos[477].

4.2. Proceso de incapacitación

Con carácter específico, se regula la iniciativa probatoria de oficio en distintos procesos. En el proceso de incapacitación destaca el carácter imperativo de tres pruebas de oficio (la audiencia de parientes, el examen del presunto incapaz y los dictámenes periciales). Dichas pruebas se practicarán en primera y en segunda instancia (arts. 759.1 y 3 LEC), siquiera en la apelación puede resultar innecesario repetir la audiencia de parientes cuando sólo se impugne la declaración de incapacidad, y puede resultar innecesario repetir la pericial médica cuando exclusivamente se impugne el nombramiento de representante.

En los procesos de incapacitación –y también, por ende, en los procesos de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación[478]– el juez no solamente podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias, sino que, además, deberá acordar *ex lege* las tres ya citadas. Como enseñaba la jurisprudencia, ya con referencia al derogado art. 208 CC, la audiencia de parientes, el examen judicial del presunto incapaz y el dictamen pericial, son «tres normas de 'ius cogens', tres pruebas que debe practicar el juez en el proceso de incapacitación, con independencia de que sean o no propuestas por las partes»[479].

La proposición final del art. 759.1 LEC («la ambigüedad de una coma»[480]) es del tenor literal siguiente: «Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal». En la doctrina existen tres posibles interpretaciones.

Una primera, es la obligatoriedad de una pericial médica de oficio, aun cuando se hayan aportado dictámenes a instancia de parte[481]. Una segunda, es la necesidad de que,

477 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español,* J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p.126, aboga por la posibilidad de la pericial de oficio como diligencia final con amparo en la previsión normativa de que «los actos de prueba no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desparecidas e independientes de la voluntad de las partes» (art. 435.2 LEC), pues «si existen dictámenes periciales contradictorios, éstos no serán conducentes respecto del fin pretendido, esto es, permitir al juez llegar al convencimiento sobre los hechos litigiosos».

478 Son los procesos contemplados en el art.761 LEC, rubricado «Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación», cuyo apartado 3 reza literalmente: «En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda».

479 Así se pronuncia literalmente la SAP Cádiz de 15 de julio de 1999, fto. jco 2º (EDJ 1999/45006).

480 La expresión «a pesar de la ambigüedad de la coma» es de Banacloche Palao, J. (en *Comentario al art. 759 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.1281).

481 Banacloche Palao, J., «Comentarios a Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1281; Ramos Chaparro, E., *Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (glosa general)*, en rev. Actualidad civil, 2001-1, p.354.

cuando menos, uno de los dictámenes sea médico[482]. Y una tercera es el dictamen preceptivo es el que acuerde el tribunal, no el que aporten las partes[483].

La proposición final del art. 759.1 LEC recoge cumulativamente, aun cuando de modo confuso, la doble exigencia de la inexcusabilidad de una peritación médica y de la inexcusabilidad que tal pericial sea de oficio. En efecto, para acordar la incapacitación no basta cualquier tipo de dictamen. Es preciso que sea un dictamen médico, puesto que va versar sobre la capacidad de una persona para su autogobierno y la administración de sus bienes, extremos éstos que deben ser examinados por un médico.

Además, y sin perjuicio de las peritaciones –incluso médicas– que hayan podido aportar las partes, es necesario que el dictamen médico sea acordado de oficio. Acaso en esta segunda exigencia el legislador evidencia una desconfianza hacia la peritación de parte. Se pretende, como apunta Banacloche Palao «un informe por persona desvinculada de actor y demandado, como es un perito designado por el juez»[484].

Tal criterio es también recogido en la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía del Estado al razonar que «entre estos dictámenes periciales, el Juez deberá en todo caso solicitar un informe médico, ya que el previo dictamen médico pericial es una exigencia insoslayable, como expresamente afirma el art. 759.1 *in fine*»[485].

4.3. Proceso de internamiento no voluntario

En el proceso de internamiento no voluntario, el juez deberá observar inexcusablemente unas garantías procesales (para otros, trámites de índole probatoria), desarrolladas a partir de la jurisprudencia del TEDH y recogidas también por el TC (en particular, en STC de 5 de julio de 1999[486]), consistentes en el examen de la persona cuyo internamiento se

482 Gómez de Liaño, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.872. También Alvárez Alarcón, F., *Los procesos relativos a la capacidad de las personas*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol, IV, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.107. El mismo autor sugiere que acaso deba entenderse que el dictamen de psicólogos no es suficiente, exigiendo que se practique por neurólogos o psiquiatras.

483 Guilarte Martín-Calero, C., *Los procesos sobre capacidad de las personas*, en «El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», 2ª ed, ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p.333. Aparicio Auñon, E., indica que se trata de una aclaración necesaria porque la LEC otorga el carácter de pericial a los dictámenes de partes (*Comentario al art. 758 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.IV, Lorca Navarrete, A. Mª –dir–, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.3999).

484 Banacloche Palao, J., «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1281.

485 Circular 1/2001, de 5 de abril, incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (en rev. Actualidad Civil Legislación, p.756).

486 Ver Mingo Basail, M. L., *Cuestiones procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico. Reflexión a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la STC 129/1999*, en rev. Tribunales de Justicia, 2000, núm. 8-9, pp. 942-944.

trate, oír a la persona afectada por la decisión, oír a cualquier persona que el juez estime oportuno, de oficio o a instancia de parte, y oír el dictamen de un facultativo designado por el juez (art. 763.3 LEC). También podrá el juez acordar, con carácter facultativo, otras pruebas (art. 763.3 LEC), sin limitación de número ni de clase, como, por ejemplo, la solicitud de informes de otros facultativos o de información médica.

La audiencia (de la persona afectada, del Ministerio Fiscal o de cualquiera otra que se considere oportuno –de oficio o a instancia del afectado–) puede ser indistintamente oral o escrita, de modo que la exigencia legal de *«oír»* no puede interpretarse literalmente y con exclusión del trámite escrito.

La audiencia de las personas que el juez estime oportuno, de oficio o a instancia de parte, con antecedentes en la «audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz» (derogado art. 208 CC), amplía el círculo de las posibles personas que pueden ser «oídas» por el juez, al no limitarlas al entorno familiar.

La audiencia al Ministerio Fiscal es preferible que se traduzca en un informe o dictamen escrito –que algún autor ha calificado de preceptivo y olvidado[487]–, una vez practicadas las restantes pruebas acordadas. El Ministerio Público, sin perjuicio de otras consideraciones, es oportuno que se pronuncie expresamente en favor o en contra del internamiento con los razonamientos oportunos[488].

El dictamen de facultativo designado por el juez es una prueba pericial y por ello es habitual –aun cuando no preceptivo– que se traduzca en un dictamen escrito encomendado a los Médicos forenses. No excluye la práctica de otros dictámenes de facultativos designados por las partes o bien por la persona afectada por el proceso.

El «examen de la persona afectada» tiene cabida en el reconocimiento de personas (art. 355.1 LEC), y se efectuará directamente por el juez que conozca del proceso, sin posibilidad de delegación, y con la exigencia de adaptarse a las «necesidades de cada caso concreto». Se trata de una prueba directa, en la que el mismo juez es protagonista y destinatario de la prueba, reforzándose la iniciativa probatoria de oficio, pues el juez no está sujeto al «guión» –a veces en forma de nota informal– que las partes, letrados o familiares propongan o sugieran. Si la finalidad genérica de todo reconocimiento judicial es que el

487 Así Dolz Lago, M. J., (*El internamiento psiquiátrico civil en España: Aspectos legales*, rev. «Justicia», 1992, núm. IV, p.903) aun con referencia a las solicitudes de internamientos no voluntarias tramitadas conforme al proceso de jurisdicción voluntaria, insiste en que en este dictamen el Ministerio Fiscal deberá pronunciarse sobre la procedencia o no de la autorización, incluso cuando sea el promotor del proceso. De modo distinto, y aun con referencia al Anteproyecto LEC, Jou Mirabent, X. (*El proceso de incapacitación*, en «Presente y Futuro del Proceso Civil», Picó i Junoy, J. (dir), ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1998, p.421) interpreta que puede tratarse de un «trámite dilatorio» y que bastaría la notificación de la resolución al Ministerio Fiscal para que interpusiera o no recurso.

488 Con carácter preceptivo se exige también en el art. 255 del Codi de Família en Catalunya (Ley 9/98, de 15 de julio, publicada en BOE 199/1998, de 19 de agosto y en DOGC 2687/1998, de 23 de septiembre).

juez se convenza de lo que es objeto de prueba, la finalidad específica del reconocimiento de una persona afectada por un trastorno psíquico es que no sea privada de un derecho fundamental (el de la libertad ambulatoria del art. 17.1 CE) sin que el juez, previo examen personal del mismo, se forme inequívocamente su convicción.

Respecto de las pruebas facultativas, sin limitación de número ni de clase, podemos citar, a modo de ejemplo, la solicitud de informes de otros facultativos o la solicitud de información médica, especialmente a recabar del médico o centro sanitario que trate a la persona afectada por el internamiento, aun cuando la mayor parte de dicha documentación se adjunta con la demanda inicial. Sin embargo, y como apunta González Poveda, la práctica de pruebas complementarias puede resultar necesaria en los supuestos de negativa de la persona afectada a ser reconocida[489].

4.4. Proceso de filiación

En el proceso de filiación no existe previsión específica sobre la iniciativa probatoria de oficio (art. 767.2 LEC). Pero basta la disposición general del art. 752.1, II LEC, ya aludida, así como la normativa del art. 339.5 LEC, que faculta al juez para la adopción y designación directa de perito. La normativa sobre proposición y práctica de las pruebas biológicas debe interpretarse con flexibilidad por la brevedad del plazo para la emisión de un dictamen tan específico, como es el relativo a la pericial biológica, que exige la colaboración del demandado. La intervención judicial durante la práctica de la prueba puede ser decisiva, en particular para advertir al demandado de las consecuencias de la negativa al sometimiento de la prueba biológica y para que ésta se practique en centro y por personal adecuado.

A diferencia de otros procesos del Libro IV de la LEC, en los que el juez tiene el deber insoslayable de practicar ciertas pruebas, a veces incluso de oficio[490], el art. 767 LEC, rubricado «especialidades en materia de procedimiento y de prueba», no prevé la iniciativa probatoria, sea de oficio, sea de parte. Se prescinde de atribuir la iniciativa probatoria a las partes o al juez –o a ambos conjuntamente–, mediante el recurso a una fórmula legal amplia e impersonal de investigación de la filiación («[..] será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, [..]»).

El legislador ha preferido fijar los presupuestos de procedibilidad en orden a la admisión de la demanda (art. 767.1 LEC), concretándolos en la exigencia de «un principio de prueba»; los medios de prueba admisibles en los juicios de filiación (art. 767.2 LEC), precisando la viabilidad de las pruebas biológicas; los hechos o presunciones hábiles para

489 González Poveda, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 3ª ed., Aranzadi Editorial, Navarra, 1997, p.339.

490 En los procesos de declaración de incapacitación y en los de reintegración y modificación del alcance de la incapacidad (arts. 759.1 *in fine* y 761.3 LEC) el juez debe acordar de oficio un dictamen pericial médico.

declarar la filiación (art. 767.3 LEC)[491]; y el alcance de la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas (art. 767.4 LEC)[492].

El legislador silencia a quién corresponde la iniciativa probatoria. A falta de previsión expresa en los procesos de filiación, será de aplicación la normativa general del art. 752.1, II LEC, ya comentada, y que establece la iniciativa de oficio en términos también muy amplios, así como la normativa del art. 339.5 LEC, que faculta al juzgador para la designación directa de perito en los juicios de filiación.

Probablemente se estiman suficientes las previsiones de los arts. 752.1, II y 339.5 LEC, no siendo necesaria, como especialidad probatoria, ninguna otra norma que concrete la iniciativa probatoria, aun cuando tampoco resultaría superfluo precisar, en el apartado 2º del art. 767 LEC, que todas las pruebas se pueden practicar «a instancia de parte o de oficio».

4.5. Procesos matrimoniales

En los procesos matrimoniales la iniciativa probatoria de oficio tiene particularidades en medidas provisionales (art. 771.3 LEC), en el proceso contencioso (arts. 770.4ª y 774.2 LEC) y en el consensual (art.777.4 LEC).

4.5.1. En medidas provisionales y en modificación de medidas (art. 771.3 LEC[493])

Abordamos conjuntamente la prueba de oficio en las medidas provisionales (previas o coetáneas) y en el proceso de modificación de medidas, por la remisión que efectúan el art. 773.3 LEC (medidas provisionales coetáneas) y el art. 775.2 LEC (modificación de medidas) al trámite del art. 771 LEC (medidas provisionales previas). Analizaremos la iniciativa probatoria, el objeto de la prueba de oficio y el momento para la práctica de la prueba de oficio.

491 Ampliamente puede verse Aparicio Auñon, E., *Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*, ob. cit., pp. 388-390.

492 Esta valoración indiciaria ha evolucionado gradualmente. Desde una inicial jurisprudencia que calificaba la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas como «un indicio más» (STS de 24 de febrero de 1993, fto. jco. 3º, EDJ 1993/1784), pasando por una jurisprudencia intermedia que veía un «indicio valioso» (STS de 22 de junio de 1996, ftos. jcos 3º y 4º, EDJ 1998/7887) hasta una posterior que lo calificaba como «indicio vehemente y muy cualificado» (STS de 7 de julio de 2003, fto. jco. 5º, EDJ 2003/49247).

493 Art. 771.3 LEC: «En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o éste, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes».

El apartado 3 del art. 771 LEC alude implícitamente a una triple iniciativa probatoria (partes, Ministerio Fiscal y juez), siguiendo en este extremo la disposición general del art. 752.1, II LEC. La prueba propuesta por las partes y el Ministerio Fiscal (al que entiendo hay que incluir en la dicción legal referida a los «concurrentes» a la comparecencia[494]) se practicará cuando «no sea inútil o impertinente», como reza el propio art. 771.3 LEC.

Es una reiteración de dos de los criterios generales de admisión de prueba (la pertinencia y la utilidad del art. 283 LEC), cuyo sentido puede ser doble. Por una parte, prevenir al juez para que extreme el rigor en el juicio sobre la admisión de la pruebas, en aras a evitar dilaciones innecesarias en la adopción de una resolución que, como su propio nombre indica, es provisional. Por otra parte, reducir las posibilidades de interrupción de la comparecencia que parece permitir la proposición final del mismo art. 771.3 LEC al prever que la prueba que no puede practicarse en dicho acto deberá practicarse dentro de los diez días siguientes.

Con respecto a la iniciativa probatoria de oficio no existe limitación en cuanto a la clase de pruebas y al ser adoptadas *ex officio iudicis* no deberá superar los criterios de pertinencia o utilidad[495]. El apartado tercero del art. 771 LEC disocia claramente la prueba propuesta por las partes y el Ministerio fiscal («se practicará la prueba que [..] propongan y que no sea inútil o impertinente»,) y la adoptada por el juez («así como la que el tribunal acuerde de oficio»). La razón es obvia, puesto que en la prueba *ex officio iudicis* se confunden las fases de proposición y admisión de prueba, siquiera es conveniente una motivación sucinta de la prueba acordada para facilitar el control por las partes y el Ministerio Fiscal.

El objeto de la iniciativa probatoria de oficio versará sobre cualesquiera de los efectos y medidas de los arts. 102 y 103 CC en materias de *ius cogens* y sobre las que las partes no tengan libre disposición. Dentro de estas materias de *ius cogens* deben incluirse en fase de medidas provisionales las cargas del matrimonio (art. 103.3 CC), dado que engloban, entre otros conceptos, los alimentos para los hijos menores, que ya en el proceso principal adquieren sustantividad propia como pensión por alimentos para hijos menores[496].

494 Carece de sentido excluir de la proposición de prueba en medidas provisionales previas al Ministerio Fiscal, cuando tal facultad se reconoce con carácter general para todos los procesos no dispositivos en el art. 752.1, II LEC y con carácter específico para el proceso matrimonial contencioso en el art. 770.4ª LEC, amén que el propio art.771 LEC exige preceptivamente, y con carácter previo a su aprobación, oír al Ministerio Fiscal sobre las medidas provisionales previas alcanzadas por acuerdo de las partes.

495 Gonzalo Valgañon, A. (*Tratamiento procesal de las crisis familiares en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, en «Los Procesos matrimoniales [En la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil], Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p.103) apunta la paradoja que, a diferencia de lo que sucede en el proceso matrimonial contencioso (art.770.4ª LEC) y consensual (art.777.5 LEC), en sede de medidas provisionales no se prevé oír a los hijos menores de edad antes de dictar el auto de medidas de provisionales previas o coetáneas, cuando a su juicio, «existen las mismas razones» para que se practique en uno y otro momento.

496 Así, entre otras, en SSAP Madrid, secc. 24ª, de 30 de enero de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/49007); A Coruña, secc. 6ª, de 18 de septiembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/64243); Cádiz, secc. 7ª, de 22 de julio de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/46287).

Como advierte Sanz-Díez de Ulzurrun, no se ha fijado un plazo para la práctica de la prueba de oficio en medidas provisionales, a diferencia con el plazo excepcional de treinta días prevista para la adopción de medidas definitivas en el proceso principal contencioso (art. 770.4ª LEC)[497]. De no poder practicarse la prueba de oficio en el mismo acto de la comparecencia, deberá practicarse dentro de los diez días siguientes (art. 771.3 *in fine* LEC), norma común que prorroga el plazo de la prueba para la propuesta por cualquiera de las partes y también para la propuesta por iniciativa judicial.

4.5.2. En proceso matrimonial contencioso (arts. 770.4ª[498] Y 774.2[499] LEC)

El art. 770 LEC, de aplicación al proceso matrimonial «contencioso» general[500], reitera en su regla 4ª la facultad del tribunal de acordar cuantas pruebas de oficio estime necesarias –reconocida ya con carácter general en el art. 752.1, II LEC–, «dotando de particular fluidez al procedimiento probatorio»[501], pero limita el objeto de la iniciativa de oficio y señala un plazo excepcional para su práctica. Además, el art. 774.2 LEC, que regula la adopción de medidas definitivas, contiene una reiteración de la iniciativa probatoria de oficio que puede originar confusión.

La iniciativa de oficio no es absoluta, puesto que la regla 4ª del art. 770 LEC, cuyos antecedentes inmediatos se encuentran en la Ley 30/81, de 7 de julio[502], circunscribe su

---

497 Sanz-Díez de Ulzurrun Escoriaza, J., *La prueba y los litigios matrimoniales*, en «Procesos de familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones». Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.70.

498 Art. 770.4ª LEC. «Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afectan a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijo menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años».

499 Art. 774.2 LEC. «A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes sobre las medidas a adoptar».

500 El art.770 LEC, rubricado «Procedimiento», es de aplicación a todos los procesos matrimoniales, a salvo la separación y divorcio consensual, y también a los demás que contengan peticiones deducidas al amparo del Título IV del Libro I del CC («Del matrimonio»).

501 En estos términos se expresa la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado, en la que, tras reconocer «la particular posición que ocupa el tribunal en esta modalidad de procesos», legitima la iniciativa probatoria de oficio, aun «supliendo la inactividad de las partes» (Actualidad Civil, 1986, p.563).

502 El apartado i) de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas

práctica a la prueba de las causas de separación, divorcio y nulidad, y a la prueba de las medidas que afecten a menores o incapaces.

El ámbito de la prueba de oficio queda delimitado en sentido positivo, pues el tribunal podrá acordar las pruebas necesarias para acreditar la causa de nulidad, separación o divorcio, así como las medidas que afecten a menores o incapaces; y en sentido negativo, pues el tribunal no podrá acordar pruebas de oficio sobre aspectos sujetos al principio dispositivo, como la pensión compensatoria (art. 97 CC)[503], la indemnización por nulidad matrimonial para el cónyuge de buena fe (art. 98 CC), la pensión por alimentos a favor del cónyuge en caso de separación, así como la liquidación del régimen económico matrimonial.

El límite, por tanto, a la iniciativa probatoria de oficio radica en el carácter disponible o indisponible de la pretensión ejercitada, de modo que la prueba de oficio queda circunscrita a materias –causa separación, nulidad o divorcio y medidas sobre menores o incapaces– de carácter imperativo y que aparecen sustraídas al poder de disposición de las partes, puesto que hay un interés público preferente, sea por la protección del estado civil de las personas, sea por la protección de los intereses de menores e incapaces[504].

Con carácter general el art. 290 LEC fija como momento preclusivo para la práctica de la prueba el acto del juicio (para el juicio ordinario) y la vista (para el juicio verbal). Y el art. 770.4ª LEC fija un plazo máximo de prueba «que no podrá exceder de treinta días» con carácter particular (para el proceso matrimonial contencioso ordinario) y respecto a «las pruebas que no puedan practicarse en la vista». La regla 4ª del art. 770 LEC constituye, pues, una excepción a la regla general del art. 290 LEC, aplicable a los procesos previstos en el art. 770 LEC.

---

de nulidad, separación y divorcio, permitía al juez acordar para mejor proveer, cualquier prueba, para acreditar la concurrencia de los presupuestos para decretar nulidad, separación o divorcio.

503 La STS de 2 de diciembre de 1987, fto. jco. 2º (EDJ 1987/8926), que resuelve en interés de ley un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, declara en su fallo textualmente, y en la parte que interesa: «[..] la llamada pensión compensatoria, regulada en el art. 97 del Código Civil, no puede acordarse por el Juez de oficio y sí, sólo, en el caso que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio [..]». Más recientemente, y en el mismo sentido, SSAP Valladolid, secc.1ª, de 16 de junio de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/69462); Cáceres, secc. 1ª, de 11 de febrero de 2003, fto. jco. 3º (EDJ 2003/12744); Alicante, secc.4ª, de 16 de enero de 2003, fto. jco.4º (EDJ 2003/48365) que precisa que «la pensión compensatoria constituye una prestación de contenido económico sujeta al principio de libre disponibilidad de la parte».

504 Apunta Cortés Domínguez, V. (en *Los procesos matrimoniales*, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.V., obra coordinada por el mismo autor junto con Moreno Catena, V., ed. Tecnos, Madrid, 2000, p.107) que en materia de procesos matrimoniales rige una dualidad de principios: a) Por una parte, el principio que el mismo adjetiva como inquisitivo en lo que respecta al pronunciamiento constitutivo del estado civil y todo lo que afecte a menores e incapacitados; y b) Por otra parte, el principio dispositivo y de aportación de parte para todo lo que afecta a la adopción de medidas definitivas de carácter patrimonial.

La excepcionalidad del plazo se circunscribe en la dicción legal a la práctica de la prueba, pero no a la proposición[505]. Por tanto, las partes y el Ministerio Fiscal deberán proponer la prueba en la vista (por la remisión del art. 770 LEC al 443.3 LEC). Por el contrario, y respecto al juez, y en aplicación de la disposición general del art. 752.1, II LEC, podrá acordar la práctica de la prueba de oficio en cualquier momento del procedimiento. Ahora bien, en la práctica forense, lo más habitual es que el juez espere el resultado de las pruebas practicadas a instancia de las partes o del Ministerio Fiscal, por lo que el plazo de treinta días no puede reputarse excesivo, antes bien puede resultar de difícil observancia en el dictamen de especialistas del art. 92 CC o en la remisión de documentos solicitados por vía de oficio[506].

4.5.3. Proceso matrimonial consensual (art. 777.4 LEC[507])

El art. 777.4 LEC faculta al juez, en los supuestos en que la documentación aportada por las partes fuera insuficiente, para acordar prueba de oficio que versará sobre la concurrencia de los presupuestos de la separación o divorcio y la procedencia de las medidas o efectos a aprobar en la propuesta del convenio regulador de la separación o el divorcio. Nuevamente debemos analizar los sujetos de la iniciativa probatoria, el objeto y el plazo.

La iniciativa probatoria, en el art. 777.4 LEC, se atribuye a los cónyuges y al juez, sin mención al Ministerio Fiscal. Tal vez, porque en el siguiente apartado 5 del art. 777 LEC se prevé que el juez debe recabar el informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos[508]. En todo caso, debemos reconocer al Ministerio Fiscal también la posibilidad de proponer prueba en aquellos procesos matrimoniales consensuales en lo que tenga que intervenir, por existir hijos menores o incapaces (art. 749.2 LEC).

505 A diferencia de la letra f) de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que establecía un periodo «de proposición y de práctica» común de treinta días, y no sólo para la práctica.

506 Hijas Fernández, E., *Los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Análisis del procedimiento principal*, en «Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», Studia iuridica, núm. 19, CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2003, p. 337) pronosticaba que la dificultad de observancia del plazo de los treinta días, particularmente en el dictamen de especialistas o en oficios dirigidos a entidades, multiplicará los recursos de apelación, «a fin de que, durante la segunda instancia, pueda practicarse aquellas pruebas que, por falta de tiempo, no pudieron realizarse ante el juzgado (artículo 460-2-2ª LEC)».

507 Art. 777.4 LEC: «Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador».

508 Como puede verse en SAP Valladolid, secc. 1ª, de 27 de septiembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/54884) el trámite previsto en el art. 777.5 LEC es de informe del Ministerio Fiscal, sin que de dicho informe se dé un nuevo traslado a la parte actora para alegaciones, ni abrir un incidente contradictorio entre el Ministerio Fiscal y los actores.

La prueba propuesta por los cónyuges se acordará «en su caso» y, por tanto, sujeta a los criterios generales de admisión de prueba, mientras que la prueba acordada por el juez lo será cuando lo *«considere necesaria»*, aun cuando tratándose de un proceso consensual y existiendo un trámite de diez días para completar una documentación insuficiente, lo deseable es que las partes remedien la propia insuficiencia de la documentación.

Tanto la prueba propuesta por las partes, cuanto la acordada *ex officio iudicis* se circunscribe a acreditar la concurrencia de la causa de separación y divorcio y la oportunidad de los efectos del convenio regulador. *Mutatis mutandi* damos por reproducidos los comentarios respecto al objeto de la prueba en el proceso matrimonial contencioso.

El plazo para la práctica de la prueba, sea a instancia del Ministerio Fiscal o de oficio, es de diez días, similar también al plazo para la práctica de la prueba que no puede practicarse en la comparecencia de las medidas provisionales previas (art. 771.3 LEC).

5. Las diligencias finales de oficio

5.1. Naturaleza jurídica

La LEC dedica apenas tres artículos a la regulación positiva de las diligencias finales en los que condensa el momento para acordarlas (art. 434.2 LEC), los supuestos de procedencia (art. 435 LEC) y el plazo para la práctica de diligencias finales y para dictar la sentencia posterior (art. 436 LEC).

No se contiene, por el contrario, una regulación específica del momento y forma de solicitud[509], ni del momento de resolución de las diligencias finales[510], ni de los concretos medios de prueba que podrán acordarse como tales[511] –y ello tanto respecto de las diligencias solicitadas a instancia de parte, cuanto de las acordadas de oficio–. Tal vez porque las preocupaciones fundamentales del legislador hayan sido fijar los presupuestos para adoptar diligencias finales –sea en forma de *«reglas»* (art. 435.1 LEC), sea en forma de *«circunstancias y motivos»* (art. 435.2 LEC)– y fijar el carácter excepcional de las diligencias finales extraordinarias, restringiendo la iniciativa probatoria de oficio.

509 Podrán solicitarse bien en fase de conclusiones (o en la vista, caso de admitirse en el juicio verbal) y de forma oral, o bien dentro del plazo para dictar sentencia y mediante escrito.

510 Las solicitadas en el acto del juicio, deberán resolverse oralmente y de forma motivada en dicho acto, sin perjuicio de su ulterior documentación. Las solicitadas por escrito, y a falta de previsión específica, lo antes posible y, en todo caso, en el plazo máximo de cinco días.

511 El silencio del legislador debe interpretarse como la validez de la práctica de cualesquiera medios de prueba. Superados los recelos respecto a la testifical –que no se admitía en la LEC de 1855 ni en la redacción inicial de la LEC de 1881– ya existía una jurisprudencia pacífica que admitía como diligencia para mejor proveer cualquier medio de prueba.

Las diligencias finales extraordinarias[512], únicas que pueden acordarse de oficio, se pueden configurar como una facultad judicial de complemento probatorio. En efecto, se trata de una: a) Facultad, siquiera excepcional, complementaria y limitada, pues es potestativo del juez la adopción de diligencias finales de oficio; b) Judicial: si bien es cierto que las partes pueden solicitar diligencias finales, no es menos cierto que también, y con observancia de los requisitos del art. 435.2 LEC, el juez puede acordarlas *ex officio iudicis;* c) Complemento: las diligencias finales de oficio pretenden una actividad probatoria complementaria de la desplegada por las partes, sin que en ningún caso la iniciativa probatoria de oficio pueda suplir la inactividad de las partes[513], y d) Probatorio: la facultad judicial versa sobre la prueba y se encamina a que el juez, previa concurrencia de unos requisitos tasados y de modo excepcional, pueda adoptar de oficio pruebas en orden a reforzar su convicción o, en palabras de la STS de 16 de marzo de 1993, aun con referencia a las diligencias para mejor proveer, *«con objeto, bien de formar, bien de completar su convicción respecto de los hechos controvertidos»*[514].

La facultad judicial de acordar diligencias finales extraordinarias reviste los caracteres siguientes: a) Excepcional, pues la regla general es que se acuerden a instancia de parte (art. 435.1 LEC); b) Compartida, pues pueden adoptarse indistintamente de oficio o a instancia de parte (art. 435.2 LEC); c) Limitada o tasada, pues deben concurrir los requisitos que establece el art. 435.2 LEC; d) Abierta en los medios, pues no existe una enumeración de medios que se pueden acordar como diligencia final; e) Reforzada en su motivación, por la necesidad de una motivación específica de los motivos y circunstancias legales para su adopción (art. 435.2 II LEC); f) Recurrible, en reposición; e) Plural, por la posibilidad de acordar más de una diligencia final.

No obstante su carácter restrictivo, constituyen una de las manifestaciones de la iniciativa probatoria de oficio en un proceso inspirado en la vigencia reforzada del principio de aportación de parte.

5.2. Restricción de la iniciativa probatoria de oficio

Las diligencias finales del art. 435.2 LEC han supuesto un debilitamiento efectivo de la iniciativa probatoria de oficio. Debilitamiento, por cuanto las diligencias finales de oficio se contemplan con carácter restrictivo. Efectivo, por cuanto la restricción resulta manifiesta

512 La distinción entre «diligencias finales ordinarias» (las que se pueden acordar sólo a instancia de parte *ex* art. 435.1 LEC) y «diligencias finales extraordinarias» (las que se pueden acordar indistintamente de oficio o a instancia de parte *ex* art. 435.2 LEC) es seguida, entre otros, por autores como Escribano Mora, F. (en «El Proceso Civil», vol. IV, obra coordinada por el mismo autor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 3259) y Hoya Coromina, J. [en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p. 1931].

513 Así lo recordaba constante jurisprudencia, en interpretación de las diligencias para mejor proveer. Entre otras, SSTS 30 octubre 2002, fto. jco. 2.º, y 3 junio 2000, fto. jco. 1.º

514 STS de 16 de marzo de 1993, fto. jco. 4.º.

no solamente por el carácter excepcional de las llamadas diligencias finales extraordinarias, sino también por la sujeción de tales diligencias a un conjunto de requisitos, y finalmente por la exigencia legal de una motivación específica y reforzada, más allá de la genérica de cualquier auto (art. 208.2 LEC), respecto de la concurrencia de los motivos y circunstancias determinantes de su adopción (art. 435.2 II LEC).

El debilitamiento efectivo de la iniciativa probatoria de oficio resulta evidente a partir del carácter excepcional de la diligencia final *ex officio iudicis,* de la fijación de hasta cinco requisitos distintos para su adopción y de la exigencia de un deber de motivar reforzado.

La excepcionalidad de las diligencias finales de oficio, ya evidente a partir de la propia dicción legal del art. 435.2 LEC («Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte.. »), sobre subrayar la iniciativa probatoria de parte, revela, empero, ciertos temores del legislador, tales como la supresión radical de una institución de gran arraigo en el proceso civil español –y también en países de iberoamérica– y la certeza de la imposibilidad que determinadas pruebas se practiquen concentradamente en el acto del juicio[515].

De los cinco requisitos necesarios para acordar diligencias finales extraordinarias, tres de ellos –que verse sobre hechos relevantes alegados en su momento oportuno, la frustración de las diligencias de prueba anteriores y la desaparición de las circunstancias impeditivas de la prueba– son obvios; el cuarto –que la frustración de la prueba anterior sea independiente de la voluntad y diligencia de las partes– puede generar dudas interpretativas; y el quinto y último de ellos –que el juez tenga motivos fundados que las nuevas diligencias de prueba aportarán certeza[516]– consiente un excesivo margen de discrecionalidad judicial que puede comportar inseguridad jurídica.

El deber de motivar reforzado, que trasluce el adverbio *«detalladamente»* en el párrafo segundo del art. 435.2 LEC, comprende tanto la concurrencia de las razones por las que han desaparecido los impedimentos anteriores de la práctica de la prueba («circunstancias»), cuanto las razones que cree el juez para creer que las nuevas pruebas podrán aportar certeza («motivos»), siendo esto último difícilmente objetivable y controlable en términos de impugnación pues tal certeza radica en la mente de cada juez.

El carácter restrictivo de las diligencias finales de oficio puede paliarse mediante una interpretación conforme al derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), singularmente en su proyección del derecho a la práctica de las pruebas admitidas y no practicadas por causas ajenas a la voluntad de las partes.

---

515 El art. 309.2 LEC remite necesariamente a la fase de diligencias finales el interrogatorio de una persona jurídica cuyo legal representante no haya intervenido personalmente en los hechos y el art. 315. 2 LEC también remite a la fase de diligencias finales el interrogatorio «en casos especiales» (Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u otro organismo público), en el supuesto que, tras las respuestas escritas, la representación procesal de la parte interrogada justificare no poder ofrecer respuestas a las preguntas complementarias que formule la adversa.

516 Vázquez Sotelo, J. L. [*Diligencias finales,* en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 549 y 556] tilda este requisito de «cabalístico».

5.3. Ámbito de la iniciativa probatoria de oficio

El ámbito de la iniciativa probatoria de oficio puede delimitarse positiva y negativamente. En sentido positivo, se discute si son sólo admisibles como diligencias finales extraordinarias las pruebas ya propuestas, o también pueden serlo las pruebas no propuestas. Quienes restringen las diligencias finales de oficio a las pruebas ya propuestas argumentan que el legislador las configura como una repetición de actos de prueba frustrados. Por el contrario, quienes sostienen que también cabe acordar como diligencias finales de oficio pruebas no propuestas por las partes aducen que su fundamento radica en la «insatisfacción de la prueba practicada»[517].

En nuestra opinión serán admisibles como diligencias finales extraordinarias de oficio las siguientes: a) Las pruebas no propuestas por las partes; b) Las pruebas propuestas y no admitidas; c) Las pruebas admitidas y no practicadas; y d) Las pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia. Tal vez el supuesto más difícil de razonar sea el relativo a la adopción como diligencia final de oficio de pruebas no propuestas, no admitido por la doctrina mayoritaria, y que choca con los términos restrictivos que se deduce de la propia Exposición de Motivos de la LEC[518].

Para ello es necesario tener en cuenta que la finalidad de las diligencias finales es contribuir a formar –o, en su caso, reforzar– la convicción judicial, por lo que debe bastar la concurrencia de los requisitos del art. 435.2 LEC, con independencia de que la prueba haya sido o no propuesta por las partes. Además, el juicio sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba en la fase de proposición (audiencia previa o vista) y en la fase de diligencias finales pueden concurrir circunstancias distintas, y una prueba no propuesta en fase de audiencia previa puede resultar decisiva en fase de diligencias finales. Finalmente, debe efectuarse una interpretación amplia y conforme al art. 24.2 CE de la normativa probatoria en orden a la mejor convicción judicial. La propia ambigüedad de la dicción legal («.. que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes.. ») permite interpretar que ese *«de nuevo pruebas»* no significa necesariamente las mismas pruebas, sino más bien la posibilidad de un segundo momento o fase probatoria[519]. Todos estos argumentos nos permiten afirmar que, aun en el supuesto de pruebas no propuestas, se pueden acordar como diligencias finales de oficio. En todo caso, y aun pudiéndose acordar como diligencia final una prueba inicialmente no propuesta por las partes, será necesario que éstas hayan desplegado una

517 Martín Ostos, J. S., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ed. Lex Nova, Valladolid, p.2191.

518 En la Exposición de Motivos de la LEC, epígrafe XII, párrafo undécimo, se anticipa que «[..] como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de prueba, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causa ajena a la parte que las hubiera propuesto».

519 En sentido contrario, Illescas Rus, A.V. *(La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil,* Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p.356) para quien «de nuevo» equivale a «otra vez» o «una vez más»; y Etxeberria Guridi, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.375.

mínima actividad probatoria, pues las diligencias finales de oficio no pueden suplir la inactividad, desidia o desinterés de las partes.

En sentido negativo y, por tanto, excluidas de la iniciativa probatoria de oficio se hallan: a) Las llamadas diligencias finales ordinarias (art. 435. 1 LEC) que exigen como condición necesaria la previa instancia de parte; b) Los supuestos en que la diligencia final versa sobre hechos irrelevantes, esto es, no decisivos en términos de la sentencia; c) Los supuestos en que la diligencia final versa sobre hechos no alegados oportunamente; d) Los supuestos en que la prueba versa sobre hechos cuyas pruebas anteriores no fueron conducentes y que no hayan desaparecido las causas que impedían a las pruebas desplegar su eficacia, y e) Los supuestos en los que el juez tenga dudas racionales para creer que las nuevas actuaciones de prueba le permitirán adquirir certeza sobre los hechos controvertidos.

En realidad, para delimitar el ámbito negativo de las diligencias finales de oficio, basta añadir a los supuestos de las diligencias finales ordinarias (art. 435.1 LEC) una interpretación *a contrario sensu* de los requisitos exigidos para la adopción de diligencias finales extraordinarias (art. 435.2 LEC).

El carácter restrictivo de las diligencias finales de oficio ha comportado que la doctrina mayoritaria no admita su viabilidad en segunda instancia, a pesar de ello en alguna resolución aislada (voto particular al auto de AAP Pontevedra de 28 de mayo de 2010) se aducen sólidos argumentos a favor de su oportunidad, particularmente cuando en la instancia se han practicado dictámenes periciales absolutamente contradictorios y el tribunal carece de elementos de contraste para averiguar cúal de ellas es errónea. En tales supuestos la práctica de un dictámen pericial de oficio en la segunda instancia aparece como un remedio para paliar la frustración probatoria ajena a la voluntad y circunstancias de las partes, y dicha posibilidad ni aparece prohibida ni aparece excluida en la LEC[520].

5.4. Presupuestos y límites

La iniciativa probatoria de oficio, tanto en la adopción de diligencias finales extraordinarias como en cualquier otro supuesto, no es absoluta, sino que está sujeta a un presupuesto, dos límites fundamentales y una garantía[521].

El presupuesto comporta que las partes, en observancia del principio de aportación de parte, hayan desarrollado una cierta actividad probatoria, de modo que el juez no puede

520 Puede verse el AAP Pontevedra de 28 de mayo de 2010, y sobre todo el voto particular del Magistrado Dº Julio Picatoste Bobillo, favorable a la adopción de una prueba pericial de oficio en la segunda instancia; y nuestro comentario, junto con el de Picó i Junoy, J., en *Viabilidad de las diligencias finales de oficio en la segunda instancia*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010, en Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y 15.

521 Para un desarrollo amplio del alcance y fundamento de tales límites puede verse Picó i Junoy, J., *Los principios del nuevo proceso civil*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. I, ob. cit., pp. 38 y ss.

suplir su inactividad, desidia o desinterés, de conformidad con una jurisprudencia, ya muy consolidada, respecto de las diligencias para mejor proveer[522].

Los límites son la no introducción de hechos distintos de los alegados por las partes, en observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte, y la no utilización de fuentes distintas de las obrantes en autos, en observancia del deber de imparcialidad judicial. Y la garantía consiste en la intervención preceptiva de las partes en las pruebas acordadas de oficio, en observancia de los principios de contradicción y defensa.

La imposibilidad de utilizar fuentes distintas de las obrantes en autos y la necesidad de observar la audiencia y contradicción ya se recogían expresamente en la regulación de las diligencias para mejor proveer, tras la reforma de 6 de agosto de 1984. Así, y respecto de la prueba testifical, se restringía la posibilidad de diligencias para mejor proveer a los testigos cuyo *«nombre conste en autos, aun cuando fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes»* (art. 340.4.º LEC 1881)[523].Y la necesidad de audiencia y contradicción se salvaba con la exigencia legal que *«en la práctica de estas diligencias se dará intervención a las partes»* (art. 340 *in fine* LEC 1881), cuya omisión era motivo de nulidad de actuaciones[524].

La normativa de las diligencias finales contempla expresamente el límite derivado de la imposibilidad de introducir hechos distintos de los alegados por las partes, al exigir que las diligencias finales extraordinarias versen sobre *«hechos relevantes, oportunamente alegados»* (art. 435.2 LEC), mandato dirigido al juzgador para que se abstenga *motu propio* de introducir hechos no alegados por las partes.

La garantía de la necesidad de defensa y contradicción aparece implícita en la remisión a las normas generales de la práctica de cada uno de los medios de prueba. Las pruebas acordadas de oficio deberán practicarse *«en la forma establecida para las pruebas de su clase»* (art. 436.1 LEC) y, por ende, con observancia de la contradicción e intervención de las partes, como se deduce de las disposiciones generales sobre la práctica de la prueba (arts. 289.1 y 291.2 LEC).

Por el contrario, el límite derivado de la no utilización de fuentes de prueba distintas de las obrantes en autos es ignorado en la regulación de las diligencias finales. Tal vez porque el legislador aparece más preocupado por recoger el carácter excepcional de las diligencias finales de oficio, que en delimitar los necesarios y debidos límites de una prueba acordada *ex officio iudicis.*

522 Entre otras muchas, SSTS de 30 de octubre de 2002, fto. jco. 2.º; de 3 de junio de 2000, fto. jco. 1.º, y de 8 de febrero de 2000, fto. jco. 1º.

523 Ello no obstante, el límite derivado de la no utilización de fuentes distintas de las obrantes en las actuaciones no se recogía tan claramente respecto otros medios de prueba, como la documental (art. 340.1.º LEC 1881) o la pericial y reconocimiento judicial (art. 340.3.º LEC 1881).

524 Entre otras, SSTS de 24 de julio de 1998, fto. jco. 1.º, y 20 de julio de 1991, fto. jco. 1º.

5.5. Críticas

La regulación positiva de las diligencias finales ha sido objeto de críticas desde puntos de vista dispares. Los defensores a ultranza del principio de aportación de parte y de su proyección en todas las fases del proceso critican que en la fase final del juicio, siquiera bajo la fórmula excepcional de las diligencias finales extraordinarias, se haya reconocido aún una limitada iniciativa probatoria de oficio. Ello se estima innecesario y de difícil encaje en el juicio ordinario y sus principios inspiradores (aportación de parte, concentración y oralidad), todo lo cual desemboca, según estos autores, en una indefinición del modelo de proceso civil, como ya ha recogido alguna resolución judicial[525]. Además, y desde esta perspectiva, se considera ya se había reconocido una facultad de iniciativa probatoria al juez con la previsión del art. 429.1 II y III LEC, que, como es sabido, le otorga la doble facultad de indicación de insuficiencia probatoria y, en su caso, de proposición de prueba.

En el otro extremo, los defensores de una mayor iniciativa probatoria de oficio, contemplan la desaparición de las diligencias para mejor proveer y su substitución por las diligencias finales como una restricción de la iniciativa probatoria de oficio, que aparece condicionada bien a la previa instancia de parte (art. 435.1 LEC), bien a la concurrencia de un conjunto extraordinario de requisitos (art. 435.2 LEC), alguno de ellos de muy difícil interpretación.

No solamente se considera que la regulación de las diligencias finales es restrictiva o un retroceso histórico, sino que algunos de los requisitos del art. 435.2 LEC (en particular, la creencia en que las nuevas actuaciones de prueba van a producir certeza sobre los hechos relevantes) van a producir una mayor arbitrariedad judicial y una mayor inseguridad jurídica.

Desde esta perspectiva, se aduce que las dilaciones en la Administración de Justicia no se palian, ni siquiera se mitigan, con la desaparición de las diligencias para mejor proveer, sino que obedecen a factores históricos, orgánicos y estructurales de mayor calado.

En mi parecer, bajo la regulación de las diligencias finales subyace el intenso debate doctrinal sobre la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil, que se aleja de la realidad y práctica forense, en la que una iniciativa probatoria de oficio, que no pude suplir la inactividad de la parte, pero si completarla, se convierte en deseable y, a veces conveniente, para la mejor formación de la convicción judicial.

6. La intervención judicial durante la práctica de la prueba

El juez puede participar activamente durante la práctica de la prueba. El necesario y principal protagonismo de las partes en esta fase no excluye el del juez. Adviértase que el

525 En la SAP Lugo, Secc. 1.ª, de 29 de mayo de 2002, fto. jco. 2.º, se afirma que con la regulación del art. 429.1 II LEC y de las diligencias finales a instancia de parte, pero al mismo tiempo excepcionales y de oficio «existe una indeterminación de modelo de proceso, que algunos autores califican de esquizofrénica».

proceso es un instrumento de diálogo para una adecuada determinación de la certeza de los hechos controvertidos. En ese *iter* dialogal corresponde a las partes la facultad y carga de proponer los medios de prueba. Y el juez tiene no sólo el deber de admitir o inadmitir las pruebas, sino también facultades directivas durante la práctica de la prueba.

Franquear el juicio de admisión permite la fase de práctica de las pruebas, en la que el juez tiene una intervención diversa, amplia y heterogénea. Diversa, porque comprende iniciativas probatorias, deberes judiciales y facultades judiciales de dirección material. Amplia, porque la Ley Procesal Civil reconoce y ampara un notable protagonismo judicial, siquiera en una regulación dispersa y fragmentada. Y heterogénea, porque responde a finalidades variadas: desde el control de la legalidad de las pruebas propuestas (intervención judicial como manifestación de un deber), hasta la introducción de material probatorio en las actuaciones (intervención judicial como manifestación de una iniciativa probatoria de oficio), pasando por simples facultades de «gestión» probatoria (intervención judicial como manifestación de una facultad de dirección material de la actividad probatoria).

6.1. Como manifestación de una facultad material de dirección

La intervención judicial se traduce, en la mayoría de ocasiones, en una facultad material de dirección, en virtud de la cual el juez adopta determinadas prevenciones en orden a la práctica de la prueba (ej. acordar el interrogatorio domiciliario –arts. 311.1 y 364 LEC–, la decisión sobre la provisión de fondos en el dictamen de peritos –art. 342.3 LEC–; o la facultad de acordar la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el pericial –art. 356.1 LEC–). Su fundamento radica en las facultades, unas veces a instancia de parte y otras de oficio, que se confieren al juez para dirigir el desarrollo de la práctica de la prueba. Ordinariamente incidirá en aspectos circunstanciales (de modo, lugar u orden) de la práctica de la prueba.

6.2. Como manifestación de un deber

Otras veces constituye la observancia de un deber legal, en orden al control de la legalidad en la admisión y práctica de los medios de prueba (ej. repeler las preguntas inútiles –arts. 306.1 y 368.2,II LEC–; la declaración de pertinencia de las preguntas en el interrogatorio de las partes y de testigos en supuestos con «pliego» de preguntas –arts. 313, 315 y 364 LEC–; la valoración sobre si el menor de catorce años tiene discernimiento necesario para declarar como testigo –art. 361, II LEC–; la inadmisión de documentos y dictámenes aportados extemporáneamente –arts. 269 y 272 LEC–). Este deber judicial se traduce en garantizar que las preguntas del interrogatorio de las partes y de testigos se ajusten a los parámetros de pertinencia, que los testigos tengan capacidad necesaria para testificar y que los documentos y dictámenes se aporten en su momento procesal oportuno.

Es un deber necesario, inexcusable y fundamental. Necesario, puesto que no es facultativo del juez, antes bien imperativo. Inexcusable, puesto que no está sujeto a ninguna eventualidad sobre el desarrollo de la práctica de la prueba. Y fundamental, puesto que no

complementa la actividad probatoria de las partes, antes bien, a menudo la permite (ej. declaración de pertinencia de preguntas) o la impide (ej. declaración de impertinencia de preguntas o inadmisión de documentos y dictámenes aportados extemporáneamente).

6.3. Como manifestación de iniciativa probatoria de oficio

En ocasiones la intervención judicial durante la práctica de la prueba puede convertirse en una manifestación de la iniciativa probatoria de oficio. Al inicio de este capítulo he apuntado la necesidad de reparar en el conjunto de las cargas de las partes y de las facultades y deberes judiciales para delimitar el alcance de la iniciativa probatoria de oficio. Ahora me permito añadir, que no podemos ceñirnos exclusivamente a la fase de proposición de los medios de prueba.

Existen, en efecto, facultades judiciales durante la práctica de la prueba que permiten la introducción de material probatorio. A título de ejemplo, la facultad judicial de solicitar aclaraciones y adiciones a las partes y a los testigos (arts. 306.1, II y 372.2 LEC); la facultad judicial de formular preguntas y requerir explicaciones del perito en el juicio o la vista (art. 347.2 LEC) o la iniciativa para determinar la amplitud del reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC). La regulación de tales facultades judiciales es dispersa, pues el legislador no atiende tanto a la iniciativa del juez, cuanto al procedimiento para la práctica de cada uno de los medios de prueba. Pero no por ello dejan de ser una plasmación de la iniciativa probatoria de oficio.

Esta iniciativa probatoria de oficio durante la práctica de las pruebas es facultativa, eventual y complementaria. Facultativa, puesto que no existe un imperativo o deber judicial de intervenir. Eventual, puesto que dependerá de las circunstancias concretas en que se haya desarrollado o vaya a desarrollarse la práctica de la prueba y de que el juez estime necesaria su intervención. Y complementaria, puesto que, de ordinario, la actuación judicial completará una previa intervención de la partes en la práctica de la prueba.

Analizaremos, a continuación y separadamente, las previsiones que responden a la intervención judicial como manifestación de una iniciativa probatoria de oficio.

Respecto del interrogatorio de las partes y de testigos, el juez podrá solicitar aclaraciones y adiciones a sus respectivas declaraciones (arts. 306.1, II y 372.2 LEC), acordar de oficio el careo entre testigos (art. 373.1 LEC), así como entre las partes y los testigos (art. 373.2 LEC) y, finalmente, la cita de la persona cuyo testimonio se estime útil y pertinente en el caso del interrogatorio de las personas jurídicas y entidades públicas (art. 381.3 LEC).

Respecto al dictamen de peritos, y desaparecida la necesidad imperativa de contradicción prevista en la LEC de 1881 (arts. 627 y 628), la intervención judicial se traduce en la triple posibilidad de acordar la presencia del perito al acto del juicio o vista (arts. 338.2 y 346 LEC), de formularle preguntas y explicaciones (art. 347.2 LEC) y, si el perito hubiera sido designado de oficio, de ampliar el dictamen pericial (art. 347.2 LEC).

Finalmente, respecto del reconocimiento judicial el juez podrá determinar su amplitud (art. 353.2 LEC), acordar de oficio oír las declaraciones u observaciones de prácticos

(art. 354.3 LEC) y la realización del interrogatorio para el reconocimiento de personas (art. 355.1 LEC).

6.3.1. La solicitud de aclaraciones y adiciones a las partes y a los testigos (arts. 306. 1, II[526] y 372.2[527] LEC)

La solicitud de aclaraciones y adiciones, con idéntica redacción en el interrogatorio de las partes y el de testigos, desprovista de los términos imperativos del ALEC[528] –ya suavizados en el PLEC[529]–, y despojada del elemento finalístico de la búsqueda de la verdad del art. 588 LEC/1881[530], permite al juez la obtención de elementos probatorios que, previamente intentados por las partes, no han resultado, a juicio del juez solicitante, precisados de modo suficiente.

Su ámbito se reduce a las llamadas «preguntas aclaratorias o complementarias»[531], sin posibilidad de formular «nuevas preguntas»[532] (esto es, sobre hechos nuevos), como

526 Art. 306.1, II LEC: «Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar».

527 Art. 372.2 LEC: «Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo».

528 El art. 357.1 (interrogatorio de las partes) y el art.424.2 (interrogatorio de testigos) del ALEC, en línea similar con los arts. 454. II y 533.II, pfo. 2º, del Proyecto de Profesores de 1974 parecían recoger, a la vista sus términos imperativos, un deber judicial antes que una facultad al disponer: «Una vez que se haya respondido a las preguntas contenidas en el pliego del interrogatorio, el tribunal exigirá del declarante las aclaraciones y adiciones que repute conducentes para determinar los hechos y, si lo creyese necesario, le formulará nuevas preguntas».

529 El art. 307.1 II (interrogatorio de las partes) y el art. 375.3 (interrogatorio de testigos), ambos del PLEC, recogen una redacción más matizada, que plasman ya los vigentes arts. 306.1, II y 372.3 LEC, pues la redacción imperativa («el tribunal exigirá») se sustituye por una facultativa («podrá el tribunal interrogar»).

530 En el art. 588, II LEC 1881 la intervención del tribunal iba dirigida «a la averiguación de la verdad de los hechos».

531 Cremades Morant, J., en «LEC XX Comentada», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D. (coords.), ed. Sepin, Madrid, 2000, pp. 732 y 765; Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 306 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1450; Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 306 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1824, 1825 y 2000; Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 306 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2313; Montero Aroca, J. (*La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 194, 308 y 385) para quien, además, el formular preguntas autónomas respecto las de las partes «es contrario a la imparcialidad judicial».

532 En este sentido Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario a los arts. 302 a 307 LEC*, «Proceso Civil Práctico», t.IV, ob. cit., pp. 369 y 936; Samanes Ara, C., *Comentario al art. 306 LEC*, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob.cit., p.1084; Villagómez Cebrián, M., *La prueba*, «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.), ed. Tecnos, Madrid, 2000, p.81. Con respecto al interrogatorio de testigos Gómez Colomer, J. L. *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en

pretendían algunas enmiendas parlamentarias[533]. Así se deduce de una interpretación literal de los arts. 306.1, II y 372.2 LEC, y particularmente de la supresión del último inciso del art. 357.1 ALEC («.. y, si lo creyera necesario, le formulará nuevas preguntas»). La iniciativa judicial, por ende, puede contribuir a precisar las respuestas del declarante, completar las inconcluyentes, evidenciar las ambiguas, evitar las evasivas o resaltar las contradictorias.

La LEC no precisa si tal intervención debe ser al final del interrogatorio o puede ser en cualquier momento. Si bien ante una respuesta inconcluyente, el juez puede intentar una precisión inmediata –y esta es una de las ventajas del juego de la «oralidad»[534]–, lo más razonable es esperar que las partes hayan finalizado su interrogatorio[535]. Tampoco exige que la solicitud de «aclaraciones y adiciones» se efectúe en sentido afirmativo (art. 302.1 LEC), por lo que el juez podrá formular preguntas directas que, por su propia naturaleza, permiten mayor firmeza aclaratoria.

6.3.2. Acordar de oficio careos entre testigos (art. 373. 1[536] LEC)

Superando el silencio de la LEC de 1881, que no regulaba el careo entre testigos, y la

---

«La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, CGPJ, 2000, p.275; Jiménez Conde, F., *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Gómez Colomer, J. L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.224.

No faltan posiciones intermedias que distinguen entre las aclaraciones a preguntas ya formuladas y las adiciones con posibilidad de nuevas preguntas. Así Gutiérrez Sanz, Mª. R., *Comentario al art. 372 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1246; y Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 372 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1723.

533 Pueden verse las enmiendas núms. 337, 870 y 1.535 (*Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t.I, pp. 272, 445 y 621, respectivamente). En la doctrina Chozas Alonso, J. M. (*La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, 1ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2001, p.117) se muestra partidario que el juez «pueda dirigir a los testigos *ex officio* las preguntas que considere convenientes» y lo justifica en el sinsentido de limitar la iniciativa probatoria en la práctica de la prueba cuando el juez goza de la facultad del art. 429.1, II y III LEC en la fase de proposición.

534 Villagómez Cebrián M., *La prueba*, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.88. Con respecto al interrogatorio de testigos, Chozas Alonso, J. M., *La prueba de interrogatorio..* , ob. cit., p.117; AAVV. *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero*, edit. La Ley, Madrid, 2001, p.172; Etxeberría Guridi, J. F., *Las facultades judiciales..* , ob. cit., p.354.

535 Cremades Morant, J., en «LEC XX Comentada», vol. I, ob. cit., pp. 732; Fernández Urzainqui, F.J., en *Comentario al art. 306 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1450; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.194; Rifá Soler, J. Mª., en *Comentario al art. 372 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1723; Villagómez Cebrián, M., *La prueba*, en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ob. cit., p.81. Con respecto al interrogatorio de testigos Jiménez Conde, F. (*Interrogatorio de testigos..* , ob. cit., p.224) se muestra partidario de esperar al final, «siempre que ello no frustre la finalidad que con la iniciativa del juez se intenta alcanzar».

536 Art. 373.1 LEC: «Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo».

restricción inicial del art. 425 ALEC y del art. 376 PLEC[537], que reservaban exclusivamente a las partes la facultad de solicitar un careo entre testigos, el art. 373.1 LEC permite acordar careos entre testigos, tanto de oficio cuanto a instancia de parte.

Con antecedentes en el proceso penal, donde ya existía en los arts. 455 y 713 Lecrm., se introduce, por vez primera en el proceso civil, esta «actuación» –así la califica literalmente el art. 373.3 LEC, de carácter potestativo[538], excepcional[539] y subsidiaria respecto de otros medios de prueba[540]. Dicha actuación, de práctica restrictiva[541] y de eficacia normalmente limitada[542], cuando no prácticamente nula[543], se asimila más a una diligencia complementaria de prueba, que a un medio de prueba *strictu sensu*[544].

Para acordar un careo es necesario que «los testigos incurran en graves contradicciones» (art. 373.1 LEC), que pueden poner de manifiesto indistintamente las partes y el propio juez[545], siquiera, como apunta algún autor, parece lo más razonable que sea el juez, si

537 También el art. 534 del Proyecto de Profesores de 1974 limitaba el careo a la solicitud de partes. La Enmienda núm. 381 del Grupo Socialista del Congreso, que ya contemplaba la alternativa que el careo fuera solicitado a instancia de parte o de oficio (*Trabajos Parlamentarios..* , t.I, ob. cit., p.285), fue recogida en forma de enmienda transaccional en el informe de la Ponencia, y así figura ya en el Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*Trabajos..* , t.I, ob. cit., p.1557).

538 SSTS de 6 de noviembre de 1989, fto. jco. 1º (EDJ 1989/9845); de 17 de junio de 1990, fto. jco. 2º (EDJ 1990/6435); de 18 de noviembre de 1992, fto. jco. 1º (EDJ 1992/11401).

539 SSTS de 2 de abril de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/7723); de 4 de octubre de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/43705); de 4 de abril de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/8249); de 11 de noviembre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/26936); de 19 de enero de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/235); ATS de 21 de julio de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/43664).

540 SSTS de 30 de octubre de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/35487); de 13 de febrero de 1999, fto. jco. 4º (EDJ 1999/610); de 18 de julio de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/19864); de 19 de enero de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/235); de 29 de abril de 1991, fto. jco.2º (EDJ 1991/4403).

541 STC de 7 de mayo de 1984, fto. jco. 4º (EDJ 1984/55).

542 SSTS de 4 de octubre de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/43705); de 11 de noviembre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/26936); de 12 de diciembre de 1996, fto. jco. 5º (EDJ 1996/9423); de 19 de enero de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/235); de 29 de abril de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/4403); ATS de 21 de julio de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/43664).

543 STS de 4 de abril de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/8249). En alguna sentencia de la Sala 2ª se alude incluso al «dudoso carácter probatorio del careo en el proceso penal moderno» (STS de 13 de febrero de 1999, fto. jco. 4º, EDJ 1999/610).

544 SSTS de 2 de abril de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/7723); de 13 de noviembre de 2000, fto. jco. 3º (EDJ 2000/38947); de 1 de julio de 1999, fto, jco. 3º (EDJ 1999/16979); de 11 de noviembre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/26936); de 12 de diciembre de 1996, fto. jco. 5º (EDJ 1996/9423); de 29 de abril de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/4403). Para Montero Aroca, J. (*La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.311) su singular naturaleza como medio «de fijación de la credibilidad» es lo que permite su adopción de oficio.

545 En este sentido Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 373 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2664.

es él quien solicita el careo, y las partes, si lo han interesado ellas[546]. La iniciativa en la práctica de la prueba y la evidencia de la contradicción debe corresponder a quien la solicite.

Dada la parquedad de la regulación legal y la carga de tensión psicológica que comporta este «enfrentamiento dialéctico»[547] –o, si se prefiere, este «contraste entre dos testimonios»[548]–, la intervención judicial puede ser decisiva en varios extremos: a) Instruir a los testigos sobre el modo de practicar el careo; b) Fijar el turno de intervenciones, y señalar el testigo que debe intervenir en primer lugar; c) Ordenar los extremos sujetos a contradicción; d) Procurar que los testigos guarden el respeto debido, que no se interrumpan[549] y que la diligencia no degenere «en mutuas acusaciones»[550]; e) Neutralizar los «riesgos de enfrentamiento dialéctico»[551]; f) Adoptar las prevenciones necesarias para que los testigos no se comuniquen; g) Fijar el modo de proceder, en el supuesto de someterse a careo más de dos testigos, siquiera es preferible limitar la confrontación a dos de ellos[552]; i) Percibir las actitudes o explicaciones de los careados[553].

6.3.3. Acordar de oficio careos entre testigos y partes (art. 373.2[554] LEC)

Si bien el art. 376 PLEC limitaba el careo entre partes y testigos a la previa instancia de parte[555], el art. 373.2 LEC permite acordarlo también de oficio. El uso del adverbio

546 Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 373 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p. 2001.

547 La STS de 2 de abril de 2001, fto. jco.2º (EDJ 2001/7723) lo define como una «confrontación directa entre dos declarantes que sobre el mismo hecho ofrecen dos versiones distintas».

548 STS de 19 de enero de 1990, fto. jco. 1º (EDJ 1990/338).

549 En el mismo sentido, puede verse el art. 306.2 LEC respecto al llamado «interrogatorio cruzado» entre las partes y el art. 454 Lecrm.

550 STS de 13 de julio de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/20175).

551 STS de 12 de diciembre de 1996, fto. jco. 5º (EDJ 1996/9423).

552 La SAP Las Palmas, secc. 1ª, de 15 de febrero de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/8085), aún con referencia al art. 451 Lecrm., señala que la «regla general es que los careos se practiquen entre dos personas». Sobre la necesidad que el careo se practique con el menor número de personas puede verse: Gutiérrez Sanz, Mª. R., *Comentario al art. 373 LEC*, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1251; y Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 373 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1725.

553 La STS de 18 de julio de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/19864) razona que su «finalidad es determinar su valor mediante la aclaración de las discordancias existentes entre ellas, a fin de poder el Juzgador mejor formar su convicción a la vista de las explicaciones y actitudes que los careados faciliten o adopten».

554 Art. 373.2 LEC: «También podrá acordarse de que, en razón de las respectivas declaraciones, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos».

555 La ya citada Enmienda núm.381 del Grupo Socialista en el Congreso preveía la posibilidad que el careo entre partes y testigos fuera acordado de oficio o a instancia de parte (*Trabajos..* , t.I, ob. cit.,

«también», que encabeza el apartado segundo del art. 373 LEC, seguido de la forma impersonal «podrá acordarse», permite inferir que el careo en partes y testigos podrá acordarse indistintamente a instancia de parte o de oficio.

Aun cuando en la dicción legal se alude al careo entre «las partes [en plural] y alguno o algunos testigos» también puede practicarse con cualquiera de las partes, no simultáneamente con ambas. Y, aun cuando lo habitual es que el careo se practique entre una de las partes y los testigos que han depuesto a instancia de la contraria, nada impide que se sometan al careo la parte y los testigos que han declarado a su instancia, si ello fuera menester a tenor de «las respectivas declaraciones» (art. 373.2 LEC)[556].

A diferencia del careo entre testigos, el careo entre partes y testigos no precisa ya de la existencia de «graves contradicciones» en sus declaraciones (art. 373.1 LEC), ni siquiera de la existencia de discrepancias, aunque tal vez ello sea un presupuesto en la práctica de cualquier careo[557]. Otra diferencia es que las partes presencian la declaración del testigo, mientras que éste no presencia el interrogatorio de aquélla.

La iniciativa probatoria deberá actuarse con mayor cautela, dado que al carácter subsidiario del careo, se añade la distinta posición procesal entre partes y testigos, los distintos deberes en orden a decir verdad –puesto que a los testigos, a diferencia de las partes, se les exige el juramento o promesa de decir verdad (art. 365.1 LEC)–, y finalmente las distintas reglas en orden a la valoración probatoria –puesto que la declaración del testigo será valorada conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC), mientras que a la parte se le tendrán por ciertos el reconocimiento de los hechos personales y que le perjudiquen (art. 316.1 LEC)[558]–.

---

p.285) y así fue recogido en el texto definitivo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (*Trabajos..* , t.I, ob. cit., p.1557).

556 Muñoz Sabaté, LL. (*Fundamentos..* , ob. cit., p.365) llega a la conclusión «que resulta del todo indiferente la procedencia de unos y otros declarantes» en la práctica del careo y lo justifica en el principio de hermenéutica *ubi lex non distingure, nec nos debemus distinguire* y en el principio de la comunidad de la prueba.

557 Rifá Soler, J. Mª., (*Comentario al art. 373 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1725) justifica los menores requisitos del careo entre partes y testigos con respecto del careo entre testigos en la distinta posición de las partes y los testigos en el proceso, pues a los primeros no se les exige juramento de decir verdad y se pueden fijar los hechos que les resulten perjudiciales. En sentido contrario, defienden que el careo entre partes y testigos precisa de la existencia de graves contradicciones, y por orden alfabético, Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario a los artículos 370 a 373 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.IV, ob. cit., p.957; Chozas Alonso, J. M, *La prueba de interrogatorio de testigos..* , ob. cit., p.119; de la Oliva A., con Díez-Picazo Giménez, I. (*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p.324); Etxeberría Guridi, J. F., *Las facultades judiciales..* , ob. cit., p.356.

558 En este sentido Chozas Alonso, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos…*, ob. cit., p.119; de la Oliva Santos, A. con Díez-Picazo Giménez, I. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., p.325; Jiménez Conde, F., *Interrogatorio..* , ob. cit., p.233; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.311.

6.3.4. La cita de las personas cuyo testimonio sea pertinentes y útil en declaraciones de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381. 3[559] LEC)

Ya prevista en el art. 383.3 PLEC[560], permite de oficio –también a instancia de parte–, citar a las personas cuyo testimonio el tribunal estime útil en la novedosa declaración de personas jurídicas y entidades públicas.

El art. 381 LEC concede una amplía y decisiva intervención al juez[561], a saber, el juicio sobre la pertinencia y utilidad de la prueba propuesta (art. 381.2, II LEC), el requerimiento a la persona o entidad pública para que remita por escrito su informe (art. 381.1 y 2, III LEC), la concreción de los extremos objeto del informe (art. 381.2, II LEC), la fijación del plazo para contestar el requerimiento y remitirlo al tribunal (art. 381.2, II LEC) y la posibilidad de suspender el curso del procedimiento (art. 381.2, II LEC).

Como manifestación de una iniciativa probatoria de oficio, la intervención relevante es la posibilidad del juez de citar a la persona o personas físicas que crea conveniente para aclarar o completar las respuestas de la persona jurídica o entidad pública (art. 381.3 LEC)[562]. La solicitud de la declaración de las personas jurídicas o entidades públicas se reserva a las partes, pero una vez prestada y de advertirse respuestas oscuras o incompletas, el juez de oficio –también a instancia de parte– puede acordar directamente la comparecencia al acto del juicio o de la vista de aquella persona cuyo testimonio estime útil.

Semejante posibilidad guarda semejanza con la facultad judicial, ya comentada, de interesar «aclaraciones y adiciones» del testigo (art. 372.2 LEC), siquiera la alternativa legal de «aclarar o completar, si fuera oscura o incompleta, la declaración de la persona jurídica o entidad» (art. 381.3 LEC) permite una intervención judicial más amplia que en el interrogatorio de testigos. En parte porque el art. 381.3 LEC autoriza que sea citado a declarar no solamente el representante de la persona jurídica o entidad pública o el autor del informe, sino cualesquiera cuyo testimonio «pueda resultar pertinente y útil».

559 Art. 381.3 LEC: «A la vista de las respuestas escritas [a cargo de personas jurídicas y entidades públicas], o de la negativa u omisión de éstas, el tribunal podrá disponer, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, mediante providencia, 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. También podrá admitir, a instancia de parte, cualquier prueba pertinente y útil para contradecir tal declaración».

560 Una enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida en el Congreso proponía una adición al entonces art. 383.3 PLEC en el sentido que «si no era posible o efectiva la citación del responsable para la comparecencia se pueda acordar como diligencia final» (*Trabajos Parlamentarios*…, t.I, ob. cit., p.630).

561 En el mismo sentido Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 381 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.IV, ob. cit., p.1013.

562 Etxeberría Guridi, F.J., *Las facultades judiciales.*. , ob. cit., p.357, advierte en la iniciativa concedida al juzgador «un mecanismo corrector en pos de garantizar la contradicción y la efectiva igualdad de las partes».

6.3.5. Acordar de oficio la presencia de peritos en el juicio o la vista (arts. 338.2[563] Y 346[564] LEC)

Superando la imprevisión del art. 339 PLEC y del art. 347 PLEC[565], los arts. 338.2 y 346 LEC permiten al juez acordar la presencia de peritos en el juicio o la vista. La LEC\2000, a diferencia de los arts. 627 y 628 LEC\1881, ya no exige que los peritos ratifiquen el informe emitido a presencia judicial y se sometan a las aclaraciones de las partes[566].

La intervención de oficio no se limita a los supuestos «cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa» (art. 338.2 LEC), sino a todo supuesto de dictamen de peritos designados por las partes[567],

563 Art. 338.2 LEC: «Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales con trámite de contestación escrita, manifestando las partes al Tribunal si consideran necesario que concurran a dicho juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337 [la citación debe contener el tipo de intervención –exponer, responder, rectificar, etc. del perito].

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

564 Art. 346 LEC: «El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado por el Secretario Judicial a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado».

565 Fue introducido con la redacción actual mediante el informe de la Ponencia, a partir de las Enmiendas núm. 362 del Grupo Parlamentario Socialista y núm. 1547 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida con arreglo a un texto transaccional.

566 SAP de Asturias, secc. 1ª, de 9 de febrero de 2001, fto. jco. 4º (EDJ 2001/4114); de Barcelona, secc. 4ª, de 26 de julio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/57580); de Baleares, secc. 5ª, de 21 de diciembre de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/57999); de Zamora, de 5 de junio de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/20408); de Teruel, de 20 de mayo de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/16516); de Cantabria, de 1 de julio de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/13688). De manera muy expresiva la SAP Madrid, secc. 20ª, de 13 de marzo de 1997, fto. jco. 3º (EDJ 1997/4652) precisa que «Las explicaciones (ya sean orales o escritas), al referirse obligatoriamente a las cuestiones que constituyeron el objeto del encargo, forman parte inescindible de la pericia a cuya realización quedó el perito obligado como consecuencia de la aceptación de aquel encargo».

567 En este sentido Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p.340; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos.* , ob. cit., p.346; Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 338 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1591. Por su parte Garciandía González, P. (*Comentario al art. 338 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p.1160) critica que la solicitud de la intervención del perito se limite a los supuestos del art. 338.2 LEC (presentación de dictámenes que versen sobre alegaciones contenidas en la contestación a la demanda o sobre alegaciones o pretensiones complementarias). En sentido contrario, puede verse Guzmán Flujá, V. (*Comentario al art. 338*

como pretendía la enmienda que justificó su introducción[568]. Y, por supuesto, también cabe la solicitud de intervención del perito cuando lo es de designación judicial (art. 346 LEC).

Aun cuando la comparación entre la expresión «en este caso» del art. 338.2, II LEC (dictámenes de peritos a instancia de parte aportados en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda) con la expresión «en todo caso» del art. 346 LEC (dictámenes de peritos de designación judicial) pueda inducir a confusión, entendemos que ante cualquier dictamen a instancia de parte –y no únicamente cuando sean aportados en un momento posterior a los escritos de alegaciones–, al igual que ante cualquier dictamen por perito de designación judicial –y cualesquiera que sea el procedimiento de la designación–, se puede acordar de oficio su presencia al acto del juicio o de la vista[569]. La razón es sencilla: si la prueba pericial va destinada a proporcionar conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos al juez (art. 335.1 LEC), corresponde al juez instar la comparecencia del perito al acto del juicio o la vista[570].

En la citación de oficio al perito puede relevarse al juez de la exigencia del art. 337.2 LEC (expresión si la cita al perito es para exposición, aclaración o ampliación del dictamen), pues la intervención judicial ya resulta acotada *ex lege* a formular preguntas y requerir explicaciones del perito (art. 347.2 LEC).

6.3.6. La solicitud de preguntas y explicaciones al perito (art. 347.2[571] LEC)

A diferencia de la intervención judicial respecto de las partes y testigos, limitada a la solicitud de aclaraciones y adiciones (arts. 306.1, II y 372.2 LEC), la intervención judicial con respecto

LEC, en «El Proceso Civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2461), que limita la posibilidad de acordar de oficio la presencia del perito al proceso a los supuestos del art. 338.2 LEC.

568 La Enmienda núm.1.220 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso proponía, en la parte que interesa, la siguiente redacción del art. 339 PLEC: «En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá declarar mediante auto que considera necesario para entender y valorar los dictámenes la presencia de los peritos. Este auto no será recurrible» (*Trabajos Parlamentarios.*. , t.I, ob. cit., p.536). Esta última enmienda fue incorporada en el informe de la Ponencia en los términos que figura en el actual art. 338.2, II LEC.

569 Serra Domínguez, M., (*La prueba pericial*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil, vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.310) apunta que el perito debería ser citado a contradicción en todos los supuestos, aun sin mediar la petición de parte, y a tal efecto el juez podría ampararse en la facultad que le brinda el párrafo último del art. 338.2 LEC.

570 Mayor claridad aportaba el art. 485, pfo. I, del Proyecto de Profesores de 1974 que sujetaba el acuerdo de la pericia a que fueran «necesarios o convenientes al juez conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos», subrayando que el destinatario por excelencia del dictamen es el juez. En su párrafo II, preveía que «la emisión del dictamen podrá ser ordenada por el tribunal de oficio o a instancia de parte», acentuando que la emisión del dictamen podía ser ordenada en primer lugar por el juez (La negrita en ambos casos es mía).

571 Art. 347.2 LEC: «El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 339 [peritos en procesos sobre capacidad, matrimonio, filiación y menores]».

de los peritos se extiende a la posibilidad de formular preguntas y requerir explicaciones (art. 347.2 LEC)[572], superando la derogada regulación, fuertemente criticada por la doctrina en este extremo[573], que impedía al juez pedir explicaciones sin excitación de parte (art. 628 LEC\1881).

La intervención judicial es muy similar a la intervención de las partes[574], prevista con generosa amplitud en el art. 347 LEC. No podrá extenderse a la crítica del dictamen (art. 347.1.5º LEC)[575], lo cual parece razonable por cuanto la valoración judicial debe efectuarse en sentencia. Ni tampoco a la solicitud de ampliación a otros extremos que no consten en el dictamen (art. 347.1. 4º LEC)[576] –limitada injustificadamente a los supuestos del art. 339.5 LEC–, lo cual resulta censurable puesto que el juez puede resultar interesado en la aclaración de extremos no solicitados por las partes.

La intervención judicial en el acto del juicio o la vista puede ser decisiva en varios extremos: a) Dar cuenta del perito que comparece y de su calificación profesional; b) Fijar su ámbito de actuación (esto es, precisar la intervención del perito conforme a los arts. 337.2 *in fine*; 338.2 y 346 LEC), para lo cual entendemos que el juez, en un acto presidido por la oralidad, deberá optar por la flexibilidad y permitir a las partes una intervención distinta de la inicialmente enunciada al amparo de los citados artículos; c) Ordenar las cuestiones sobre las que se ha solicitado la intervención del perito; d) Fijar el turno de intervenciones de las partes y de los peritos[577]; e)

572 La SAP Salamanca de 21 de octubre de 2002, fto. jco.3º (EDJ 2002/64732) contempla accidentalmente esta posibilidad.

573 Puede verse *per omnia* Garciandía González, P. Mª., *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, p.225.

574 En el mismo sentido Garciandía González, P. Mª., *Comentario al art. 347 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p.1194. Para Ramos Méndez, F., (*Guía para una transición ordenada a la LEC,* J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p.424) la normativa del art. 347 LEC, que prevé el debate contradictorio sobre el dictamen pericial, es «utilísima [pero] innecesariamente exhaustiva en sus previsiones».

575 Como pone de manifiesto Illescas Rus, A.V. (*La prueba pericial..* , ob. cit., p.337) el art. 347.1.5º LEC reserva la posibilidad de crítica del dictamen al «perito de la parte contraria». Ello parece vedar la crítica del dictamen por perito de designación judicial en forma de perito dirimente.

576 La SAP Zaragoza de 22 de febrero de 2002, fto. jco. 1º (EDJ 2002/16224) distingue entre la imposibilidad de repetición del dictamen y la posibilidad de aclaración tanto bajo la derogada LEC\1881, cuanto con la vigente LEC\2000.

En sentido contrario, la Enmienda núm.363 del Grupo Socialista al art. 348 PLEC disponía que «El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pudiendo acordar, de oficio, que se amplíe» y se justificaba porque «no puede limitarse la facultad del juez para solicitar las ampliaciones que considere necesarias para un correcto conocimiento de la litis» (*Trabajos..* , t.I, ob. cit., p.280). Sobre la posibilidad de ampliaciones, sin limitarlo a las partes o al juez, puede verse también la Enmienda núm.1548 Grupo Federal Izquierda Unida (*Trabajos..* , t.I, ob. cit., p.626).

577 De comparecer más de un perito, se otorgará en primer lugar la palabra a la parte proponente del perito y de ser de designación judicial a la parte que haya interesado su designación. De ser ambas

Constatar la existencia de alguna causa de recusación entre el perito y las partes o sus defensas; f) Decidir sobre la ampliación del dictamen a otros puntos conexos a los que fueron objeto del dictamen caso que fuera solicitado por alguna de las partes; g) Y, por supuesto, intervenir en la contradicción del dictamen formulando las preguntas y explicaciones que estime precisas.

6.3.7. La ampliación del dictamen pericial cuando los peritos hayan sido designados de oficio (art. 347.2[578] LEC)

La limitación de la posibilidad de ampliación del dictamen a los peritos designados en los procesos especiales (art. 339.5 LEC[579]), que contrasta radicalmente con las amplias posibilidades de ampliación del dictamen previstas en el art. 630, II LEC 1881[580], es coherente con la filosofía de la LEC. Si el juez acuerda de oficio el dictamen de peritos, el juez puede ampliar el objeto de la pericia[581].

Sin embargo, es censurable que se pueda acordar una ampliación a instancia de parte (art. 347.1.4º LEC) y no se pueda acordar de oficio[582], particularmente cuando se trata de

---

partes las solicitantes, primero al actor. Sobre la intervención de los peritos, atendiendo a su número (único perito o varios peritos), instante de la intervención (convocatoria por el juez, por una de las partes o por ambas partes) y objeto del dictamen caso de ser varios los peritos (único extremo o varios extremos) puede verse Illescas Rus,V., *La prueba pericial..* , ob. cit., pp. 342 y ss.

578 Art. 347.2 LEC: «El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 339» [peritos en procesos sobre capacidad, matrimonio, filiación y menores].

579 La Enmienda núm. 357 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso proponía que se pudiera acordar la designación de oficio, y mediante sorteo, en todo tipo de procesos, sin reducirla a los procesos especiales no dispositivos. Se justificaba en el hecho que «no se puede limitar las facultades del juez para designar de oficio peritos si los que realizan el dictamen no le llevan al convencimiento sobre la cuestión objeto de dictamen» *(Trabajos..* , t.I, ob. cit., p.278).

580 STS de 12 de marzo de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/2295); ATS de 13 de febrero de 2001, fto. jco. 3º (EDJ 2001/3500); SSTS de 12 de diciembre de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/37872); de 26 de julio de 1999, fto. jco. 4º (EDJ 1999/18414); de 18 de febrero de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/1505); de 25 de febrero de 1995, fto. jco. 5º (EDJ 1995/1423); AP Valladolid, secc. 3ª, de 25 de octubre de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/44885); AP Baleares, secc. 5ª, de 21 de diciembre de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/57999); AP Toledo, secc. 2ª, de 19 de febrero de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/27391).

581 En sentido crítico respecto a esta limitación puede verse Picó i Junoy, J., (*Comentario al art. 347 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ob. cit., p.1914), para quien «de nuevo vuelve a mostrarse aquí la desconfianza del legislador con la iniciativa probatoria de oficio».

582 Serra Domínguez, M. (*La prueba pericial*, ob. cit., pp. 314 y 315) pone de manifiesto la contradicción entre la facultad judicial de poder solicitar preguntas y aclaraciones y la imposibilidad de solicitar una ampliación de oficio en procesos no dispositivos. Villagómez Cebrián, M. (*La prueba*, en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ob. cit., p.71) apunta como razón de tal limitación, que califica

un perito de designación judicial[583], pues reiteramos nuevamente que el destinatario de la pericia no son las partes, sino el juez, quien puede advertir la necesidad de ampliación en supuestos distintos de los previstos por las partes, especialmente en extremos en que las conclusiones de los varios dictámenes pueden resultar divergentes o contradictorias.

6.3.8. La iniciativa para determinar la amplitud del reconocimiento (art. 353.2[584] LEC)

Superando el silencio de los arts. 633 LEC 1881 y 1240 CC, el art. 353 LEC aborda la forma de proposición de la prueba, con particular mención de la intervención de la parte proponente, de la adversa y del propio juez, en una novedosa manifestación de la capacidad de iniciativa probatoria de oficio.

En orden a su proposición los extremos objeto de reconocimiento serán designados, en primer lugar, por la parte proponente de la prueba, con posibilidad de ampliación por la parte adversa. La intervención del juez – calificada por algún autor de «innovación»[585]– se extiende a «determinar la amplitud del reconocimiento» (art. 353.2 LEC), previsión ésta idéntica a la contenida en el art. 511, II del Proyecto de Profesores de 1974[586] y que, a diferencia de ésta última, no alcanza la posibilidad de acordar el reconocimiento de oficio[587]; a salvo, claro está, que fuera como diligencia final extraordinaria (art. 435.2 LEC).

---

de «injustificada», el deseo de mantener al juez al margen de la contienda y confía que pueda paliarse mediante las diligencias finales extraordinarias.

583 Para Guzmán Flujá,V. (*Comentario al art. 347 LEC*, «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2527) en el caso de citación de oficio el juez «.. podrá alterar y ampliar el contenido de la intervención del perito en la vista o juicio si lo considera pertinente para la mejor administración de justicia».

584 Art. 353.2 LEC: «Sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, la parte que lo solicité habrá de expresar los extremos principales a que quiere que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia».

585 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 353 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2580.

586 El art. 511.II del Proyecto de Profesores de 1974 dispone que «cuando el reconocimiento se haya ordenado a instancia de parte, sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estima que deba tener, la peticionará expresará los extremos fundamentales a que deba referirse el reconocimiento.. ». La facultad de acordar el reconocimiento de oficio (art. 511.II) se justifica por el hecho que «el juez debería ser la única persona facultada para poner en práctica la iniciativa del reconocimiento» (*Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II. Madrid, 1974, p.91).

587 En este sentido Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 353 LEC*, en el «Proceso Civil Práctico», t.IV, ed. La Ley, Madrid, 2001, p.817; Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 354 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I., Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p.1208; Gallego Mañueco, Mª A. y Martín Jiménez, C., *Comentario al art. 353 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Lex Nova,Valladolid, 2000, p.1932.

Se ha fundamentado la mayor intervención judicial por la restricción del ámbito de las diligencias finales[588], que era, bajo la vigencia de la LEC de 1881, la fase en que más frecuentemente se acordaba su práctica[589], siquiera resulta más adecuado entender que responde a la propia finalidad del reconocimiento judicial: obtener la convicción judicial sobre los hechos controvertidos a través de su percepción personal y directa por cualquiera de los sentidos.

Su admisión no exige ninguna resolución judicial determinando el objeto del reconocimiento[590], sino que sólo precisa la necesidad del señalamiento y el tiempo en que debe efectuarse (art. 353.3 LEC). Y su práctica, partiendo del dinamismo que comporta una actividad de percepción judicial inmediata e instantánea, permite la consignación de las apreciaciones que el juez estime pertinentes y con la amplitud que el juez estime oportuna[591] (art. 353.1 LEC), pues, como afirma Ordoño Artés, «el juez es, al mismo tiempo, autor y destinatario de la prueba»[592].

Ello permite atribuir al juez la facultad de ampliar el objeto del reconocimiento –sin modificar obviamente la persona, el objeto o el lugar–, que deberá ejercitarse no en el momento de la admisión, sino en el momento de la práctica, puesto que es cuando el juez estará en condiciones de efectuar tal ampliación[593].

---

588 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 353 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2580.

589 Bajo la vigencia de la LEC\1881 se podía acordar de oficio el reconocimiento judicial como diligencia para mejor proveer (art. 340.3º). Ver al respecto Ordoño Artes, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ed. Montocorvo, Madrid, 1987, pp. 246 y ss.; de la misma autora *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. III/1994, CGPJ, Madrid, 1994, p.234.

En la práctica forense, vigente la LEC de 2000, aun se considera el reconocimiento judicial como una «prueba complementaria» y se confirma su denegación cuando los hechos controvertidos se encuentran acreditados por otros medios de prueba o cuando no va a contribuir a esclarecer los hechos controvertidos: SSAP La Rioja de 27 de mayo de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/54997) y de 25 de abril de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/3775).

590 En sentido contrario Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 353 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1648.

591 En el sentido que el juez puede ampliar el objeto del reconocimiento: Cremades Morant, J., en «Lec XX comentada», vol. I, ob. cit., p.767; y Villagómez Cebrián, M., en *La prueba,* en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.92. Por su parte Montero Aroca, J. (*La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.336) se muestra de acuerdo con la posibilidad de la ampliación, siquiera con el añadido de respetar el objeto inicialmente propuesto por la parte, esto es, «que se trate del mismo lugar, del mismo objeto o de la misma persona». Con mayor amplitud Muñoz Sabaté, LL. (*Fundamentos..* , ob. cit., p.379) destaca que el art. 354.2º LEC concede «al órgano judicial perceptor una ilimitada facultad para extender su reconocimiento».

592 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento..* , ob. cit., p.107.

593 En este sentido Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.336.

6.3.9. Acordar de oficio oír la declaración de prácticos en el reconocimiento judicial (art. 354.3[594] LEC)

La posibilidad de acordar de oficio la presencia de un práctico debe rechazarse[595], pues la proposición de los extremos y de la presencia del práctico se reserva a las partes (art. 353.2 LEC), y en tal sentido fue rechazada una enmienda parlamentaria que establecía que fuera el juez quien solicitara a las partes que concurrieran al reconocimiento con alguna persona técnica o práctica[596].

Por el contrario, debe admitirse la posibilidad, ya prevista en el derogado art. 634 LEC\1881 con la denominación de «práctico en el terreno» –ahora «persona técnica o práctica en la materia» (art. 353.3 *in fine* LEC)–, que el juez acuerde de oficio oír «las observaciones o declaraciones» del práctico (art. 354.3 LEC)[597].

La declaración del técnico o práctico, y ya prescindiendo de la discusión de si tiene naturaleza de perito, seudoperito, testigo o perito-testigo[598], resulta particularmente útil en supuestos tales como las acciones reivindicatoria y de fijación de linderos o servidumbres[599]. La intervención judicial no se limita a la recepción del juramento o promesa de decir verdad (art. 354.3 LEC), y debe extenderse a ilustrar al práctico de lo que es objeto del reconocimiento y puede extenderse a la facultad de solicitar del práctico alguna aclaración o adición.

6.3.10. La realización del interrogatorio para el reconocimiento de personas (art. 355.1[600] LEC)

Sin antecedentes en la LEC\1881, ni previsión en el PLEC, fue introducido como

---

594 Art. 354.2 LEC: «Si, de oficio o a instancia de parte, el tribunal considere conveniente oír las observaciones o declaraciones de las personas indicadas en el apartado 2 del artículo anterior [se refiere a la persona técnica o práctica en la materia], les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad».

595 En este sentido Escribano Mora, F., *Comentario al art. 354 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2591.

596 Se trata de la Enmienda núm.366 *(Trabajos.* , t.I, ob. cit., pp. 281). En el vigente texto es al revés, lo propone la parte y el juez decide sobre su intervención.

597 En el mismo sentido en el art. 512, II del Proyecto de Profesores de 1974. Sobre las dificultades prácticas de precisar el alcance de las «observaciones» de los prácticos poder verse Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., p.380.

598 Ver al respecto Font Serra, E., *El dictamen de peritos.* , ob. cit., pp. 249-250 y Ordoño Artes, C., *La prueba de reconocimiento.* , ob. cit., pp. 145-149; y de la misma autora, *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.221.

599 SAP Navarra, secc. 3ª, de 19 de mayo de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/11708) y de la misma Audiencia, sección y fecha (EDJ 1999/27737).

600 Art. 355.1 LEC: «El reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia».

art. 355 bis en el informe de la Ponencia en el Congreso de los Diputados[601], en los términos del vigente art. 355.1 LEC.

La proposición del reconocimiento de las personas, comprensivo tanto su aspecto corporal externo cuanto alguna característica psíquica, se reserva a las partes. Pero el juez tiene una intervención relevante en la medida en que se le confía la realización del interrogatorio que es el medio legalmente previsto para la práctica de esta diligencia. Tal interrogatorio, que deberá efectuarse con criterios de flexibilidad, no está sujeto al formalismo del art. 302 LEC.

Bibliografía

A) Sobre la iniciativa probatoria de oficio:

Consultar bibliografía relacionada en Capítulo anterior.

B) Sobre el art. 429.1 II y III LEC:

Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 111-182; Asencio Mellado, J. Mª., *Disposiciones generales sobre la prueba*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», Gómez Colomer, J. L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 199-215; Chico Fernández, T., *La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del art. 429.1, II y III LEC de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Aspectos Prácticos de la Prueba Civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 243-277; de la Rúa Navarro, J., *La facultad del art. 429.1, II y III y la preclusión probatoria*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 245-276; Etxeberría Guridi, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Marreno Francés, I.; Martínez Sánchez, M.; Rodríguez Antúnez, D.; de Ros Sanpedro, M. *Análisis del art. 429.1, II y III LEC*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 43-66; Martín Ostos, J. S., *Actividad probatoria judicial en el nuevo proceso civil*, en «Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Gutiérrez-Alvi Conradi, F. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 265-277; Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Picatoste Bobillo, J.C., *Disposiciones generales. Reconocimiento judicial. Presunciones*, en «La prueba en la nueva Ley de

601 Ver *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, ob. cit., pp. 894 y 1010.

Enjuiciamiento Civil», Jornada monográfica, A Coruña, 4 de mayo de 2001; Picó i Junoy, J., *–Normativa art. 429.1 II y III LEC. ¿Puede el juez, al amparo de dicho artículo, acordar una prueba de oficio?*, en «La audiencia previa», J.M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 383-395; *El juez y la prueba*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2007; *–La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003; pp. 155-174; *–Los principios del nuevo proceso civil*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. I, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2001, pp. 25-66; Serrano Masip, M., *La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1.2º LEC)*, en rev. La Ley, 2004-I, pp. 1868-1869.

C) Sobre los procesos no dispositivos:

Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso* civil, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 183-253; Alvárez Alarcón, F., *Los procesos relativos a la capacidad de las personas*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol, IV, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 89-122; Andrés Joven, J. Mª., *La actividad probatoria en los procesos de familia conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Manuales de Formación Continuada, núm.17, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 59-105; Cortés Domínguez, V. en *Los procesos matrimoniales*, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.V., obra coordinada por el mismo autor junto con Moreno Catena, V., ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 107-110; Dolz Lago, M. J., *El internamiento psiquiátrico civil en España: Aspectos legales*, rev. «Justicia», 1992, núm. IV, pp. 881-909; Gonzalo Valgañon, A. *Tratamiento procesal de las crisis familiares en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, en «Los Procesos matrimoniales (En la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 94-112; Guilarte Martín-Calero, C., *Los procesos sobre capacidad de las personas*, en «El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», 2ª ed, ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 308-377; Jou Mirabent, X., *El proceso de incapacitación*, en «Presente y Futuro del Proceso Civil», Picó i Junoy, J. (dir), ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 413-421; Hijas Fernández, E., *Los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Análisis del procedimiento principal*, en «Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», Studia iuridica, núm.19, CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2003, pp. 323-341; Mingo Basail, M. L., *Cuestiones procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico. Reflexión a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la STC 129/1999*, en rev. Tribunales de Justicia, 2000, núm. 8-9, pp. 942-944; Sánchez-Covisa Villa, J., *Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*, en «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscala II-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pp. 177-208; Sanz-Díez de Ulzurrun Escoriaza, J., *La prueba y los litigios matrimoniales*, en «Procesos de familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones». Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 63-110.

D) Sobre las diligencias finales de oficio:

Abel Lluch, X., (con Picó i Junoy, J.), *Viabilidad de las diligencias finales de oficio en la segunda instancia*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010, en Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y 15; Abel Lluch, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, particularmente pp. 255-268; 279-282; y 298-328; –Las *diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC,* en rev. La Ley, 2003-5, pp. 1735-1741; Martín Ostos, J.S., *La prueba de oficio en el nuevo proceso civil*, en La Ley, 1998-5;-– *Las diligencias finales*, en rev. Poder Judicial, núm. 67, pp. 381-404;-– *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1981; Lorca Navarrete, A. M.ª, *La regulación de las diligencias finales del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en La Ley, 2000-3; Morenilla Allard, P., *Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas*, en Rev. Justicia, 1998, núms. 3-4, pp. 597-613; Vázquez Sotelo, J. L., *Las diligencias finales*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas, J. (coord.), ed. Difusa, Barcelona, 2000, pp. 527-565.

E) Sobre la intervención judicial durante la práctica de la prueba:

Los comentarios exegéticos y sistemáticos de la LEC citados en este capítulo, y particularmente los autores siguientes: Asencio Mellado, J. Mª, en «El Proceso Civil Práctico», t.IV, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001; Cremades Morant, J. B., en «Lec XX, Comentaa», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D. (coords), ed. Sepin, Madrid, 2000; Escribano Mora, F., en «El Proceso Civil», vol. III, obra coordinada por el mismo autor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Fernández Seijo, J. Mª, en «El Proceso Civil Práctico», t.IV, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Fernández Urzainqui, F.J., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; y Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000; Gallego Mañueco, Mª A., y Martín Jiménez, C. M., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000; Garciandía González, P., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001; Gutiérrez Sanz, Mª R., en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001; Guzmán Fluja, V., en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Picó i Junoy, J., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000; Rifá Soler, J. Mª, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000.

Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil,* ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 384-399; Chozas Alonso, J. M. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso*

civil, 1ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2001; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000; Garciandía González, P. Mª., *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1999; Gómez Colomer, J. L. *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VII/2000, CGPJ, 2000, pp. 243-280; Illescas Rus, A. V., *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002; Jiménez Conde, F., *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Gómez Colomer, J. L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 217-240; Ordoño Artes, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ed. Montocorvo, Madrid, 1987; de la misma autora *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. III/1994, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 203-237; Picó i Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español,* J.M. Bosch, Barcelona, 2001; Ramos Méndez, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC,* J. M. Bosch, Barcelona, 2000; Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil, vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 275-329; Villagómez Cebrián, M., *La prueba*, «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.), ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 15-105.

CAPÍTULO V

El procedimiento probatorio

1. Introducción. 2. Principios del procedimiento probatorio. 2.1. Principio de oralidad. 2.2. Principio de concentración. 2.3. Principio de inmediación. 2.4. Principio de contradicción. 2.5. Principio de publicidad. 3. Anticipación de la prueba. 3.1. Concepto. 3.2. Fundamento. 3.3. Supuestos y sustanciación. 3.3.1. Antes de iniciarse el proceso. 3.3.2. Durante el curso del proceso. 3.4. Normas comunes de procedimiento. 3.5. Contenido de las pruebas. 3.6. Valoración. 4. Aseguramiento de la prueba. 4.1. Concepto. 4.2. Medidas. 4.3. Requisitos. 4.4. Procedimiento. 4.4.1. Con contradicción previa. 4.4.2. Con contradicción diferida. 5. La prueba en la primera instancia. 5.1. Apertura del periodo probatorio. Impulso de oficio. 5.2. Proposición. 5.2.1. Momento de la proposición. 5.2.2. Forma de la proposición. 5.3. Admisión. 5.3.1. Resolución de admisión. 5.3.2. Señalamiento del juicio. 5.4. Práctica. 5.4.1. La unidad de acto. 5.4.2. Lugar. 5.4.3. Orden de práctica. 5.4.4. Documentación. 6. La prueba en la segunda instancia. 6.1. El modelo de apelación limitada. 6.2. Supuestos. 6.2.1. Subsanación de irregularidades procesales. 6.2.2. Introducción de material probatorio ex novo. 6.3. Tramite procesal. 6.3.1. Proposición. 6.3.2. Admisión. 6.3.3. Práctica. 6.3.4. Diligencias finales. 7. La prueba en los recursos extraordinarios y otros medios. 7.1. Recurso extraordinario por infracción procesal y casación. 7.2. La revisión de sentencias firmes. 7.3. Recurso de amparo constitucional. Bibliografía.

1. Introducción

En este Capítulo se estudia el procedimiento probatorio, empezando por los principios que rigen la proposición y práctica de la prueba, en lo que la LEC/2000, con su opción por la oralidad, ha introducido los de concentración, inmediación y publicidad. Con anterioridad al proceso o, una vez iniciado éste, puede solicitarse la práctica de la prueba anticipada y medidas de aseguramiento de la prueba, instituciones ambas que tienen como finalidad común garantizar la mayor efectividad del derecho a la prueba, una mediante la práctica de la prueba en un momento anterior al ordinario y otra mediante el aseguramiento de la fuente de prueba. Se analiza el procedimiento probatorio en la primera instancia, con los distintos momentos o fases de proposición, admisión y práctica de la prueba, lo cual no va a impedir que la admisión de la prueba, dada su trascendencia en el proceso, sea objeto de análisis también en un capítulo separado. También se aborda la prueba en segunda instancia, sistematizando los distintos supuestos previstos en el artículo 460 LEC y fijando los requisitos de admisión de la prueba para cada caso. Y se cierra el capítulo con una referencia a la protección del derecho a la prueba a través de recursos extraordinarios –infracción procesal– u otros medios de impugnación de la sentencia –revisión de la sentencia firme y amparo constitucional–.

2. Principios del procedimiento probatorio

La Exposición de Motivos LEC contiene una referencia a los principios que inspiran el procedimiento probatorio. Así en el apartado XII se dice «La ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras la demanda y contestación los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador». Y con anterioridad el apartado IX señala «cabe destacar un singular énfasis en las disposiciones sobre la necesaria publicidad y presencia del Juez o de los Magistrados –no sólo el Ponente, si se trata de órgano colegiado– en los actos de prueba, comparecencia y vistas. Esta insistencia en normas generales encontrará luego plena concreción en la regulación de los distintos procesos, pero, en todo caso, se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial e inmediación en sentido amplio». La LEC apuesta por el principio de la oralidad también en materia probatoria, y sus principios-consecuencia de la inmediación, concentración y publicidad[602].

Estos principios contrastan marcadamente con los principios derivados de la LEC/1881 que se inspiraban en la escritura, la mediación y la dispersión y que, en la práctica forense, habían producido efectos tan contraproducentes como, entre otros, la ejecución de la prueba ante funcionarios distintos del juez, la práctica de las pruebas personales (interrogatorios de las partes y de los testigos) sujetas a rígidos pliegos sin posibilidad de ampliación o matización ante la falta de presencia judicial o la ausencia de publicidad como garantía de control de las reglas procesales[603].

Los principios de inmediación, concentración y publicidad aparecen estrechamente ligados con el principio de oralidad, mientras el principio de contradicción o defensa con-

602 Con carácter general sobre las ventajas e inconvenientes de la oralidad y la escritura en una perspectiva de Derecho comparado y del proceso en general puede verse Taruffo, M., *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil* (versión abreviada), en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», vol. I, Carpi, F. y Ortells, M. (eds.), Universitat de València, 2010, pp. 205-219, entre cuyas conclusiones destaca que «en términos de eficiencia no se puede conceder una preferencia absoluta ni a la oralidad ni a la escritura». Añade también: «la oralidad es eficiente en términos de ahorro de tiempo y dinero, pero no es necesariamente eficiente para preparar decisiones adecuadas y verídicas sobre el fondo de la causa; la escritura puede ser también eficiente en términos de ahorro de tiempo y en especial para la preparación de causas complejas, pero no lo es cuando surge el problema de evaluar la fiabilidad de la prueba oral». Y concluye: «todos los sistemas procesales se apoyan en varias combinaciones de ambas [formas orales y escritas], y a menudo dentro del mismo sistema hay tipos de procedimientos predominantes orales o escritos» por lo que «lo más habitual debería ser la flexibilidad del litigio, bajo la cuidadosa supervisión y dirección activa de juez» (pp. 217-219).

603 Asencio Mellado, J. Mª, *Disposiciones generales sobre la prueba*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento de 2000», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.209 y del mismo autor, *La prueba. Disposiciones generales*, en «El proceso civil práctico», t. IV, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.171.

tradictoria, pertenece a la esencia misma del proceso dispositivo, y deriva de la bilateralidad del conflicto sometido a la decisión judicial[604].

2.1. Principio de oralidad

El principio de la oralidad aparece recogido en el art. 120.2 CE («el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal»), en el art. 229.1 LOPJ («las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación») y en el art. 210.2 LEC («salvo que la Ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal o Secretario judicial se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones»).

La proposición y admisión de los medios de prueba tiene lugar en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal), actos procesales presididos por la oralidad[605]. Las partes deberán proponer los medios de prueba de que intenten valerse oralmente y oral será también la resolución de admisión (o, en su caso, de inadmisión) de los medios de prueba por parte del juez. Incluso el recurso de reposición frente a la admisión o inadmisión de los medios de prueba es de interposición, substanciación y resolución oral (art. 285.2 LEC), como excepción a la regla general de la reposición escrita (art. 452 LEC).

La práctica de los medios de prueba tiene lugar en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal) que son también actos presididos por la oralidad. Esto significa que en el interrogatorio de las partes y en el interrogatorio de los testigos, las preguntas y respuestas se formularán oralmente (arts. 302 y 305 LEC; arts. 368.1 y 368.2 LEC, respectivamente). Y que los peritos someterán el dictamen pericial a contradicción oralmente (art. 347 LEC). Existen, eso sí, algunas quiebras al principio de la oralidad, como sucede con los interrogatorios de las partes o los testigos en el domicilio (arts. 311.2 y 364.2 LEC) o por auxilio judicial (art. 429.5 LEC) en el que las preguntas se presentarán por escrito. También en el interrogatorio de las personas jurídicas públicas (art. 315 LEC) y en las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381 LEC) las preguntas y las respuestas se efectuarán por escrito.

Terminada la práctica de las pruebas, las partes podrán formular unas conclusiones sobre el alcance de las pruebas practicadas, también oralmente (arts. 185.4 y 433.2, II LEC).

604 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 289 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1349.

605 Por el contrario, en la apelación la proposición de los medios de prueba debe efectuarse por escrito, en el llamado escrito de interposición de la apelación (art. 460 LEC) y en los escritos de oposición y, en su caso, de impugnación de la sentencia (art. 461.3 LEC).

La opción por la oralidad comporta como consecuencia la inmediación, la concentración y la publicidad, existiendo una interdependencia entre todos estos principios, como acertadamente destaca Ortells Ramos: 1) La oralidad significa, en primer lugar, predominio de la palabra hablada sobre la escritura como forma de los actos procesales; 2) La oralidad respecto a la práctica de la prueba, se concreta en la inmediación entre los medios de prueba y el juez que ha de dictar sentencia; 3º) La eficacia de la oralidad y de la inmediación dependen de la concentración en el tiempo de las actividades procesales y de la sentencia como término de ellas; 4º) Por fin, la oralidad implica la posibilidad práctica de realizar el principio de la publicidad general[606].

La oralidad como principio fundamental del procedimiento probatorio comporta la inmediación, la concentración y la publicidad, como principios-consecuencia. Y como ventajas concretas permite, entre otras, que las pruebas se practiquen siempre a presencia judicial, sin posibilidad de delegación en personal no judicial y reduciendo la delegación en otro juez a criterios de excepcionalidad (en virtud de la consecuencia de la inmediación); favorece los interrogatorios (de las partes y de los testigos) más ágiles y flexibles (en virtud de la consecuencia de la inmediación); reduce el riesgo de pérdida de la memoria respecto de las pruebas practicadas (en virtud de la consecuencia de la concentración); y propicia un control social sobre la justicia (en virtud de la consecuencia de la publicidad)[607].

A pesar de sus indudables ventajas, y de la modernización que ha aportado al proceso civil, también se han apuntado «algunos inconvenientes de la oralidad», como pueden ser, entre otros, la desventaja para la parte que debe defenderse por sí misma ante su posible dificultad de expresión, la simplificación de cuestiones complejas, la superficialidad en la escucha del juez o su pérdida de atención ante el discurso tedioso[608] y se han detectado «síntomas de fatiga» derivados de la oralidad, como puede ser, entre otros, la práctica forense de la introducción de escritos para sustituir el trámite oral de conclusiones[609].

2.2. Principio de concentración

La práctica de las pruebas se realizará en un acto único, esto es, en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) y en la sede y local del Juzgado (art. 290 LEC). Esto significa que todas las pruebas propuestas y admitidas se deberán practicar concentradamente en el juicio (art. 433 LEC) o la vista (art. 443.4 LEC) y en la sede del

606 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal. Introducción,* con Cámara Ruiz y Juan Sánchez, Valencia, 2000, pp. 279-281.

607 Asencio Mellado, J. Mª, *La prueba. Disposiciones generales*, en «El Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., pp. 172-173.

608 Nieva Fenoll, J., *Los problemas de la oralidad*, La Ley, 2007, t.2, pp. 1900-1901.

609 Picó i Junoy, J., *El principio de oralidad en el proceso civil español*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», Carpi, F. y Ortells, M. (edits.), Univeristiat de València, 2009, p.368.

Juzgado, de manera que transcurra el menor plazo de tiempo entre la práctica de la prueba y la sentencia, a fin que el juez conserve el recuerdo más exacto posible de las pruebas practicadas en su presencia. Para reforzar el principio de concentración la LEC ha restringido el recurso al auxilio judicial, que se convierte en excepcional (art. 169.4 LEC) y ha previsto un rígido sistema de excusas y sanciones por la incomparecencia al juicio o la vista (arts. 183, 193 y 292 LEC)[610].

También se producen quiebras al principio de la concentración. Unas derivan de la propia naturaleza del medio de prueba, esto es, pruebas que se practican fuera de la sede del Juzgado, como sucede en el reconocimiento judicial con desplazamiento fuera de la sede judicial –en cuyo caso se practicará con anterioridad al juicio o la vista (arts. 290 y 429.4 LEC)[611]– o la práctica de las pruebas en el extranjero (arts. 177 LEC y 276 a 278 LOPJ). Otras quiebras derivan de las propias exigencias o del momento de la práctica de la prueba, esto es, pruebas que se practican fuera del acto del juicio, como sucede en los supuestos de auxilio judicial (art. 429.5, II LEC), en el interrogatorio domiciliario de las partes y de los testigos (arts. 311 y 364 LEC, respectivamente); en la prueba anticipada (art. 293 y ss. LEC), en las diligencias finales (art. 435 LEC) o en la práctica de la prueba en la segunda instancia (art. 460 LEC). Además, dos de las pruebas más importantes, como son la documental y la pericial, quedan excluidas de la regla de la unidad de acto, pues por lo general se aportan en un momento anterior al de la práctica de la prueba (art. 265 LEC)[612], y por lo que se refiera a la documental, ni siquiera requiere un acto de práctica posterior, pues desde su aportación al proceso despliega eficacia probatoria.

2.3. Principio de inmediación

El principio de inmediación tiene un doble alcance, a saber, a) en sentido amplio, se refiere a la presencia judicial en la práctica de las pruebas, como requisito de formalidad o seriedad; y b) en sentido estricto, alude al contacto directo del juez con las fuentes de prueba, de manera que el juez que ha presenciado la prueba sea el mismo que dicte la sentencia[613].

610 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 290 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., pp. 1358-1359.

611 Apunta Asencio Mellado, J. Mª, *Disposiciones generales sobre la prueba,* en «La aplicación práctica de la Ley de 2000», ob. cit., p.210, que la práctica con anterioridad al juicio «es coherente con la existencia de un proceso oral que termina en un acto concentrado ya que resultaría absurdo que las partes formularan sus conclusiones y que faltara aún por desarrollar actividad probatoria».

612 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 290 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1035.

613 La doble dimensión del principio de inmediación se anticipa ya en la Exposición de Motivos de la LEC, de manera que se afirma que «se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial o inmediación en sentido amplio» (epígrafe IX, párrafo 1º), y se destaca

En sentido amplio, la inmediación comporta que las declaraciones de las partes y testigos, los careos, la contradicción del dictamen pericial y cualquier acto de prueba se lleva a cabo en presencia del juez o tribunal que conozca del asunto (arts. 137.1 y 289.2 LEC), de modo que su vulneración comportará la nulidad de pleno derecho (art. 137.3 LEC). Y en sentido estricto, significa que las vistas que tengan por objeto oír a las partes, testigos y peritos se celebran ante el juez o tribunal que conozca el asunto (art. 137.2 LEC) y que el juez que asistió a la vista o comparecencia debe ser el que dicte sentencia (art. 194.1 LEC)[614]. La percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria debe redundar en una mejor ilustración en los hechos objeto de debate y en el mayor acierto en la resolución judicial[615]. También constituye una manifestación de la inmediación el hecho que la prueba en segunda instancia deba practicarse ante todos los magistrados que integran la Sala de Apelación, y no solo ante el magistrado ponente (art. 137.2 LEC).

Existen también algunas quiebras al principio de inmediación, básicamente con respecto a las pruebas que pueden practicarse por auxilio judicial, en las que se produce una disociación entre el juez que practica la prueba y el que dicta la sentencia. Así se prevé que el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos pueda realizarse fuera de la sede del Juzgado o Tribunal cuando por razón de la distancia, la dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquiera causa de análogas circunstancias, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas en la sede del Juzgado o tribunal (art. 169.4, II LEC). Siendo

también como innovación «las normas que, respecto de la votación y fallo de los asuntos, tienden a garantizar la inmediación en sentido estricto, estableciendo, con excepciones razonables, que hayan de dictar sentencia los Jueces y Magistrados que presenciaron la práctica de las pruebas en el juicio o la vista» (epígrafe IX, párrafo 18º). Sobre ambos sentidos de la inmediación puede verse Herrera Abián, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 4-6.

614 No siempre se distinguen correctamente ambas dimensiones. Así la SAP Cáceres, secc.1ª, de 2 de julio de 2002, fto. jco.5º (JUR 2002\23303), para un supuesto en que el juez que practicó la prueba fue distinto del que dictó la sentencia confunde ambas dimensiones al razonar: «Inmediación en sentido amplio a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil no sólo implica que los juicios, vistas, comparecencias y la práctica de las pruebas hayan de celebrarse siempre ante el Juez o Magistrados del Tribunal que conozca del asunto, sino que también exige necesariamente que sean estos mismos Jueces o Magistrados quienes decidan el asunto que se ha sometido a su consideración; y, de hecho, el apartado 1 del artículo 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que, en los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los Tribunales Unipersonales, o la deliberación y votación, en los Tribunales Colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquellos de ejercer sus funciones en el Tribunal que conozca del asunto, disposición que es de aplicación, asimismo, a los Jueces sustitutos y Magistrados suplentes (artículo 194.2.1º, segundo párrafo)».

615 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.231.

la inmediación el principio que inspira la práctica de la prueba en el proceso civil, estas quiebras, a modo de excepción al principio general, deben ser objeto de interpretación restrictiva.

2.4. Principio de contradicción

El principio de contradicción, inseparable del principio de defensa (art. 24.2 CE), significa que las pruebas se han de practicar con plena intervención de todas las partes (art. 289.1 LEC), las cuales deben tener las mismas posibilidades de alegación, de prueba y de impugnación (STS de 13 de febrero de 1999[616]), y que las partes deben estar asistidas en el acto del juicio por su abogado y representadas por su procurador (art. 432 LEC), debiendo ser citadas para el acto procesal en el que se lleven a efecto.

Al respecto, y como apunta Montero Aroca, la ley se preocupa de señalar distintos sistemas de citación de la partes: a) para las pruebas practicadas en el acto del juicio, en cuyo caso el señalamiento para el juicio en la audiencia previa implica citación (art. 429.2 y 6 LEC); b) para las pruebas que se han de practicar en un momento distinto, pero en la sede del tribunal, en cuyo caso deberá efectuarse un señalamiento y citación específicos (arts. 290 y 291 LEC); c) para las pruebas que hayan de practicarse fuera de la sede del tribunal, en cuyo caso también deberá efectuarse una citación propia (art. 292 LEC); y d) para las pruebas que hayan de practicarse por exhorto, cuya citación se efectuará por la representación del procurador o, en defecto de designación, directamente a la parte (arts. 169 y 174 LEC)[617].

La falta de citación de las partes para la práctica de las pruebas supone su nulidad. Y la incomparecencia no justificada de las partes, los testigos y peritos citados a las pruebas propuestas y admitidas comporta distintas sanciones, que van desde la consideración de los hechos perjudiciales como tácitamente admitidos por la parte incomparecida (arts. 292.4 y 304 LEC) hasta la imposición de sanciones pecuniarias a testigos y peritos (art. 292.1 LEC).

616 La STS, Sala 1ª, de 13 de febrero de 1999, fto. jco.1º (RJ 1999\1237) razona: «Todo lo anterior significa la ausencia del principio procesal civil de naturaleza constitucional de contradicción, que es un principio inherente a la estructura del proceso, de tal manera que si el mismo falta, se podrá hablar de cualquier fórmula autocompositiva, pero nunca de proceso. Dicho principio procesal de contradicción, aparece proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, cuando en él se establece el derecho de todas las personas a un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra el principio en cuestión, cuya base se halla en el aforismo del derecho romano «audiatur in altera pars». Pero ahora bien dicho principio de contradicción necesita ser completado con el de «igualdad de armas» (die Waffengleiheit) cuyo origen teórico se encuentra en la doctrina científica alemana, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta sea efectiva, se hace necesario que ambas partes tengan las mismas posibilidades y cargas de ataque y defensa, de alegación, de prueba y de impugnación».

617 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2011, p.209.

El principio de contradicción no sufre quiebras, pero en algún supuesto excepcional se permite la práctica de la prueba sin presencia de la parte o del abogado, como sucede con el interrogatorio domiciliario de las partes (art. 311.2 LEC) o de testigos (art. 364.2 LEC), por razones de enfermedad o circunstancias semejantes de la parte o del testigo. Al contrario, aparece reforzado en supuestos de prueba anticipada, solicitada con anterioridad al inicio del proceso, en cuyo caso es necesario citar a los futuros demandados para que puedan intervenir en la práctica de la prueba (art. 295.1 LEC).

Con respecto al alcance del principio de contradicción, y en sede de disposiciones generales sobre la prueba, se establece que «las partes y sus abogados tendrán en las actuaciones de prueba la intervención que se autorice por la Ley según el medio de prueba que se trate» (art. 291, II LEC), por lo que deberemos atender a la regulación específica de cada medio de prueba, en la que se concretará la intervención permitida a la parte o al abogado, y que será objeto de análisis en la segunda parte de esta obra al analizar separadamente cada medio de prueba.

2.5. Principio de publicidad

Aparece recogido en los artículos 120.1 («las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento») y 24.2 CE («todos tienen derecho a un proceso público»); en los artículos 229.2 («las declaraciones, las confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley») y 232.1 LOPJ («las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»); y en los artículos 138 («las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuya objeto sea oír a las partes antes de dictar una sentencia se practicarán en audiencia pública»); y 289.1 LEC («las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares»).

El principio de publicidad comporta que todas las diligencias de prueba se practiquen en audiencia pública. Comprende una doble dimensión, como publicidad interna, en el sentido que las actuaciones de prueba deben tener lugar con presencia e intervención de las partes[618] –y que algún sector doctrinal considera que forma parte de principio de contradicción[619]–, y como publicidad externa, en el sentido que terceras personas pueden acceder al proceso, incluyéndose el público en general y los medios de comunicación de

618 La STS, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1991, fto. jco.2º (RJ 1991\2082) señala: «[…] y ello por la simple consideración que toda prueba, para que pueda producir efecto en el proceso, ha de ser pública para las partes, en cuanto que el derecho no admite eficacia a pruebas secretas, que como de tal índole impide la apreciación probatoria que el órgano judicial debe efectuar para llegar a la solución decisoria en el debate judicial a que todo medio probatorio afecta».

619 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.210.

manera particular. Con el principio de publicidad se propicia la confianza y control social en los órganos jurisdiccionales (STC de 10 de junio de 1987)[620].

El principio de publicidad admite restricciones por motivos tasados en la ley y con observancia de unas formalidades legales. Los motivos son: a) protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática; b) protección de intereses de los menores o la vida privada de las partes; c) protección de otros derechos y libertades que lo exijan; d) cuando la concurrencia de publicidad pudiera proteger los intereses de la justicia (art. 138.2 LEC). Y las formalidades legales son: a) una previsión normativa concreta, con rango de ley; b) el respeto al principio de proporcionalidad (art. 138.2 LEC); c) la previa audiencia de las partes (art. 138.3 LEC), que puede ser tanto escrita como oral; y d) una resolución judicial motivada, en forma de auto, que deberá recoger la concurrencia del motivo justificante de la celebración a puerta cerrada de la actividad probatoria y el requisito de la proporcionalidad.

Contra la resolución que acuerda la práctica de la diligencia de prueba a puerta cerrada no cabe recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión en el recurso procedente contra la sentencia (art. 138.3 LEC), que podrá ser el recurso de apelación por infracción del principio de publicidad, el extraordinario por infracción procesal y el de amparo.

3. Anticipación de la prueba

3.1. Concepto

La anticipación de la prueba, antiguamente llamada *probatio ad perpetuam rei memoriam*, constituye «un cauce procesal configurado con el objeto de evitar la frustración de la actividad probatoria, que se concreta en la práctica de un medio probatorio con anterioridad al momento generalmente previsto, ante la existencia de temor fundado a que la prueba, llegado dicho extremo, no pueda ser realizada»[621]. En parecidos términos se expresa

620 La STC, Sala 1ª, de 10 de junio de 1987, fto. jco. 1º (RTC 1987\96) apunta: «Hemos de empezar señalando que el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho […]. El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: El control público de la justicia y la confianza en los Tribunales». Para un estudio del principio de publicidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede verse Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M.Bosch, Barcelona, 2012, pp. 139-142.

621 Rizo Gómez, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 41.

el AAP Barcelona de 21 de junio de 2007 al afirmar «la prueba anticipada (anticipación de la prueba arts. 293 a 296 L.E.C.), supone la posibilidad de practicar cualquier medio de prueba (consiguiendo anticipadamente el resultado probatorio), antes del juicio (ordinario) o de la vista (verbal), ante el temor de que la fuente de dicha prueba se pierda o altere haciendo imposible la práctica en el proceso»[622].

No debe confundirse la anticipación de la prueba (arts. 293 a 296 LEC), con el aseguramiento de la prueba (arts. 297 y 298 LEC), pues mientras que con la primera se trata de practicar un medio de prueba –y, por ende, con observancia de los requisitos de pertinencia, utilidad y legalidad (art. 283 LEC)–, con la segunda se pretende asegurar una fuente de prueba, sin llegar a practicar el medio de prueba.

Ambas tienen idéntica finalidad pues se dirigen «a impedir que la acción del tiempo que demanda el proceso pueda afectar un bien jurídico como es el derecho de las partes de producir una prueba determinada»[623] y ambas se regulan en una misma sección rubricada «De la anticipación y aseguramiento de la prueba», compuesta de seis artículos, colmando las lagunas de la LEC/1881 –cuyos dos únicos artículos [502[624] y 545[625]] circunscribían la prueba anticipada a la testifical–, aun cuando incurriendo en algunas otras, como por ejemplo, la omisión del modo de impugnar de la resolución sobre admisión o inadmisión de la prueba anticipada (art. 294 LEC). En todo caso, merece una valoración positiva el que pueda practicarse anticipadamente cualquier medio de prueba, y no solamente el interrogatorio de testigos.

Tampoco debe confundirse la anticipación de la prueba con las diligencias preliminares (art. 256 a 263 LEC). La anticipación de la prueba afecta a la prueba y concretamente a su práctica con anterioridad al momento legalmente previsto, mientras que las diligencias preliminares no afectan a la prueba, sino a la preparación del proceso principal, mediante la obtención de informaciones relativas a la legitimación activa, al objeto del juicio o a la personalidad del demandado[626]. Como gráficamente resume Díaz Fuentes «unas [diligen-

622 AAP Barcelona, secc. 3ª, de 21 de junio de 2007, fto. jco.2º (JUR 2007/292936).

623 Di Iorio, A. J., *Prueba anticipada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p.17.

624 Art. 502 LEC 1881: «Fuera de los casos expresados en el artículo 497 [referido a las diligencias preliminares], no podrá el que pretenda demandar pedir posiciones, informaciones de testigos, ni ninguna otra diligencia de prueba, salvo cuando por la edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a un punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pueda exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el Juez decretará, que sea examinado el testigo o testigos que estén en las circunstancias referidas, verificándose su examen del modo que se previene en los artículos respectivos de esta Ley.

Estas diligencias se unirán a los autos luego que se presente la demanda».

625 Art. 545 LEC 1881: «El demandado podrá hacer uso de la facultad que se concede al actor en el artículo 502 para pedir el examen de testigos antes del término de prueba, en los casos y en la forma que se determinan en dicho artículo».

626 El AAP Valencia, secc. 11ª, de 30 de junio de 2008, fto. jco.2º (JUR 2008/300786) razona las diferencias entre ambas instituciones al afirmar: «[…] Por último indicar, a tenor del contenido de la solicitud,

cias preliminares] miran a los presupuestos o elementos de la interpelación, otras [prueba anticipada] a la realización de las pruebas y las últimas [medidas de aseguramiento] a asegurar la efectividad de los pronunciamientos de la sentencia»[627]. Por otra parte, las diligencias preliminares no tienen que solicitarse ante el órgano judicial competente para conocer la futura demanda (salvo en el caso del número sexto del art. 257 LEC), sino ante el tribunal del domicilio de la persona que, en su caso, hubiere de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaren para preparar el juicio (art. 257.1 LEC), lo cual resulta coherente si se tiene en cuenta que la prueba practicada tiene plenos efectos probatorios y debe corresponder su adopción al juez competente para conocer del proceso[628].

3.2. Fundamento

El fundamento de la anticipación de la prueba radica en el temor fundado de que, por causa de las personas (por ejemplo, edad avanzada o testigo con viaje pendiente al extranjero) o por el estado de las cosas (por ejemplo, examen de un edificio que amenaza ruina), de practicarse la prueba en el momento procesal oportuno, ésta devendría imposible, con lo que el legislador pretende anticipar la práctica de la prueba, a los efectos que ésta pueda desplegar toda su eficacia probatoria.

La prueba anticipada busca garantizar la mayor eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, practicando anticipadamente (esto es, fuera del momento procesal oportuno) un medio de prueba, y aun cuando presenta cierto paralelismo con las medidas cautelares, no puede perderse de vista que éstas tienen como finalidad garantizar los efectos de una sentencia eventualmente condenatoria, y que, además, la prueba anticipada se incorpora definitivamente al proceso, por lo que carece de la nota de la provisionalidad propia de las medidas cautelares[629]. Resulta muy clarificador el AAP de Badajoz de 5 de febrero de 2005 al afirmar:

> «El fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba. Existen determinadas situaciones en las que, ante el peligro de perder la fuente probatoria o deteriorarse los hechos en méritos de los cuales se solicitará, o se está solicitando, una determinada resolución judicial, es necesario anticipar la actividad probatoria antes del juicio o vista e, incluso, a un momento anterior a la presentación de la demanda. En todos los casos, el fundamento último de la prueba anticipada no es otro que el de garantizar la mayor eficacia y

como ya le explicó el Juez «a quo» que no deben confundirse las diligencias preliminares con la prueba anticipada ya que son dos figuras diferentes, las primeras tienen por objeto preparar un juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión, cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso, artículo 293 de la LEC».

627 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 2004, p.105.

628 Villagómez Cebrián, M., *Disposiciones generales (artículos 281 a 298)*, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p.23.

629 Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 2000, t.7, p.1518.

virtualidad del derecho a la prueba, evitando que las partes litigantes no puedan justificar debidamente las razones o hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones»[630].

3.3. Supuestos y sustanciación

Se prevé que la prueba anticipada pueda realizarse, bien con anterioridad al inicio del proceso, bien una vez iniciado éste (art. 293.1 LEC)[631].

3.3.1. Antes de iniciarse el proceso

Si la solicitud de prueba anticipada se efectúa con anterioridad al proceso deberán tenerse en cuenta las previsiones siguientes:

a) en orden a la postulación, y ante el silencio legal, debemos entender que no será precisa la representación por procurador y la asistencia técnica letrada por tratarse de medidas urgentes anteriores al juicio (arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC)[632].

b) en orden a la legitimación, la LEC circunscribe la legitimación activa al futuro demandante («el que pretenda incoarlo [el proceso]», art. 293.1 LEC), guardando silencio sobre el demandado. Ante el silencio legal, un sector doctrinal sostiene que el demandado no tiene legitimación activa para solicitar una prueba anticipada bien por falta de previsión legal[633], bien por entender que la promoción del litigio debe quedar al margen de la voluntad del demandado[634]; otro sector doctrinal, por el contario, admite la legitimación activa del demandado, con fundamento en que éste pueda intuir o prever que será objeto de una futura demandada, como sucede, por ejemplo, en los supuestos que se ha practicado una previa conciliación ex art. 460 LEC o que ha sido requerido extrajudicialmente con apercibimiento que, de no cumplir lo requerido, será demandado judicialmente[635]. Por otra parte, y en aras a garantizar la efectividad del principio de contradicción, y en aquellos supuestos en que se desconozca la identidad o domicilio de la parte demandada, se ha denunciado

630 AAP Badajoz, secc. 3ª, de 15 de febrero de 2005, fto. jco.2º (JUR 2005/62121).

631 Puede verse un resumen de las normas de procedimiento que regulan la prueba anticipada en el AAP Barcelona, secc.13ª, de 21 de junio de 2007, fto. jco.2º (JUR 2007/292936).

632 Herrero Perezagua, J.F. *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.79.

633 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.220.

634 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Disposiciones generales y presunciones*, 2ª ed., ob. cit., p.340.

635 Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada*, ob. cit., p.1519; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, p.216 López Simó, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, ed. La Ley, Madrid, 2001, p.128.

que en España, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, como el portugués o el alemán, no se haya previsto la intervención de un letrado o el Ministerio Fiscal en orden a la tutela de los intereses del futuro demandado[636].

c) en orden a la jurisdicción y competencia objetiva y territorial, el solicitante deberá dirigir su petición al tribunal que se considere competente para conocer del asunto principal, el cual deberá velar de oficio por su jurisdicción y competencia, no admitiéndose la declinatoria (art. 293.2 LEC). Se ha censurado la rigidez de la norma legal, afirmándose que, al igual como sucede en el derecho comparado (art. 486, III Z.P.O. o art. 693.III, C.P.C) o con la regulación de las medidas cautelares ante demanda (art. 725.2º LEC), en supuestos de urgencia y/o peligro de desaparición de la fuente de prueba, se podría atribuir la competencia al tribunal donde resida la persona que debe declarar o peritar o del lugar donde la prueba debe practicarse[637].

d) en orden a la legitimación pasiva, el solicitante deberá indicar a la persona o personas que se proponga demandar a fin que puedan ser citadas, con al menos cinco días de antelación a la práctica de la prueba (art. 295.1 LEC). Y esta designación será una carga, pues en el caso que los citados no resulten posteriormente demandados la prueba no tendrá ninguna validez[638].

e) la eficacia probatoria de la prueba anticipada se sujeta a un plazo de caducidad, pues de no interponerse la demanda principal en el plazo de dos meses desde la práctica de la prueba anticipada, ésta perderá su eficacia, salvo que se acredite que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso en dicho plazo (art. 295.3 LEC). Este plazo de caducidad de dos meses –que en el PLEC era de seis meses– puede encontrar un justificación bien en el dato que el demandado no puede permanecer indefinidamente en una situación de incertidumbre sobre la promoción de una demanda, bien en evitar que las partes puedan preconstituir pruebas sin límite alguno para hacerlas valer cuando crean más conveniente[639].

f) en el supuesto que el conocimiento del proceso posterior corresponda a un tribunal distinto del que practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones (art. 296.2 LEC).

---

636 Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada*…, ob. cit., p.1519.

637 Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada*…, ob. cit., p.1519; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/000*, ob. cit., p.217; Rifá Soler; Richard González, Riaño Brun, *La prueba en el proceso civil*, capítulo 22, en «Derecho Procesal Civil», vol. II, Navarra, 2011, p.144, avalan también esta solución siempre que la competencia territorial no venga determinada por normas imperativas.

638 Rifá Soler; Richard González; Riaño Brun, *La prueba en el proceso civil*, cap.22, en «Derecho Procesal Civil», ob. cit., p.148.

639 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.343.

3.3.2. Durante el curso del proceso

Si la solicitud de prueba anticipada se efectuare una vez iniciado el proceso, deberá atenderse a las previsiones siguientes:

a) en orden a la postulación, y a pesar del silencio legal, regirán las mismas normas de postulación que rijan para el proceso principal.

b) en orden a la legitimación, y a diferencia del supuesto anterior (prueba anticipada solicitada antes de iniciarse el proceso), tanto el actor como el demandado pueden interesar la prueba anticipada, esto es, «cualquiera de las partes durante el proceso» (art. 293.1 LEC).

c) la competencia objetiva y territorial, corresponderá obviamente al mismo tribunal que esté conociendo del asunto (art. 293.2, II LEC).

d) la prueba anticipada, en cuanto excepción al principio de concentración de las actuaciones procesales, se practicará con anterioridad al juicio (ordinario) o la vista (verbal) (art. 294.2 LEC).

3.4. Normas comunes de procedimiento

Las partes tendrán en la prueba anticipada la misma intervención que si la prueba se practicara en el momento procesal oportuno, existiendo algunas particularidades en orden a la petición y admisión:

a) la solicitud de prueba anticipada debe efectuarse por escrito con exposición de los motivos que fundamentan la petición (art. 294.1 LEC), aun cuando apunta Seoane Spielgelberg que, una vez promovido el litigio, no debería existir inconveniente en que la solicitud se pudiera efectuar verbalmente en una vista o comparecencia[640]. Por otra parte, y como razona Muñoz Sabaté, en la mayoría de las ocasiones la fundamentación de la petición se producirá *ex re ipsa*, esto es, bastará con alegar la edad avanzada del testigo o su hospitalización o el carácter perecedero de la mercancía a examinar, por citar algunos ejemplos de los supuestos más frecuentes[641].

b) la admisión de la prueba anticipada se efectúa mediante resolución, y aun cuando legalmente se dispone que debe ser una providencia (art. 294.2 LEC), parece más oportuno que revista forma de auto, por ser la resolución formal adecuada para la admisión o inadmisión de la prueba (art. 206.2.2º LEC), efectuándose el señalamiento por el Secretario Judicial. En todo caso, y de acordarse la admisión o inadmisión de la prueba anticipada mediante providencia, convendrá que la misma sea

640 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/000*, ob. cit., p.345.

641 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.215.

motivada, con exposición de la concurrencia de los requisitos y presupuestos que conducen a su admisión o denegación.

Con respecto a la admisión de la prueba anticipada la jurisprudencia menor exige ponderar los siguientes aspectos: en primer lugar, que se trata de una excepción al régimen general de aportación de prueba; en segundo lugar, atender a la oportunidad de la práctica de la prueba, pues si la fuente de prueba pervive la prueba deberá practicarse en el momento procesal correspondiente dentro del proceso; y en tercer lugar, la especialidad del juicio de pertinencia radica en que la prueba debe mostrarse ineludible para la defensa de la posterior pretensión, pues si puede alcanzarse el mismo resultado con otros medios, decae la razón de este régimen excepcional (AAP Barcelona, 17 de enero de 2005[642]).

c) a pesar que en la rúbrica del art. 294 LEC se alude a los «recursos» no se contiene ninguna previsión específica en el cuerpo del artículo, debiéndose entender que tanto frente a la admisión cuanto a la inadmisión de la prueba anticipada cabe interponer un recurso de reposición (art. 451 LEC)[643]. Adviértase que siendo la petición de prueba anticipada por escrito y la resolución (de admisión o inadmisión) también por escrito, el recurso de reposición sería de tramitación escrita, a diferencia del régimen general de impugnación de la resolución sobre la admisibilidad de las pruebas (art. 285.2 LEC), que prevé un recurso de interposición, substanciación y resolución oral y en el acto.

d) La documentación del acto de prueba anticipada quedará bajo la custodia del Secretario judicial hasta que llegue el momento de unirlo a las actuaciones (art. 296.1 LEC).

3.5. Contenido de la prueba anticipada

A diferencia de la LEC/1881 que limitaba la prueba anticipada a la prueba testifical (arts. 502 y 545), la LEC admite que la prueba anticipada pueda consistir en cualesquiera de los medios de prueba previstos en su artículo 299.

Apunta Muñoz Sabaté que podrán practicarse anticipadamente el interrogatorio de las partes y el de testigos, lo cual puede resultar particularmente útil en los supuestos que preveía el derogado art. 502 LEC/1881: edad avanzada, peligro inminente para la vida,

642 AAP Barcelona, secc. 4ª, de 17 de enero de 2005, fto. jco.1º (JUR 2005/55104).

643 Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada,* ob. cit., p.1521, distingue un doble supuesto a efectos de los recursos: 1º) Si la prueba se ha solicitado durante el proceso, frente a la denegación de la prueba anticipada, procederá el recurso de reposición y la posterior protesta a fin de lograr la práctica de la prueba en la segunda instancia; 2º) Si la prueba se ha solicitado antes de iniciar el proceso, en la medida que todavía no existe proceso y el auto denegatorio pone fin al proceso, tan solo cabe interponer recurso de apelación (art.455.1 LEC). En sentido contrario, Rizo Gómez, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.114, para quien frente a la denegación de prueba anticipada no cabe interponer recurso de apelación por cuanto no se trata de un auto definitivo ni de un auto no definitivo para los que la LEC admite de manera expresa el recurso.

proximidad de una ausencia a un punto respecto del cual resulte difícil o tardía las comunicaciones u otro motivo poderoso[644].

También podrá solicitarse como prueba anticipada la documental, en supuestos en que se interese la exhibición de un documento de la parte o tercero que se halle en tránsito en España o que el documento pueda destruirse o simplemente cuando exista el temor de solicitar el documento en el período ordinario, no resultará posible su obtención por razón del plazo, en el acto del juicio.

El dictamen pericial también podrá pedirse anticipadamente, aun cuando el régimen de prueba pericial instaurado por la LEC en el que se impone a las partes la carga de la presentación inicial de los dictámenes a instancia de parte con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC), otorgándole un tratamiento similar a los documentos fundamentales (art. 265.1.1º LEC), ha mitigado la situación existente en la LEC/1881 de pericial única, intraprocesal y judicial que se aportaba en período probatorio.

También resulta admisible la solicitud anticipada de la prueba del reconocimiento judicial, que puede resultar particularmente útil cuando el objeto del reconocimiento sea perecedero o cuando exista el temor fundado que, de practicarse en el momento procesal oportuno, pueden producirse alteraciones en el lugar, el objeto o la persona a reconocer.

3.6. Valoración

La valoración de la prueba anticipada deberá efectuarse conforme a las reglas propias de cada medio prueba, pues el que se practique con anterioridad al momento procesal oportuno, no trasmuta las normas de valoración específicas de la prueba practicada. Ahora bien, el legislador ha previsto que, a instancia de parte y si fuera posible, la prueba practicada anticipadamente se reitere de nuevo y en el momento procesal adecuado. El tenor literal de la controvertida previsión legal es el siguiente: «La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad» (art. 295.4 LEC).

Un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que carece de lógica que una prueba anticipada y practicada con contradicción tenga necesidad de ser reiterada, y abogando por conceder algún alcance a la reiteración de la prueba, entiende que ello sólo debería ser posible si en la práctica de la prueba anticipada no intervino la contraparte –habiendo sido citada o no–, o si la nueva prueba practicada no fuera exactamente la primera sino un intento de aclaración o ampliación[645], o si la prueba puede llevarse a cabo en el juicio o la vista o ante la presencia

644 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., pp. 220-221.

645 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., p.220.

del tribunal sentenciador, si antes no lo había sido así[646]. En sentido parecido, también se ha afirmado que sería razonable que se permitiera rechazar la nueva práctica de prueba cuando con cierta seguridad pueda preverse que la repetición no conducirá a un resultado distinto[647].

Otro sector doctrinal, por el contrario, y a favor de la reiteración probatoria, ha argumentado la concentración de las actuaciones probatorias en el juicio o la vista, la realización de la prueba bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad –que en cierto sentido se encuentran limitados cuando se anticipa su práctica–, la apreciación más inmediata de los resultados probatorios y el mejor conocimiento que posee el demandado de los escritos de alegaciones[648].

Sea como fuere, los términos imperativos del legislador («en tal caso, el tribunal *admitirá* que se practique la prueba de que se trate…») parecen no dejar margen de discrecionalidad al juez para inadmitir la repetición de la prueba[649]. En esta eventualidad se valorará «según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad» (art. 295.4 LEC).

Ello puede suscitar alguna dificultad, particularmente en las pruebas personales (interrogatorio de las partes o de los testigos) cuando existan divergencias entre la prueba practicada anticipadamente y la practicada en su momento procesal oportuno. No existen reglas específicas para este supuesto, sino que el tribunal deberá tener en cuenta si las divergencias son sustanciales o accidentales, y el motivo de las mismas, pudiendo incluso, a instancia de parte o de oficio, solicitar aclaraciones por el motivo de las contradicciones. Por lo demás, parece que las pruebas documentales y los dictámenes periciales conservan pleno valor aunque tenga que reproducirse en el momento procesal oportuno[650].

4. Aseguramiento de la prueba

4.1. Concepto

Las medidas de aseguramiento de la prueba, como su propio nombre indica, no se dirigen a practicar los medios de prueba, sino a garantizar que la prueba interesada pueda

646 Asencio Mellado, J. Mª, *La prueba. Disposiciones generales*, en «El Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.237.

647 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 294 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.533; Bonet Navarro, J., en «La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales», ob. cit., p.325.

648 Rizo Gómez, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.138.

649 Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada*, ob. cit., p.1522.

650 Villagómez Cebrián, M., *Disposiciones generales (artículos 281 a 298)*, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit. p.24.

practicarse en el momento ordinariamente previsto por la ley. Con las medidas de aseguramiento no se practica el medio de prueba, sino que se garantiza la fuente de prueba[651].

El fundamento de las medidas de aseguramiento radica en el hecho contrastado que, en ocasiones, sea por conductas humanas o por acontecimientos naturales, las fuentes de prueba se destruyen o alteran, de manera que, llegado el momento procesal oportuno, no pueden practicarse los medios de prueba. De ahí que su función se asemeje a las medidas cautelares, y concretamente a su efecto de aseguramiento, pero, a diferencia de éstas, que tratan de asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, las medidas de aseguramiento tratan solo de asegurar la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, su finalidad última es que la sentencia se dicte con una adecuada motivación fáctica[652].

Las fuentes de prueba cuya alteración se pretende preservar van referidas a cosas, sean muebles o inmuebles, con exclusión de las medidas de aseguramiento personales –como, por ejemplo, el antiguo arresto del quebrado–, de manera que las medidas de aseguramiento no podrán solicitarse sobre las partes, los testigos o los peritos, dado que en este caso resulta más pertinente su práctica anticipada[653]. Así se deduce claramente del art. 297.1 LEC que prevé que las medidas de aseguramiento deben recaer sobre «objetos materiales o estados de cosas».

A diferencia de la LEC/1881 que no contenían ninguna previsión normativa, la LEC dedica dos extensos artículos para regular separadamente las medidas que pueden adoptarse (art. 297 LEC) y los requisitos y el procedimiento para la adopción (art. 298 LEC), éste último con varios apartados añadidos por Ley 19/2006, de 5 de junio, que suplió la omisión de la redacción originaria de la LEC en cuanto al procedimiento de adopción de las medidas de aseguramiento.

4.2. Medidas

Las medidas de aseguramiento no se regulan específicamente, sino genéricamente en una división tripartita que permite distinguir entre: 1º) La conservación de cosas o situaciones; 2º) El mandato de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder por desobediencia a la autoridad; y 3) Dejar constancia fehaciente de la realidad de la cosa o de la situación con sus características (art. 297.2 LEC). Al parecer de Montero Aroca las dos primeras son claras medidas de aseguramiento, mientras que la tercera puede encajar mejor en los supuestos de prueba anticipada[654].

651 Gil Vallejo, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, J.M.Bosch, Barcelona, 2011, pp. 41-42.

652 Bonet Navarro, J., en «La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales», ob. cit., p.326.

653 Bonet Navarro, J., en «La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales», ob. cit., p.329.

654 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.222.

A pesar de su formulación genérica, se han ejemplificado por Muñoz Sabaté como supuestos concretos de medidas de aseguramiento las consistentes en una ocupación o secuestro, el precintaje, la estampación de una señal identificatoria o de seguimiento, la constatación fehaciente por medios documentales o técnicos o la orden de conservar y mantener, o de abstenerse de remover, alterar o destruir[655]. Y por Garberí Llobregat las siguientes: a) Poner bajo custodia de un tercero un determinado objeto sobre el que practicar una prueba pericial, objeto cuya destrucción se teme si sigue en manos de quien lo posea en ese momento; b) Depositar en un establecimiento adecuado aquellos objetos necesitados de cuidados o medidas especiales para mantener su integridad; c) Formalizar un inventario de bienes u objetos que constate fehacientemente su número o características; d) Ordenar a quien esté al cuidado de una cosa o una industria que se comporte (o que se abstenga de comportarse) de un modo determinado[656].

La adopción de una medida de aseguramiento exige atender, entre otras, a dos previsiones relevantes. Por una parte, la facultad judicial para adoptar una medida distinta de la solicitada, siempre que cumpla la misma finalidad y cause menores perjuicios a las partes o terceros (art. 298.1.3º LEC). Y por otra parte, el ofrecimiento del solicitante para garantizar los daños y perjuicios que la adopción de la medida pueda ocasionar (art. 298.2 LEC). El que tenga de soportar la medida podrá librarse de la misma ofreciendo caución, en dinero efectivo o por aval solidario, para responder de la práctica de la prueba cuya aseguramiento se pretenda (art. 298.3 LEC).

4.3. Requisitos

Para la adopción de las medidas de aseguramiento deberá atenderse a los siguientes requisitos:

a) El riesgo de que por conductas humanas o acontecimientos naturales se puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, de manera que resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o carezca de sentido proponerla (art. 297.1 LEC). Tratándose de conductas humanas es indiferente que procedan de la parte contraria o de terceros ajenos al litigio y también es irrelevante que sean legales o ilícitas. Tratándose de acontecimientos naturales, pueden ser extraordinarios, aun cuando lo normal es que el riesgo derive del simple transcurso del tiempo y de fenómenos normales[657].

b) Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento (art. 298.1.1º LEC). Obviamente, y atendida la finalidad

655 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.221.

656 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., «La prueba en el proceso civil», ob. cit., p.236.

657 Asencio Mellado, J. Mª, *La prueba. Disposiciones generales*, en «El Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.241.

de las medidas de aseguramiento, debemos entender que cuando el legislador alude a la «prueba» se está refiriendo a la fuente de prueba. Adviértase que los requisitos del aseguramiento son la pertinencia y utilidad de la prueba, que son dos de los parámetros de admisión de los medios de prueba (art. 283 LEC), al que se une la posibilidad. Algún autor ha señalado que hubiera sido deseable que el legislador incluyera los requisitos de legalidad y licitud de la prueba, y ha señalado acertadamente que debe ser inadmisible el aseguramiento de una prueba alegal o ilegal[658]. También se ha apuntado que no se exige que la medida recaiga sobre «prueba relevante», como se dice, en cambio, en el artículo 297.1 LEC para referirse a la solicitud de aseguramiento[659].

c) Que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse la medida de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba (art. 298.1.2º LEC). En el escrito de solicitud de la medida se deberá exponer la concurrencia de las razones o motivos determinantes para su adopción. La imposibilidad futura de la práctica de la prueba, por alteración de la fuente de prueba, constituye el fundamento de esta medida.

d) Que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros (art. 298.1.3º LEC). Ello significa que la medida de aseguramiento interesada por el solicitante no vincula al tribunal, el cual podrá adoptar otra distinta, siempre que cumpla la misma finalidad e irrogue menores perjuicios. Como apunta Díaz Fuentes las medidas de aseguramiento no se emprenden de oficio, pero desde que se pide alguna puede el órgano judicial sustituir la solicitada por otra de su preferencia, con tal que sea conducente para la misma finalidad[660].

4.4. Procedimiento

La Ley 19/2006, de 5 de junio, ha suplido las omisiones de procedimiento para la adopción de las medidas de aseguramiento que se contenían en la redacción originaria de la LEC, estableciendo un procedimiento en el que se prevé la contradicción previa o la contradicción diferida.

En ambos casos, el procedimiento se inicia mediante un escrito en el que deberá exponerse la concurrencia de los requisitos legales, pudiéndose efectuar un ofrecimiento a los efectos del resarcimiento de daños y perjuicios que puedan irrogarse a las personas implicadas o a terceros (art. 298.2 LEC). Ahora bien, dicho ofrecimiento no es preceptivo,

658 Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, ob. cit., p.331.

659 Villagómez Cebrián, M., *Disposiciones generales (artículos 281 a 298)*, en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ob. cit., p.23.

660 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.103.

sino posible o, a lo sumo, conveniente y tampoco se dice que en caso que el tribunal estime la cuantía del ofrecimiento insuficiente, puede requerir su complemento o aumento[661].

Las medidas de aseguramiento podrán solicitarse, al igual que la prueba anticipada, con anterioridad al inicio del proceso, resultando legitimado quien pretenda incoarlo, o una vez iniciado el proceso, en cuyo caso las podrá solicitar cualquier litigante (art. 297.1 LEC). Legitimados pasivamente no solo estarán los litigantes, sino también terceros ajenos al proceso que habrían de soportar las medidas (art. 298.1.3º LEC).

Las medidas de aseguramiento acordadas con anterioridad al inicio del proceso quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas (art. 297.4 LEC).

4.4.1. Con contradicción previa

Presentada la solicitud de medidas de aseguramiento, se deberá oír a la persona que deba soportarlas, que puede ser el demandado o un tercero (art. 298.1.3º LEC). Ahora bien, si la solicitud se hubiera presentado una vez iniciado el proceso será preceptiva la audiencia previa del demandado (art. 298.4 LEC), audiencia que deberá extenderse a la adopción del aseguramiento, a la concreta medida interesada y a la garantía ofrecida por el solicitante a efectos del resarcimiento de daños y perjuicios.

Sólo quien fuera demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir, al oponerse a su adopción, la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la medida (art. 298.4 LEC).

4.4.2. Con contradicción diferida

La medida de aseguramiento puede adoptarse «in audita parte» en dos supuestos: a) Cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida; b) cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica (art. 398.5 LEC).

En estos casos el tribunal pueda adoptar «mediante providencia» (art. 398.5 LEC) la medida de aseguramiento, aun cuando siendo una resolución sobre la garantía de una fuente de prueba, sería más adecuado que la resolución adoptara forma de un auto (art. 206.1.2º LEC), razonando separadamente la concurrencia de los requisitos para su adopción y de los motivos para su adopción «in audita parte». Esta providencia es irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas (art. 398.5 LEC).

Adoptada la medida de aseguramiento *in audita parte* se prevé un trámite de oposición, en el plazo de veinte días a partir de la notificación de la resolución, que podrán promover quien fuera a ser demandado, quien ya lo hubiera sido o quien hubiera de soportar

661 Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, ob. cit., p.334.

la medida de aseguramiento (art. 298.6 LEC). Como motivos de oposición podrán alegarse: a) la inexistencia de riesgos de daños irreparables en el derecho para la futura práctica de la prueba; b) la posibilidad de acordar otras medidas igualmente conducentes que resulten menos gravosas; c) interesar la sustitución de la medida de aseguramiento por la caución prevista en el apartado 3º del art. 398 LEC; d) sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba (art. 298.7 LEC).

Del escrito de oposición se dará traslado al solicitante y, en su caso, al ya demandado o a quien hubiera de soportar la medida. Todos ellos serán citados a una vista, en el plazo de cinco días, tras cuya celebración se decidirá sobre la oposición, en el plazo de tres días, por medio de un auto que es irrecurrible (art. 298.8 LEC).

5. La prueba en la primera instancia

5.1. Apertura del periodo probatorio. Impulso de oficio

Ni en la audiencia previa del juicio ordinario ni en la vista del juicio verbal es necesario solicitar el recibimiento del juicio a prueba, sino que el período probatorio se abrirá, sin necesidad de previa petición de parte, por impulso de oficio.

Bajo la vigencia de la LEC\1881, y en un proceso civil inspirado por la escritura, el impulso de la actividad probatoria, en orden a la solicitud del recibimiento a prueba y la proposición de las pruebas, correspondía a las partes. Así, en la denominada comparecencia del menor cuantía, se preveía que «si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito, habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia» (art. 692.4ª; II LEC 1881). E incluso para el juicio de mayor cuantía se preveía que el juez recibiera el juicio a prueba en el caso de que todos los litigantes lo hubieren solicitado y en caso de existir oposición de algún litigante, y previa audiencia a los mismos, el juez debía decidir lo que estimara procedente (art. 550 LEC 1881). En la práctica forense, lo más habitual era solicitar el recibimiento del juicio a prueba en un otrosí del escrito inicial de demanda, para evitar que el olvido en un momento posterior privara a la parte de su derecho a la prueba. Se solía utilizar la expresión «recibir el pleito a prueba», consistente en la apertura de un período para la actividad probatoria que podía constar de dos fases o subperíodos: el de proposición y práctica de la prueba[662].

La LEC, con la finalidad de evitar «tiempos muertos», opta por el impulso de oficio en el recibimiento del juicio a prueba y en la proposición de los medios de prueba. El art. 429.1 LEC dispone que, en defecto de acuerdo de las partes para finalizar el litigio o

662 DE LA OLIVA SANTOS, A., *El proceso de declaración*, ob. cit., p.306.

existiendo hechos controvertidos, «la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de prueba». Y *mutatis mutandi* existe una previsión similar para el juicio verbal, puesto que el art. 443.4 LEC, sobre el desarrollo de la vista, dispone que «si no hubiera conformidad sobre ellos [los hechos relevantes que funden las pretensiones de las partes], se propondrán las pruebas, [..]». Procederá, por tanto, la apertura de oficio del período probatorio ante la existencia de hechos controvertidos (arts. 429.1 y 443.4 LEC) o, aun mediando conformidad en los hechos, cuando se invoque la aplicación del derecho extranjero o de la costumbre, y en este último caso, no exista conformidad sobre su existencia y contenido (art. 281.2 LEC), o cuando se trate de una conformidad en los hechos en un proceso no dispositivo, dado que no tiene efecto vinculante para el tribual (art. 752.2 CE).

Jurídicamente el impulso es la facultad (judicial) o carga (de la parte) de hacer progresar el proceso, de dar continuidad a las actuaciones procesales promoviendo los trámites procesales correspondientes. Una vez desaparecida la necesidad –en expresión de Serra Domínguez la «anomalía»[663]– de la solicitud del recibimiento del juicio a prueba dependiente de la voluntad de las partes, el impulso de la actividad probatoria es de oficio en cuanto a la apertura del juicio a prueba. El recibimiento a prueba, como afirma Ramos Méndez, «surge naturalmente como una oportunidad, pero también como una necesidad, cuando hay 'material que probar'»[664] y en sentido similar Fernández Urzainqui apunta que «la sola existencia de controversia debería bastar para la apertura de oficio de la fase probatoria del proceso»[665].

5.2. Proposición

5.2.1. Momento de la proposición

La proposición de los medios de prueba tiene lugar en la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) que son actos presididos por la oralidad. Se trata del momento ordinario y común de proposición oral de los medios de prueba.

Esta regla general admite algunas excepciones, esto es, supuestos en los que la proposición de los medios de prueba tiene lugar con anterioridad o con posterioridad a la audiencia previa o la vista. Así, pues, podrá proponerse la prueba con anterioridad al momento común en los supuestos de prueba anticipada, puesto que deben practicarse –y, por ende proponerse– con anterioridad a la celebración del juicio o de la vista (art. 294 LEC) y pueden incluso proponerse previamente a la iniciación de cualquier procedimiento (art.

663 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, p.539.

664 Ramos Méndez, F., *Secuencia de la prueba*, en «Enjuiciamiento Civil», t.I., ob. cit., p.633.

665 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 284 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1314, quien, además, matiza que el impulso de oficio de la fase probatoria es independiente de los principios dispositivo y de aportación de parte.

293.1 LEC). También pueden aportarse con anterioridad al momento común los documentos, medios, instrumentos, dictámenes periciales e informes que se han de acompañar con los escritos de alegaciones (art. 265 LEC), bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC). En este caso, y como apunta Montero Aroca, nos encontramos ante una «proposición implícita»[666], dado que estos medios de prueba no precisan de una práctica ulterior, sino de su aportación con los escritos de alegaciones, y todo ello sin perjuicio de su aportación posterior en supuestos previstos por la ley (arts. 270, 271 y 286 LEC).

Con posterioridad al momento común cabe también la proposición de los medios de prueba a través de las diligencias finales (art. 435 LEC), que podrán acordarse a instancia de parte (art. 435.1 LEC) o indistintamente a instancia de parte y de oficio (art. 435.2 LEC), dentro del plazo para dictar sentencia y con suspensión del mismo (art. 434.2 LEC). A través de las diligencias finales, y con sujeción a los requisitos del art. 435 LEC, podrán proponerse cualesquiera medios de prueba. Y también puede existir, en el juicio ordinario y al inicio del acto del juicio, la proposición y admisión de los medios de prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia acaecidos con posterioridad a la audiencia previa (art. 433.1 LEC).

El principio de concentración de las actuaciones procesales ha comportado alguna modificación en la proposición de los medios de prueba con respecto a la derogada LEC/1881. Una de ellas es la relativa al interrogatorio de las partes (antigua confesión en juicio) que, bajo el régimen de la LEC/1881 podía proponerse «desde que se reciba el pleito a prueba hasta la citación para sentencia» (art. 579 LEC 1881), y con la LEC ha perdido el período de proposición privilegiado y deberá proponerse, al igual que los demás medios de prueba, en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal).

5.2.2. Forma de la proposición

Sin perjuicio de analizar las reglas específicas de proposición de cada medio de prueba en el capítulo dedicado a su estudio particular, como reglas generales sobre la forma de proposición pueden citarse las siguientes:

a) Cada medio de prueba deberá expresarse con separación, consignando el domicilio o residencia de la persona que haya de ser citada, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba (art. 284 LEC), sin que de la expresión legal «consignar» (que significa, según el Diccionario, asentar por escrito opiniones, votos, doctrinas, hechos, etc.) permita deducir, sin más, que se exija la forma escrita para la presentación de las pruebas, pues debe atenderse a la forma –oral– en que se desarrollan los actos procesales –audiencia previa y vista– dentro de los cuales se propone la prueba[667]. La

666 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.195.

667 López Simo, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, ob. cit., p.81; Villagómez Cebrián, M., *Disposiciones generales (artículos 281 a 298),* en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ob. cit., p.33; Aragoneses Martínez, S. e Hinojosa Segovia, R., en «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba civil», ed. Colex, Madrid, 2004, p.23.

exigencia de separación, esto es, la identificación de los concretos medios de cada parte intenta valerse excluye las proposiciones de pruebas genéricas y los objetos de prueba que no identifiquen el medio con que intenten probarse[668].

b) Las partes proponentes deberán indicar si el medio de prueba podrá practicarse en el juicio o habrá de practicarse con anterioridad (art. 429.4 LEC) o si requiere el auxilio judicial (art. 429.5 LEC). En el supuesto de precisar el auxilio judicial, y tratándose del interrogatorio de las partes o de los testigos, las partes podrán presentar en los tres días siguientes una lista de preguntas (art. 429.5, II LEC).

c) Las partes proponentes deberán indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal (art. 429.5, I LEC) y, en este caso, deberán facilitar el domicilio a efectos de citación, aunque ello podrá realizarse dentro de los cinco días siguientes (art. 284, II LEC).

d) Los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el art. 265 LEC deberán aportarse junto con los escritos de alegaciones.

La proposición de los medios de prueba debe efectuarse oralmente y de la misma quedará constancia en el acta de grabación que se extienda al efecto (art. 147 LEC). Se exceptúa de esta regla general la proposición de pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia que deberá efectuarse en el escrito de ampliación de hechos (art. 286. 1 y 3 LEC), la prueba que se solicite como diligencia final (art. 435 LEC), y las previsiones específicas que reclaman la proposición de forma escrita (arts. 311.2 LEC –interrogatorio de las partes domiciliario–; art. 313, II LEC –interrogatorio de las partes por vía de auxilio judicial–; art. 315.1 LEC –interrogatorio de personas jurídicas públicas–; art. 364.1 LEC –interrogatorio de testigos por vía de auxilio judicial–; art. 381.2 LEC-respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas–).

Se ha afirmado que la proposición de los medios de pruebas comporta la carga de expresar las razones de la pertinencia, utilidad y legalidad de los medios de pruebas propuestos[669], y aun pudiendo ser conveniente en algunos supuestos «apostillar» la prueba[670] –particularmente cuando se prevea la dificultad de admisión–, no existe semejante carga, pues el acto de la proposición se agota con la expresión separada de los medios de prueba sometidos al juicio de admisibilidad judicial, a diferencia de lo que preveía el art. 285 PLEC que exigía que la proposición fuera «referida a los hechos que, oportunamente alegados, se trate de probar».

668 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 284 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1014.

669 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ob. cit., p.182.

670 «Apostillar la prueba», según Muñoz Sabaté, es el «razonamiento que a veces se hace al proponer una prueba al objeto de convencer de su necesidad y evitar así una posible declaración de inadmisibilidad» (*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999, p.49).

Existe un *usus fori* –admitido por la doctrina[671] y recogido por la jurisprudencia menor[672]– consistente en que los letrados, una vez formulada oralmente la proposición de los medios de prueba de que intenten valerse, acompañen una minuta de proposición de prueba que entregan al Juez o Secretario, en la que se contiene una enumeración separada de los medios de prueba, con identificación de cada uno de los propuestos, y de los nombres y direcciones de testigos y peritos.

Dicha minuta ofrece ventajas tanto para los letrados, cuanto para el propio juez. A los letrados les permite formular oralmente –y sin olvido– todos los medios de prueba o, en su caso, modular su propuesta a la vista de la proposición de medios efectuada de adverso o de la fijación de los hechos controvertidos. Al juez le facilita el juicio de admisión de los medios de prueba, porque puede tener a la vista «el listado» de los propuestos y también el libramiento de oficios para citación de testigos y peritos y de despachos para la obtención de los documentos.

No existe previsión legal sobre el traslado de la minuta de proposición de los medios de prueba y es muy dudoso que tenga encaje en la previsión legal que obliga a dar copia de escritos y documentos a las demás partes (art. 273 LEC), en cuanto no es un «escrito» del proceso ni está previsto en trámite legal alguno, aun cuando puede resultar una cortesía procesal fundada en normas de deontología profesional[673].

En caso de disconformidad entre la minuta de proposición de los medios de prueba y los propuestos oralmente, prevalecen éstos últimos por ser la audiencia previa –y también la vista del juicio verbal– un acto oral y no existir exigencia legal de aportar por escrito los medios propuestos.

671 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed. Thomson, Navarra, 2010, p.361, afirma: «la forma de proposición del acto debe ser oral, pero no veo obstáculo a que, junto con la exposición oral de la prueba propuesta, se acompañe y presente relación escrita con los datos precisos para preparar la práctica, en su caso, de cada medio propuesto (relaciones de nombres de testigos, datos de direcciones, etc.)»; de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 284 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.519; Aragoneses Martínez, S. e Hinojosa Segovia, R., en «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil», ob. cit., p.23, quienes, además, apostillan que ello es conveniente en los casos que la complejidad de la prueba así lo aconseje.

672 La SAP Asturias, secc. 1ª, de 1 de febrero de 2011, fto. jco.2º (La ley 30748/2011) razona: «Es cierto que solo se presenta una factura de fecha 24 de septiembre de 1999, de material de obra y sin nombre del destinatario, sin embargo hay que considerar suficientemente probadas las obras cuyo importe se recoge en el informe pericial, tanto por dicho dictamen en el que se acompañan fotografías de las mismas, como por el reconocimiento de Dª. Julia, al que se ha hecho mención y por la prueba testifical, teniendo en cuenta que la parte intentó una prueba más amplia pero la Juez inadmitió las declaraciones de otros testigos cuyo llamamiento al pleito era precisamente para acreditar la realización de las distintas obras, como se explica en la minuta de prueba (folio 190), considerando la Juzgadora suficiente con un testigo, aparte del marido de Dª. Sandra (min. 20.13)». Pueden verse también referencias a la minuta de prueba en la SAP Ávila, 4 de febrero 2003, fto. jco.1º (La Ley 25589/2003); SAP Álava, secc.1ª, de 22 de diciembre de 2004, fto. jco.3º (La Ley 279908/2004); SAP La Rioja, de 17 de febrero de 2010, fto. jco.1º (La Ley 30748/2010).

673 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civi*», 2ª, ed., ed. Bosch, Barcelona, 2004, p.55, sugería que «es de esperar que los abogados introduzcan la cortesía de proporcionarse entre sí una nota escrita de las pruebas que se propongan, para evitar el azacaneo presuroso de anotarlas al hilo de su enunciación verbal o de tener que reproducir una y otra vez la grabación del acto para obtener apuntamiento fiel».

5.3. Admisión

Entre la proposición y la práctica de la prueba media el juicio sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba. Con razón afirma Muñoz Sabaté que falta una reflexión sobre el juicio de admisión de los medios de prueba[674]. Basta pensar, por un momento, la asimetría entre la posición del letrado –que tarda mucho tiempo en averiguar y proponer sus medios de prueba– y del juez –que emite su juicio de admisión o inadmisión en una resolución oral e instantánea–.

La proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes, mientras el juicio sobre la admisión constituye un deber del juez, en el sentido que éste inexcusablemente debe pronunciarse sobre cada uno de los medios de prueba propuestos (art. 285.1 LEC), para admitirlos o denegarlos, sin que pueda omitir su resolución o diferirla a un momento posterior.

La admisión de los medios de prueba requiere la previa posición de los medios de prueba y la fijación de los hechos controvertidos. Sin la previa proposición de los medios de prueba, y a salvo de los supuestos de prueba de oficio, el juez no puede emitir su juicio de admisión o inadmisión de prueba. La fijación de los hechos se traduce en la dispensa de prueba de los hechos «sobre los que exista conformidad de las partes» (art. 281.3 LEC) y en la fijación de los controvertidos como una función específica –llamada por Alonso-Cuevillas «función sub-concretora»[675]– de la audiencia previa y como precedente inmediato y necesario de la proposición de los medios de prueba.

Los parámetros legales de admisión de prueba se traducen en la pertinencia, utilidad y legalidad, todos ellos recogidos en el art. 283 LEC, bajo la desacertada rúbrica de «Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», pues como señala Garcimartín Montero, por una parte, solo se mencionan dos de los requisitos que regula –con olvido de la legalidad– y por otro lado, la pertinencia y la utilidad son los requisitos que se pueden predicar del objeto o del medio de prueba pero no de la actividad probatoria –lo que si sucedería con la licitud-[676]. La pertinencia se refiere a la relación entre los medios de prueba propuestos y el objeto de la prueba. La utilidad alude a la idoneidad del medio propuesto para acreditar el hecho controvertido.Y la legalidad a la observancia de las normas procesales –básicamente de forma y plazo– de proposición de la prueba o, en palabras de Ramos Méndez, constituye la encarnación del principio de legalidad en materia probatoria[677].

674 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., pp. 238-239.

675 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *La audiencia previa al juicio*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, obra coordinada por el mismo autor, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.166.

676 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 283 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ed. Aranzadi, 2001, p.1009.

677 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., p.610.

5.3.1. Resolución de admisión

En orden a la proposición de los medios de prueba se prevé que «la proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación» (art. 284 LEC) y que «el tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas» (art. 285.1 LEC), sin mayores concreciones procedimentales.

La parte actora formulará oralmente los medios de prueba de que intente valerse, acto seguido efectuará lo mismo la parte demandada y, a continuación, debe recaer el juicio de admisión del juez, sin que exista una previsión legal en virtud de la cual cada parte pueda pronunciarse –y, en su caso, impugnar– los medios propuestos de adverso con anterioridad al juicio de admisión, pues la contradicción se instrumentaliza a través del posterior recurso de reposición contra la resolución ya dictada[678]. Cuestión distinta es la existencia de una práctica forense, carente de sustrato normativo, en virtud de la cual el juez concede un turno de palabra a las partes con anterioridad a pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba, y que probablemente obedezca más a una comodidad judicial que a la observancia de un precepto legal[679].

El derecho a la contradicción y, más genéricamente, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a los recursos, se salva mediante la previsión, con respecto al juicio ordinario, de un recurso de reposición oral contra la admisión o inadmisión de cualesquiera medios de prueba (art. 285.2 LEC). Se trata de un recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral, todo ello en el mismo acto de la audiencia previa.

La resolución sobre la admisión o inadmisión debe recaer en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal), sin posibilidad de diferir la admisión a un momento posterior. La proposición de los medios de prueba es oral y concentrada en la audiencia previa –salvo, por supuesto, los supuestos de prueba anticipada (art. 293 LEC) o de diligencias finales (art. 435 LEC)–. Todo ello a salvo igualmente de los supuestos de proposición subsidiaria (ej. pericial subsidiaria para el supuesto de no reconocimiento tras el interrogatorio de partes o de testigos de una determinada firma)–.

La exigencia de una resolución oral y expresa integra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, elevado a rango constitucional (art. 24.2 CE), una de cuyas exigencias es el deber judicial de pronunciarse expresamente sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas, lo que permite al litigante reaccionar en forma contra el rechazo de una prueba, por lo que deben proscribirse las denegaciones condicionales de la prueba.

En la práctica forense, el juicio sobre la admisión se exterioriza mediante la expresión «se admite o se inadmite», o también la expresión específica «pertinente o impertinen-

678 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 285 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1324.

679 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., p.634 apunta que aun cuando la admisión de las pruebas no está sujeta formalmente a un debate, «no está ni mucho menos excluido y, si surge la necesidad, es conveniente».

te» en relación con cada uno de los medios de prueba propuestos. De ahí que el uso de la fórmula o cláusula de estilo «no ha lugar por ahora sin perjuicio de lo que en su día pueda acordarse para mejor proveer»[680], u otras de análoga significación –tales como «sin perjuicio de acordarla para mejor proveer»[681] o «se acordará a la vista de la pericial»[682]–, a menudo empleada para pronunciarse sobre la admisión del reconocimiento judicial, deba considerarse técnicamente incorrecta y jurídicamente inaceptable, en la medida que ni admiten ni rechazan la prueba. Y eventualmente pueden generar perplejidad, cuando no indefensión, a la parte proponente, la cual ignora la conducta procesal a seguir.

5.3.2. Señalamiento del juicio

Una vez admitidos los medios de prueba deberá procederse, en la misma audiencia previa, al señalamiento del acto del juicio, que deberá tener lugar en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa o, a solicitud de la parte, en el plazo de dos meses, cuando toda o parte de la prueba tenga que practicarse fuera del lugar de la sede del Juzgado (art. 429. 2 y 3 LEC).

En la misma audiencia previa se procederá a la citación de la partes. Los testigos y los peritos podrán ser presentados por las propias partes, en cuyo caso no serán citados. Las partes podrán pedir la citación de testigos o peritos por la vía ordinaria y, en su caso, por medio de auxilio judicial. En este último supuesto, deberán presentar una lista de preguntas dentro de los tres días siguientes a la admisión del interrogatorio de testigos (art. 429.5 LEC).

Existe un supuesto en el que el tribunal puede dictar sentencia dentro de los veinte días siguientes a la celebración de la audiencia previa y sin apertura del periodo probatorio: cuando la única prueba propuesta sea la de documentos y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan propuesto dictámenes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitaren la presencia de los peritos para ratificación de su informe (art. 429.8 LEC).

5.4. Práctica

5.4.1. La unidad de acto

Al inicio de este capítulo hemos indicado que uno de los principios inspiradores del procedimiento probatorio es el de concentración, en cuya virtud «todas las pruebas se practicarán en unidad de acto» (art. 290 LEC) y que constituye una regla general, a cuyo favor pueden esgrimirse razones de economía, de sentido común y de facilitación de la valora-

680 STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 1993, fto. jco. 5º (EDJ 1993/4677).

681 STS, Sala 1ª, de 8 de febrero de 2000, fto. jco.4º (EDJ 2000/516).

682 SAP Cáceres, secc. 1ª, de 28 de enero de 2002, fto. jco.3º (EDJ 2002/5911).

ción judicial[683]. La unidad de acto significa, por tanto, que todas las pruebas han de practicarse concentradamente, en una vista o una audiencia, aunque consten de varias sesiones[684].

La regla de la unidad de acto tiene reflejo positivo tanto en el juicio ordinario cuanto en el verbal. Así, para el juicio ordinario, se dispone que «el juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de los peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos» (art. 431 LEC). Y para el juicio verbal se prevé que si no hubiera conformidad sobre los hechos «se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente» (art. 443.4 LEC).

La regla de la unidad de acto no es inquebrantable, y admite algunas excepciones, referidas a los actos de prueba que no pueden practicarse en el acto del juicio o de la vista, en cuyo caso deberán practicarse con anterioridad, con la debida citación de las partes (arts. 290 y 429.4 LEC), como sucede, a título de ejemplo con el reconocimiento judicial de un inmueble (art. 353 LEC) o la comprobación de un documento público impugnado (art. 320.2 LEC).

La regla de la unidad de acto está pensada para un tipo de juicio, como es el juicio ordinario, en el que existe una fase separada de proposición (audiencia previa) y práctica de pruebas (acto del juicio), pero presenta algunas dificultades en los juicios, como el verbal con contestación oral, en los que existe una fase concentrada de proposición y práctica de las pruebas. Este esquema procedimental del juicio verbal (particularmente en los juicios verbales con contestación oral) obliga a las partes a preparar sus pruebas sin conocer los motivos de oposición del demandado y a comprometer la presencia física, en la sede del tribunal y en la fecha y hora señalada para la vista oral, de que potencialmente pueden declarar como partes o como testigos, pero que aun no han adquirido tal condición[685].

En el juicio verbal se dan situaciones en las que materialmente resulta imposible practicar las pruebas en la vista, como pueden ser, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: a) La aportación como documental de sentencias recaídas con posterioridad a la celebración de la vista y antes de dictar sentencia, que sean decisivas para resolver el juicio. Constituye una de las excepciones a la preclusión documental, siquiera limitada injustificadamente al juicio ordinario como diligencia final (art. 271. 2 LEC); b) La práctica de prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia, conocidos después de la celebración de la vista y antes de dictar sentencia, también limitada injustificadamente al juicio ordinario como diligencia final (arts. 286.3 y 435.1, 3ª LEC); c) La aportación por el demandado de documentos que no estén en su poder en el acto de la vista; d) La posibilidad de practicar el interrogatorio ya iniciado de una persona jurídica en el supuesto que las preguntas se refieran a hechos sobre los que el legal representante no haya tenido intervención (art. 309.2 LEC); e) La prueba de

683 Martín Ostos, J.S., *La prueba. Aspectos generales*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, ob. cit., p.198.

684 de la Oliva Santos, A., *El proceso de declaración,* ob. cit., p.306.

685 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.216.

informes del art. 381 LEC[686]; f) En general, supuestos en los que procedería una suspensión o interrupción de la vista (ej. interrogatorio o declaración por exhorto, interrogatorio o declaración domiciliaria, cotejos, etc.[687]) o su práctica con anterioridad al acto de la vista (ej. reconocimiento judicial sobre un inmueble).

Para mitigar el rigor del principio de concentración en estos supuestos se han propuesto distintas soluciones que van desde la prueba separada (art. 290 LEC), pasando por la suspensión de la vista (art. 188 LEC) o la interrupción de las vistas (art. 193.1. 2º y 3º LEC) hasta la aplicación de las diligencias finales al juicio verbal (art. 435 LEC), siendo ésta última una alternativa controvertida a nivel doctrinal.Y, aun en función del medio de prueba practicado, puede optarse por una u otra posibilidad, sin aferrarse dogmáticamente a una única solución, pues las alternativas para mitigar el rigor del principio de concentración pueden interpretarse con flexibilidad, dado que una solución puede ajustarse para la práctica de un medio de prueba y, en cambio, ser de imposible o muy difícil aplicación en otro. Se ha dicho acertadamente que debe optarse por aquella solución que, respetando los principios de inspiran el juicio verbal –y, en particular, el de celeridad–, sea a la vez respetuosa con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)[688].

5.4.2. Lugar

La regla general es que las pruebas deben practicarse en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto. Así se desprende del art. 129.1 LEC al señalar «las actuaciones del juicio se realizarán en la sede de la Oficina Judicial, salvo aquellas que por su naturaleza se deban practicar en otro lugar» y del art. 289.1 LEC al disponer que «las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevaren a efecto en la sede del tribunal».

Esta regla general también admite excepciones, esto es, pruebas que se han de practicar en lugar distinto de la sede judicial, pudiéndose distinguir, con Montero Aroca, dos supuestos distintos[689]:

686 González Granda, P., *La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas*, rev. Tribunales de Justicia, núm.1, enero 2003, pp. 32 y 33, quien cita, precisamente, los ejemplos de aportación de documentos en poder del demandado, el interrogatorio del representante legal en el caso de que algunas de las preguntas se refieran a hechos en el que éste no haya tenido participación y la prueba de informes del art. 381 LEC.

687 Pueden verse algunos ejemplos en Sanahuja Buenaventura, M., *El problemático juicio verbal*, en «La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Picó i Junoy, J. (dir.), J. M. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 92 y 93.

688 Ontiveros Rodríguez, F., *¿Afecta el principio de concentración de la actividad probatoria en el juicio verbal?*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 415 y ss., analiza separadamente las distintas alternativas moderadoras del rigor del principio de concentración (pluralidad de sesiones, prueba separada, diligencias finales y otras) y su aplicación sobre los distintos medios de prueba.

689 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 202-203.

a) Pruebas que deben practicarse en la circunscripción del Juzgado de Primera Instancia. Estas pruebas deben practicarse por el Juez que conoce del proceso, sin posibilidad de delegación en el Juez de Paz, cuya competencia se limita a los actos de comunicación (art. 170 LEC). El juez de Primera Instancia determinará el lugar, con día y hora y citación de las partes (art. 291 LEC). Entre estos supuestos se incluyen el interrogatorio domiciliario de las partes (art. 311 LEC), la declaración domiciliaria del testigo (art. 364 LEC) o el reconocimiento de lugares fuera del local del tribunal u objetos que, por sus dimensiones o estado (ej. máquina de considerables dimensiones en funcionamiento) no puedan ser trasladados al local del tribunal.

b) Pruebas que deban practicarse fuera de la circunscripción del Juzgado de Primera Instancia. En este caso la prueba puede practicarse mediante el auxilio judicial, si bien debe precisarse que la regla general es la inmediación, de modo que las partes, los testigos y los peritos deben desplazarse a la sede del tribunal, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente (art. 169.4 LEC).

El recurso al auxilio judicial se autoriza, con carácter excepcional –así se deduce del adverbio «sólo» que encabeza el art. 169.4, II LEC– cuando «por razón de la distancia, dificultad de 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 en la sede del tribunal. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, de apreciación casuística y de interpretación jurisprudencial[690], con la subsiguiente dificultad de establecer baremos objetivos que prescinden del riesgo o perjuicio personal o puntual[691]. Debe insistirse, por tanto, que el legislador ha optado por el principio de la oralidad y de la concentración en la práctica de las pruebas, lo cual comporta, a su vez, el principio de la inmediación en sentido estricto, esto es, que el juez que ha practicado las pruebas sea el juez que dicte la sentencia.

También se practicarán fuera de la sede del tribunal aquellas pruebas que hayan de practicarse en el extranjero, a cuyo efecto deberá atenderse, entre otros instrumentos, al Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, que entró en vigor el 1 de enero de 2004[692].

690 Con sentido realista Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento*, ob. cit., pp. 315, propone realizar «una interpretación amplia del término de 'por razón de la distancia', cuando el desplazamiento fuera más costoso que el importe de lo reclamado en el litigio o lo encareciera desproporcionalmente».

691 Asencio Mellado, J. Mª, *Disposiciones generales sobre la prueba*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.213, afirma con sentido común «es innegable que la distancia no constituirá un mismo freno a una empresa, con múltiples medios económicos, que a un particular en paro o a un jubilado».

692 Puede verse Herrera Petrus, C., *La obtención internacional de pruebas. Asistencia judicial en Europa*, Zaragoza, 2005.

5.4.3. Orden de práctica

El legislador ha previsto un orden legal para la práctica de los medios de prueba, que es el siguiente: 1º) Interrogatorio de las partes; 2º) Interrogatorio de testigos; 3º) Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento; 4º) Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal; 5º) Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 300.1 LEC). Igualmente se prevé que, de oficio o a instancia de parte, se acuerde otro orden distinto (art. 300.1 LEC) y que cuando algunas de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda (art. 300.2 LEC).

Con respecto al art. 300 LEC, interesa efectuar algunas precisiones:

a) Se omiten en el orden legal, las pruebas documentales –públicas y privadas– en cuanto carecen de una fase separada de práctica de la prueba, puesto que desde su aportación ya despliegan eficacia probatoria, sin perjuicio que puedan ser necesarias actividades de cotejo o comprobación de un documento público impugnado (art. 320.2 LEC) o practicarse un cotejo de letras al no reconocerse un documento privado (arts. 349 y ss.).

b) Se otorga prioridad a las pruebas personales por excelencia –interrogatorio de las partes y de testigos–, en lo que puede interpretarse, cuando menos con respecto al interrogatorio de testigos, como una apuesta por revitalizar un medio de prueba que, en la práctica forense, es a menudo contemplado con cierto aire de subsidiariedad.

c) Con respecto a la prueba pericial debe distinguirse entre su aportación –que se sujeta a unos momentos procesales determinados– y su contradicción –esto es, la intervención del perito en el acto del juicio o de la vista–, que es en realidad lo que prevé el art. 300.1.4º LEC con la expresión «declaraciones de peritos», pues el dictamen ya se habrá aportado previamente y por escrito. Ello no obstante, debe recordarse que el dictamen pericial, aun sin contradicción, despliega eficacia probatoria desde el momento de su aportación a las actuaciones, a diferencia del derogado art. 627 LEC/1881, que exigía la ratificación del dictamen bajo juramento y a presencia judicial.

d) El reconocimiento judicial que exija desplazamiento judicial –por tratarse de un lugar o de un objeto de considerables dimensiones– se practicará con anterioridad al acto del juicio o la de la vista (arts. 290 y 429.4 LEC) y así se deduce de la propia dicción legal al disponer en cuarto lugar el reconocimiento judicial «cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal» (art. 300.1.4º LEC). Ahora bien, siendo el reconocimiento judicial una prueba de percepción judicial inmediata, y con respecto al que haya de practicarse en la sede del tribunal, puede ser uno de los supuestos en que resulte conveniente alterar el orden legal y practicarlo en primer lugar, puesto que a la vista del examen del objeto o de la persona, el juez puede hallarse en mejores condiciones de interrogar a las partes o los testigos.

Por otra parte, el legislador ha previsto la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial (art. 356 LEC) en cuyo caso se llevarán a cabo en unidad de acto y simultáneamente ambos medios de prueba, y también la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de los testigos y de las partes (art. 357 LEC), en cuyo caso se practicará en primer lugar el reconocimiento judicial y acto seguido el interrogatorio de los testigos y de las partes.

e) Se relega al último lugar la «reproducción de palabras, imágenes y sonidos» (art. 300.1.5º LEC), esto es, la llamada por nosotros prueba electrónica –y por otros prueba por medios audiovisuales y por instrumentos informáticos– que, aun cuando su práctica exija la «reproducción» ante el tribunal, suelen presentarse mediante su volcado en soporte papel.

No obstante el orden del art. 300 LEC (1º. interrogatorio de las partes; 2º. interrogatorio de los testigos; 3º. declaraciones de los peritos; 4º. reconocimiento judicial; y 5º. reproducción de la palabra la imagen y el sonido), al proceder a la regulación de los distintos medios de prueba en el Capítulo VI del Libro II, en lugar de seguir el mismo orden, se altera y se regula de modo distinto: primero, el interrogatorio de las partes; segundo, la prueba documental; tercero, el dictamen de peritos; cuarto, el reconocimiento judicial; quinto, el interrogatorio de testigos; y finalmente, la reproducción de la palabra, la imagen y el sonido[693].

El art. 300 LEC, no obstante haber sido calificado de «inútil y extenso» por algún autor[694], tiene su razón de ser en los principios de oralidad y concentración que rigen la práctica de las pruebas –pues en un proceso escrito no es necesario establecer un orden legal–[695], y, en todo caso, constituye una pauta que permite gestionar adecuadamente el desarrollo del acto del juicio (en el juicio ordinario) o de la vista (en el juicio verbal) en el extremo relativo a la práctica de las pruebas.

En algunos supuestos puede ser conveniente alterar el orden previsto en el art. 300 LEC, alteración que puede efectuarse de oficio o a instancia de parte. Así puede suceder que la prueba de los hechos controvertidos aconseje previamente la declaración de peritos o el reconocimiento judicial o las llamadas pruebas electrónicas. También puede ocurrir

693 Villagómez Cebrián, M., en «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil», ob. cit., p.21.

694 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., p.637, para quien se trata de una norma que no obedece a ninguna lógica y cuya única virtualidad es permitir alterar a las partes o el juez de oficio el orden de las pruebas. En sentido distinto, Villagómez Cebrián, M., en «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil», t. III, ob. cit., p. 21, apunta que se trata de un orden bastante lógico, aun cuando, según su parecer, el reconocimiento judicial debería practicarse en último lugar.

695 Asencio Mellado, J. Mª, *La prueba. Disposiciones generales*, en «El Proceso Civil», ob. cit., pp. 274-275, para quien, además, el orden «responde a criterios lógicos y establecidos, si bien se mira, atendiendo al grado de convicción que cada medio suele proporcionar y a la necesidad de que la certeza se forme escalonadamente y de manera racional y sucesiva».

que las circunstancias personales de testigos o peritos –por razón del desplazamiento u ocupaciones profesionales– aconsejen su práctica en primer lugar[696].

5.4.4. Documentación

Las pruebas se practican en un acto oral que debe ser documentado por medio de un acta (arts. 146 y 147 LEC)[697], pudiéndose distinguir, siguiendo a Montero Aroca, tres posibles formas de documentación. En primer lugar, la documentación mediante acta escrita y completa, normalmente a través de medios de informáticos, en la que se recogerá con detalle toda la práctica de la prueba. En segundo lugar, mediante registro en soporte apto para la representación de la imagen y del sonido, acompañado de una acta sucinta –con mención del número y clase de procedimiento, lugar y fecha de la celebración, tiempo de duración, asistentes al acto, peticiones y propuestas de las partes, la declaración de admisión o inadmisión de las pruebas propuestas y orden de práctica de las mismas, resoluciones que adopte el juez o tribunal, así como las circunstancias que no pueden recogerse en el soporte–. Y, en tercer lugar, mediante documento electrónico generado con firma electrónica reconocida del Secretario Judicial[698].

De las tres opciones posibles, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, estima preferente la opción del documento electrónico que, además, permite eximir la presencia en la sala de vistas del Secretario Judicial, salvo que las partes hubieran solicitado su presencia o que éste estime necesario estar presente en atención a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias excepcionales que igualmente lo justifiquen (art. 147, II LEC)[699].

Por mientras el Secretario Judicial no tenga firma reconocida, las actuaciones judiciales se recogen en soporte apto para la grabación de la imagen y del sonido, acompañado de un acta sucinta en soporte informático, que es lo que ha sido más habitual tras la entrada en vigor de la LEC.

---

696 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 300 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., pp. 1408-1409.

697 Tal como se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC: «Conviene reiterar, además, que de todas las actuaciones públicas y orales, en ambas instancias, quedará constancia mediante los instrumentos oportunos de grabación y reproducción, sin perjuicio de las actas necesarias» (epígrafe XII, párrafo 10º).

698 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 214-215.

699 Puede verse una crítica a la ausencia del Secretario Judicial de los actos orales en vistas, audiencias y comparecencias para la celebración de prácticas de prueba en Richard González, M., *Análisis crítico sobre las últimas reformas del proceso civil*, ponencia presentada en el Congreso Unijés 2010, «Retos de la Abogacía en una sociedad global», en prensa.

La ausencia o deficiencia de la grabación en soporte audiovisual –dificultad de audición de la imagen o del sonido, fallos técnicos, grabación incompleta, etc. ha generado una extensa casuística jurisprudencial que no siempre conduce a la nulidad de actuaciones con retroacción al momento de la celebración del juicio o de la vista para practicar nuevamente las pruebas, sino en aquellos supuestos en que el tribunal de apelación carece de elementos para el control de la valoración probatoria de la resolución recurrida[700]. Y, como apunta Bonet Navarro, no se produce indefensión cuando no se privan de elementos para preparar la defensa o la valoración judicial[701], cuando se acredita que el recurrente dispuso de una copia no obstante haber quedado inútil el soporte de grabación, así, como en todo caso, cuando se documenta el acta de forma completa[702].

La SAP Salamanca, de 27 de junio de 2006 resume con precisión la doctrina jurisprudencial sobre la materia distinguiendo tres tipos de soluciones:

> «1º. Aquellas resoluciones que, en todo caso, vienen a considerar que la ausencia de grabación del juicio en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido no puede sino comportar la declaración de nulidad de actuaciones, por cuanto, al impedir al tribunal de apelación pronunciarse sobre la correcta o incorrecta valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia, no puede proporcionar la tutela judicial efectiva debida.
>
> …
>
> 2º. En alguna otra resolución se exige, en caso de falta de grabación, que el juicio haya sido documentado por medio de acta extensa y detallada realizada por el Secretario en la que se contenga fielmente todo lo acontecido en el acto de la vista, con conocimiento y aceptación de las partes de la falta de grabación y de la documentación del acta por el tradicional método de la escritura.
>
> …

700 Puede verse Adán Doménech, F., *Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», t.II, Carpi, F. y Ortells, M. (edts), Universitat de València, València, 2008, pp. 41-52.

701 La SAP Madrid, secc. 25ª, de 13 de octubre de 2006, fto. jco.2º (AC 2007\151), aborda un supuesto en el que, a pesar de los fallos de sonido, éste se recupera en la fase de práctica de las pruebas y argumenta que no se produce indefensión, al razonar: «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 este caso lo que debe ser subsanado no es la sentencia de primer grado, que como ya dijimos no está afectada de nulidad, sino la documentación del acto celebrado, bien sea mediante redacción de un acta extensa, bien mediante la repetición del acto, que es lo llevado a cabo en el tribunal de instancia. Ciertamente en algunos casos el defecto puede ser tan grande que podría llegar a afectar a la sentencia e imposibilitar la conservación de actos prevista en el art. 230 LEC, 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 lo ocurrido en el supuesto de autos, en el que contamos, además, con el problema subsanado de conformidad con el artículo 231 LEC. Lo expuesto nos lleva, pues, a desestimar el primer motivo del recurso».

702 Bonet Navarro, J., *Procedimiento probatorio*, capítulo III, en «La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales», ob. cit., p.195.

3º. Otras resoluciones estiman que, en el supuesto de ausencia o de deficiencia de la grabación, ha de declararse la nulidad de actuaciones cuando no se disponga de acta extendida por el Secretario que recoja con extensión y detalle el contenido del juicio y cuando además el objeto del recurso sea la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de instancia.. »[703].

6. La prueba en la segunda instancia

6.1. El modelo de apelación limitada

La Leyes de Procedimiento Civil, tanto la LEC cuanto la LEC/1881 han partido de un modelo de apelación limitada, con alguna concesión al *ius novorum*[704]. Así se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC que «la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una resolución 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»[705]. Y así se plasma positivamente en el art. 456.1 LEC al disponer que «en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos 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, mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los previstos en esta Ley, se practique ante el Tribunal de apelación».

Con anterioridad a la LEC la jurisprudencia había refrendado el modelo de apelación limitada. Así, y entre otras muchas, la STS de 9 de junio de 1997 señalaba que «el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, dado que a ello se opone el

703 SAP Salamanca, de 27 de junio de 2006, fto. jco.3º (La Ley 175146/2006).

704 La SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 6 de julio de 2006, fto. jco.2º (JUR 2006/220206) distingue con precisión el modelo de apelación plena y limitada al afirmar: «dos son las modalidades básicas a los que puede reconducirse cualquier sistema jurídico al abordar la regulación del recurso de apelación: el régimen de apelación 'plena', que convierte la segunda instancia del proceso en un juicio nuevo, sin vinculación alguna respecto del entendimiento desarrollado en la primera, con posibilidad de que las partes modifiquen las pretensiones ejercitadas y los materiales fácticos y jurídicos aducidos, corrijan errores en que haya incurrido o, incluso, subsanen las preclusiones producidas; y el régimen de apelación 'limitada', en el que el enjuiciamiento se restringe a la revisión de lo actuado y de la decisión recaída, con los mismos materiales aportados en la primera instancia, de forma que la actuación del órgano de segunda instancia se contrae a examinar y valorar la corrección de lo ya actuado y resuelto».

705 Exposición Motivos LEC, epígrafe XIII, párrafo 2º.

principio general de derecho *pendente apellatione, nihil innovetur*»[706].Y en parecidos términos se expresaba la STS de 25 de septiembre de 1999 al señalar que «no cabe la menor duda que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en la primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación»[707].

El modelo de apelación limitada se configura como una *revisio prioris instantiae* en el que el tribunal *ad quem* revisa la actuado por el juez *a quo*, pero sobre la base que el objeto del debate ha quedado fijado en los escritos de demanda y contestación en la instancia, de manera que las partes no puede introducir en la apelación ni pretensiones distintas ni la alterar la causa pedir o los motivos de oposición a los pedimentos de la actora. Como acertadamente condensa Montero Aroca «todo lo debatido en la primera instancia puede ser debatido en la segunda, y por eso la apelación es un recurso ordinario, sin existir motivos tasados por la ley, pero solo lo debatido en la primera instancia puede continuar siendo debatido en la segunda instancia, y por eso es una apelación limitada»[708].

Ahora bien la opción por el modelo de apelación limitada, y el hecho que el tribunal de apelación tenga que partir del material fáctico y probatorio de la primera instancia, no esconde alguna limitada concesión al *ius novorum*, y así se admite la prueba sobre los *nova producta* y *nova reperta*, en los términos establecidos por la Ley (art. 460.2.3º LEC). Sin embargo, la opción por el modelo de apelación limitada comporta también que el recibimiento del pleito a prueba en la segunda instancia tenga un carácter restringido, y solo resulte admisible en unos supuestos tasados (art. 460 LEC).

El modelo de apelación limitada y la práctica de las pruebas personales (básicamente interrogatorios de las partes y de los testigos) bajo los principios de la oralidad, la inmediación y la concentración ha suscitado la cuestión relativa al alcance de la valoración probatoria del órgano de segunda instancia[709]. Lo que se ha dado en llamar «la quiebra de la inmediación en la segunda instancia»[710] no priva al tribunal de apelación de sus facultades revisoras, y sin desconocer la posición privilegiada del juez de instancia, derivada de su intervención personal, directa e inmediata en la práctica de la pruebas personales, insustituibles por el visionado de la grabación, ello no impide una nueva valoración por el tribunal

706 STS, Sala 1ª, de 9 de junio de 1997, fto. jco. 4º (RJ 1997/4733).

707 STS, Sala 1ª, de 25 de septiembre de 1999, fto. jco.1º (RJ 1999/6607).

708 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.225.

709 Al respecto puede verse Picó i Junoy, J., *Valoración de la prueba y segunda instancia: hacia la búsqueda del necesario equilibrio*, en Revista Jurídica de Cataluña, 2009, núm.3, pp. 679-692.

710 Herrera Abián, R., *La inmediación como garantía procesal* (*en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006, p.66.

de apelación ni la posibilidad de sustituir la valoración probatoria del juez *a quo* por otra que se estime más acorde con las reglas –tasadas o libres– de valoración de la prueba[711].

6.2. Supuestos

Los supuestos en los que resulta admisible la introducción de la prueba en la segunda instancia, sustancialmente parecidos a los previstos en los artículos 862 y 863 LEC/1881, tienen carácter tasado y aparecen recogidos en el art. 460 LEC. Sistemáticamente, podemos distinguir dos categorías, una relativa a la subsanación de irregularidades procesales no imputables a las partes, y otra relativa a la introducción de material probatorio *ex novo* y de relevancia para el proceso y que no puede ser desaprovechado[712]. En ambos casos, y a diferencia de la prueba en la instancia, rige la forma escrita para la proposición de prueba, que deberá efectuarse en los escritos de interposición del recurso de apelación (art. 460 LEC), de oposición y, en su caso, de impugnación de la sentencia (art. 461.3 LEC).

6.2.1. Subsanación de irregularidades procesales.

Bajo este epígrafe se comprenden dos supuestos:

1º) Pruebas denegadas en la primera instancia (art. 460.2.1º LEC).

En el escrito de interposición –y también en el de oposición al recurso de apelación– se podrá pedir «las [pruebas] que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista» (art. 460.2.1º LEC). Con este supuesto no se trata de incorporar nuevo material probatorio, sino «de recuperar material probatorio indebidamente excluido en la instancia»[713].

La admisión de prueba, al amparo de este motivo, requiere: a) Que se trate de pruebas solicitadas oportunamente en la primera instancia; b) Que sea la parte que solicitó y a quien se le denegó la que ahora plantee el recibimiento en el recurso de apelación, pues

711 Gisbert Pomarta, M., *Requisitos que deben darse para la admisión de la prueba en la segunda instancia del proceso civil: análisis jurisprudencial*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, Picó i Junoy y Richard González (dirs.), ed. La Ley, Madrid, 2011, p.766.

712 Picatoste Bobillo, J., *Recurso de apelación*, en «Los recursos y otros medios de impugnación en el proceso civil», obra coordinada por el mismo autor, ed. Bosch, 2009, p.305. Por su parte, Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Valencia, 2005, p.420, apuntan tres motivos para la admisión de la prueba en la segunda instancia: 1º) Incorporar medios de prueba que no pudieron acceder al proceso pese a ser pertinentes y haber sido oportunamente propuestos; 2º) Acreditar la ocurrencia de hechos nuevos o de nuevo conocimiento influyentes en la resolución del pleito; 3º) Dar satisfacción, cuando así proceda y ante la situación de rebeldía en la primera instancia del demandado al principio de audiencia y al derecho de defensa.

713 Picatoste Bobillo, J., *Recurso de apelación*, ob. cit., p.309.

el derecho al recibimiento a prueba solo se reconoce a la parte que la propuso, y no a las demás, aun cuando estuvieran personadas; c) Que no se hubiera consentido la denegación en la instancia, interponiéndose reposición o protesta contra la resolución denegatoria; d) Que el solicitante demuestre la pertinencia y utilidad de la prueba y que ésta no ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales[714].

Por tanto, el tribunal de apelación deberá ponderar que la prueba fue propuesta en tiempo y forma en la instancia por la misma parte que ahora la propone en segunda instancia[715], que supera los parámetros generales de pertinencia, utilidad y legalidad (art. 283 LEC), y que la parte solicitante formuló reposición o protesta contra la resolución denegatoria.

2º) Pruebas admitidas pero no practicadas en la primera instancia por causa no imputable al proponente (art. 460.2.2º LEC).

También podrán solicitarse en la segunda instancia «las [pruebas] propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiera solicitado, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales» (art. 460.1.2º LEC). Con este supuesto se trata de permitir el derecho a la prueba de aquellos medios de prueba que, habiendo sido declarados pertinentes y útiles en la primera instancia, no pudieron practicarse por causas ajenas a la voluntad del solicitante. Al igual que el supuesto anterior pretende salvaguardar el derecho a la prueba del solicitante, pero, a diferencia del supuesto anterior, la prueba ya había sido juzgada pertinente y útil por el juzgador de instancia, con lo que ni siquiera la Audiencia podría entrar a revisar el juicio de admisión, a pesar que estimara que no requiere la prueba para formar su convicción.

Son requisitos para la admisión de prueba, al amparo de esta causa: a) Que la práctica de la prueba sea materialmente posible; b) Que solicite la práctica de la prueba la misma parte que la solicitó en primera instancia; c) Que sea de influencia en la decisión del pleito[716]; d) Que haya causado indefensión a la parte; e) Que no sea imputable al solicitante el

714 Gisbert Pomarta, M., *Requisitos que deben darse para la admisión de la prueba en la segunda instancia*…, ob. cit., p.774.

715 La STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1993, fto. jco.3º (RJ 1993/9221) disponía «en cualquier caso de petición o admisión o inejecución de la prueba de la contraparte, el principio de adquisición procesal no se extiende a la sustitución de la legitimación de la parte que la propuso por la contraria a los efectos de pedir su práctica en segunda instancia, en los casos permitidos, pues hay que respetar el derecho a la renuncia de la propia prueba, aunque la renuncia sea implícita o tácita».

716 La STS, Sala 1ª, de 6 de junio de 2011, fto.jco.3º (RJ 2011\4388), con cita de la STS de 25 de mayo de 2011, razona: «Al exigir que la prueba sea relevante para que debe ser admitida en segunda instancia, la LEC recoge la doctrina constitucional con arreglo a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva sólo puede resultar vulnerado por la denegación o falta de práctica de una prueba imputable al órgano jurisdiccional cuando el interesado justifica que la prueba denegada o no practicada es decisiva para la defensa de sus pretensiones, pues la no admisión de un medio de prueba sólo puede causar indefensión y, con ello, determinar la vulneración del artículo 24 y justificar la interposición

que no se practicara la prueba en la instancia; f) Que no se haya podido practicar ni siquiera como diligencia final[717].

El tribunal de apelación deberá valorar particularmente que la frustración de la prueba no sea imputable al solicitante, a cuyo efecto una reiterada doctrina jurisprudencial viene estableciendo que para la admisión de la prueba no basta con que la falta de prueba no sea imputable a la parte solicitante, sino que ésta tendrá que haber desplegado una activa colaboración para la efectividad de la práctica de la prueba. Y así la STS de 7 de diciembre de 2003, entre otras muchas, afirma que el proceso civil se rige por el principio dispositivo «de manera que corresponde a las partes, no solo solicitar la práctica de la prueba que estimen pertinente, sino asimismo, la reclamación o exigencia de su efectividad y mantener una activa colaboración para que la prueba se practique»[718].

La exigencia de una actitud colaboradora por la parte ha propiciado una jurisprudencia denegatoria de la prueba en la segunda instancia por estimarse que la conducta de la parte no fue correcta, y que ha sido ejemplificada en supuestos como los siguientes, resumidos por Montero Aroca: si la parte se comprometió a presentar testigos y éstos no comparecen en el día señalado; si no cumplimentó el despacho librado para la citación de un testigo; si no aporta los datos para su identificación y citación; si no solicita del juzgado los apremios coactivos oportunos respecto del testigo citado que no comparece a declarar; si no delimita con claridad el objeto de la pericia; o no insta lo procedente para la designación o comparecencia del perito; o no cumplimenta las comunicaciones necesarias para que emita el informe; o no gestiona oportunamente los exhortos, mandamientos o comisiones rogatorias que le hubieran sido entregados, etc. (STS 23 de febrero de 1995)[719].

6.2.2. Introducción de material probatorio *ex novo*

La introducción de material *ex novo* y de relevancia del juicio para la decisión agrupa tres supuestos:

1º) Aportación de documentos (art. 460.1 LEC).

Dispone el artículo 460.1 LEC que «sólo podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 LEC y que no hayan podido ser aportados con anterioridad». Con este supuesto se pretende la aportación en la segunda instancia de documentos en los mismos supuestos excepcionales que se permite en la primera instancia el art. 270 LEC.

---

de un recurso extraordinario por infracción procesal si es susceptible de influir en el resultado del proceso».

717 Gisbert Pomarta, M., *Requisitos que deben darse para la admisión de prueba en la segunda instancia*…, ob. cit., pp. 775-776.

718 STS, Sala 1ª, de 7 de octubre de 2003, fto. jco.2º (RJ 2003/7011).

719 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.227.

De la regulación legal destaca, por una parte, que se regula la aportación documental (apartado primero del art. 460 LEC) con separación respecto de las demás pruebas (apartado segundo del art. 460 LEC), probablemente por entenderse que la prueba documental está sujeta a unas reglas de preclusión en su aportación que deben mantenerse en la primera y la segunda instancia; y por otra parte, que con respecto a la LEC/1881, que permitía la aportación de documentos desde la instrucción hasta la citación para sentencia, se restringe el período de aportación documental, que deberá efectuarse junto con el escrito de interposición del recurso o de oposición al mismo (arts. 460.1 y 461.3 LEC)[720].

Los supuestos enumerados en el art. 270 LEC –que tienen su precedente en el art. 506 LEC/1881– y que permiten la excepcional aportación documental también en la segunda instancia son: a) Por falta de existencia del documento, esto es, documentos de fecha posterior a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa y, además, que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad (art. 270.1º LEC)[721]; b) Por falta de conocimiento del documento: son los documentos anteriores a la demanda y contestación, sustituyéndose la exigencia del juramento (art. 506.2 LEC/1881) por una justificación de su desconocimiento (art. 270.2º LEC); c) Por indisponibilidad del documento: son los documentos que no ha sido posible obtener con anterioridad, por causa no imputable a la parte, siempre que haya designado el archivo donde se encuentren.

Aun cuando el artículo 460.1 LEC se limita a regular la aportación de «documentos» en la segunda instancia, entendemos que tienen aquí cabida también los llamados «documentos electrónicos»[722]. Y ello por varios motivos. Primero, porque el artículo 460 LEC hace una remisión al artículo 270 LEC y éste último menciona expresamente a los «medios e instrumentos». Segundo, porque defendemos una concepción unitaria del documento –que engloba el documento en soporte papel y en soporte electrónico–, con una consideración «análoga» del tratamiento procesal de los medios e instrumentos con los documentos escritos que anticipa la Exposición de Motivos (epígrafe XI, párrafo XIII) y porque la exclusión de los documentos electrónicos en la apelación comportaría una discriminación de difícil justificación. Y tercero, porque las normas de preclusión en la instancia para los

720 Picatoste Bobillo, J., *El recurso de apelación*, ob.cit., p.306.

721 Se excluyen del supuesto del art. 270.1 LEC: a) los documentos que no llevan fecha, pues no se sabe si son anteriores o posteriores a los escritos de alegaciones; b) los documentos que, aun siendo de fecha posterior, se hubieran podido confeccionar con anterioridad; c) los documentos que ya tenía en su poder la parte apelante y que son aportados por decisión propia.

722 En sentido distinto, Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.230, para quien «el art. 460.1 debe entenderse que se refiere sólo a los documentos, pues son los únicos que no necesitan una actividad probatoria de práctica; los medios e instrumentos sí necesitan esa actividad, como se comprueba en los artículos 382 y 384, y para ello, y en su caso, se estará al art. 460.2.3º LEC».

documentos (escritos) y los medios e instrumentos relativos al fondo del asunto (arts. 382 a 384 LEC) son comunes a todos ellos[723].

2º) Hechos nuevos (*nova producta)* y hechos de nuevo conocimiento (*nova reperta)* (art. 460.2.3º LEC)

Según el artículo 460.2.3º LEC se podrá solicitar en apelación «las [pruebas] que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad». Formalmente el legislador engloba bajo un único supuesto los motivos que se encontraban divididos en el apartado 3º (prueba sobre hechos nuevos o *nova producta*) y 4º (prueba sobre hechos de nueva conocimiento o *nova reperta*) del artículo 862 LEC/1881.

Este artículo debe ponerse en relación con el régimen de los hechos nuevos en la LEC, y concretamente con el artículo 286 LEC –que regula el régimen de alegación y prueba de los hechos nuevos y de nueva noticia a través del llamado escrito de ampliación de hechos[724]/[725]–, con el artículo 426.4 LEC –que permite la introducción de *nova producta* y *nova reperta* en la audiencia previa[726]–, con el art. 433.1, II LEC –sobre alegaciones de las partes y proposición y admisión de pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia al inicio del desarrollo del acto del juicio[727]–, y con el artículo 435.1.3º LEC –que prevé que, a instancia de parte y por la vía de las diligencias finales, se puedan acordar pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia[728]–. Se ha afirmado acertadamente que el artículo 460.2.3º LEC es la extensión a la segunda instancia de los artículos 286 y 426.4 LEC y un

723 Herrero Perezagua, J.F., *Comentario al art. 460 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1580, quien, además, añade «que el artículo 460.1 mencione exclusivamente a los documentos tal vez obedezca a razones de economía del lenguaje y a que la rúbrica del artículo 270 sólo cita a los documentos, aunque su contenido sea más rico».

724 Art. 286.1 LEC: «Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para 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, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o de la vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes».

725 Sobre el régimen jurídico de la introducción de los hechos nuevos puede verse Pinto Palacios, F., *La aportación de hechos nuevos*, en «La audiencia previa», J.M.Bosch, Barcelona, 2010, pp. 309-317.

726 Art. 426.4 LEC: «Si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito [*nova producta*], o hubiere llegado a la noticia de las partes alguno anterior de esas características [*nova reperta*], podrán alegarlo en la audiencia».

727 Art. 433.1, II LEC: «Asimismo, con carácter previo a la práctica de las pruebas, si se hubiesen alegado o se alegaren hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, se procederá a oír a las partes y a la proposición y admisión de pruebas previstas en el artículo 286 LEC».

728 Art. 435.1 LEC: «Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las reglas siguientes: 3ª También se admitirán

nuevo argumento para mostrar que la apelación no es un nuevo proceso sino el mismo que se ha iniciado en la instancia[729].

Los *nova producta*, a efectos de la prueba en la segunda instancia, son aquellos hechos ocurridos con posterioridad al plazo para dictar sentencia en la primera instancia, mientras que los *nova reperta* son los hechos ocurridos con anterioridad a ese plazo, pero que eran desconocidos para la parte. La razón por la que el art. 460.2.3º LEC toma como referencia temporal «el plazo para dictar sentencia» es porque es el plazo que el art. 286.1 LEC señala como límite para plantear el escrito de ampliación de hechos, cuya prueba se podría practicar como diligencia final al amparo del citado art. 435.1.3º LEC.

Los *nova producta* se conforman a partir de un doble requisito, uno temporal, su producción con posterioridad al plazo para dictar sentencia, y otro ontológico, ser un hecho independiente de las voluntad de las partes. Los *nova reperta* se conforman a partir del mismo elemento temporal, esto es, acaecimiento del hecho con posterioridad al plazo para dictar sentencia, y otro subjetivo, la justificación de su desconocimiento por la parte recurrente, respecto del cual el art. 460.2.3º LEC ya prescinde del juramento que exigía el art. 862.4º LEC/1881, calificado por algún autor como «una simple e inútil fórmula de estilo, al no vincular al Tribunal ni existir sanción a su incumplimiento»[730].

A título de ejemplo, y en una demanda por vicios de construcción y reclamada la indemnización de daños y perjuicios por unas grietas existentes en una habitación, son *nova producta* la aparición de nuevas grietas en la habitación contigua o la mayor longitud de las existentes, y todo ello ocurrido tras concluirse el plazo para dictar sentencia. En la misma demanda por vicios de construcción son *nova reperta* que la cimentación del edificio donde radicaban los vicios era defectuosa, hecho que ha llegado a conocimiento de las partes, una vez concluido el plazo para dictar sentencia, y con motivo de una inspección urbanística.

La prueba sobre los hechos nuevos o de nueva noticia exige dos requisitos. En primer lugar, la parte que alegue el hecho nuevo o de nueva noticia deberá acreditar su carácter de nuevo o el desconocimiento anterior del hecho. Como afirma acertadamente Solé Riera, con respecto al régimen derogado de la LEC/1881, pero en afirmación trasladable al vigente art. 460.2.3º LEC, el requisito es la novedad del hecho, no la novedad del medio de prueba[731], lo que comportaría la inadmisión de un documento nuevo pero relativo a un hecho anterior. Ahora bien, mientras la justificación del carácter de hecho nuevo es un dato objetivo o fácilmente objetivable, la justificación del desconocimiento

y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286».

729 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, ed. Colex, Madrid, 2001, p.102.

730 Garberí Llobregat, J, y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ob. cit., p.305.

731 Solé Riera, J., *El recurso de apelación civil*, Barcelona, 1993, p.114.

previo del hecho resulta más complicada, en cuanto que la parte deberá acreditar un dato negativo –la ignorancia del hecho antes del comienzo del plazo para dictar sentencia– y un dato positivo –el conocimiento del hecho con posterioridad al plazo para dicta sentencia en la primera instancia–. Esta justificación del desconocimiento previo no precisa de una actividad probatoria *ad hoc*, sino que puede deducirse de las manifestaciones efectuadas por el proponente de la prueba –porque son razonables o creíbles–, o de la propia naturaleza de las cosas –situaciones o circunstancias que evidencien la imposibilidad de un conocimiento anterior–[732]. En el supuesto que la recurrente no justificara el carácter nuevo del hecho o su desconocimiento previo se deberá inadmitir la prueba solicitada.

En segundo lugar, el hecho nuevo o de nueva noticia debe «ser relevante para la decisión del pleito» (art. 460.2.3º LEC), expresión sustancialmente idéntica a la de «influencia en la decisión del pleito» (art. 862.3º LEC/1881 para los hechos nuevos) o «de influencia notoria en la decisión del pleito» (art. 862.4º LEC/1881 para los hechos de nuevo conocimiento), y que puede traducirse en su «aptitud para alterar en alguna manera el resultado del enjuiciamiento»[733]. Para Garberí Llobregat y González-Cuellar Serrano ha de tratarse de «un evento fáctico que se integre en la *causa petendi* de la pretensión deducida con carácter principal en primera instancia, y que, a primera vista, pueda tener la virtualidad de ratificar la pretensión propia, desvirtuar la ajena, o combatir el desacierto o evidenciar el acierto de la apreciación que sobre los hechos o la prueba haya efectuado el Juez autor de la resolución apelada»[734].

3º) Prueba del demandado rebelde (art. 460.3 LEC).

Dispone el art. 460.3 LEC que «el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la prueba que convenga a su derecho». Este supuesto, que constituye una excepción al principio de preclusión en materia de rebeldía del art. 499 LEC, comprende una modalidad de falta de práctica en la instancia por causa no imputable a la parte proponente, pero se diferencia del supuesto del art. 460.2.2º LEC en que en éste último las pruebas han sido propuestas y admitidas, mientras que en el art. 460.3 LEC estamos ante un supuesto de proposición de prueba por vez primera.

La principal novedad del precepto con respecto al derogado art. 862.5 LEC/1881, en consonancia con la reclamación doctrinal[735] y jurisprudencial[736], es que la solicitud de

732 Picatoste Bobillo, J., *El recurso de apelación*, ob. cit., p.328.

733 Picatoste Bobillo, J., *El recurso de apelación*, ob. cit., p.329.

734 Garberí Llobregat, J y González Cuéllar Serrano, N., *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, 1994, p.53.

735 Ver *per omnia* Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil*, ob. cit., pp. 120-123.

736 Resulta muy ilustrativa la argumentación del ATC, Sala 2ª, de 25 de enero de 1999, fto. jco. 4º (RTC 1999\14), para razonar el no recibimiento del pleito a prueba a un demandado rebelde voluntario:

la prueba en la segunda instancia se reduce al rebelde involuntario, esto es, al rebelde que no ha comparecido antes del momento para proponer prueba en la primera instancia «por causa que no le fuera imputable», con exclusión del llamado «rebelde táctico».

Son, por tanto, requisitos para la admisión de las pruebas al demandado rebelde en la segunda instancia: a) uno formal, esto es, que el demandado haya sido declarado formalmente en rebeldía en la primera instancia (art. 496 LEC); b) otro temporal, que el demandado comparezca en un momento posterior al fijado por la ley para la proposición de las pruebas en la primera instancia, lo que significa que, respecto a los juicios ordinarios, se refiere a una personación posterior a la audiencia previa y, tratándose de verbales, a la vista[737]; y c) otro subjetivo, que la declaración de rebeldía en la instancia obedecería a una «causa que no le fuera imputable [al demandado]».

Plantea el precepto dos cuestiones, a saber, la justificación del carácter involuntario de la rebeldía, y el ámbito y límites de la actividad probatoria permitida al rebelde. Con respecto a la prueba de la involuntariedad de la rebeldía podemos atender a la forma de practicarse el emplazamiento o citación con la siguiente cadencia: a) si la diligencia ha sido personal o por entrega a las personas a que se refiere el art. 161 LEC, en principio, la rebeldía debe entenderse voluntaria; b) si el rebelde invoca fuerza mayor o que la cédula de emplazamiento o citación entregada a tercera persona no llegó a su poder debe asumir la carga de tal justificación; c) si la diligencia de citación o emplazamiento se efectuó por edictos debe estimarse que la rebeldía es involuntaria, salvo que conste de alguna manera que el demandado tuvo conocimiento del procedimiento[738].

Con respecto a la segunda cuestión, esto es, el ámbito de la actividad probatoria del rebelde han existido pareceres doctrinales diversos y aun vacilaciones jurisprudenciales, pero partiendo de la literalidad de la dicción legal que autoriza al demandado rebelde «a pedir que se practique toda la convenga a su derecho» (art. 760.3 LEC) –en contraste con la dicción que permitía «toda la pertinente que propongan las partes» (art. 862 pfo. final LEC/1881)– parece más razonable una interpretación amplia, que tendría su límite en la proposición por el demandado rebelde de aquella prueba que se refiera a hechos constitutivos de una nueva pretensión[739].

«No puede tildarse de irrazonable, arbitrario o desproporcionado demandar la máxima diligencia a quien no comparece en el proceso por su propia voluntad y después, sin embargo, pretende servirse de él acudiendo a medios de defensa que en su momento pudo utilizar. Y ello –demandar máxima diligencia– en la mejor de las hipótesis, pues, como ya se ha apuntado, las garantías del art. 24 CE subvienen a la defensa de todos los litigantes y, en consecuencia, no pueden amparar conductas fraudulentas, contrarias a la buena fe procesal o, simplemente negligentes, en especial tratándose de procesos regidos por el principio dispositivo (*vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*)».

737 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 460 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.794.

738 PICATOSTE BOBILLO, J., *El recurso de apelación*, ob. cit., p.333.

739 PICATOSTE BOBILLO, J., *El recurso de apelación*, ob. cit., p.337, quien en este extremo sigue a HERRERO PEREZAGUA, J. F. al afirmar «que al rebelde involuntario se le faculte para pedir prueba en la segunda

6.3. Trámite procesal

6.3.1. Proposición

En el modelo de apelación limitada instaurado por la LEC es necesario exponer las alegaciones en que se base la impugnación en el escrito de interposición del recurso (art. 458.1 LEC[740]) y efectuar la solicitud de la prueba en la segunda instancia (art. 460.1 y 2 LEC). La parte apelada deberá efectuar la solicitud de prueba en los escritos de oposición y, en su caso, impugnación de la sentencia (art. 461.3 LEC), momento en el cual también deberá acompañar los documentos que pretenda aportar en la segunda instancia.

En esta fase de proposición debe atenderse a una serie de prevenciones que, resumidamente y siguiendo a Picatoste Bobillo, son: a) se deben observar los requisitos de forma generales del art. 284 LEC, de manera que habrá de expresarse con separación cada medio de prueba, con expresión del domicilio o residencia de las personas que deban ser citadas; b) es necesaria la individualización del concreto motivo de los contenidos en el art. 460.2 LEC, sin que baste la genérica invocación del citado artículo; c) el recurrente debe exponer y justificar los requisitos de admisibilidad del motivo invocado; d) es conveniente una mínima justificación o motivación de las pruebas solicitadas[741].

6.3.2. Admisión

Aun cuando la proposición de las pruebas se efectúa en el escrito de interposición que se presenta ante el juez *a quo*, la admisión de las pruebas se reserva al tribunal *ad quem*, el cual tendrá que resolver mediante auto sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas en el plazo de diez días desde la recepción de las actuaciones (art. 464.1 LEC), a cuyo efecto deberá ponderar, en general, la concurrencia de los presupuestos para la admisibilidad de la prueba en segunda instancia y, en particular, la concurrencia de los requisitos para la admisión de cada uno de los propuestos conforme a las previsiones del art. 460 LEC. El examen de la proposición de los medios de prueba y el informe sobre su admisibilidad, pertinencia y utilidad corresponde al Magistrado Ponente (art. 181.2º y 205.2 LOPJ).

---

instancia obedece a que su derecho de defensa no pudo ser debidamente ejercitado por causa no imputable a él. Se traslada a la segunda instancia algo que, de no concurrir determinadas circunstancias atendidas por la Ley, hubiera encontrado cauce adecuado en la primera. De este modo, el derecho del rebelde no sufre merma alguna en su contenido […]. El límite de la actividad probatoria del rebelde hay que situarlo en otro lugar y éste debe ser el que se identifica por versar aquélla sobre hechos constitutivos de una nueva pretensión» (Comentario a la STS de 18.3.2004, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, octubre/noviembre 2004, p.1352). También se muestra partidario de una interpretación amplia Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.232, para quien «no puede negarse al rebelde la posibilidad de alegar hechos, a riesgo de colocarlo en indefensión».

740 En la redacción dada por la Ley 37/2011, de 11 de octubre, de medidas de agilización procesal.

741 Picatoste Bobillo, J., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 339-340.

De admitirse alguna prueba que debe practicarse con inmediación, el tribunal señalará vista oral, que se celebrará dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (art. 464.1 LEC).

Contra el auto de admisión o inadmisión de las pruebas, cabe recurso de reposición (art. 285 y 451 LEC), de tramitación escrita. Contra el auto que desestima la reposición no cabe ulterior escrito (art. 454 LEC), sin perjuicio que la parte que se estime agraviada pueda interponer, en su día y en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de segunda instancia, con invocación de indefensión (art. 469.1.3º LEC).

6.3.3. Práctica

Si la prueba propuesta se limita a la aportación de documentos (art. 460.1 LEC) la «práctica» se agota con la aportación del documento sea en el escrito de interposición, oposición o impugnación. Si la prueba propuesta requiere una práctica ulterior, será necesaria la celebración de una vista pública, conforme a las previsiones del juicio verbal, que se regirá por el principio de oralidad, concentración e inmediación. Y, a diferencia de lo que sucedía bajo la derogada legislación procesal, en la que correspondía al Magistrado ponente recibir por sí las declaraciones y todos los actos de prueba (art. 254 LEC/1881), la práctica de las pruebas tendrá lugar ante todos los miembros del tribunal de apelación (art. 137.2 LEC).

6.3.4. Diligencias finales

Nos remitimos al estudio de este epígrafe al capítulo correspondiente de esta obra, dejando aquí constancia que admitimos limitadamente las diligencias finales en segunda instancia en supuestos concretos: a) pruebas solicitadas en tiempo y forma no practicadas en su momento procesal oportuno, una vez hayan desaparecido las circunstancias que impedían su práctica; b) pruebas propuestas por el rebelde involuntario comparecido en la segunda instancia no practicadas por causas ajenas a su voluntad; c) pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 460.2.3º LEC) alegados en la segunda instancia sobre los que no se haya podido practicar la prueba oportunamente solicitada por las partes por causas independientes de su voluntad.

La práctica de diligencias finales por el tribunal de apelación ha sido admitida por la STS de 16 de mayo de 2007[742], bajo el doble argumento que no existe prohibición en la segunda instancia y que frente a la imprevisión legal debe prevalecer el derecho a la tutela efectiva del art. 24 CE. La sinopsis del asunto se deduce del fundamento jurídico primero de la sentencia, que expresa:

> «Interpuesta demanda (en 1995) por Dña. Melisa de responsabilidad civil médica, recayó sentencia en primera instancia (de 3 de mayo de 1996) desestimatoria de la demanda. Formu-

742 STS, Sala 1ª, de 16 de mayo de 2007, fto. jco.4º (RJ 2007\311).

> lado por aquélla recurso de apelación la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia (de 18 de abril de 1997) que revocó la anterior y condenó al médico demandado señor Lucio a indemnizar a aquélla en quince millones de pesetas. Interpuesto por éste recurso de casación en cinco motivos, esta Sala desestimó los cuatro primeros y estimó el quinto, en su sentencia (de 30 de enero de 2003). Ésta fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya sentencia (de 13 de febrero de 2006) lo otorgó y anuló la dictada por esta Sala en casación retrotrayendo las actuaciones al momento procesal anterior a la sentencia para que se dicte la procedente, con respeto al contenido del derecho fundamental vulnerado; éste era el de la tutela judicial efectiva y no se refería al total de la sentencia de esta Sala, sino tan sólo a la estimación del motivo quinto del recurso de casación».

El referido motivo quinto era la falta de motivación adecuada en la fijación del quantum indemnizatorio y en los intereses computados desde un determinado *dies a quo*.Y la falta de motivación procedía de la sentencia de la Audiencia Provincial, secc. 2ª, de Sevilla de 18 de enero de 1997, por lo que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y acuerda devolver las actuaciones a la referida Audiencia Provincial y que se retrotraigan las actuaciones a la última resolución anterior a la vista, previa a la sentencia, sin perjuicio de la práctica de diligencias finales, para que resuelva sobre la indemnización y los intereses legales, según los criterios expuestos en la sentencia del Tribunal Supremo.

El razonamiento para autorizar la práctica de diligencias finales en la segunda instancia, contenido en el fto. jco.4º, es como sigue:

> «Lo anterior teniendo en cuenta que queda a su libertad de criterio si se cuantifican los daños personales a la niña y los daños morales a la madre, o sólo los segundos; relacionándose y determinándose los daños sufridos no ya en la recién nacida, sino en la posible secuela; concretándose el grado de disminución física que sufre.Y, en su caso, si faltan pruebas, practicándose las diligencias finales que prevé el artículo 434 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y que no se contemplan en la sentencia de segunda instancia y según el artículo 465, pero tampoco están prohibidas y que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española frente a una imprevisión de la Ley».

7. La prueba en los recursos extraordinarios y otros medios

7.1. Recurso extraordinario por infracción procesal y casación

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que, de forma excepcional, la indebida valoración de la prueba, que anteriormente se había encuadrado en el núm. 2º del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («infracción de las normas reguladoras de la sentencia») debe ser denunciada al amparo del número 4º del mismo art. 469 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución»), esto y es, siempre por el cauce del recurso por infracción procesal.

Entre otras muchas, y por su claridad expositiva, puede destacarse la STS de 1 de octubre de 2010, cuyo fundamento jurídico 3º, es del tenor literal siguiente:

> «Las razones por las que el motivo debe desestimarse son las siguientes: A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2 LEC, que fue el alegado por la entidad recurrente en el escrito de preparación del recurso. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella; pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.
>
> La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el Juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469.1.4º LEC, en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela consagrado en el artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, rec. 1789/2003, 30 de junio de 2009, rec. 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, rec. 1051/2005)».

De la sentencia transcrita, y en orden al análisis de la prueba en el recurso por infracción procesal, deben destacarse dos consideraciones fundamentales. La primera es el carácter restrictivo del acceso de la valoración probatoria al recurso de casación por infracción procesal. Se destaca que la valoración probatoria solo puede tener acceso a casación con carácter excepcional y en dos supuestos: a) cuando la valoración probatoria evidencia un error patente o arbitrariedad; y b) cuando ha infringido una norma de valoración tasada.

Debe aquí recordarse que las normas de valoración tasada son escasas (art. 316.1 LEC, para el interrogatorio de las partes; art. 319 LEC, para los documentos públicos; y art. 316 LEC, para los documentos privados), siendo los restantes medios de prueba de libre valoración (art. 316.1 LEC *sensu contrario*, para el interrogatorio de las partes; art. 348 LEC, para el dictamen de peritos; art. 376 LEC para el interrogatorio de testigos; art. 382.3 LEC para la prueba por medios audiovisuales; art. 382.3 LEC, para la prueba por instrumentos de filmación, grabación y semejantes, y art. 384.3 LEC, para la prueba por instrumentos informáticos). Y, por ello, no podrán tener acceso a casación, como ha venido siendo doctrinal jurisprudencial, los errores de valoración de una prueba sujeta a las reglas de la sana crítica, a salvo que se trate de un error patente o de una arbitrariedad.

La segunda consideración es que la fundamentación de una errónea valoración probatoria, con el carácter excepcional descrito, debe residenciarse en el ordinal 4º, del núm.1 del art. 469 («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución»). Se razona que, este modo, una valoración arbitraria o una

valoración que infringe una norma tasada «no supera el test de racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 CE». Debe recordarse que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. 24.2 CE, comporta una serie de mandatos a las partes y al juzgador, y a éste último, garantizar –entre otros– la satisfacción del derecho a la prueba, que en el extremo relativo a la valoración probatoria comporta la necesidad que la sentencia deba recoger el juicio de hecho, esto es, la expresión de qué hechos resultan probados y en virtud de qué medios de prueba; e igualmente deberá recoger el juicio de derecho, esto es, qué normas jurídicas resultan aplicables al supuesto declarado probado y los efectos que se derivan de las mismas.

Es cierto que la motivación de una resolución judicial constituye un requisito interno de la sentencia y así aparece recogido en el artículo 218.2 LEC, al disponer que «la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón». Ahora bien, para entender la doctrina jurisprudencial es necesario distinguir entre la motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.2º LEC –como infracción de una norma reguladora de la sentencia[743]–, y la motivación entendida como una valoración probatoria errónea, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.4º LEC, pero únicamente en unos supuestos concretos, que se reducen a los siguientes: a) un error patente, que significa un error notorio en el juicio de hecho de la sentencia; b) una valoración arbitraria, que significa una valoración voluntarista, al margen de las normas de valoración probatoria, sean libres o tasadas; y c) una valoración con infracción de las normas de prueba tasada, por ser normas que se imponen a la voluntad del juzgador.

El Tribunal Supremo ha limitado la casación a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho, y ha remitido al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, y con carácter excepcional, la indebida valoración probatoria, pero se trata de una cuestión sobre la cual existe un divorcio entre la jurisprudencia y la doctrina científica, porque la distinción entre infracción de normas procesales –fuera del recurso

743 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.537, señala que el motivo del recurso por infracción procesal consistente en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º LEC) comprende los supuestos siguientes: 1º) Infracción de los requisitos de claridad, precisión y separación de pronunciamientos siempre que redunden en indeterminación del fallo; 2º) Infracción del deber de congruencia en cualquiera de sus modalidades; 3º) Falta de liquidez del pronunciamiento de condena pecuniaria si se hubiera pretendido una condena líquida (art. 219 LEC); 4º) Infracción del deber de invariabilidad de la sentencia después de la firma, salvo los casos de modificación admisible en aclaración o complementación de sentencia; 5º) Falta absoluta de motivación de la sentencia o motivación insuficiente atendidas las normas procesales que determina su contenido. Los meros defectos de forma del acto de sentencia no dan lugar a este recurso porque sólo generan irregularidad; 6º) Infracción de la cosa juzgada. Al menos en cuanto a su función negativa; la función positiva es un vínculo parcial para el pronunciamiento de fondo en el segundo proceso y no una causa de inadmisibilidad de pronunciamiento.

de casación y objeto del recurso extraordinario por infracción procesal– e infracción de normas materiales –sólo en la cual podrían fundarse los motivos de casación– no siempre aparece nítida[744].

7.2. La revisión de sentencias firmes

Aun cuando englobamos la revisión de sentencias firmes dentro del epígrafe de los recursos extraordinarios, hemos añadido también el término «y otros medios», en cuanto la revisión de sentencias firmes (arts. 509 a 516 LEC) no es un recurso, sino que dogmáticamente puede configurarse como una acción impugnativa autónoma, distinta del recurso y de carácter restrictivo, cuyo objeto es la revisión de una sentencia anterior por unos motivos tasados en la ley. Esta concepción es también dominante en la jurisprudencia y así se desprende, entre otras, de la STS de 14 de septiembre de 2000, que en la parte que interesa razona:

> «Conviene comenzar destacando que si bien el instituto de la revisión de las sentencias civiles encuentra antecedentes en la *restitutio in integrum* del Derecho Romano y en la propia legislación de Partidas, no fue objeto de regulación, ni en la primera Ley de Enjuiciamiento de 1855, ni en la Ley de 18 de junio de 1870, no tratándose propiamente de un recurso ya que procede precisamente contra sentencias que han ganado firmeza, contra las que por definición legal del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 –vigente a la sazón– no cabe recurso alguno, ni ordinario, ni extraordinario, bien por su naturaleza o por haber sido consentida por las partes. Por ello se ha calificado por la doctrina procesal como remedio extraordinario y rescisorio, o bien como una acción autónoma que da lugar a un proceso autónomo […]»[745].

El fundamento de la revisión estriba en que la actividad de las partes o del juez ha estado condicionada por unos motivos tasados de violencia, ignorancia y dolo –recogidos en el artículo 510 LEC– que han condicionado la justicia y el acierto de la sentencia firme.

Como afirma Seoane Spielgelberg la revisión solo cabe contra sentencias firmes, que producen excepción de cosa juzgada material y resuelven sobre el fondo de la pretensión ejercitada, precisando la concurrencia de los requisitos siguientes: 1º) Que se trate de una decisión judicial que revista forma de sentencia, con exclusión de los autos; 2º) Que se trate de una sentencia firme o dicho de otra forma que haya alcanzado el *status* de cosa juzgada formal; 3º) Que la sentencia firme no sea estrictamente procesal, declarando una

744 Sobre el particular, Serra Domínguez, M., *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, pp. 1135-1159; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1496-1498; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ed. Aranzadi, Barcelona, 2010, pp. 550-560; Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, ed. Ariel, Barcelona, 2003, pp. 139 y ss; Garcimartín Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, 1997, pp. 52-57.

745 STS, Sala 1ª, de 14 de septiembre de 2000 (EDJ 2000/25703). En este sentido pueden verse también las SSTC, Sala 1ª, de 20 de octubre de 1987, fto. jco.2º (RTC 1987\158) y STC, Sala 2ª, de 27 de febrero de 2006, fto. jco.2º (RTC 2006\59), ésta última en relación con la revisión penal.

nulidad de actuaciones, o que sea absolutoria en la instancia sin entrar en el fondo del asunto; 4º) Que la sentencia firme produzca los efectos de cosa juzgada material, esto es, la exclusión de un proceso posterior de idéntico objeto[746].

Sin entrar en detalle en el procedimiento, nos limitamos a dejar constancia de las causas de revisión de sentencias firmes:

1º) Documentos decisivos recobrados u obtenidos (art. 510.1ª LEC), constituyendo los requisitos: a) Que los documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la sentencia firme cuya rescisión se pretende; b) Que no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en el que recayó la sentencia, por causa de fuerza mayor (o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado la sentencia); c) Que se trate de documentos decisivos para el pleito, esto es, con valor y eficacia para resolverlo; d) Que los requisitos expresados se prueban por la parte demandante a quien incumbe la correspondiente carga procesal (STS 26 de junio de 2007[747]).

2º) Falsedad documental (art. 510.2º LEC) constituyendo los requisitos: a) Que se trate de un documento falso, cuya falsedad se hubiera declarado por un Juez o Tribunal del orden jurisdiccional penal; b) Que dicho documento hubiera sido decisivo para la resolución del litigio en que recayó la sentencia firme; c) Que la falsedad criminal hubiera sido declarada antes o después del proceso cuyo fallo se pretende rescindir, sin bien en el primer caso, el demandante de revisión deberá acreditar que desconocía tal pronunciamiento previo; d) Es indiferente que el documento falso sea público o privado[748].

3º) Falso testimonio de testigos y peritos (art. 510.3º LEC), constituyendo requisitos: a) Una sentencia penal que declare la existencia del delito de falso testimonio; b) Que la declaración del testigo o testigos condenados haya sido decisiva para adoptar el fallo de la sentencia que se pretende rescindir o anular; c) Que el carácter decisivo anterior haya sido reconocido o declarado en la sentencia dictada en el proceso penal (STS 29 de marzo de 2004)[749].

4º) Cohecho, violencia o maquinación fraudulenta (art. 510.4º LEC). Comprenden, en realidad, tres supuestos distintos, tales como: a) Cohecho, entendiendo por tal que la sentencia se obtuvo mediante soborno al juez o funcionario público que intervino en el juicio, precisando la condena penal por alguna de los delitos de los arts. 419-427 CP, salvo el supuesto del art. 424 CP, que se refiere al soborno en causa penal;

---

746 Seoane Spielgelberg, J.L., *La revisión de sentencias firmes*, en «Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 708-711.

747 STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2007, fto. jco.3º (RJ 2007\4674).

748 Seoane Spielgelberg, J. L., *La revisión de sentencias firmes*, ob. cit., pp. 727-728.

749 STS, Sala 1ª, de 29 de marzo de 2004, fto. jco.1º (EDJ 2004/12730) la cual, a su vez, cita las SSTS de 21 de febrero de 1989 (EDJ 1989/1875), de 3 de febrero de 1994 (EDJ 1994/850); de 26 de mayo de 1997 (EDJ 1997/4503); y 14 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/44164).

b) Violencia, que puede ser física o moral, y recaer sobre el juez o alguno de los magistrados del Tribunal colegiado que dictó la sentencia, pero también sobre testigos, litigantes, o sus abogados o procuradores; c) Maquinación fraudulenta, comprensiva de «todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio, con objeto de obstaculiza su defensa, asegurando así el éxito de la demanda» (STS 14 de julio de 2006)[750].

7.3. Recurso de amparo constitucional

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es un mecanismo de protección jurisdiccional extraordinaria del derecho a la prueba, constitucionalizado en el artículo 24.2 CE[751], que procederá cuando las partes no hayan obtenido la reparación de este derecho, con carácter previo, mediante los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal, cuando proceda.

Aun cuando algunos autores entienden que se trata de un recurso extraordinario o de carácter revisor, la doctrina mayoritaria entiende que se trata de un proceso autónomo y distinto de carácter constitucional y no administrativo, que se desarrolla en una única instancia. Ha sido definido como un procedimiento autónomo, excepcional y subsidiario a los procedimientos judiciales ordinarios, cuyo objeto se ciñe al rápido restablecimiento en su ejercicio del derecho fundamental lesionado y, en general a proporcionar protección jurídica ante actos o disposiciones de los poderes públicos de carácter lesivo, sin incidir, en principio, sobre cuestiones integradas en el ámbito de la legalidad[752]. El amparo constitucional presenta una doble dimensión de protección de defensa objetiva de la constitución y de protección en sede constitucional de los derechos y libertades fundamentales cuando las vías de protección ordinarias han sido insatisfactorias (STC 26 de enero de 1981[753]), destacando la nota de subsidiaridad acerca del amparo frente a las resoluciones judiciales[754].

750 STS, Sala 1ª, de 14 de julio de 2006, fto. jco.1º (RJ 2006/4966).

751 Sobre el contenido del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) pueden verse los trabajos Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 177-184; *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 27-68; *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 13-115; y OLLER SALA, Mª D., *Las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho a la prueba. Comentario a la STC 136/2007,* en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 5, Diario La Ley, núm. 7667, de 6 de julio de 2011, pp. 24 y 25.

752 Carrillo M., *Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo*, en «El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional», Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978, CGPJ, Madrid, 2004, p.241.

753 STC, Sala 1ª, de 26 de enero de 1981, fto. jco.2º (RTC 1981\1).

754 Son múltiples las resoluciones que recuerdan el carácter subsidiario del recurso de amparo. Así, por ejemplo, el ATC de 27 de octubre de 1982 afirma: «El recurso de amparo en defensa de los

En efecto, y como establece el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional su admisión precisa los siguientes requisitos: a) es necesario haber agotado la vía judicial previa; b) la violación del derecho fundamental debe ser imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión del órgano judicial; y c) que la vulneración del derecho haya sido invocada de modo suficiente en el proceso.

Para que pueda prosperar el recurso de amparo constitucional por vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes en la defensa (art. 24.2 CE) la jurisprudencia exige, cuando menos, los siguientes requisitos:

1º) Que se produzca una lesión del derecho fundamental. Por tal debemos entender que se haya producido una inadmisión de una prueba pertinente, una inadmisión carente de motivación o, finalmente, la inejecución de un medio de prueba propuesto y admitido.

2º) Que semejante lesión sea decisiva en términos del fallo. O dicho de otra manera, que de haberse practicado la prueba inadmitida, denegada o no ejecutada, el resultado del fallo hubiera sido distinto. En palabras de la STC de 14 de febrero de 2000, «el Tribunal Constitucional sólo puede efectuar su revisión cuando las pruebas hubieran podido resultar decisivas para el pleito, cambiando el sentido del fallo»[755].

3º) Que la vulneración del derecho fundamental haya producido indefensión material a la parte recurrente. En la doctrina se ha propuesto que el llamado «juicio de indefensión» descanse en los siguientes elementos: a) La infracción de una norma procesal; b) La privación o limitación de los medios de defensa; c) La falta de imputabilidad al justiciable; d) El carácter definitivo y la falta de subsanación; e) La carga de especificar la defensa preterida, esto es, el recurrente en amparo debe especificar el contenido que habrá dotado a los trámites de prueba que estima preteridos; e) El juicio de incidencia, esto es, que la privación o limitación de las posibilidades de defensa haya supuesto un perjuicio al recurrente[756].

Y en parecidos razona la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en la precitada sentencia de 14 de febrero de 2000, al señalar que:

---

derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE, cuya lesión tenga su origen directo e inmediato en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional es un recurso subsidiario y no instancia directa o revisora de la jurisdicción común […] sólo procede entablarlo cuando se hubieran agotado, ineficazmente, los procesos utilizables dentro de la vía judicial en sus respectivas instancias, según dispone el art. 44.1,a) de la LOTC en cuanto tendentes a conseguir el restablecimiento del derecho cuestionado, exigencia que debe interpretarse en el sentido que han de utilizarse en toda su dimensión procesal los medios de impugnación que estén establecidos del proceso judicial seguido, sin poder consentirse iniciar el amparo cuando se encuentra sin decidir el recurso procedente puesto en marcha pues en tal caso la vía procesal o ordinaria no estaría conclusa, sino abierta y operante».

755 STC, Sala 1ª, de 14 de febrero de 2000, fto. jco. 2º (RTC 2000\45).

756 Borrajo Iniesta, I.; Díez-Picazo Giménez, I.; Fernández Farres, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1995, p.43.

«De manera que sobre el demandante de amparo recae la carga de probar la indefensión material sufrida, lo cual tiene varias consecuencias concretas. El demandante deberá acreditar «la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas» o «admitidas y no practicadas» (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, 167/1988, de 27 de septiembre, 52/1989, de 22 de enero, 141/1992, de 13 de octubre, 131/1995, de 11 de septiembre, y 164/1996, de 28 de octubre), así como que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a «probar la transcendencia de la inadmisión (en este caso, la no práctica de la prueba) pudo tener en la decisión final del pleito, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, hacer sido otro si la prueba se hubiese admitido (o practicado), podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca el amparo» (SSTC 116/1983, de 2 de diciembre, 30/1986, de 20 de febrero, 149/1987, de 30 de septiembre y 357/1993, de 29 de septiembre)[757].

Bibliografía

Sobre principios del procedimiento probatorio:

Asencio Mellado, J. Mª, *De la prueba. Disposiciones generales*, capítulo V, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, 4ª ed., Gimeno Sendra, V. (dir.), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 170-197; Berzosa Francos, V., *La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC*, en rev. Iuris, 2000 (septiembre), pp. 38-44; Herrera Abián, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006; Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, pp. 171-185; Nieva Fenoll, J., *Los problemas de la oralidad*, en La Ley, 2007, t.2, pp. 1898-1906; Picó i Junoy, J., *El principio de la oralidad en el proceso civil español*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», t.I, Carpi, F. y Ortells, M. (eds), Universitat de València, 2008, pp. 361-370; Seoane Spielgelberg, J. L., *Principios básicos de la regulación de la prueba en la nueva LECIV 1/2000*, capítulo III, en «La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000. Disposiciones generales y presunciones», 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 227-246; Taruffo, M., *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, (versión abreviada) en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», t.I, Carpi, F. y Ortells, M., (eds.), Universitat de València, 2008, pp. 205-219.

Sobre anticipación y aseguramiento de prueba:

Bonet Navarro, J., *Anticipación y aseguramiento de prueba*, capítulo V, en «La prueba en el proceso civil», ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 313-341; Di Iorio, A. J., *Prueba*

757 STC, Sala 1ª, de 14 de febrero de 2000, fto. jco. 2º (RTC 2000\45). En parecidos términos STC, Sala 1ª, de 26 de febrero de 2007, fto. jco.4º (RTC 2007\42); STC, Sala 1ª, de 24 de septiembre de 2007, fto. jco.3º (RTC 2007\208); y ATC, Sala 1ª, de 27 de enero de 2010, fto. jco.2º (RTC 2010\12).

anticipada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *Anticipación y aseguramiento de la prueba*, capítulo XII, en «La prueba en el proceso civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 229-254; Gil Vallejo, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, J.M.Bosch, Barcelona, 2011; Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 2001, t.7, pp. 1518-1526; Rizo Gómez, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Sobre la prueba en la primera instancia:

Adán Doménech, F., *Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», t.II, Carpi, F. y Ortells, M. (edts), Universitat de València, València, 2008, pp. 41-52; Aragoneses Martínez, S.; Cubillo López, I.; Hinojosa Segovia, R.; Peiteado Mariscal, P.; Tomé García, J.A., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2004; Asencio Mellado, J. Mª, *Disposiciones generales sobre la prueba en la LEC*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Gómez-Colomer, J.L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 199-215; –*La prueba: disposiciones generales*, capítulo V, en «El Proceso Civil Práctico», t. IV, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 65-252; Bonet Navarro, J., *Procedimiento probatorio*, capítulo III, en «La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales», ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 167-228; de la Oliva Santos, A., *La prueba civil*, capítulo 38, en «El proceso de declaración», ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 285-310; Díaz Fuentes, A., *Proposición de prueba y presupuestos de admisibilidad*, capítulo V, en «La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 55-68; Fachal Noguer, N., *La disconformidad con la resolución sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos sobre la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosh, Barcelona, 2006, pp. 177-212; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *Procedimiento probatorio general*, capítulos IX, X y XI, en «La prueba civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 173-226; González Granda, P., *La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas*, rev. Tribunales de Justicia, núm.1, enero 2003; Martín Ostos, J.S., *La prueba: aspectos generales*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/200», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 185-212; Montero Aroca, J., *El procedimiento probatorio*, en «La prueba en el proceso civil», 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 187-235; –*Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la Ley Procesal)*, en «La prueba», Cuadernos de Derecho Judicial núm. VIII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 283-313; Ontiveros Rodríguez, F., ¿Afecta el principio de concentración de la actividad probatoria en el juicio verbal?, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 415-429; Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2012; Ramos Méndez, F. *Condiciones de uso de la prueba*, capítulo 26, en «Enjuiciamiento Civil», t. I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 599-618; –*Secuencia de la prueba*, capítulo 28, en «Enjuiciamiento Civil», t.I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 629-648; Rifá Soler, J.Mª; Richard González, M.; Riaño Brun, I., *La prueba en el proceso civil*, capítulo

22, en «Derecho Procesal Civil», vol. II, Navarra, 2011, pp. 137-156; Ruiz Pérez, J. *Documentos y dictámenes y admisión. La admisión de la demanda y contestación a la demanda, ¿supone la admisión de los documentos, dictámenes o instrumentos aportados?*, en «La audiencia previa», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2010, pp. 411-418; Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 105-126; Villagómez Cebrián, M., *Disposiciones generales (artículos 281 a 298)*, capítulo II, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.), ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 22-37.

Sobre prueba en la segunda instancia:

Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, ed. Colex, Madrid, 2001; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba en la segunda instancia,* Capítulo XIV de la obra «La prueba civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 291-336; Gisbert Pomarata, M., *Requisitos que deben darse para la admisión de prueba en la segunda instancia en el proceso civil: análisis jurisprudencial*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J.; Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 759-780; Montero Aroca, J., *Prueba en apelación*, epígrafe VIII del Capítulo V, «El procedimiento probatorio», en «La prueba en el proceso civil», 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 223-235; Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Apelación*, Capítulo Tercero, en «Tratado de recursos en el proceso civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 420-446; Picatoste Bobillo, J., *El recurso de apelación,* capítulo III, en «Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil», obra coordinada por el mismo autor, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 124-412; Picó i Junoy, J., *Valoración de la prueba y segunda instancia: hacia la búsqueda del necesario equilibrio*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2009, 3, pp. 679-692; Pinto Palacios, F., *La aportación de hechos nuevos*, en «La audiencia previa», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch, Barcelona, 2010, pp. 309-317.

Sobre la prueba en los recursos extraordinarios y otros medios:

Borrajo Iniesta, I.; Díez-Picazo Giménez, I.; Fernández Farres, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1995; Carrillo M., *Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo*, en «El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional», Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978, CGPJ, Madrid, 2004; pp. 231-253; Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Recursos extraordinarios (I). Por infracción procesal*, Capítulo Cuarto; *Recursos extraordinarios (II). Casación*, Capítulo Quinto; *Recursos extraordinarios (III). Procedimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Capítulo Sexto, en «Tratado de recursos en el proceso civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 520-910; –*El juicio de revisión*, capítulo Undécimo, en «Tratado de recursos en el proceso civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 1137-1216; –*Amparo contra actos*

judiciales, Capítulo Duodécimo, en «Tratado de recursos en el proceso civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 1225-1464; Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, ed. Ariel, 2003, pp. 139 y ss.; Ortells Ramos, M., *El recurso extraordinario por infracción procesal*, capítulo 21; *La casación*, capítulo 22; en «Derecho Procesal Civil», 10ª ed., ed. Thomson, Navarra, 2010, pp. 533-542; y 543-567; Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M.Bosch, Barcelona, 2012, pp. 177-184; –*El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch, Barcelona, 2005; pp. 27-68; *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 13-115; Seoane Spielgelberg, J.L., *La revisión de sentencias firmes*, en «Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil», Picatoste Bobillo, J. (coord.) ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 685-760; Serra Domínguez, M., *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, pp. 1135-1159.

CAPÍTULO VI

El juicio sobre la admisión de los medios de prueba[758]

1. Introducción. 2. La asimetría entre el letrado y el juez. 3. La relevancia constitucional. 4. Concepto y naturaleza jurídica. 5. Presupuestos. 5.1. La fijación de los hechos controvertidos. 5.1.1. Los sujetos de la fijación. 5.1.2. El modo de fijar los hechos controvertidos. 5.1.3. Dificultades en la fijación de los hechos controvertidos. 5.2. La previa proposición por las partes. 5.2.1. Momento y forma. 5.2.2. La facultad judicial de integración probatoria. 6. Los parámetros de admisión de los medios de prueba. 6.1. Los parámetros legales. 6.1.1. La pertinencia. 6.1.2. La utilidad. 6.1.3. La legalidad. 6.2. Los parámetros legales y las figuras afines. 6.2.1. La necesidad y la relevancia de la prueba. 6.2.2. La legalidad y la ilicitud de la prueba. 6.3. Las particularidades en la admisión de documentos y dictámenes. 7. La máxima pro probatione. 7.1. Fundamento. 7.2. Presupuestos. 8. La resolución sobre admisión/inadmisión. 8.1. Caracteres de la resolución. 8.1.1. Oral. 8.1.2. Individualizada. 8.1.3. Motivada. 8.1.4. Expresa. 8.2. Impugnación. 8.2.1. En el juicio ordinario. 8.2.2. En el juicio verbal. 9. La renuncia a la prueba admitida. 9.1. Argumentos favorables a la renunciabilidad. 9.2. Argumentos contrarios a la renunciabilidad. 10. Decálogo para la admisión de los medios de prueba. Bibliografía.

1. Introducción

En muchos sistemas procesales, el procedimiento está dividido en dos fases claramente diferenciadas: una fase preliminar, destinada a la mejor preparación de la causa tras los escritos de alegaciones, y una fase posterior, de «juicio», fundamentalmente destinada a la presentación de las pruebas y a tomar la decisión final[759]. La fase de la selección de las pruebas en el proceso puede situarse, bien en la fase preliminar y acto seguido de la fijación del objeto del proceso, bien en el propio acto del juicio e inmediatamente con anterioridad a su práctica. Ello dependerá fundamentalmente de la existencia de una fase separada o concentrada de proposición y práctica de la prueba. En cualquier caso, la secuencia procesal

758 El presente Capítulo constituye una versión ampliada y revisada del artículo *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en «La prueba y la decisión judicial», ed. Sello, Universidad de Medellín, 2010.

759 Taruffo, M., *Oralidad y estructura como factores de eficiencia en el proceso civil*, en Páginas sobre justicia civil, ed. Marcial Pons, 2009, p.250.

más frecuente responde al conocido esquema de alegaciones iniciales de las partes, delimitación del objeto del proceso, proposición y admisión de prueba.

La LEC contempla dos grandes clases de juicios declarativos, el ordinario y el verbal. En el primero (ordinario), la selección de las pruebas tiene lugar en la fase preliminar, denominada audiencia previa, y tras la fijación de los hechos controvertidos (art 429.1 LEC), pues existe una fase separada de proposición (audiencia previa) y de práctica de prueba (acto del juicio). En el segundo (verbal), la selección de las pruebas tiene lugar en el propio acto de la vista (art. 443.4 LEC), pues existe una fase oral y concentrada de proposición y práctica de prueba. La proposición de los medios de prueba corresponde, por regla general, a las partes y únicamente se reconoce la prueba de oficio en los supuestos expresamente previstos por la Ley (art. 282 LEC).

Entre la proposición y la práctica de las pruebas media el juicio sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba. Franquear este juicio, reservado exclusivamente al juez, permite la práctica y ulterior valoración de la prueba en sentencia. En gráfica y sintética expresión del Magistrado Seoane Spielgelberg la admisión es «el salvoconducto que franquea el paso de la proposición a la práctica de la prueba»[760]. En este capítulo nos ocuparemos del juicio sobre la admisión de los medios de prueba, analizando su naturaleza jurídica– la de un deber judicial–, los presupuestos del mismo –fijación de hechos controvertidos y previa proposición de las partes–, los parámetros de admisión –pertinencia, legalidad y utilidad–, la resolución de admisión –en sus caracteres y su impugnación–. También nos ocuparemos del fundamento y los presupuestos de la máxima *pro probatione*, como criterio inspirador del juicio de admisión, y analizaremos los argumentos favorables y contrarios a la renuncia de las pruebas, una vez admitidas.

2. La asimetría entre el letrado y el juez

El letrado y el juez se encuentran en posiciones asimétricas ante la proposición y admisión de los medios de prueba. El letrado conoce los hechos y ha indagado las fuentes de prueba, correspondiéndole la carga de proponer los medios de prueba. El juez conoce los hechos –o, más precisamente, la versión de los hechos que han ofrecido los letrados a través de sus escritos de alegaciones–, y desconoce por completo las fuentes de prueba, en cuanto no es misión del juez indagar las fuentes de prueba, sino que su deber se circunscribe a admitir o denegar los medios de prueba.

Para ilustrar esta asimetría entre la carga de la proposición y el deber judicial de admisión basta pensar en la cantidad de tiempo que emplea el letrado en preparar los me-

760 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.282.

dios de prueba y los escasos segundos que tarda el juez en admitirlos o denegarlos. Muñoz Sabaté afirma que el letrado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con el hecho y el juez en una relación de extraneidad[761]. El letrado vuelca toda su inspiración en la proposición de los medios de prueba y el juez aplica los criterios legales de admisión o inadmisión.

Esta asimetría tiene, por ende, dos reflejos fundamentales. Un primer reflejo en la distinción entre las fuentes y los medios de prueba. Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de los medios de prueba. La distinción entre fuentes y medios de prueba, procedente de Carnelutti[762] y desarrollada por Sentís Melendo[763], resuelve el interrogante de con qué se prueba.

Las fuentes son conceptos preexistentes al proceso (la parte, el testigo, el documento, la cosa que ha de ser examinada, el conocimiento técnico del perito) y los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso (interrogatorio de las partes o de testigos, reconocimiento judicial, dictamen de peritos).

Las fuentes de prueba son los instrumentos que debe averiguar el letrado para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador con carácter limitado[764].

Las fuentes de prueba corresponden a las partes y los medios al juez. Al letrado le corresponde averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso. Al juez le corresponde introducir (admitir) y valorar las fuentes aportadas por las partes a través de los medios de prueba. Coincidimos con Couture al señalar que el juez «es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin participación del magistrado»[765], puesto que la petición de prueba se dirige al juez y es él quien la admite o deniega.

Un segundo reflejo es la parcialidad del letrado respecto del empleo de las pruebas y la reconstrucción de los hechos frente a la imparcialidad del juez. El objetivo del letrado es vencer el juicio, puesto que la relación con su cliente (la parte) consiste en un arrenda-

761 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, p.239.

762 Carnelutti, F., *La prueba civil*, 2ª ed., Ejea, ed. Desalama, Buenos Aires, 2000, pp. 67 y ss.

763 Sentís Melendo, S., *La prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1947, pp. 14-16.

764 Precisando aun más esta distinción Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 151 y 152, señala que la fuente es un concepto extrajurídico que existe con independencia de que llegue a realizarse o no en el proceso y es lo sustantivo o material; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico –y, más específicamente, procesal–, que se forma en un proceso concreto y consiste en una actividad.

765 Couture, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., edit. Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p.206.

miento de servicios profesionales, orientado a la satisfacción de los intereses privados de su patrocinado. Mientras que el deber del juez es el de resolver la controversia, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional y depositario de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutado lo juzgado.

Se ha afirmado acertadamente que los letrados «tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenga a su cliente, con independencia de la verdad»[766]. Por ello el letrado experimenta y conoce, mejor que ningún otro operador jurídico, la máxima *probare o soccombere* y la relación de causa a efecto entre la prueba y la sentencia. El letrado buscará las fuentes de prueba fuera del proceso y normalmente antes de que comience, pero deberá efectuar una selección de las fuentes idóneas, esto es, aquellas que le permitan acreditar su versión de los hechos.

3. La relevancia constitucional

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), inseparable del derecho a la defensa y aplicable a todo proceso, comporta el derecho a la proposición de prueba, a que la prueba propuesta sea admitida o, en su caso, denegada de forma motivada, a que se practique y se valore[767]. Se ha configurado el derecho a la prueba como una de las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil y algún autor ha reconducido su formulación a la afirmación que «toda prueba pertinente es admisible»[768].

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, con respecto al juicio de admisión, comporta las siguientes consecuencias:

1) La inadmisión de un medio de prueba debe ser motivada.

Frente a la proposición de la prueba por las partes, pueden recaer dos resoluciones distintas, ambas ajustadas a derecho, y respetuosas con el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes: una resolución de admisión de prueba, cuando el medio de prueba propuesto supera los parámetros de admisión (pertinencia, utilidad y legalidad) y se haya propuesto conforme a los presupuestos legales (de tiempo y forma), o una resolución de inadmisión de prueba, en caso contrario. La resolución de admisión no

766 Taruffo, M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en «La prueba», ed. Marcial Pons, 2008, p.179.

767 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 21 a 30; y del mismo autor una versión actualizada, tras la entrada en vigor de la LEC, *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J. M. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 37-43.

768 Taruffo, M., *La recolección y presentación de las prueba en el proceso civil*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, p.355.

suele suscitar ninguna controversia, salvedad que la parte contraria advierta una infracción en los criterios de admisión de la prueba e interponga el correspondiente recurso.

Por el contrario, la resolución de inadmisión puede producir un perjuicio a la parte y de ahí que se exija que tal denegación sea motivada y no arbitraria. La jurisprudencia constitucional ha declarado que el derecho a la prueba se menoscaba cuando la denegación «carezca de toda justificación o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria»[769]. En la práctica, exige no abusar de las fórmulas estereotipadas o genéricas de denegación, tales como «impertinente» o «inútil», sin referencia a las razones o motivos de la «impertinencia» o «inutilidad» en el caso. La denegación razonada constituye una exigencia del deber de motivar las resoluciones judiciales (arts. 120 CE y 218 LEC) y permite el control posterior por un órgano jerárquicamente superior.

2) Flexibilidad en la admisión

Otra de las consecuencias de la constitucionalización del derecho a la prueba es la necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias que permite la máxima actividad probatoria de las partes[770]. Ello comporta, con respecto al juicio de admisión, que «vale más el exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación», tal y como ha reconocido la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, cuanto del Tribunal Supremo.

Así en la STS de 27 de junio de 1991 se afirma:

> «este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, y al haber sido constitucionalizado, impone unas nuevas perspectivas y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Instancia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, *siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación*; ello no implica desapoderar al juzgador a quo de su potestad para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas que las partes propongan, sino acoger, con el espíritu que informa el artículo 24.2 de la Constitución, las peticiones de admisión a prueba en cuanto no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre las que se propone y la cuestión debatida»[771].

Y en la STS de 10 de febrero de 1992 se afirma:

> «el art. 24.2 CE ha elevado al rango de derecho fundamental el disponer de los medios de prueba pertinentes para la defensa […] ello impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni

769 SSTC de 16 de julio de 2001, fto. jco. 7º (EDJ 2001/26462); de 26 de junio de 2000, fto. jco. 3º (EDJ 2000/15593); de 10 de noviembre de 1997, fto. jco. 2º (EDJ 1997/7473); de 25 de noviembre de 1996, fto. jco. 3º (EDJ 1996/7603).

770 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 31 y 32.

771 STS, Sala 1ª, de 27 de junio de 1991, fto. jco.2º (RJ 1991\4630) (La cursiva es nuestra). En sentido similar, STS de 28 de junio de 1994, fto. jco.2º (RJ 1994\7242).

> obstaculizarlo, *siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que en su denegación*»[772].

Esa nueva perspectiva y esa mayor sensibilidad significa que el juez en caso de duda debe optar por la admisión de los medios de prueba y que, en todo caso, la inadmisión de un medio de prueba, en cuanto afecta al derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes, no puede quedar subordinada a otros intereses, que aun dignos de tutela, son de rango inferior, como la economía procesal o la rapidez del juicio (STC 10 de abril de 1985[773]).

3) Exclusión prueba ilícita.

Otra de las consecuencias de la constitucionalización de los medios de prueba pertinentes será la exclusión de las pruebas ilícitas, que son aquellas en cuya obtención o práctica se ha vulnerado un derecho fundamental (art. 11 LOPJ)[774]. Ahora bien, a diferencia de la legalidad que constituye un parámetro legal de admisión de los medios de prueba, la ilicitud constituye un mecanismo procesal en virtud del cual se «expulsa» una prueba indebidamente admitida a través de un incidente contradictorio previsto en el art. 287 LEC.

Es reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal constitucional que afirma que la valoración de una prueba ilícita comporta la vulneración de un proceso con todas las garantías y la igualdad de armas procesales. En este sentido, la STC de 29 de noviembre de 1984 sostiene:

> «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las 'garantías' propias del proceso (art. 24.2 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad que se ha procurado en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales del otro»[775].

4) La activa colaboración del órgano judicial en la práctica de algunas pruebas.

También constituye una consecuencia del derecho a la prueba, particularmente en aquellos supuestos en los que debe practicarse una actividad de averiguación o acreditación del derecho extranjero. Ello significa que, con respecto a la prueba de las normas jurídicas, el principio *iura novit curia* se traduce no en un deber de conocimiento del derecho, sino en un deber de investigación, por lo que, una vez admitidas las pruebas destinadas a la acreditación de la vigencia y contenido del derecho extranjero, el órgano judicial debe participar activamente en su obtención.

772 STS, de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992\1080) (La cursiva es nuestra).

773 STC, Sala 2ª, de 10 de abril de 1985, fto. jco.9º (RTC 1985/51).

774 Picó i Junoy, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pp. 44-45.

775 STC, Sala 2ª, de 29 de noviembre de 1984, fto. jco.5º (RTC 1984/114).

Resulta muy ilustrativa la STC de 17 de enero de 2000, en la que se afirma:

«Debe, además, repararse en la circunstancia de que, en este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no disponer de la traducción del derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas y en que, además, la aplicación al caso de ese peculiar «hecho» en que convierte el Código Civil al derecho extranjero no proviene del alegato de la señora Ch., sino de la remisión del art. 107 del Código Civil (en relación con su art. 9.2), por lo que, propiamente, no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella (la aplicación al caso del Derecho armenio), sino de la acreditación del derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107 del Código Civil, lo que, *a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba*, sin que en momento alguno del procedimiento se de razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el propio art. 12.6 «in fine» del Código Civil confiere a los órganos judiciales»[776].

4. Concepto y naturaleza jurídica

La admisión se ha definido como «el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como un elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo»[777]. Se trata de la resolución judicial en virtud de la cual el juez admite o deniega los medios propuestos por las partes y, en su caso, ordena su práctica.

La admisión de un medio de prueba produce un doble efecto. Por una parte, el reconocimiento de su eficacia probatoria, y por otra parte, la ordenación de su agregación al proceso –caso que ya estuviera incorporado, como pueden ser los documentos o dictámenes– o la ordenación de su práctica –caso de los interrogatorios personales y del reconocimiento judicial–. De modo distinto, el efecto de la inadmisión es la privación de eventual eficacia probatoria del medio de prueba y, por tanto, bien la ordenación de su expulsión del proceso –caso que ya estuviera incorporado–, bien la negativa de su práctica –caso de los interrogatorios personales y del reconocimiento judicial–.

La proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes. En el proceso civil, inspirado en los principios dispositivo y de aportación de parte, corresponde a las partes la introducción de los hechos y la aportación de las pruebas para acreditarlos. Corresponde a las partes decidir de qué número y de qué clase de medios de prueba se servirán para acreditar los hechos introducidos en los escritos de alegaciones. Por el contrario,

776 STC, Sala 1ª, de 17 de enero de 2000, fto. jco. 4º (RTC 2000\10).

777 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t.I, 5ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1981, p.282.

el juicio sobre la admisión de los medios de prueba constituye un deber para el juez[778], que inexcusablemente deberá pronunciarse sobre cada uno de los medios de prueba propuestos, sea para admitirlos, sea para denegarlos, sin que pueda soslayar su pronunciamiento ni diferirlo a un momento distinto del legalmente previsto.

La tensión entre la carga de las partes y el deber judicial se describe en términos precisos en la jurisprudencia constitucional, razonándose que:

> «desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o impertinencia, […]. Aquí se plantea una vez más la tensión dialéctica entre la independencia del Poder Judicial, titular de la función jurisdiccional y la salvaguarda de las garantías constitucionales que nos corresponde, tal y como se diseña en el art. 123 CE[779]».

Frente a la carga de la proposición, discurre en paralelo el deber judicial de admisión de los medios de prueba, el cual exige una mínima motivación, particularmente en supuestos de denegación, a fin que ésta no sea arbitraria o irrazonable, y la parte tenga la facultad –no la carga–, si a su derecho conviene, de impugnar el juicio de admisión.

La atribución exclusiva al juez de este deber le convierte en el protagonista y garante de la actividad probatoria. Protagonista, por cuanto con la decisión de admisión –o, en su caso, de inadmisión– permite –o, en su caso, impide o limita– la práctica de los medios de prueba propuestos y decide, en última instancia, el material que accede a las actuaciones y constituye el sustrato probatorio que permite la motivación de la decisión judicial.

Y garante, por cuanto con su decisión verifica el control de la legalidad sobre la admisión de las pruebas propuestas. Para ello deberá atender no solamente a las normas procesales, sino también a una consolidada doctrinal constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), que se proyecta en el derecho a la recepción y admisión de las pruebas pertinentes –o, en su caso, a

778 Expresamente lo califica como un «deber» Martín Ostos, J.S. (en AAVV, *Comentario al art. 285 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.1768), y como una «obligación» Asencio Mellado, J. Mª (en AVV, *Comentario al art. 285 LEC,* en «Proceso Civil Práctico», t.IV, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, p.75), aunque éste último término pertenezca más al ámbito del derecho privado que del derecho público.

779 STC de 23 de junio de 1997, fto. jco. 4º (EDJ 1997/4019). Y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se advierte la misma tensión, como se deduce de la STS, Sala 1ª, de 4 de mayo de 1993 (RJ 1993/3440), en cuyo fto. jco. 3º se afirma: «Si bien es indudable el derecho de las partes a valerse de los medios de prueba procedentes para la adecuada defensa de sus intereses jurídicos, cuyo derecho se encuentra constitucionalmente amparado por el artículo 24 de la Carta Magna, que proscribe toda clase de indefensión, no lo es menos que, sin merma alguna del expresado derecho, los órganos de instancia pueden y deben repeler, de oficio, las pruebas que, a su juicio, sean impertinentes o inútiles (art. 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»).

que la denegación sea motivada–, así como en el derecho a la práctica de las pruebas admitidas y en el derecho a la valoración de las pruebas practicadas.

Con frecuencia el juicio sobre la admisión de la prueba ha basculado sobre dos extremos igualmente indeseables. O bien una permisividad excesiva, acaso inspirada en una doctrina constitucional que recomienda «incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación»[780], y que genera la introducción de material probatorio superfluo, cuando no perturbador, amén de encarecer y dilatar innecesariamente proceso. O bien, en el extremo opuesto, una inadmisión automática, a menudo parcamente fundada en principios o intereses tales como la «economía procesal o la celeridad y eficacia que debe presidir la actuación de la Administración de justicia»[781], y que eventualmente impide la aportación de elementos probatorios valiosos para dictar sentencia, con la consiguiente dificultad para formar la convicción judicial y la necesidad de recurrir a las reglas de la carga de la prueba. Lo cual puede comportar el riesgo de dictar sentencias, aun cuando formalmente ajustadas a derecho, materialmente alejadas del mismo, por la ausencia de una adecuada y completa actividad probatoria.

El desiderátum consiste en garantizar la admisión de la «prueba justificada», entendida en palabras de DE URBANO CASTRILLO como la que conjuga «el derecho de defensa con la evitación de dilaciones indebidas y las pruebas redundantes»[782].

5. Presupuestos

La admisión o inadmisión de prueba debe prescindir de criterios cuantitativos y/o cualitativos, para centrarse en el *thema probandi* –los hechos controvertidos–. Junto a la fijación de los hechos controvertidos, el segundo presupuesto del juicio de admisión es la previa proposición de los medios de prueba por las partes, que deberá efectuarse con observancia de las formalidades legales, básicamente de forma y tiempo.

5.1. La fijación de los hechos controvertidos

La regulación legal de la fijación de los hechos controvertidos es muy parca, pues el legislador se ha limitado a enunciar tal función y definir sus protagonistas (juez, letrados y

780 SSTC de 30 de octubre de 1991, fto. jco. 3º (EDJ 1991/10314); y de 20 febrero de 1986, fto, jco. 8º (EDJ 1986/30).

781 SSTC de 17 de enero de 2000, fto. jco. 4º (EDJ 2000/91); de 18 de marzo de 1992, fto. jco. 5º (EDJ 1992/2679); de 5 de octubre de 1989, fto. jco. 4º (EDJ 1989/8751); de 10 de abril de 1985, fto. jco. 9º (ED 1985/51).

782 DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, en «Derechos procesales fundamentales», Manuales de Formación continuada, núm. 22/2004, Gutiérrez-Alvi, F. y López López, E. (coords.), CGPJ, Madrid, 2005, p.582.

partes ex art. 428.1 LEC), pero no precisa la manera de llevarla a cabo, lo cual origina una práctica forense muy variada. Desde aquellos jueces que prácticamente soslayan la fijación de los hechos controvertidos por considerar que los mismos se pueden deducir a partir de los escritos de alegaciones, pasando por aquellos jueces que invitan a las partes a fijar los hechos controvertidos, para, finalmente, terminar en aquellos jueces que ellos mismos fijan los hechos controvertidos y recaban el consentimiento de las partes.

Su precedente se encuentra en el art. 693, regla 2ª LEC/1881 que, en la denominada comparecencia previa del juicio de menor cuantía, preveía que se tenía que «oír al demandante y al demandado e invitarlos para que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en los que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate». Era la denominada «función concretora» de la comparecencia preparatoria del menor cuantía que, en decir de Alonso-Cuevillas, tenía la doble finalidad de concretar los extremos fácticos que hayan de ser objeto de prueba (*thema probandi*) y también todas las cuestiones que– independientemente de que fueran asimismo eventual objeto de la prueba o no– fueran constitutivas de la decisión (*thema decidendi*)[783].

La fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa comporta la exclusión de toda prueba sobre los hechos no controvertidos, esto es, aquellos «sobre los que exista plena conformidad de las partes» (art. 281.3 LEC)[784], con la excepción de los procesos especiales no dispositivos, en los que el juzgador no viene vinculado por la conformidad de las partes (arts. 281.3 y 752.2 LEC)[785]. Esta exención de prueba se fundamenta, por una parte, en la experiencia de que suelen ser ciertos aquellos hechos sobre los que no discuten las partes, y por otra parte, en el principio dispositivo, pues la disposición de los derechos comporta también la disposición sobre los hechos a que estos derechos están legalmente ligados[786].

Si el juez omite fijar los hechos controvertidos o éstos se fijan erróneamente –sea por prescindir de hechos controvertidos, sea por incluir entre los controvertidos hechos no

783 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992, pp. 294-301; y del mismo autor, y con referencia a esta función en la LEC puede verse *La audiencia previa*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 166-167, quien relata el éxito de una experiencia piloto en varios Juzgados barceloneses, en los que se preparó concienzudamente el debate a desarrollar en la audiencia previa.

784 Sobre la necesidad que la prueba se concrete a los hechos controvertidos puede verse, entre otras muchas: STSJ Baleares, secc.1ª, de 30 de enero de 2009, fto. jco.2º (EDJ 2009\120154); SAP Girona, secc.1ª, de 11 de noviembre de 2009, fto. jco.2º (EDJ 2009\325232); SAP Salamanca, secc. 1ª, de 18 de septiembre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/374684).

785 En este sentido Barona Vilar, S. (*Comentario al art. 428 LEC,* en «El Proceso Civil», t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.3204) al analizar el fundamento de la función de fijación de los hechos controvertidos indica que «se trata de una función preparatoria o evitadora de la prueba».

786 Tapia Fernández, I., *Comentario al art. 428 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, 2001, p.1455.

alegados o hechos sobre los que existe conformidad–, el juicio sobre la admisión de los medios de prueba se torna más complejo.

Desde una visión de Derecho comparado se ha afirmado la importancia de la audiencia previa, como fase preliminar, destinada a una mejor preparación de la causa tras la demanda y su respuesta, en su doble función de contribuir a evitar el proceso y de «aclarar, simplificar y determinar el objeto del proceso y los hechos discutidos», destacándose la experiencia de la audiencia previa española, con una pluralidad concentrada de trámites orales –y entre ellos la fijación de los hechos–, que ha comportado una reducción de la duración del proceso civil[787].

5.1.1. Los sujetos de la fijación

Dispone el art. 428.1 LEC que la fijación de los hechos controvertidos corresponde hacerla a «las partes o sus defensores, con el tribunal». Dado que en el juicio ordinario es preceptiva la asistencia abogado (art. 414. 2 LEC) y a éste corresponde la dirección técnica de la parte, la referencia a «las partes» puede considerarse confusa.

Se ha justificado la mención a «las partes» en varios argumentos: 1º) Que el legislador pensara en extender la fijación de los hechos controvertidos al juicio verbal, en el que, no siendo preceptiva la asistencia letrada, la fijación de los hechos se pudiera realizar directamente con las partes. 2º) Permitir en este acto la intervención directa de las partes, que podrían dirigirse directamente al tribunal sin mediación del letrado, estimándose más acertada la primera explicación por ajustarse a los fundamentos de la fijación de los hechos –actividad que requiere asesoramiento letrado– cuanto a los antecedentes del precepto –ya en el BLEC se preveía que el artículo pudiera ser de aplicación al juicio verbal– (Banacloche Palao[788]); 3º) La existencia de un mero error en la redacción del artículo en cuestión; y 4ª) La posibilidad de fijar los hechos con los letrados y para el supuesto que el letrado no pudiera fijar los hechos que éste se pudiera dirigir a la parte (Uriarte Cordón[789]).

La fijación de hechos controvertidos debe efectuarse por el juez con los letrados de las partes, no solamente porque la afirmación o negación de los hechos de la demanda ya ha sido realizada por el abogado en su escrito de contestación a la demanda (art. 405.2 LEC), sino por tratarse de una cuestión que precisa de unos conocimientos jurídicos –la noción de hecho admitido o hecho controvertido– y produce unas consecuencias procesales –la exención de prueba sobre los hechos admitidos (art. 281.3 LEC)– que escapan al normal

787 Taruffo, M., *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, ob. cit., pp. 250 y 252.

788 Banacloche Palao, J., en «El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 333-334.

789 Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2006, p.85.

conocimiento de las partes[790]. Cuestión distinta es que, si estuviere presente la parte en la audiencia previa, el juez pueda dirigirse puntualmente hacia una de las partes a efectos de aclarar algún hecho que el letrado pueda desconocer o interesando la precisión sobre un hecho concreto.

El legislador ha querido reforzar la intervención del letrado en la audiencia previa, siendo su intervención preceptiva (art. 414.2 LEC), de manera que la incomparecencia del letrado de la actora determina el sobreseimiento del proceso (art. 414.3 LEC). Las partes, de modo distinto, pueden comparecer personalmente o través de un procurador con poder suficiente para renunciar, allanarse o transigir, es decir, que se permite que la presencia de la parte pueda ser suplida por la de su procurador (art. 414.2, II LEC). En la práctica se ha ido generalizando que la audiencia previa se celebre con intervención del letrado y del procurador, y solo excepcionalmente acuden las partes.

5.1.2. El modo de fijar los hechos controvertidos

El modo de fijar los hechos controvertidos, plantea un doble interrogante, a saber, cuál es el alcance de la intervención del juez en la fijación de los hechos controvertidos –la extensión de las facultades judiciales– y el concreto procedimiento para fijar hechos controvertidos.

Sobre las facultades judiciales existen dos posiciones. Una, apegada a la literalidad legal y la interpretación de la expresión «las partes […] con la intervención del tribunal» (art. 428.1 LEC), entiende que la labor del tribunal en la fijación de los hechos controvertidos es secundaria respecto de las partes, de modo que la decisión última sobre el carácter de hecho controvertido corresponde siempre a las partes[791].Y otra, a la que nos adherimos, y que sostiene que la intervención del tribunal y las facultades judiciales pueden ser más activas, pudiendo incluso tomar la iniciativa en la fijación de hechos controvertidos como forma de centrar la controversia, respetando el límite de tener que fijar como controvertido el hecho que no sea admitido por una de las partes[792].

En cuanto al procedimiento para fijar los hechos controvertidos el art. 428.1 LEC guarda silencio, pudiéndose distinguir a efectos prácticos, cuando menos, tres modos distintos. Un primer modo, consiste en el debate contradictorio entre las partes dirigido por el juez. El juez dará la palabra a las partes, empezando por el actor, para que manifiesten los

790 En sentido distinto, Rodríguez Achutegui, E., *Comentario al art. 428 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Sepin, 2009, p.2638, para quien la fijación de los hechos controvertidos debería tener lugar con las partes con carácter principal y con sus defensores de modo subsidiario.

791 Banacloche Palao, J., «El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.334.

792 Dolado Pérez, A., *La posición de las partes respecto a la documentación aportada y la fijación de hechos controvertidos*, en «Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario», Gil Nogueras, L. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial núm. II/2008, CGPJ, 2009, p.266.

hechos que a su juicio son contradictorios, pudiendo intervenir las partes cuantas veces sea preciso. El juez, una vez oídos los litigantes, puede intervenir para aclarar o acercar posiciones. Y termina el acto recogiendo en el acta los hechos que han resultado controvertidos.

En segundo modo, sería el debate contradictorio entre las partes dirigido por el juez. Es una variante del anterior, pero con la salvedad que las partes se pronuncian sucesivamente sobre los hechos que existe conformidad y sobre los hechos en que existe disconformidad. Y termina el acto recogiendo en el acta no una lista única de hechos controvertidos, sino un doble listado, con los hechos admitidos –y, por ende, exentos de prueba– y con los hechos controvertidos –y, por ende necesitados de prueba–.

Y un tercer modo es la fijación por el juez con aquiescencia de las partes. Se diferencia de los otros modos por el método, pues no son las partes quienes se pronuncian sobre los hechos admitidos o controvertidos, sino que es el juez, quien tras el conocimiento de los escritos de alegaciones, fija los hechos admitidos y controvertidos y recaba posteriormente la conformidad de los letrados de las partes[793]. Termina el acto, al igual que en el supuesto anterior, con un acta que recoge un doble listado, con los hechos admitidos y los hechos controvertidos[794].

En cualquiera de las formas indicadas la fijación de los hechos controvertidos tiene por única finalidad determinar los hechos sobre los que existe conformidad o disconformidad de las partes, sin que pueda convertirse en un interrogatorio al letrado de la parte, por lo que, si uno de los letrados no colabora en la fijación de los hechos controvertidos o responde con evasivas, el juez ha de concluir con la advertencia de que tal conducta puede ser considerada admisión tácita de los hechos perjudiciales (SAP Valencia, 7 de julio de 2008[795]).

5.1.3. Dificultades en la fijación de los hechos controvertidos.

La fijación de hechos controvertidos no es un trámite sencillo, y la práctica forense en los juzgados y tribunales muestra que no es sencilla, habiéndose enumerado las dificultades siguientes[796]:

En primer lugar, la inercia histórica. Bajo la vigencia de la LEC/1881, y no obstante la previsión del art. 691 LEC/1881, la fijación de hechos se convertía en un mero ritual

793 En sentido similar, Rodríguez Achutegui, E., *Comentario al art. 428 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.2639, para quien el juez puede inquirir a las partes para que reconozcan algunas cuestiones de hecho que aparecen como controvertidas.

794 Dolado Pérez, A., *La posición de las partes*…, ob. cit., p.269, subraya la importancia de la elaboración de un listado sobre hechos conformados y sobre hechos disconformes.

795 La SAP Valencia, secc. 9ª, de 7 de julio de 2008, fto. jco.3º (EDJ 2008\165450) censura la intervención del juez de instancia en la Audiencia Previa obligando al Letrado de la parte demandada a fijar los hechos controvertidos bajo la advertencia que, de no hacerlo así, se incoaría un expediente o incurriría en desobediencia penal.

796 Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pp. 97-100.

en el que, en la mayor parte de las veces, ni siquiera intervenía el juez, de ahí que falte una «cultura de la fijación de hechos» tras la vigencia de una ley procesal civil centenaria y una práctica forense alejada, en este punto, del designio del legislador.

En segundo lugar, la instantaneidad derivada de la oralidad. Siendo la audiencia previa un acto presidido por la oralidad, y sin posibilidad de diferir la fijación de los hechos controvertidos a la finalización de audiencia previa mediante una resolución escrita posterior, se exige del juez la decisión y fijación de los hechos en la misma audiencia previa.

En tercer lugar, la falta de orden y claridad en los escritos de alegaciones. No obstante la previsión legal de que la demanda debe contener separados y numerados los hechos y fundamentos (art. 399.1 LEC) y que la contestación habrá de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor (art. 405.2 LEC) ello no sucede con tanta claridad en la práctica, bien porque los escritos de alegaciones no se ajustan a las previsiones legales, bien porque se silencian aspectos perjudiciales para las partes, bien porque se reiteran hechos secundarios, bien, finalmente, porque contienen «hechos basura»[797].

En cuarto lugar, por la imposibilidad de acuerdo entre las partes. Puede suceder que las partes no se pongan de acuerdo sobre ninguno de los hechos que el juez señale como controvertidos, y puede suceder también que ni siquiera exista acuerdo sobre los hechos controvertidos que constituyen el presupuesto fáctico de la demanda o de la contestación a la demanda.

Y, por último, la complejidad de la cuestión litigiosa. En determinados asuntos, la complejidad de la cuestión discutida comporta que la decisión sobre los hechos aparezca relegada a un plano secundario y la discusión jurídica cobra todo el protagonismo.

5.2. La previa proposición por las partes

5.2.1. Momento y forma

Ya nos hemos ocupado en el Capítulo correspondiente al procedimiento probatorio. Baste ahora recordar, en cuanto al momento, que la proposición de los medios de prueba tiene lugar en la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) que son actos presididos por la oralidad. Se trata del momento ordinario y común de proposición oral de los medios de prueba.

Con respecto a la forma debe señalarse que cada medio de prueba deberá expresarse con separación, indicando el domicilio o residencia de la parte que haya de ser citada para la práctica de cada medio de prueba (art. 284 LEC); que las partes habrán de indicar si el medio de prueba habrá de practicarse en el juicio o con anterioridad (art. 429.5 LEC); y que las partes habrá de indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal (art. 429.5, I LEC).

797 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., pp. 129 y ss., alude a este fenómeno como «la narrativa incorrecta del hecho»

La carga de la proposición de las partes puede no agotarse con el mero enunciado de unos medios de prueba, sino que, en ocasiones, exige un plus de motivación, esto es, un breve razonamiento relativo a la pertinencia de los medios de prueba para acreditar los hechos controvertidos. Algún autor se ha referido a la conveniencia u oportunidad de «apostillar» la prueba[798].

5.2.2. La facultad judicial de integración probatoria

También nos hemos ocupado en el Capítulo correspondiente a la prueba de oficio. Nos limitaremos a dejar constancia que el art. 429.1, II y III LEC, ubicado en sede de audiencia previa, confiere al juzgador, una vez propuestos los medios de prueba por las partes, la facultad de indicar que determinados hechos pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria y, en su caso, de sugerir la prueba para paliar tal insuficiencia.

Esta facultad judicial se vincula también con la fijación de los hechos controvertidos, como se deduce, entre otras, de la SAP Alicante de 11 de noviembre de 2011, al afirmar:

> « […] pues el mismo [art. 429.1, II LEC] no implica más que precisamente eso, una mera facultad, que habilita no para acordar la práctica de un medio probatorio concreto sino que exclusivamente autoriza al Tribunal como una consecuencia directa de la previsión contenida en el artículo 428.1 LEC (fijación de hechos controvertidos y de la proposición de pruebas por las partes, art. 429-1º LEC) a poner de manifiesto a las partes, con fundamento en la proposición de prueba ya realizada, aquellos hechos controvertidos que, a juicio del Tribunal podrían quedar insuficientemente probadas con la prueba propuesta por las partes, por lo que la citada facultad se configura como un juicio de valor del Tribunal en relación con los hechos controvertidos y la prueba propuesta que pone de manifiesto a las partes sin vinculación alguna de éstas»[799].

6. Los parámetros de admisión de los medios de prueba

6.1. Los parámetros legales

Históricamente el legislador ha sentido la necesidad de fijar unos parámetros legales para el control judicial de las pruebas, a modo de requisitos materiales del juicio de admisibilidad del juez. Ya en la ley VII, título XIV, partida 3ª, se expresaba: «otrosí dezimos que aquella prueba debe ser tan solamente recibida en juyzio, que pertenece al pleito principal sobre que es fecha

798 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p.234, para quien «apostillar es el razonamiento que a veces se hace al proponer una prueba al objeto de convencer de su necesidad y evitar así una posible declaración de inadmisibilidad. Dicho razonamiento debería ser en todo caso muy somero, evitando que se convierta en un nuevo acto de alegaciones, y sólo realizable cuando el medio de prueba tenga una relevancia amagada».

799 SAP Alicante, secc. 8ª, de 11 de noviembre de 2010, fto. jco.1º (EDJ 2010/314498). En el mismo sentido, y con anterioridad, SAP Baleares, secc. 4ª, de 29 de marzo de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/45861).

la demanda, ça non debe consentir el juzgador que las partes despiendan su tiempo en vano, en prouando cosas de que non se puedan después aprouechar, maguer las prouassen»[800].

Actualmente los parámetros legales de la admisión de la prueba son, en el ordenamiento jurídico español, la pertinencia, la utilidad y la legalidad, recogidos todos ellos en el art. 283 LEC, bajo la rúbrica «impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria». La rúbrica del artículo, como afirma acertadamente Garcimartín Montero, puede ser objeto de una doble crítica, en cuanto que, por una parte, solo menciona dos (pertinencia y utilidad) de los tres criterios que regula y, por otra parte, la pertinencia o la utilidad son requisitos que se pueden predicar del objeto o del medio de prueba, pero no de la actividad probatoria –lo que sí sucedería con la licitud–[801].

El art. 283 LEC recoge el criterio tradicional de que la admisión de un medio de prueba debe residir en la existencia de causa (pertinencia) e interés o necesidad (utilidad) para pedir la prueba[802], al que la LEC ha añadido el criterio de legalidad. Dogmáticamente resulta más acertado distinguir entre los criterios que afectan al objeto de la prueba (pertinencia, posibilidad y legalidad) y los requisitos que afectan a los medios de prueba (pertinencia, posibilidad, utilidad y legalidad)[803]. El legislador parte de un criterio general de admisibilidad de la prueba a partir de la pertinencia, la utilidad y la legalidad, por lo que contempla estos criterios en su versión negativa, definiendo sus antónimos –impertinencia, inutilidad e ilegalidad– como criterios de inadmisión de los medios de prueba[804]. Los criterios de impertinencia y utilidad aparecen a menudo confundidos en la jurisprudencia, contemplándose la utilidad como una premisa de la pertinencia de la prueba o, a la inversa, la inutilidad como una causa determinante de su impertinencia[805]. De ahí la necesidad, por una parte, de deslindar y analizar separadamente los criterios legales de pertinencia, utilidad y legalidad, y por otra parte, de separar los criterios legales de admisibilidad de la prueba de otros conceptos, como la relevancia o la necesidad de la prueba, a menudo identificados también como parámetros de admisión.

6.1.1. La pertinencia

Etimológicamente el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define el adjetivo impertinente como lo que no viene al caso[806]. Jurídicamente por pertinencia se entiende

800 *Colección de Códigos y Leyes de España*, Códigues Antigues, Madrid, 1865, tomo II, p.375.

801 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 283 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, 2001, p.1009.

802 Prieto-Castro y Ferrándiz, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, 1989, p.155.

803 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 283 LEC*, ob. cit., p.1010.

804 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 283 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1309.

805 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 283 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1309.

806 Diccionario de la Lengua Española, t.II, 22ª ed., ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, p.1253.

la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba, resultando impertinente el medio de prueba que no guarda relación con el tema de prueba. El parámetro de la pertinencia, como los restantes de la utilidad y la legalidad, hay que entenderlo referido a un estadio del pleito donde ya están depurados los hechos, y por ende, fijados los hechos controvertidos[807].

A nivel dogmático se ha distinguido entre la pertinencia de los hechos y la pertinencia de los medios de prueba. Son condiciones específicas de la pertinencia de los hechos: que verse sobre un hecho fundamental –esto es, que sea determinante del fallo–, que el hecho sea controvertido –lo que comporta la dispensa de prueba de los hechos aceptados por las partes– y que el hecho sea influyente –esto es, que sirva para esclarecer extremos esenciales o importantes para la cuestión litigiosa–[808]. Son condiciones de la pertinencia del medio de prueba: la posibilidad material y legal de practicarse el medio de prueba y la adecuación entre el medio de prueba y el hecho que constituye el objeto de la prueba[809].

A nivel positivo, el parámetro de la pertinencia aparece recogido en el artículo 24.2 CE («[…] todos tienen derecho…a utilizar los medios de prueba *pertinentes* para su derecho»); en el artículo 283.1 LEC (son *impertinentes* las pruebas que «no guardan relación con lo que sea objeto del proceso»); así como en diversos preceptos de la LEC («cada parte podrá solicitar de las demás sobre hechos [..] que *guarden relación con el objeto del juicio*» –art.301.1 LEC–); («el tribunal decidirá sobre las preguntas [..] admitiendo las que puedan resultar *conducentes a la averiguación de los hechos* [..]» –art. 368.2 LEC–); («Una vez admitidas las pruebas *pertinentes* y útiles, el tribunal procederá a señalar la fecha del juicio» –art. 429.2 LEC–).

Deben inadmitirse, por impertinentes, las pruebas:

a) sobre hechos no alegados por las partes, dado que la prueba versa sobre hechos afirmados por las partes (SSTS 18 de junio de 1990 y 20 de diciembre de 1994[810]).

b) sobre hechos que no hayan sido alegados oportunamente en el proceso, esto es, sobre hechos que no hayan sido introducidos en los escritos de alegaciones iniciales del proceso (arts. 399.1, 405.1, 406.3 y 407.2 LEC), con la salvedad que se trate de hechos nuevos o de nueva noticia (arts. 286.1 y 400.1 LEC) o de la prueba de los hechos en los procesos no dispositivos del Libro IV, en cuyo caso los hechos podrán ser probados con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso (art. 752 LEC).

---

807 Ramos Méndez, F., *Condiciones de uso de la prueba*, en «Enjuiciamiento Civil», t. I, ob. cit., p.608.

808 Gesto Alonso, B., *La pertinencia y la utilidad de las pruebas*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991, pp. 49-56.

809 *Ibid.*, pp. 67-80.

810 Las SSTS, Sala 1ª, de 18 de junio de 1990, fto. jco. 2º (RJ 1990\4855) y de 20 de diciembre de 1994, fto. jco.1º (RJ 1994\977) nos recuerdan que sobre «los hechos no alegados en el momento procesal adecuado y concretamente, por tanto los que se pretendiesen como oposición a los aducidos en la demanda, no pueden ser tenidos en cuenta por el Juzgador, y la prueba que sobre ellos se pretendiese llevar a cabo no sería admisible».

c) sobre hechos exentos de prueba, como son los hechos admitidos de adverso, puesto que la conformidad de los litigantes exonera de prueba[811], salvo en los procesos no dispositivos (art. 281.3 LEC).

d) sobre los hechos que gozan de notoriedad absoluta y general (art. 281.4 LEC); siquiera la declaración de notoriedad es una facultad judicial que, para la dispensa de prueba, requiere que se haga precisa en la audiencia previa.

e) sobre hechos irrelevantes en términos del fallo o, en terminología jurisprudencial, «pruebas que no tienen influencia sobre la cuestión controvertida» (SSTS 15 de abril de 1991 y 25 de marzo de 1993[812]).

f) sobre las instituciones, normas o cuestiones que sean de obligado conocimiento por el tribunal.

Por el contrario, estimamos que debe ser pertinente la prueba sobre la costumbre, y que la conformidad de las partes sobre su existencia y contenido, contrariamente a lo que dispone el art. 281.2 LEC, no dispensa de prueba, pues de admitirse que la conformidad de las partes sobre la existencia y contenido de la costumbre exonera su prueba ello nos podría conducir a la aplicación de una normativa incorrecta e incluso inexistente[813], amén de que tal dispensa casa mal con la exigencia general que la costumbre debe ser probada (art. 1.3 CC).

La jurisprudencia constitucional ha conferido al término «pertinencia» un doble y diferente significado: a) el alcance propio y estricto de adecuación de la prueba propuesta con el *thema decidendi*; y b) el alcance más amplio de que el medio de prueba propuesto cumpla con los requisitos o parámetros de admisión de la prueba. Este doble alcance o sentido se puede advertir, entre otras, en la STC de 14 de febrero de 2000, al razonar:

> «asimismo este Tribunal ha señalado que el art. 24.2 C.E no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes[814] al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia[815] y la decisión sobre la admisión

811 Con mayor contundencia el derogado art. 566 LEC\1881 disponía: «Los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden (a los hechos admitidos) y todas las demás que sean, a su juicio, impertinentes e inútiles».

812 SSTS, Sala 1ª, de 15 de abril de 1991, fto. jco.2º (RJ 1991\2687) y 25 de marzo de 1993, fto. jco.3º (RJ 1993\2239).

813 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. 1, ed. Aranzadi, Barcelona, 2001, p.1004.

814 Aquí se utiliza el término «pertinencia» en sentido propio y al que alude el art. 283.1 LEC al señalar: «no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente».

815 Aquí, por el contrario, el término «pertinencia» se utiliza en el sentido amplio, y acaso fuera preferible, para evitar equívocos, sustituir la expresión «juicio de pertinencia» por la de «juicio sobre la admisión». La utilización indistinta del término «pertinencia» para identificar al criterio de admisión de la prueba (art. 283.1 LEC) y al juicio sobre la admisión de los medios de prueba propuestos (art.

de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser esta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales […]».

Y en sentido similar, y con anterioridad, se había pronunciado la STC de 10 de abril de 1985, que distingue entre pertinencia y relevancia de la prueba y enumera los elementos configuradores del juicio sobre pertinencia, al afirmar:

> «De todo lo que llevamos dicho hasta aquí, se puede extraer la conclusión de que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas es distinta de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o utilidad de las mismas. Entendida la idea de pertinencia del modo que queda explicado –relación entre hechos probados y el *thema decidendi*– surge de inmediato la cuestión de los elementos caracterizadores del juicio sobre la pertinencia. Se encuentran, entre ellos, en una primera línea de dificultad menor, el que el objeto de la prueba han de ser hechos y no normas jurídicas o elementos de derecho; el que ha de tratarse de hechos que hayan sido previamente alegados y que estén, por consiguiente, previamente aportados al proceso, y que no se trate de hecho exonerados de prueba como pueden estarlos los hechos establecidos en virtud de una presunción legal»[816].

La pertinencia no implica que un hecho sea objeto idóneo de prueba a través de un único medio de prueba, sino que un mismo hecho puede resultar acreditado a través de más de un medio de prueba pertinente. Así, por ejemplo, la celebración de un contrato de compraventa, podrá ser acreditado a través de una prueba documental o a través del interrogatorio de las partes que intervinieron en su celebración[817].

6.1.2. La utilidad

Por utilidad entendemos la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido. Aparece recogida en el art. 281.3 LEC, considerándose inútiles «aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos».

Deben inadmitirse, por inútiles, aquellas pruebas por medio de las cuales aparece como imposible o irrazonable probar aquello que se intente. Más precisamente –y en términos de DE LA OLIVA SANTOS– la prueba inútil es aquella que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin se puede, razonablemente, conjeturar que no alcanzará el resultado apetecido[818]. La inutilidad, por tanto, viene referida no tanto al hecho que se

285.1 LEC) corre el riesgo de confundir un concepto genérico (juicio sobre la admisión) con uno de sus parámetros específicos (la pertinencia).

816 STC, Sala 2ª, de 10 de abril de 1985, fto. jco.9º (La Ley 77/1985-3).

817 GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, 1997, p.247.

818 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p.291.

pretende probar, cuanto al medio con que se pretende alcanzar la prueba y guarda estrecha relación con el fin de la prueba[819]. Así, por ejemplo, cuando se propone una prueba de reconocimiento judicial para acreditar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra[820] o el valor de una joya[821].

A nivel dogmático se han distinguido dos supuestos de inutilidad de los medios de prueba. Por una parte, los medios de prueba innecesarios, esto es, aquellos que versan sobre hechos que explícitamente o implícitamente han sido reconocidos. Y por otra parte, los medios de prueba superfluos, esto es, aquellos que son inútiles por haberse practicado otras pruebas suficientes para poder resolver lo que se pretende[822].

Ahora bien, no debe confundirse la utilidad de la prueba con su eficacia –pues la relevancia de la prueba se advierte una vez practicada–, ni con su abundancia –pues el hecho que existan otros medios de prueba sobre idéntico objeto no debe conducir a su inadmisión–, ni con la carga probatoria –pues los efectos de la falta de prueba de un hecho se apreciarán en sentencia–, y no debe denegarse la admisión de un medio de prueba por entender que a la parte proponente no le corresponde acreditar tal hecho en aplicación de las reglas del *onus probandi*[823].

La doctrina reclama una aplicación restrictiva del criterio de la inutilidad, circunscrita a las pruebas claramente estériles, ineficaces o superfluas[824], ante la dificultad que comporta *ex ante* el juicio anticipado sobre el resultado probatorio, a lo que cabría añadir la jurisprudencia constitucional que, con fundamento en el *favor probationis*, propugna que «vale más el exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación» (SSTS 27 de junio de 1991 y 28 de junio de 1994)[825]/[826]. Se han inadmitido, con fundamento en el criterio de la inutilidad, la prueba del reconocimiento judicial cuando el objeto reconocido requería de especiales conocimientos técnicos (STS 29 de septiembre de 1994); las pruebas superfluas, sea porque las propuestas ya se habían practicado en autos (SSTS 7 de julio de 1993

819 Garcimartín Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ob. cit. p.247, para quien la utilidad es «la aptitud del medio de prueba para contribuir a la acreditación del hecho».

820 Ejemplo propuesto por Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.171.

821 Ejemplo propuesto por Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000,* ob. cit., p.288.

822 Gesto Alonso, B., *La pertinencia y la utilidad de las prueba*, ob. cit., pp. 98-107.

823 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 46-49.

824 Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 283 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. 1, ob. cit., p.1311.

825 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 283 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1012.

826 STS, Sala 1ª, de 27 de junio de 1991, fto. jco.2º (RJ 1991\4630). En sentido similar, STS de 28 de junio de 1994, fto. jco.2º (RJ 1994\7242).

y 18 de febrero de 1998[827]), sea porque los hechos ya se haya acreditado por otras pruebas (SSTS 4 de mayo de 1993 y 22 de febrero de 1995[828]).

Ante una proposición extensa de medios de prueba, y con anterioridad a emitir su juicio de admisión o inadmisión, la predisposición interna del juez es adoptar un criterio restrictivo en orden a la admisión, atendiendo a criterios estrictamente «economicistas». Por el contrario, si son pocos los medios de prueba propuestos, el criterio suele ser más favorable a la admisión.

Pero no solamente influyen criterios «cuantitativos» en orden a la admisión o inadmisión de los medios de prueba. También operan en el juicio de admisibilidad criterios «cualitativos». Así, por ejemplo, y salvedad de apreciar su inexcusable necesidad, el juez acostumbra a aplicar un criterio restrictivo en orden a la admisión del reconocimiento judicial, normalmente para evitar el «coste temporal» de su desplazamiento fuera de la sede del Juzgado[829]. Y, por el contrario, un criterio más bien amplio en orden a la admisión de la pericial de designación judicial, en aquellos juicios que se discuten cuestiones técnicas, y aun cuando las partes hayan aportado, junto con sus escritos de alegaciones, unos dictámenes completos.

Ante el riesgo de aplicar criterios estrictamente cuantitativos, algún autor ha sugerido que un criterio mucho más respetuoso con la garantía constitucional de la utilización de los medios de prueba pertinentes, sería el de la conveniencia, como expresamente invoca la Ley para la admisión del reconocimiento judicial (art. 353 LEC) e incluso para la pericial (art. 335 LEC)[830].

6.1.3. La legalidad

Consiste en el ajuste a la ley de la «actividad dirigida a la incorporación de las fuentes del prueba al proceso»[831]. La legalidad, como criterio de admisión de la prueba (art. 283.3

827 La STS, Sala 1ª, 7 de julio de 1993, fto. jco.3º (RJ 1993\6112) afirma: «Lo que no es admisible es la tenaz reiteración de práctica de pruebas ya verificadas por falta de algún detalle que es la propia parte recurrente la que no lo advirtió a tiempo, pues ello puede incardinarse en el art. 11.1.º, primer inciso, y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»; y STS, Sala 1ª, 18 de febrero de 1998, fto. jco.2º (RJ 1998\632).

828 SSTS, Sala 1ª, 4 de mayo de 1993, fto. jco.2º (RJ 1993\3440) y 22 de febrero de 1995, fto. jco.1º (RJ 1995\1700).

829 En este sentido Serra Domínguez, M., *El derecho a la prueba en el proceso civil español*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, p.189, quien advertía, además, de la conocida práctica procesal, vigente la LEC de 1881, de diferir la realización del reconocimiento judicial a las diligencias para mejor proveer.

830 Ramos Méndez, F., *Condiciones de uso de la prueba*, capítulo 26, en «Enjuiciamiento Civil», t. I, ob. cit., p.609.

831 Fernández Urzainqui, F. J., *Comentarios al art. 287 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1136.

LEC), no debe confundirse con la licitud (art. 287 LEC), que se «refiere a las fuentes mismas y al procedimiento de su obtención»[832], no pudiéndose valorar aquellas pruebas que en su origen u obtención se hayan violado derechos fundamentales, mientras que la legalidad se refiere al medio de prueba propuesto[833].

La legalidad se refiere a la observancia de las formalidades legales, esto es, los requisitos de tiempo y forma en la proposición de los medios de prueba. El art. 283.3 LEC recoge el principio de legalidad en materia probatoria, entendido como la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto. La ilegalidad de las pruebas debe conectarse con la contravención de las normas sobre procedimiento probatorio. Así, por ejemplo, resultará inadmisible, por ilegal, la proposición de un interrogatorio de las partes o de testigos con una lista de preguntas (a salvo, claro está, de los supuestos en que se precisa el auxilio judicial) o la proposición de estos medios de prueba en el acto del juicio del juicio ordinario. También resultará inadmisible, por ilegal, el interrogatorio de un colitigante con el cual no exista conflicto de intereses (art. 301.1 LEC) o la aportación extemporánea de un documento fundamental en el acto del juicio (art. 265.1 LEC).

El fundamento de la legalidad, como criterio de admisión de los medios de prueba, dotado de autonomía con respecto a los criterios de pertinencia y utilidad, puede residenciarse, en la mayor amplitud que introduce el art. 299.3 LEC, al permitir que se practiquen medios de prueba, aun no expresamente previstos, siempre que sea con observancia de las garantías legales[834]. En efecto, la LEC no establece un *númerus clausus* de medios de prueba, sino que en el art. 299.3 LEC admite «cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo [del que] pudiera obtenerse certeza de los hechos relevantes». Por tanto, no puede descartarse que un litigante proponga un medio de prueba atípico, que será admisible si la ley no lo prohíbe[835].

6.2. Los parámetros legales y las figuras afines

La pertinencia se erige en el criterio fundamental de la admisión de la prueba, también recogido en la dicción legal del art. 24.2 CE –«[..] derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes [..]», habiendo sido objeto de pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional española, siquiera, a menudo, confundido con la necesidad y la relevancia. Resulta necesario deslindar las nociones de pertinencia, necesidad y relevancia en orden al juicio de admisión de la prueba. También será necesario distinguir el juicio de legalidad del juicio de ilicitud probatoria.

832 *Ibid.*, p.1136.

833 Asencio Mellado, J.Mª, *La prueba*, en «Proceso Civil Práctico», t.IV, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.51.

834 *Ibid.*, p.46.

835 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 283 LEC*, en AAVV «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.517.

6.2.1. La necesidad y la relevancia de la prueba

La necesidad de la prueba no constituye un parámetro legal de admisión de los medios de prueba. En principio, son las partes quienes deben ponderar sus necesidades de prueba o la idoneidad de los medios de prueba propuestos para acreditar los hechos alegados. La necesidad de la prueba puede predicarse de las partes y de los hechos controvertidos.

Respecto de las partes, la necesidad guarda relación con la carga de la prueba (quién sufre las consecuencias desfavorables de la falta de prueba). La normativa de la carga de prueba constituye una regla de juicio dirigida al juez, con fundamento en la prohibición de *non liquet* (art. 1.7 CC), que le indica cómo debe resolver cuando llegada la fase decisoria, persisten hecho relevantes no suficientemente acreditados (art. 217 LEC).

Respecto de los hechos controvertidos, la necesidad guarda relación con la acreditación de los mismos (qué corresponde probar). La normativa de la carga de la prueba también constituye una regla de conducta para las partes que le indica qué hechos debe probar, en función que asuma la posición actora o la posición demandada en el proceso.

Ambas funciones de la carga de la prueba se anticipan en la Exposición de Motivos de la LEC al afirmar: «Las normas sobre la carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso [regla de juicio dirigida al juez], constituyen reglas de decisiva orientación para las partes [regla de conducta de las partes][836].

Pero no se puede confundir la necesidad de prueba, que afecta a la carga de la prueba –sea como norma de juicio del juez, sea como norma de conducta de las partes–, con la pertinencia o utilidad de la prueba propuesta, que constituye un parámetro de admisibilidad de la prueba. La necesidad de prueba se traduce en la identificación de los hechos necesitados de prueba (*thema probandi*).

La relevancia de la prueba tampoco constituye un criterio legal de admisión de la prueba. Por el contrario, el hecho relevante es el hecho necesitado de prueba, como reiteradamente pone de manifiesto la Ley de Enjuiciamiento Civil en diversos preceptos[837]. La relevancia, por ende, debe predicarse del hecho controvertido objeto de prueba y no del medio

836 Exposición de Motivos LEC: Epígrafe IX, párrafo 28.

837 La noción de «hecho relevante» presenta significados diversos. Así, por ejemplo: a) para determinar la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba es necesario que «[..] al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión (art. 217.1 LEC); b) para la admisión de hechos nuevos o de nueva noticia, se exige que «ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito» (art. 286.1 LEC); c) para la adopción de medidas definitivas en los procesos matrimoniales, y a falta de acuerdo, se podrá acordar la prueba «[..] que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión de las medidas a adoptar» (art. 774.2 LEC); d) para la acreditación de los hechos en los procesos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro «si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito (alude al escrito de demanda) se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran

con el que se intente probar tal hecho. Más precisamente, de estimar relevante un medio de prueba, lo haremos una vez haya sido practicado y su resultado tenga trascendencia en orden al fallo. Así se expresa la jurisprudencia constitucional al precisar que la «relevancia constituye el juicio de necesidad o utilidad de los medios de prueba propuestos» (STC de 10 de abril de 2005[838]). Y desde la doctrina se afirma que la relevancia de prueba afecta más a la necesidad de prueba en el caso concreto, es decir, guarda mayor relación con la dosis de prueba[839].

Las anteriores consideraciones, cuando menos desde el punto de vista terminológico, no son pacíficas. Algunos autores –entre ellos, Taruffo– emplean el término relevancia para referirse a los medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador, entendiendo por tales aquellos «que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de los hechos»[840]. Otros autores –entre ellos, Couture– distinguen entre la pertinencia referida a la prueba que versa sobre hechos que son verdaderamente objeto de prueba y admisibilidad referida a la idoneidad o inidoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho[841].

6.2.2. La legalidad y la ilicitud de la prueba

No existe una noción pacífica sobre el concepto de ilicitud probatoria, ni sobre sus efectos, debiéndose distinguir, además, entre ilicitud y legalidad probatoria.

Conceptualmente un sector doctrinal (Montero Aroca) conecta la licitud con la obtención de las fuentes de prueba, mientras que la legalidad o ilegalidad se examina con respecto a la admisibilidad de los medios de prueba[842]. Otro sector doctrinal (Picó i Junoy), por el contrario, no limita el concepto de ilicitud probatoria a las fuentes de prueba, sino que lo extiende también a la práctica de los medios de prueba, señalándose que «la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental»[843].

---

valerse para acreditarlo» (art. 777.2 LEC). Bajo las letras c) y d) se utiliza la expresión «hecho relevante» como hecho necesitado de prueba.

838 STC, Sala 2ª, de 10 de abril de 1985, fto. jco. 9º (La Ley 77/1985-3).

839 Muñoz Sabaté, LL., *Jurisprudencia constitucional sobre la pertinencia y la relevancia de la prueba y la política del 'lápiz rojo'*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1991, núm.4, pp. 198 y 199.

840 Taruffo, M., *La prueba,* ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008, p.38.

841 Couture, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª, editorial bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p.195.

842 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed. ed. Civitas, Madrid, 2007, p.172.

843 Picó i Junoy, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en «Aspectos prácticos de la prueba civi», Abel LLuch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch, Barcelona, 2005, p.20.

En cuanto a los efectos, se pueden distinguir hasta tres posiciones. Para un sector, toda prueba ilícita debe ser inadmitida y no puede desplegar efectos probatorios, entendiéndose por prueba ilícita aquella que se ha obtenido por la parte proponente o por terceros empleando procedimientos que a juicio del tribunal deben considerarse reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de las personas. En sentido contrario, se ha propugnado que todas las pruebas deben admitirse, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido quien las ha obtenido y para ello se argumenta la búsqueda de la verdad en el proceso, como fin público, que está por encima de los derechos individuales (Guasp; Muñoz Sabaté[844]). Y para un tercer sector, la inadmisión de las pruebas ilícitas se refiere a las obtenidas con vulneración de un derecho fundamental. Aun dentro de esta tercera posición, algunos autores (Picó i Junoy) matizan que las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales deben ser rechazadas, mientras que las pruebas que no vulneran tales derechos –las pruebas ilegales– pueden ser apreciadas y valoradas[845].

El tratamiento procesal de los juicios de ilicitud e ilegalidad de la prueba es, además, distinto. El juicio de ilicitud probatoria se canaliza a través de un incidente contradictorio entre las partes. El art. 287 LEC, en su apartado primero, dispone «cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato con traslado, en su caso, a las demás partes».

La referencia a la «prueba admitida» permite entender que el incidente de ilicitud probatoria opera como un instrumento para expulsar las pruebas ya admitidas, y no como un criterio de admisión de los medios de prueba, como lo son la pertinencia, la utilidad o la legalidad (art. 283 LEC). De aquí que el juez no pueda inadmitir *ab initio* una prueba por razón de ilicitud, sino que, una vez admitida la prueba, se podrá, de oficio o a instancia de parte, sustanciar el incidente de ilicitud probatoria. La imposibilidad de inadmitir *ab initio* una prueba ilícita se ha justificado en el doble argumento de la extrema dificultad de apreciar *in limine* la ilicitud de la prueba sin una previa denuncia por la parte perjudicada y la oportunidad –y necesidad– de articular un incidente contradictorio en el que discutir y verificar la ilicitud de la prueba[846].

En su apartado segundo el art. 287 LEC regula el tratamiento procesal del incidente de ilicitud probatoria, particularmente la legitimación, el momento procesal y los concretos trámites procesales. Así dispone: «Sobre esta cuestión [la ilicitud], que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal

844 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 1º, Madrid, 1947, p.587; Muñoz Sabaté, LL., *Tècnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993, p.80.

845 Picó i Junoy, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, ob. cit., p.23.

846 *Ibid.*, pp. 29-30.

efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida licitud».

La legitimación para promover el incidente de ilicitud corresponde indistintamente a las partes y al juez. Tiene como momento preclusivo el del inicio de la práctica de la prueba, por lo que la ilicitud probatoria deberá declararse en el acto del juicio (si se trata de un juicio ordinario) o al comienzo de la vista (si se trata de un juicio verbal). La finalidad del legislador es que no se dé inicio a la práctica de las pruebas sin haber previamente declarado la ilicitud de las pruebas. Ahora bien, entiendo que también es posible que el juez declare la ilicitud probatoria en el momento de dictar sentencia.

No obstante el legislador haya establecido como momento preclusivo para la denuncia de la ilicitud el inicio de la práctica de la prueba (arts. 287.1, II y 433.1 LEC), con la finalidad de evitar la «contaminación» del juzgador, si en el momento de dictar sentencia el juez advierte la ilicitud de la prueba practicada es posible que pueda suscitar de oficio, e incluso a instancia de parte, un incidente de nulidad de actuaciones. Y salvando nuevamente la contradicción sobre «el concreto extremo de la referida ilicitud» declarar la ilicitud de la prueba, todo ello con fundamento en los arts. 225.5 y 227.2 LEC y 11 LOPJ y la doctrina constitucional que sanciona con nulidad la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales[847].

La declaración de ilegalidad probatoria se instrumenta a través del juicio sobre la admisibilidad de los medios de prueba y, por ende, mediante el control inicial en el momento de la admisión de la prueba (art. 283.3 LEC)[848]. Dispone el art. 283.3 LEC «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». A diferencia de la ilicitud que opera sobre la prueba ya admitida, y exige la audiencia de ambas partes, la legalidad es un parámetro de control inicial sobre la prueba propuesta, y basta que el juez observe el deber de inadmitir la prueba ilegal, sin audiencia de las partes, y sin perjuicio de que la parte perjudicada por la inadmisión pueda impugnar la resolución de inadmisión (art. 285.2 LEC y 446 LEC). El juicio sobre la admisibilidad es un deber judicial, y en caso de una prueba ilegal será deber judicial evitar su admisión.

6.3. Las particularidades en la admisión de documentos y dictámenes

La admisión presenta algunas particularidades con respecto a los documentos y dictámenes periciales. En sentido estricto, la admisión de los documentos, dictámenes o instrumentos –al igual que los restantes medios de prueba– solo puede tener lugar en el

847 En este sentido también Fernández Urzainqui, F. J., *Comentario al art. 287 LEC*, en AAVV, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p. 1340 y Moreno Catena, V., *Comentario al art. 287 LEC,* en AAVV, «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2232.

848 Picó i Junoy, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, ob. cit., p. 45.

momento de admisión de los medios de prueba, que es la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 429.2 LEC) o la vista en el juicio verbal (art. 443.4 LEC), aun cuando por exigencias del principio de igualdad o buena fe procesal tales documentos, dictámenes o instrumentos se hayan aportado con los escritos iniciales de alegaciones.

La aportación prueba documental, al igual que los dictámenes de periciales y los instrumentos, está sometida a estrictas reglas de preclusividad. La regla general es que los documentos fundamentales y los dictámenes a instancia de parte han de aportarse junto con el escrito de demanda y de contestación a la demanda (art. 265.1 LEC), sin perjuicio de acudir al sistema de designación (art. 265.2 LEC) o que el actor pueda aportar en la audiencia previa los documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las manifestaciones efectuadas por el demandado (art. 265.3 LEC). La inobservancia de la carga de la aportación inicial de los documentos o de los dictámenes a instancia de parte se traduce en la preclusión de su aportación en un momento posterior (art. 269 LEC), salvo en los supuestos legales en que se permite una excepcional y tasada aportación posterior (arts. 270 y 272 LEC).

Dos argumentos adicionales confirman nuestra posición. Por una parte, en el auto de admisión de la demanda, en el que se acuerda el traslado al demandado para la contestación a la demanda, no existe previsión que el tribunal tenga que pronunciarse sobre los documentos aportados con la demanda (art. 404 LEC). Y, por otra parte, la «impugnación» de los documentos y de los dictámenes tiene lugar en la audiencia previa (art. 427.1 y 2 LEC), previsión carente de significado si los documentos ya estuvieren admitidos con los escritos de alegaciones.

No existe un trámite anterior a la admisión de las pruebas que el de la audiencia previa, una vez fijados los hechos controvertidos, y no debe confundirse la existencia de una carga procesal –aportación de documentos y dictámenes con los escritos de alegaciones– cuya inobservancia determina la preclusión (art. 269 LEC), con el juicio de admisión de los medios de prueba, que exigirá siempre la existencia de hechos controvertidos y se pospone para la fase de la audiencia previa. La admisión de documentos y dictámenes a instancia de parte se produce al final de la audiencia previa (art. 429.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC), una vez propuestos todos los medios de prueba. Ello resulta compatible con la existencia de una carga de aportación inicial de documentos y dictámenes, cuya finalidad es evitar la vulneración del derecho de defensa y contradicción que se produciría si una de las partes no pudiera contrastar los documentos y dictámenes en un momento procesal para ello en la fase de alegaciones.

En la práctica forense, los letrados, al efectuar la proposición oral de los medios de prueba en la audiencia previa, solicitan que se den por reproducidos los documentos y dictámenes acompañados con los escritos de alegaciones. Aun así, el mero olvido de solicitar en la fase de audiencia previa que se tengan por reproducidos los documentos y dictámenes acompañados con los escritos de alegaciones no determina su inadmisión, por resultar una consecuencia procesal desproporcionada, sino que más bien se trata de una irregularidad

procesal susceptible de subsanación con un simple recordatorio por parte del juez, e incluso estimando que con la aportación inicial se produjo una proposición tácita de los documentos y dictámenes a instancia de parte[849]. Algún autor incluso va más allá afirmando que «tampoco hay que invocar las pruebas que ya están incorporadas a las actuaciones»[850].

Se ha suscitado la cuestión de si puede inadmitirse un documento fundamental aportado con la demanda o un dictamen a instancia de parte. Los documentos fundamentales constituyen el sustento probatorio de las afirmaciones que se vierten en los escritos de alegaciones y, por ende, acceden al proceso con anterioridad a la fijación de los hechos controvertidos (arts. 428.1 y 443.4 LEC) y del momento de proposición de los medios de prueba (arts. 429.1 y 443.4 LEC), no resultando exigible que la parte, demandante o demandada, realice un examen inicial sobre el carácter esencial de los documentos que se propone incorporar con su demanda o contestación, aun cuando es conveniente que aporte todo lo que sea susceptible de ser aportado en ese momento.

En realidad, y como destaca Ramos Méndez, los documentos aportados con los escritos de alegaciones no aparecen condicionados a un juicio de pertinencia previa, a diferencia del resto de las pruebas, lo cual permite incorporar documentos inútiles que posiblemente en un momento posterior no hubiera superado el juicio formal de pertinencia[851]. Existe, por el contrario, un control sobre la admisión los documentos presentados en la audiencia previa o en la vista (art. 270 LEC) o los presentados después de la vista o del juicio (art. 271 LEC), aun cuando dicho control se circunscribe, como advierte Montero Aroca, no a su relevancia probatoria, sino al cumplimiento de la norma procesal de la preclusión de la presentación[852].

El dictamen a instancia de parte se incorpora al proceso con el auto de admisión de la demanda (o, en su caso, el de contestación a la demanda), del mismo modo como acontece con los documentos fundamentales, aun cuando en sentido estricto la admisión –al igual que los restantes medios de prueba– tiene lugar en la audiencia previa (art. 429.2 LEC). Ahora bien, puede inadmitirse un dictamen a instancia de parte en la medida en que

849 Ruiz Pérez, J. *Documentos y dictámenes y admisión. La admisión de la demanda y contestación a la demanda, ¿supone la admisión de los documentos, dictámenes o instrumentos aportados?*, en «La audiencia previa», J. M. Bosch editor, Barcelona, 2010, p.416; Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, ob. cit., p.111.

850 Ramos Méndez, F., *Secuencia de la prueba*, en «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.634, quien, además, y con relación a las pruebas ya aportadas con anterioridad al momento procesal de la proposición, añade que «sólo un cegato o alguien que no las haya leído podría traspapelarlas o pensar que están allí como elementos decorativos».

851 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., quien además afirma «todavía no he visto a nadie pedir que se retiren del pleito los documentos aportados con la demanda o la contestación» (p.752) y añade que «las pruebas que se aportan con las alegaciones, quedan desde entonces incorporadas al pleito y a nadie se le ocurre dar una batalla por expulsarlas, independientemente de su pertinencia» (p.607).

852 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.194.

no verse sobre aspectos técnicos, contenga conclusiones jurídicas o verse sobre hechos tan simples que no precisen de conocimientos técnicos o prácticos.

También se ha postulado la devolución del dictamen pericial al aportante por motivos formales, tales como la falta de idoneidad técnica o científica del perito, la falta de juramento o promesa del art. 335.2 LEC, o la omisión de los soportes a que alude el art. 336.2 LEC[853], aun cuando probablemente el primer supuesto no afecta tanto a la admisibilidad cuanto a la valoración del dictamen y los otros dos supuestos constituyen exigencias legales subsanables.

7. La máxima *pro probatione*

En orden al juicio sobre la admisión de los medios de prueba, doctrina y jurisprudencia aconsejan aplicar la máxima *pro probatione*[854], en cuya virtud es preferible incurrir en un exceso en la admisión de las prueba que en su inadmisión.

7.1. Fundamento

El fundamento de esta máxima puede residenciarse en una doble consideración. Por una parte, el derecho a la prueba, elevado a rango constitucional (art. 24.2 CE), comporta una serie de mandatos dirigidos al juez, y entre ellos el de una mayor sensibilidad probatoria que, en la fase de admisión de las pruebas, se traduce en una flexibilización del juicio de admisión y en la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes[855].

Y por otra parte, en la asimetría entre el letrado y el juez en orden a la proposición y admisión de las pruebas, ya apuntada, y que significa que el letrado tienen un mayor conocimiento de los hechos y de las fuentes de prueba en el momento de su proposición, mientras que la relación del juez con los hechos en ese momento es más lejana, por lo que, en caso de duda razonable sobre la admisibilidad del medio de prueba propuesto, debe concederse el beneficio de la duda a la parte proponente o, cuando menos, y si la proposición de las pruebas tiene lugar en un acto oral, debe estimarse preferible la actitud del juez que

853 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.340.

854 Muñoz Sabaté, LL. (*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999), y bajo la vigencia de la LEC/1881, define la máxima *pro probatione* no como «una regla de prueba, sino como una pauta de conducta» que se traduce en las siguientes actitudes: «1) Laxitud en los criterios de admisibilidad (pertinencia, relevancia y licitud); 2) Práctica responsable del principio de inmediación; 3) Firme convicción aclaratoria en las prueba de confesión, testifical y pericial; 4) Diligencias para mejor proveer; 5) Inversión del *onus probandi* o ponderación de la conducta procesal; 6) Mayor atendibilidad a la prueba de presunciones.

855 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.31.

inquiere sobre la finalidad de la prueba propuesta, antes de admitirla o indamitirla, que la de aquel otro que automáticamente la declara impertinente.

La máxima *pro probatione*, cuando menos respecto al juicio sobre la admisión de los medios de prueba, puede encontrar refuerzo en la doctrina jurisprudencial de la «sensibilidad probatoria». La jurisprudencia constitucional recuerda que la constitucionalización del derecho a la prueba implica:

> «una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los tribunales proveer a su satisfacción, sin desconocerlo ni obstacularizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación»[856].

Esa mayor sensibilidad comporta que el juez adopte un criterio amplio para permitir la práctica de la prueba propuesta por las partes sin que pueda supeditarse su admisión a otros intereses, que aun estando protegidos por el ordenamiento jurídico, son de rango inferior al derecho a la prueba, tales como el principio de economía procesal, el de celeridad o el de eficiencia en la administración de justicia[857].

Por otra parte, la experiencia práctica del juez conduce al convencimiento que la aplicación de criterios excesivamente rígidos en orden a la admisión de los medios de prueba puede convertirle en «víctima» de sus propias decisiones. Puede suceder que la denegación de una prueba que se estimaba como dudosa en la fase de proposición de prueba, se revele como decisiva en la fase de dictar sentencia. Tal flexibilidad parece tanto más oportuna cuanto más excepcional y restrictiva se configure la posibilidad de acordar diligencias finales de oficio (art. 435.2 LEC)[858].

7.2. Presupuestos

Sin discutir la conveniencia de recurrir a tal máxima, entendemos que en su uso el juez debe seguir un cierto *iter,* que resumimos en las tres fases siguientes, a modo de presupuestos de su utilización.

856 SSTC 20 de febrero de 1986, fto. jco. 8º, (EDJ 1998/30) y 30 de octubre de 1991, fto. jco. 3º, (EDJ 1991/10314), de proceso penal.

857 En este sentido, Rifá Soler, J. Mª.; Richard González, M.; Riaño Brun, I., *Derecho Procesal Civil,* vol. II, Pamplona, 2006, p.135.

858 La posibilidad de acordar diligencias finales de oficio es excepcional y tasada, sujeta a varios requisitos, todos ellos recogidos en el art. 435.2 LEC, y alguno de ellos de muy difícil interpretación. Así, por ejemplo, el requisito consistente en «que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones (debe entenderse de prueba) permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos (debe entender hechos relevantes)». De «cabalístico» tilda este requisito Vázquez Sotelo, J. L. (*Diligencias finales*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., coord., ed. Difusa, Barcelona, 2000, pp. 549 y 556).

En primer lugar, la previa y correcta fijación de los hechos controvertidos[859]. El *dubio* del juez en orden a la admisión o inadmisión de la prueba no puede fundarse en la inexistencia de hechos controvertidos –pues en tal caso no será necesario el juicio sobre la admisión de los medios de prueba– o la errónea fijación de los mismos –pues en tal caso el juicio sobre la admisión de los medios de prueba no recaerá sobre su objeto adecuado–. Si ello es así, deberá procederse con anterioridad a la fijación de los hechos controvertidos. Las partes, con el juez, deben fijar los hechos controvertidos y ello constituye un presupuesto indispensable para el adecuado juicio de admisión de las pruebas (art. 428.1 LEC). La indeterminación sobre los hechos controvertidos puede comportar una admisión excesiva de las pruebas o, por el contrario, una restricción innecesaria, y en ambos casos por desconocimiento del *thema probandi*.

En segundo lugar, la innecesariedad de aplicar la máxima *pro probatione* cuando los medios de prueba sean manifiestamente admisibles o inadmisibles. Existen medios de prueba respecto de los que no se plantea la duda sea en orden a su admisión o, por el contrario, en orden a su inadmisión. La práctica forense enseña que determinados medios de prueba deben admitirse sin ningún género de duda (ej. interrogatorio de las partes en un juicio de separación) y otros deben inadmitirse también sin la menor duda (ej. reconocimiento judicial destinado a acreditar la resistencia de una viga de madera). En estos supuestos no concurre el *dubio*. Además, el recurso a la máxima *pro probatione* no puede amparar la desidia o ineptitud en el juicio de la admisión de las pruebas, propiciando la admisión de todas las pruebas, particularmente en aquellos supuestos en que las propuestas no sean excesivas y en aplicación de criterios estrictamente cuantitativos[860].

En tercer lugar, la existencia de un *dubio*. Tal máxima, como se ha dicho, no podrá aplicarse cuando los medios de prueba son manifiestamente impertinentes o inútiles o se hayan aportado extemporáneamente. Resulta necesario que el medio de prueba cumpla los presupuestos formales de proposición: tiempo y forma. Resulta necesario que el juez tenga una duda razonable sobre la concurrencia de los criterios «legales» de admisión, ordinariamente sobre su pertinencia o utilidad.

Para ilustrar la vigencia de la máxima *pro probatione* podemos acudir al ejemplo de la admisión del interrogatorio de testigos en los supuestos dudosos sobre la idoneidad del testigo. En el ordenamiento procesal español se parte de una regla general de idoneidad, conforme a la cual «podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos» (art. 361, I LEC).

La idoneidad para deponer como testigo está sujeta a una doble condición: una positiva, de conocimiento de los hechos relativos al objeto del juicio (art. 360 LEC); y otra

859 Muñoz Sabaté, LL. (*Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.231) se refiere a dicho trámite como «el presupuesto de la disconformidad» y advierte que «este delicado acto» es «muy útil pero difícil de llevar a la práctica y, por ello, arriesgado a convertirse en un puro automatismo».

860 Así se pronuncia Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, ob. cit., p.119.

de negativa, de no hallarse privado permanentemente de la razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos (art. 361 LEC).

La ausencia de idoneidad impide la declaración como testigo. En los supuestos dudosos, es preferible que el juez admita la declaración del testigo y la valore conforme a las «circunstancias concurrentes», que es uno de los criterios de valoración del interrogatorio de testigos conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC). La tesis a favor de la admisibilidad descansa sobre varios argumentos: 1º) El tenor literal del art. 361 LEC que sienta una regla general de idoneidad [«podrán ser testigos todas las personas»] y unos supuestos específicos de inidoneidad [«salvo las que se hallen permanente privados de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos»]; 2º) El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) que comporta la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limitan la eficacia del derecho a la prueba; 3º) La máxima *favor probatione* que, en expresión jurisprudencial, comporta que es preferible «incurrir en un posible exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación»[861].

8. La resolución de admisión o indamisión de la prueba

8.1. Caracteres

La decisión judicial admitiendo o denegando las pruebas propuestas se exterioriza mediante una resolución oral, individualizada, motivada y expresa.

8.1.1. Oral

La oralidad, reclamada ya por la doctrina bajo la vigencia de la LEC de 1881[862], permite una resolución instantánea (esto es, en el mismo acto de la audiencia previa o de

861 SSTC de 20 de febrero de 1986, fto. jco.8º (EDJ 1986/30) y de 30 de octubre de 1991, fto. jco.3º (EDJ 1991/10314). A favor de efectuar una interpretación no restrictiva del número de testigos puede verse Queral Carbonell, A., *Dispensa de la declaración del testigo admitido*, en «El interrogatorio de testigos», J. M. Bosch editor, Barcelona, 2008, pp. 299 y ss. También puede verse al respecto la STSJ Galicia, de 27 de junio de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/114542) en la que el juez no deniega la prueba testifical, sino que limita el número de testigos a cinco dando opción a la demandante para que seleccionara entre los veinticinco propuestos, solución calificada por la Sala como «valiente e innovadora, además de cohonestar con lo previsto en el artículo 363 de la nueva LEC».

862 Ver Serra Domínguez, M., *El derecho a la prueba en el proceso civil español*, en «Libro Homenaje a Jaime Guasp, ed. Comares, Granada, 1984, p.566; Cortés Domínguez, V., *La Constitución española y los*

la vista), sin posibilidad de diferirla en el tiempo[863] e *inaudita parte* (esto es, sin necesidad de esperar que la adversa se pronuncie a favor o en contra de los medios de pruebas propuestos). Cierta práctica judicial, acaso extendida para facilitar la decisión judicial, permite oír a cada una de las partes sobre la prueba propuesta de adverso, antes de pronunciarse sobre la admisión o inadmisión, sin que pueda afirmarse que ello obedezca a un imperativo legal.

La oralidad ofrece indudables ventajas, no sólo en orden a la concentración del proceso, sino también derivadas de la inmediación. Así, por ejemplo, permite al juez preguntar por la finalidad de una prueba cuya admisión puede *prima facie* resultar dudosa o por la relación de un testigo con el objeto del juicio, pues, salvo mención en los escritos de alegaciones, el juez ignora la relación del testigo con el *thema probandi*[864]. Con respecto a la derogada LEC/1881, y ante la existencia de una proposición de prueba que *a priori* pudiera resultar desconcertante, Muñoz Sabaté apunta que el juicio de admisión requería algo más «que la mera legalidad» y señalaba que el juez precisaba de ciertas virtudes, tales como: a) un conocimiento profundo de los autos; b) una presencia o inmediación participativa (preguntando el porqué de esa prueba); c) perspicacia; y d) voluntarismo[865], virtudes todas ellas que pueden verse favorecidas por la oralidad.

Incluso en el supuesto que el juez hiciera uso de la facultad de indicación y proposición de prueba (art. 429.1, II y III LEC) puede permitir un breve contradictorio de contenido variado: a) Mostrar la conformidad o disconformidad con la indicación efectuada por el juez; b) Indicar los concretos medios de prueba propuestos que, a juicio de la parte, servirán para desvirtuar la insuficiencia puesta de manifiesto por el juez; c) Manifestar que la indicación no resulta ajustada a la vista de las pruebas (documentales y dictámenes periciales) ya aportadas en los escritos iniciales; d) Indicar que la prueba propuesta por el juez para remediar la insuficiencia probatoria no arrojará el resultado buscado y proponer un medio de prueba distinto del sugerido por el juez[866].

---

principios rectores del proceso civil, en «Principios Constitucionales en el Proceso Civil», CDJ núm. XXII, CGPJ, Madrid, 1993, p.143.

863 STS, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1997, fto. jco. 1º (EDJ 1997/2377).

864 Sobre las ventajas de la oralidad en la admisión de las pruebas ver mi trabajo *La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en «Revista del Poder Judicial», núm. 69, primer trimestre 2003, pp. 360-362. Con carácter más general, sobre la forma oral o escrita de las actuaciones judiciales, y la apuesta por la oralidad de la LEC frente a la tradicional opción por la escritura puede verse Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, J.M. Bosch editor, Barcelona, pp. 290-291.

865 Muñoz Sabaté, LL., *Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y la política del 'lápiz rojo'*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1991, núm.4, p.199.

866 Para Fernández Seijo, J. Mª. (*De los procesos declarativos*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Manuales de Formación Continuada, núm. 6/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.156) «la nueva Ley no establece un cauce específico para que las partes puedan discutir en la audiencia previa esta reflexión hecha por el Juez y sus consecuencias en el proceso: a) Completando una posible falta de diligencia probatoria de cualquiera de las partes; b) Sugiriendo pruebas prácticamente sin limitación; c) Predeterminando el resultado de unas pruebas no practicadas».

Las ventajas de la oralidad, ya indicadas, no impiden que en ocasiones –particularmente cuando la proposición de medios de prueba sea muy extensa– se acompañe por los letrados una nota («minuta») de proposición de prueba, admitida ya por la doctrina[867], que incluso se puede aportar al juez en el mismo acto oral. Dicha nota facilita tanto el juicio sobre la admisión de las pruebas, cuanto la efectividad de la práctica de las prueba, singularmente en orden a la citación de testigos y peritos. Obviamente, semejante nota no exime de su proposición oral, en adecuada observancia de la legalidad al resultar en momento de proposición de las pruebas (la audiencia previa –del juicio ordinario– y la vista –del juicio verbal–) actos presidiados por la oralidad (arts. 429.1 y 443.4 LEC).

El fundamento de la oralidad, en cuanto a la resolución sobre la admisión de los medios de prueba, puede encontrarse en el art. 210 LEC, al disponer que las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal, se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta.

8.1.2. Individualizada

Ha de recaer sobre cada uno de los medios de prueba propuestos, por imperativo del art. 285.1 LEC, se hayan formulado en el momento de la proposición inicial o tras la posibilidad de completar la proposición inicial cuando el juez hace uso de la facultad del art. 429.1, II y III LEC.

El juez no puede dejar de pronunciarse sobre alguno de los medios de prueba propuestos, siquiera sea manifiestamente impertinente, inútil o ilegal. El juicio sobre la admisión de las pruebas debe abarcar todos y cada uno de los propuestos, sin exclusión de ninguno de ellos. Además, y con posterioridad a la admisión de cada uno de las pruebas y sin solución de continuidad, se deberán adoptar también oralmente las decisiones oportunas en orden a su práctica[868].

No debe confundirse el juicio sobre la admisión de un medio de prueba, con la admisibilidad de todas las preguntas de los interrogatorios de las partes y testigos, o de todos los extremos de la prueba pericial o del reconocimiento judicial. Una cosa es el juicio sobre la admisión de un medio de prueba, y otra distinta es que las preguntas de los interrogatorios o los extremos de la prueba pericial o del reconocimiento judicial sean todos ellos pertinentes. En realidad, y en algunos medios de prueba, de los que es ejemplo

867 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, capítulo 14, 10ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.361.

868 Fernández Urzainqui, F. J., (*Comentario al art. 285 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., pp. 1325-1327) califica estas decisiones como «pronunciamientos consecuencia a la admisión de la prueba». E incluye, entre otros, la citación de partes, testigos o peritos; el tener por reproducidos o aportados definitivamente los dictámenes; o el pronunciarse sobre la intervención solicitada de peritos. El mismo autor efectúa un análisis de estos pronunciamientos con respecto a cada uno de los medios de prueba.

paradigmático el interrogatorio de las partes, el juicio sobre la admisión se ha desplazado del medio de prueba a las concretas preguntas, en el sentido que es harto difícil denegar un interrogatorio de las partes por impertinente, y, en cambio, pueden inadmitirse las concretas preguntas del interrogatorio por tal motivo.

8.1.3. Motivada

Aun cuando propiamente se extiende tanto a la admisión (STC 196/1998, de 13 de octubre[869]) cuanto a la inadmisión, adquiere verdadera trascendencia en esta última, pudiendo generar indefensión, susceptible de tutela a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

La motivación de la indamisión, sin llegar a ser exhaustiva, ha de ser suficiente y comprensiva de los motivos de la negativa, siendo deseable no abusar de fórmulas estereotipadas tales como «impertinente» o «inútil», sin una concreta referencia a las circunstancias del caso.

Es un requisito fundamental en la medida que permite exteriorizar las razones de la decisión judicial y, por ende, el control del deber judicial por otros órganos jurisdiccionales superiores, tanto ante la jurisdicción ordinaria cuanto, eventualmente, ante la jurisdicción constitucional.

El fundamento de la motivación de la resolución sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba no solamente radica en la jurisprudencia constitucional que prohíbe la denegación arbitraria de un medio de prueba, sino que también puede encontrar anclaje normativo en los artículos 206.1 y 208.2 LEC al disponer que la resolución judicial sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba debe revestir forma de auto, resolución que debe ser siempre motivada.

8.1.4. Expresa

La resolución judicial sólo puede contener un pronunciamiento de admisión o inadmisión, sin posibilidad de sujetar la decisión judicial a condición alguna. En la práctica forense, el juicio sobre la admisión se exterioriza normalmente mediante la expresión genérica «se admite o se inadmite» o también la expresión específica «pertinente o impertinente» en relación con cada uno de los medios de prueba propuestos.

De ahí que el uso de la fórmula o cláusula de estilo «no ha lugar por ahora sin perjuicio de que en su día puede acordarse para mejor proveer»[870], u otras de análoga significación tales como «sin perjuicio de acordarla para mejor proveer»[871] o «se acordará a la vista de la

869 STC de 13 de octubre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/29809).

870 STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 1993, fto. jco. 5º (EDJ 1993/4677).

871 STS, Sala 1ª, de 8 de febrero de 2000, fto. jco. 4º (EDJ 2000/516).

pericial»[872], a veces empleadas para pronunciarse sobre la prueba de reconocimiento judicial solicitada, deban considerarse técnicamente incorrectas y jurídicamente inaceptables, en la medida que ni admiten ni rechazan la prueba. Y eventualmente pueden generar perplejidad, cuando no indefensión, a la parte proponente, la cual ignora la conducta procesal a seguir.

Cuestión distinta es la denegación parcial de alguna de las preguntas del interrogatorio de las partes o de los testigos, por no resultar pertinente o útil (arts. 306.1 y 368.2 LEC), que forma parte del deber judicial de inadmitir las preguntas que no reúnan los requisitos legales.

El carácter expreso de la resolución sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba impide la admisión condicionada, esto es, supeditar la admisión de un concreto medio de prueba al resultado de otro. Ello resulta vedado por el carácter categórico de la resolución sobre admisión o inadmisión y también por los principios de inmediación y concentración que inspiran el acto (audiencia previa en el juicio ordinario y vista en el juicio normal) donde recae el juicio de admisión de los medios de prueba.

Sin embargo la anterior afirmación puede resultar matizada en aquellos supuestos en los que existe una fase concentrada de proposición y práctica de pruebas (esto es, los juicios verbales) y en los que se difiere la admisión de un medio de prueba a la práctica de otras pruebas en el acto, pero recayendo la resolución en el mismo acto de la vista. El ejemplo paradigmático es el de los procesos matrimoniales de separación o divorcio en los que se interesa la guarda y custodia de los hijos menores y una de las partes interesa el dictamen de especialistas. En tal supuesto, el juez puede condicionar la admisión del dictamen de especialistas al resultado de las pruebas del interrogatorio de las partes y del interrogatorio de los testigos, y una vez practicadas las mismas y en el mismo acto de la vista, pronunciarse sobre su admisión o inadmisión[873].

8.2. Impugnación

8.2.1. En el juicio ordinario

La resolución sobre el juicio de admisión de los medios de prueba es recurrible en reposición. Así se desprende del art. 285.2 LEC, ubicado en el capítulo correspondiente a las disposiciones generales sobre la prueba, que literalmente dispone «contra esta resolución [admisión[874] de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas] cabrá un 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».

872 SAP Cáceres, secc. 1ª, de 28 de enero de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 2002/5911).

873 Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, ob. cit., p.120.

874 El término «admisión» se utiliza en el contexto del art. 285.1 LEC en sentido genérico, comprensivo tanto de la resolución positiva de admisión de los medios de prueba, cuanto de la denegatoria.

La resolución judicial es recurrible, cuando menos respecto al juicio ordinario. Y tanto respecto a la inadmisión, cuanto respecto a la admisión, novedad ésta última con respecto a la LEC/1881[875], que ha merecido un juicio doctrinal favorable y unánime. De este modo se supera cierta orientación jurisprudencial que estimaba que la admisión de prueba nunca podía ocasionar perjuicios. Ejemplo de esta orientación era, entre otras, la STS de 15 de diciembre de 1993, en cuyo fundamento jurídico segundo se razonaba que:

> «así como la denegación de un medio de prueba […] puede suponer indefensión para la parte que lo propuso […], en cambio la admisión por el juzgado de un medio de prueba […] no es concebible que pueda entrañar indefensión alguna, [dado que la parte] siempre dispone de la posibilidad de proponer también todos los medios de prueba que considere procedentes […]»[876].

La admisión de la prueba puede resultar perjudicial, tratándose de pruebas impertinentes que introducen en el proceso hechos irrelevantes, que confunden y complican el desarrollo del proceso y la emisión de la correspondiente sentencia[877], sin olvidar que las pruebas admitidas, aun siendo impertinentes e inútiles, propician dilaciones indebidas en el proceso y eventualmente pueden repercutirse sobre la parte condena en costas[878].

Frente a la admisión o inadmisión de un medio de prueba se articula un recurso de reposición oral, de interposición, sustanciación y resolución en el mismo acto de la audiencia previa. Algún autor ha apuntado el carácter extraño de una reposición que se sustancia y se decide de modo oral[879], y ciertamente la normativa del art. 285 LEC, al consagrar un recurso de reposición *ad hoc* frente a la admisión o inadmisión de los medios de prueba, constituye una norma especial frente al recurso de reposición general, de tramitación y resolución escrita (art. 451 y ss. LEC), pero no debemos olvidar que tanto la proposición cuanto la resolución de los medios de prueba tiene lugar en un acto presidido por la orali-

875 Art. 567 LEC/1881: «Contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba no se dará recurso alguno. Contras las que se deniegue, sólo podrá utilizarse el de reposición dentro de cinco días, y si el Juez no lo estimase, podrá la parte interesada reproducir la misma petición en la segunda instancia».

876 STS, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 1993, fto. jco.2º (EDJ 12993/1483). Y en la jurisprudencia «menor» la SAP Valencia, secc. 7ª, de 13 de septiembre de 2000, fto. jco.1º (EDJ 2000/75163), ante la interposición de un recurso contra una pericial admitida, razona que la recurrente «[…] no puede con su actitud procesal forzar las normas jurídicas hasta el punto de articular un recurso contra una resolución que en su origen era irrecurrible».

877 de la Oliva Santos, A., (con Díez-Picazo, I), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p.295.

878 Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, ob. cit., p.113. En sentido contrario, puede verse la opinión de Ramos Méndez, F., *Secuencia de la prueba*, en «Enjuiciamiento Civil», t. I, ob. cit., p.635, para quien «la admisión de una prueba jamás puede causar agravio a una parte, ya que, por definición, es un acto positivo inocuo en lo que a ella respecta».

879 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.197.

dad, como es la audiencia previa, y que es intención del legislador que todo cuanto pueda resolverse en este momento no se difiera a un momento posterior.

Frente a la denegación de un medio de prueba por desestimación del recurso de reposición, será necesario formular protesta a efectos de proponer la prueba denegada en la segunda instancia (art. 285.2 LEC).

8.2.2. En el juicio verbal

En materia de juicio verbal existe una previsión específica, conforme a la cual «contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia» (art. 446 LEC).

La contradicción entre el artículo 285 LEC (que regula un recurso de reposición oral frente a la admisión o inadmisión en sede de disposiciones generales sobre la prueba) y el artículo 446 LEC (que regula la protesta, limitada a la inadmisión de los medios de prueba o la admisión de los admitidos con violación de derechos fundamentales en sede del juicio verbal) debe resolverse a favor de la admisión de un recurso de reposición también en el juicio verbal[880]. Y no solamente por una interpretación sistemática de la LEC, sino también por resultar lo más ajustado al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) en su vertiente del derecho a los recursos y que obliga a los tribunales a interpretar las normas rectoras de los recursos del modo más favorable a la facultad de recurrir, sin que tal solución pueda entenderse que distorsione la estructura sencilla y rápida del juicio verbal[881]. La opción contraria, de admitir el recurso de reposición en el juicio ordinario y solamente la protesta en el verbal, crea una injustificable distinción entre ambos tipos de juicios en un extremo relevante, la facultad de las partes de oponerse a la decisión judicial sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del acceso a los recursos. Además, debe tenerse en cuenta que el recurso de reposición contra la admisión o inadmisión de los medios de prueba se sustancia y resuelve en el acto, por lo que lo más coherente es permitirlo en todo caso[882].

También se ha alegado que, incluso en el ámbito del juicio verbal, existe una contradicción entre el art. 445 LEC –que remite a lo establecido en los Capítulos V y VI del Título I del Libro II y, por ende, también al art. 285 LEC, que contempla la reposición oral– y el art. 446 LEC –que no menciona el recurso de reposición y solo la protesta–, y

880 Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 285 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p. 1018, se muestra también partidaria de esta opción, aun cuando matiza que el tenor del art. 446 LEC es claro y no permite otras posibilidades de interpretación.

881 Illescas Rus, V., *Comentario al art. 446 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Sepin, 2008, p.2870.

882 Díez-Picazo Giménez, I, *Comentario al art. 443 LEC*, en AAVV «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.766.

que dicha contradicción debe resolverse a favor de la admisión del recurso, máxime cuando tan norma especial como el art. 446 es la del art. 445, ambos de la LEC[883]. Y no faltan autores que, con sentido pragmático, defienden que sería admisible tanto la formulación de protesta como la de reposición previa, pues, a efectos prácticos, la reposición equivale a una mera protesta, que el juez resuelve inmediatamente y de forma oral, normalmente para confirmar su decisión[884].

9. La renuncia a la prueba admitida

La renuncia a los medios de prueba, una vez admitidos y con anterioridad a su práctica[885], es una cuestión controvertida, debiéndose ponderar los argumentos a favor de una u otra solución[886].

9.1. Argumentos favorables a la renunciabilidad

A favor de la renunciabilidad se han esgrimido varios argumentos. En primer lugar, la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil. En virtud de dicho principio la carga de la alegación y de la prueba de los hechos afirmados en sus escritos de alegaciones corresponde a las partes. Así se recoge en el artículo 216 LEC –erróneamente rubricado principio de justicia rogada– al disponer que «los tribunales decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa».

Si la parte tiene la facultad y la carga de proponer los medios de prueba de que intenta valerse, también debe tener la facultad de renunciar a los mismos, siempre que la re-

883 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.70; Fachal Noguer, N., *La disconformidad con la resolución sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 190-195; Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, ob. cit., p.114.

884 Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales,* ob. cit., p.173.

885 La SAP Jaén, secc. 2ª, de 14 enero de 2000, fto. jco.1º (La Ley 15777/2000) recuerda que no es válida la renuncia a la prueba ya practicada, al afirmar: «La extemporánea renuncia a la prueba, ya practicada y adversa, para desterrarla del procedimiento, es absolutamente inválida e ineficaz. Rompe las reglas de la buena fe en perjuicio del otro litigante y nada tiene que ver con el principio dispositivo sino con la prohibición de los actos propios. La parte es libre de proponer la prueba o no hacerlo, pero formulada y admitida su resultado una vez realizada, no puede ser desconocido y evitado a conveniencia de las partes».

886 Una sistematización de los argumentos a favor y en contra en Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en Diario La Ley, núm. 6404, de 20 de enero de 2006, pp. 1-6.

nuncia se produzca con anterioridad a la práctica y, por ende, desconociéndose el resultado que va arrojar su práctica. En este sentido, y sobre la premisa que la prueba es un derecho de la parte, resulta ilustrativa la SAP Castellón de 14 de junio de 2006, que en la parte que interesa afirma:

> «La prueba admitida se practica siempre que la parte proponente no renuncie a ella con anterioridad a su práctica. Si la parte proponente renuncia a la prueba antes de iniciarse su práctica, el medio probatorio no se practica en medida alguna. La parte proponente tiene el poder de disposición sobre el medio de prueba por ella propuesto. Así se infiere, en particular en relación con el medio probatorio que nos ocupa [el interrogatorio de las partes], de lo indicado en los arts. 306.1, 301.1 de la LEC. El primero de los preceptos subordina la posibilidad de que los abogados de las demás partes y el de aquella que declare pregunten, a la previa formulación de preguntas por el abogado que solicitó la prueba («una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba», […]). Y el propio concepto de medio probatorio que nos ocupa que se da en el art. 301 de la LEC parece excluir la posibilidad de que el abogado de una de las partes pueda preguntar a su patrocinado si éste no es previamente interrogado por la parte contraria (o el colitigante con el que exista oposición o conflicto de intereses) que la hubo de proponer»[887].

En segundo lugar, el art. 288 LEC, rubricado sanciones por la no ejecución de la prueba en el tiempo propuesto, dispensa de la imposición de la sanción en el supuesto que el litigante desistiere de practicar una prueba si él la hubiese propuesto, admitiéndose normativamente el desistimiento con respecto a los medios de prueba propuestos. Dicho artículo, por ende, admite expresamente la posibilidad de renunciar a la prueba admitida pero no practicada, aunque sólo sea para indicar que en este caso no se impondrá multa a la parte renunciante.

Y en tercer lugar, se alega con anterioridad a la práctica de la prueba aun no se ha producido la «adquisición probatoria», pues la prueba no se adquiere desde el momento de su admisión, ya que lo verdaderamente relevante es su resultado. En este sentido, se pronuncia Montero Aroca para quien «el principio de adquisición procesal despliega sus efectos con relación a las pruebas practicadas, es decir, sobre el resultado de la prueba, no respecto de las pruebas simplemente propuestas y admitidas»[888].

9.2. Argumentos contrarios a la renunciabilidad

En contra de la renunciabilidad se han esgrimido también varios argumentos. En primer lugar, el principio de adquisición procesal, pero con un alcance distinto. En la formulación de Chiovenda significa que el resultado de las pruebas pertenece al proceso, con independencia de la parte que la haya propuesto. Dicho autor, en sus Principios de Derecho Procesal Civil afirma: «Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una

887 SAP Castellón, secc.2ª, de 14 de junio de 2006, fto. jco.4º (JUR 2006/258098).

888 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.117.

relación única, derívase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos éstos pueden ser utilizados por la otra parte»[889].

Este principio ha sido reconocido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, unas veces destacando la libertad del juez para valorar la prueba con independencia de la parte que la haya aportado (STS de 24 de abril de 2003[890]) y otras veces destacando que la libertad de elección de los medios probatorios no supone vulnerar las reglas de la carga de la prueba (STS 27 de junio de 2005[891]), entendiéndose que la efectividad del principio se produce desde la admisión de la prueba.

En segundo lugar, el principio de aportación se acaba con la admisión de la prueba y, una vez admitida la prueba, ya no estamos en la fase de postulación de la prueba (proposición), sino de juicio, en las que las partes preparan la defensa en función de la prueba admitida (la propia y la de contrario)[892].

En tercer lugar, el hecho que una prueba se haya admitido, genera una expectativa sobre su práctica que puede verse frustrada de admitirse el desistimiento, dado que una vez admitido un medio de prueba (ej. interrogatorio de las partes o de testigos) las demás partes no proponentes de ese medio de prueba tienen derecho a participar en el interrogatorio. En este sentido se ha pronunciado Muñoz Sabaté, para quien «el principio de adquisición procesal debería ir más lejos, al menos en aquellos casos en donde se sospeche una deslealtad procesal, en el sentido de extender la comunidad a la prueba simplemente propuesta, puesto que el acto de proposición puede generar en la contraparte una expectativa suficiente para influir en el planteamiento de sus propias pruebas», por lo que, «antes de aceptar la renuncia a una prueba propuesta y todavía no recibida, debería ser oída la parte contraria, dándose oportunidad de hacerla suya»[893].

---

889 Chiovenda, P., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, traducción J. Casáis y Santaló, ed. Reus, Madrid, 1925, p.205.

890 La STS, Sala 1ª, de 24 de abril de 2003, fto. jco.3º (La Ley 12596/2003) afirma: «el juzgador debe valorar las pruebas obrantes en las actuaciones sea cual sea el aportante, pues resulta irrelevante cual de las partes haya aportado las pruebas».

891 La STS, Sala 1ª, de 27 de junio de 2005, fto. jco.1º (La Ley 12732/2005) afirma: «es doctrina constante de la Sala, referida a la carga de la prueba, que sólo cuando el órgano jurisdiccional, en términos que puedan establecerse concretamente, ante las dudas que sugieren unos determinados hechos para tenerlos por probados, atribuyó las consecuencias negativas de la falta de prueba a quien no tenía la carga de soportarla, cabe atender la impugnación; no, cuando como ocurre en el presente caso, la prueba se consigue, mediante el principio de adquisición procesal, conforme a la valoración motivada de la prueba».

892 Soto Guitían, J.M., *La renuncia a la prueba*, Diario La Ley, núm.7319, de 13 de enero de 2010, p.2.

893 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba…*, ob. cit., p.120, al que sigue también Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición en materia probatoria*, Diario La Ley, núm. 6404, viernes 20 de enero de 2006, p.3.

Y en cuarto lugar, la doctrina de los actos propios y la buena fe procesal, pues precisamente la expectativa de intervención en la práctica de la prueba propuesta de adverso, podría verse frustrada si la parte proponente de la prueba renuncia perjudicando el derecho de defensa de la contraparte.

Aun tratándose de una cuestión muy debatida, nos parecen más convincentes los argumentos contrarios a la renunciabilidad, y básicamente el principio de adquisición procesal, que opera una vez recaído el juicio de admisión de los medios de prueba –sin necesidad de esperar a la práctica de la prueba–, y en virtud del cual se genera el derecho y la expectativa a su práctica. A efectos prácticos, una solución puede ser que, planteada por una parte la renuncia a un medio admitido, el juez dé traslado de dicha petición a la parte adversa, y si la ésta se conforma, pueda admitirse la renuncia, y si la parte adversa no se conforma, el juez resuelva lo procedente.

10. Decálogo para la admisión de los medios de prueba

La trascendencia que otorgamos al juicio de admisión de los medios de prueba nos ha conducido a dedicarle un capítulo separado en la presente obra. Con finalidad práctica ofrecemos a continuación un decálogo para la admisión de los medios de prueba, a modo de orientaciones de práctica forense[894].

1º) La prueba propuesta es admisible si se cohonesta con la pretensión de la parte que la propone, sin prejuzgar su valor para sentencia. Por ello no se puede restringir ni cualitativa ni cuantitativamente el juicio sobre la admisión de los medios de prueba.

2º) La prueba propuesta ha de referirse al *thema probandi* y, en concreto, a los hechos fijados en la audiencia previa (del juicio ordinario) o, en su caso, en la vista (del juicio verbal) como «controvertidos», puesto que los hechos sobre los que exista conformidad entre las partes están exentos de prueba (art. 281.3 LEC).

3º) El juicio sobre la inadmisión de los medios de prueba debe desvincularse de los criterios de distribución de la carga de la prueba. El artículo 217 LEC es una regla de juicio dirigida al juzgador cuando, en el momento de dictar sentencia, existan hechos relevantes que no han resultado acreditados. Fijados los hechos controvertidos, todas las pruebas pertinentes, útiles y legales son admisibles, por adquisición procesal, aunque lleven a probar pretensiones de contrario y sin hacer juicio sobre la proximidad a la fuente o a la facilidad probatoria.

894 El presente decálogo toma como punto de partida el elaborado en su día por el Magistrado Francisco Javier Pereda Gámez, durante la etapa en la que coincidimos como Profesores de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

4º) La resolución sobre la admisión (o, en su caso, inadmisión) de los medios de prueba se traduce en una resolución oral, motivada, expresa y, en general, recurrible. La razón última de la inadmisión de un medio de prueba nunca debe ser la comodidad del juez, sino la aplicación de los criterios legales (pertinencia, utilidad y legalidad) o la indefensión de contrario (preclusión).

5º) Conviene aclarar, en su caso, con la parte proponente la finalidad del medio probatorio propuesto y su relación con los hechos controvertidos fijados en la audiencia previa o en la vista. Puede ser conveniente motivar la estimación probatoria. La desestimación de un medio probatorio debe motivarse siempre, puesto que afecta al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y, eventualmente, una inadmisión no motivada puede comportar la estimación de un recurso de amparo.

6º) La calificación que la parte otorga al medio de prueba no vincula al juez, que admitirá y practicará los medios de prueba según las reglas que correspondan. En caso de duda debe respetarse la calificación realizada por el proponente. En ningún caso un error en la calificación vincula para la valoración en sentencia (generalmente sometida a la sana crítica) sino al modo de practicar y a garantizar la igualdad de armas.

7º) Debe reputarse errónea la práctica de desestimar los medios probatorios con la escueta mención de «impertinencia» o «inutilidad», sin explicitar los concretos motivos de la inadmisión. Deben explicarse los motivos de la inadmisión, aun cuando sea de modo sucinto, en cada supuesto. La motivación de la inadmisión legitima el deber judicial de pronunciarse sobre los medios de prueba propuestos y facilita el control del juicio de admisión por las partes y por los órganos judiciales jerárquicamente superiores.

8º) No debe confundirse el juicio de legalidad con el juicio de ilicitud. La legalidad –al igual que la pertinencia o la utilidad– es un parámetro legal de admisión de los medios de prueba (art. 283 LEC), referido a la observancia de los requisitos legales de tiempo y forma. La ilicitud es un mecanismo legal para la expulsión de una prueba admitida con infracción de derechos fundamentales (art. 287 LEC). No puede inadmitirse una prueba por ilícita, pero puede «expulsarse» una prueba admitida por ilicitud.

9º) Debe proveerse siempre a la práctica de medios de prueba. Admitidos éstos, deben darse las órdenes oportunas para la materialización y anexión a los autos de las pruebas solicitadas (citaciones, requerimientos, despachos..). Se debe velar por una Secretaría Judicial eficaz.

10º) La máxima *pro probatione* supone que vale más el exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación. Ello facilitará que en el momento de sentenciar el juez no encuentre a faltar pruebas que no admitió en su momento. La máxima *pro probatione* no puede operar sobre pruebas manifiestamente pertinentes o impertinentes y exige la concurrencia de un *dubio* en la admisión del medio de prueba.

Bibliografía

Abel Lluch, X., *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en «La prueba y la decisión judicial», ed. Sello editorial, Universidad de Medellín, 2010, pp. 155-184; *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 346-360; –*Diez reflexiones sobre el juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en «Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduard Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2003, pp. 959-981; Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992; –*La audiencia previa al juicio*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, obra coordinada por el mismo autor, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 127-170; Banacloche Palao, J., *Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio*, en AAVV, «El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 329-335; Carnelutti, F., *La prueba civil*, 2ª ed., Ejea, ed. Desalama, Buenos Aires, 2000; Couture, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., edit. Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2004; Chiovenda, P., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, traducción J. Casáis y Santaló, ed. Reus, Madrid, 1925; de Urbano Castrillo, E., *El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, en «Derechos procesales fundamentales», Manuales de Formación continuada, núm. 22/2004, Gutiérrez-Alvi, F. y López López, E. (coords.), CGPJ, Madrid, 2005, pp. 547-585; Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t.I, 5ª ed., ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1985, pp. 281-283; Dolado Pérez, A., *La posición de las partes respecto a la documentación aportada y la fijación de hechos controvertidos*, en «Cuestiones prácticas sobre la audiencia previa», Gil Nogueras, L.A. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II/2008, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 251-273; Fachal Noguer, N., *La disconformidad con la resolución sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos sobre la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 177-212; Garcimartín Montero, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997; Gesto Alonso, B., *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1991; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001; –*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999; –*Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993--– *Jurisprudencia constitucional sobre la pertinencia y relevancia de la prueba y la política del «lápiz rojo»*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1991, núm.4, pp. 195-201; Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en Diario La ley, núm. 6404, viernes 20 de enero de 2006, pp. 1-6; –*El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 27-68; –*La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel LLuch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 17-47; –*El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1996; Queral Carbonell, A., *Dispensa de declaración del testigo admitido (art. 363 LEC)*, en «El interrogatorio

de testigos», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosh editor, Barcelona, 2008, pp. 299-307; Sentís Melendo, S., *La prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1947; Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007; Serra Domínguez, M. *El derecho a la prueba en el proceso civil español*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, pp. 168-202; –y el mismo artículo en «Libro Homenaje a Jaime Guasp, ed. Comares, Granada, 1984, pp. 561-585; Soto Guitían, J.M., *La renuncia a la prueba*, Diario La Ley, núm.7319, de 13 de enero de 2010, pp. 1-8; Taruffo, M., *Oralidad y estructura como factores de eficiencia en el proceso civil*, en Páginas sobre justicia civil, ed. Marcial Pons, 2009, pp. 205-219; –*La recolección y presentación de las prueba en el proceso civil*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 353-366; –*Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en «La prueba», ed. Marcial Pons, 2008, pp. 159-183; –*La prueba,* ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008; Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J. M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 75-104; Vázquez Sotelo, J. L., *Diligencias finales*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., (coord.), ed. Difusa, Barcelona, 2000, pp. 527-565; Velázquez Vioque, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 105-126.

CAPÍTULO VII

Las diligencias finales[895]

1. Introducción. 2. De la discrecionalidad del mejor proveer a la excepcionalidad de la diligencia final. 2.1. Cambio terminológico, sistemático y sustantivo. 2.2. Razones expresadas de un cambio sustantivo. 2.3. Razones no expresadas de un cambio sustantivo. 3. Análisis comparativo entre las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales. 3.1. Similitudes y diferencias en la perspectiva doctrinal. 3.2. Similitudes y diferencias en la regulación legal. 3.3. Las diligencias para mejor proveer en la perspectiva jurisprudencial. 4. Regulación positiva. 4.1. Generalidades. 4.2. Forma de la resolución. 4.3. Solicitud. 4.4. Resolución. 4.5. Pruebas admisibles como diligencias finales. 5. La práctica de las diligencias finales en supuestos discutidos. 5.1. En el juicio verbal. 5.1.1. Argumentos contrarios. 5.1.2. Argumentos favorables. 5.1.3. Posición personal. 5.2. En la segunda instancia. 5.2.1. Premisas de debate. 5.2.2. Supuestos. 5.3. En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. 5.3.1. Premisas de debate. 5.3.2. Supuestos. 5.4. En la Ley concursal. Bibliografía.

1. Introducción

Una de las instituciones que ha experimentado un mayor cambio en la LEC, en comparación con la derogada LEC/1881, han sido las diligencias finales. De ser una facultad discrecional del juzgador para completar el acervo probatorio en la fase final del proceso han pasado a convertirse, como regla general, en una institución que precisa instancia de parte y se sujeta a unos supuestos tasados.

En el presente capítulo se analizará el cambio no solo terminológico y sistemático, sino también sustantivo que han comportado las diligencias finales, partiendo de un análisis comparativo de sus similitudes y diferencias con las derogadas diligencias para mejor proveer. Se prestará particular atención a la regulación de las diligencias finales en los aspectos relativos a la forma de la resolución, la solicitud, la resolución y las pruebas admisibles como diligencias finales.

Se cierra el análisis con una estudio de la viabilidad de las diligencias finales en supuestos discutidos –juicio verbal, segunda instancia, procesos dispositivos y ley concursal– analizando los argumentos favorables y contrarios a su viabilidad y asumiendo una razonada toma de postura personal.

895 Este Capítulo constituye una síntesis actualizada de los epígrafes más relevantes de la monografía Iniciativa Probatoria de oficio en el proceso civil, ed. Bosch, 2005.

2. Las diligencias finales

2.1. De la discrecionalidad del mejor proveer a la excepcionalidad de la diligencia final

Las diligencias finales (arts. 434 a 436 LEC) han comportado un cambio terminológico, sistemático y sustantivo respecto de las diligencias para mejor proveer de la LEC/1881 que, en general, ha sido recibido críticamente por la doctrina, ora por restringir excesivamente la iniciativa probatoria de oficio[896], ora por conceder aún un limitado margen a la iniciativa probatoria de oficio, en un proceso civil inspirado en el principio dispositivo y de aportación de parte[897]. Tampoco faltan autores que han recibido positivamente la nueva regulación[898] o que han refrendado la opción legislativa[899].

2.2. Cambio terminológico, sistemático y sustantivo

Ya en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 al Anteproyecto de la LEC, y en referencia a las derogadas diligencias para mejor proveer, se

896 Etxeberría Guridi, F.J., *Las facultades judiciales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 381 y ss.; Martín Ostos, J. S., *La prueba de oficio en el nuevo proceso civil*, en «La Ley», 1998-5, pp. 1788 y 1789; Seone Spiegelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones,* ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 39 a 41; Vázquez Sotelo, J.L., *Las diligencias finales*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Madrid, 2000, pp. 531-566, especialmente en pp. 531 a 533 y 560 a 564.

897 Hoya Coromina, J., *Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau, ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1932.

898 Consideran acertada la regulación: Morenilla Allard P. (*Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas*, en rev. «Justicia», 1998, 3-4, p.611) quien califica la regulación legal, con referencia al Anteproyecto LEC, «en principio, acertada, al ser la consecuencia lógica de una mayor presencia del órgano judicial en el procedimiento probatorio basado en los principios de la oralidad, inmediación y publicidad externa, esenciales para la efectiva vigencia de un proceso civil con 'todas las garantías'; Romero Rey, C. (*Las diligencias finales de prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «BIMJ», núm.1857, 1999, p.19) estima la nueva regulación más acorde con la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo sobre las diligencias para mejor proveer y con el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa de los intereses de cada una de las partes.

899 Refrendan el carácter restrictivo de las diligencias finales: de la Oliva Santos, A., con Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2001, pp. 388 y ss; López-Fragoso, T. y Reverón Valenzuela, B., *Comentarios a los arts 435-436 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.V, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 43 y ss; Tapia Fernández, I., *Comentario al art. 434 LEC* , en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno; Armenta Deu; Muerza Esparza; Tapia Fernández; Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 1478 y ss.

decía: «En realidad no se trata de una mera cuestión de preferencia terminológica; es que no nos encontramos ante la misma figura». Se añadía, además, que tal opción legislativa «es acorde con el espíritu del refuerzo del principio de aportación de parte que inspira el Anteproyecto»[900].

La derogación de las centenarias diligencias para mejor proveer y su substitución por las diligencias finales es, como advierte VÁZQUEZ SOTELO, «más que un cambio de nombre»[901]. Se ha operado un cambio sistemático y, lo que es decisivo, un cambio sustantivo –advertido con unanimidad doctrinal[902]–, que se traduce en una configuración restrictiva de la iniciativa probatoria de oficio, asentada sobre nuevos presupuestos, distintos de los tradicionales.

900 Congreso de los Diputados. Secretaria General. Documentación núm. 148, pp. 1379 y 1380.

901 VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Las diligencias finales*, ob. cit., p.550.

902 En la doctrina, y por orden alfabético, han calificado el cambio de la siguiente manera: DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso civil*, ob. cit., p.388) indica que «se trata de un cambio de notable importancia, tanto en el terreno de los principios, como para la realidad del proceso civil»; ESCRIBANO MORA, F. (*Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 3254 y 3257) destaca que no se trata de un cambio sólo terminológico, «sino en relación con la prueba de oficio, y las facultades de dirección material del juez»; ETXEBERRÍA GURIDI, F. J., (*Las facultades judiciales..* , ob. cit., p.367) indica que «las diferencias [con las diligencias para mejor proveer] son tan notables que no es de extrañar que el legislador haya optado por cambiar la forma de denominarlas»; FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª. (*Libro II. De los procesos declarativos*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Manuales de Formación Continuada, núm. 6/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.159) indica que «no son una transposición automática de las viejas diligencias para mejor proveer ya que se limitan las facultades de actuación de oficio del juez»; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. (*El régimen de la prueba en el Proyecto de LEC*, en «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, Estudios de Derecho Judicial, núm.17, CGPJ, Madrid, 2000, p.175) señala que «la comparación de esta disposición con la del art. 340 LEC (1881) evidencia la restricción legal que la iniciativa probatoria judicial en este trámite experimenta, aunque lo sea en consonancia con los criterios jurisprudenciales dominantes en la aplicación del citado precepto legal»; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (*La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.269) destacan como «caracteres distintivos propios» que los alejan de las diligencias para mejor proveer, la adopción indistinta a instancia de parte y de oficio y su adopción condicionada a unos requisitos muy predefinidos en el art. 435 LEC; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (*Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, ed. Forum, S.A., Oviedo, 2000, p.478) apunta tres cambios: la instancia de parte, hasta ahora inoperante; la previsión de un plazo determinado para la práctica; y la disminución de la iniciativa judicial; GÓMEZ COLOMER, J. L. (*Las diligencias finales*, en «Derecho Jurisdiccional. Proceso civil», ob. cit., p.338) advierte que «el cambio importante que se da con la nueva LEC es, confirmando esta naturaleza (la de facultad dirección material), permitir su práctica sólo si las partes lo piden»; GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (*El paper del jutge en el procés civil un any després de l'entrada en vigor de la Llei d'Enjudiciament Civil*, conferencia pronunciada en el Il·lustre Col·legi d'Advocats de Granollers el 25 de febrero de 2000, artículo no publicado, p.5) subraya el carácter más restrictivo de las diligencias finales respecto de las diligencias para mejor proveer; HOYA COROMINA, J. (*Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1934) compara ambos tipos de diligencias y concluye que si bien guardan algún paralelismo, tal «paralelismo es solamente aparente pues los requisitos son distintos a los de las diligencias para mejor proveer reguladas en la LEC 1881 y solamente guardan relación en cuanto ni se precisa, necesariamente, solicitud de parte, ni tampoco se

El cambio terminológico es obvio. Una denominación inexpresiva y de nuevo cuño

requiere que hayan sido anteriormente propuestas.. »; López-Fragoso T. y Reverón Valenzuela, B., (*Comentario a los arts. 435-436 LEC*, «Proceso Civil Práctico», t.V, ob. cit., p.452) ponen de manifiesto que tanto las diligencias para mejor proveer como las diligencias finales «son facultades otorgadas al tribunal pero, a diferencia del régimen anterior, ahora el principio general que inspira la regulación de las diligencias 'probatorias' finales es que la práctica de las mismas se acordará a instancia de parte»; Lorca Navarrete, A. Mª. (*La regulación de las diligencias finales del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La Ley», 2000-3, p.1805) destaca su diferente objeto, pues «las diligencias finales tienen por objeto únicamente los *nova producta* y los *nova reperta*, sin correspondencia alguna con las diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881 y también su diferente finalidad, esto es, la iniciativa probatoria de oficio propia de las diligencias finales frente a la oportunidad de práctica de prueba a la parte que no se ha practicado por causas ajenas a su diligencia, propia de las diligencias finales»; Martín Ostos, J. S. (*Comentario al art. 434 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Lorca Navarrete, A. Mª –dir–, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2181 y 2182) alude a que «la filosofía orientadora (de las diligencias finales) es bien distinta (respecto a las diligencias para mejor proveer)» y a que el legislador ha introducido «sustanciales reformas»; y del mismo autor (*Actividad probatoria judicial en nuestro proceso civil*, en «Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», AAVV, Gutiérrez-Alvi Conradi (dir), ed. Tirant lo Blanch, p.271) afirma que «.. han venido a sustituir sin mucho acierto a las tradicionales diligencias para mejor proveer.. »; Morenilla Allard, P. (*Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas*, rev. Justicia, 1998, núm.3-4, p.606) refiere que las diligencias finales son «una figura nueva y distinta» que no pueden interpretarse con los parámetros de las diligencias para mejor proveer; Rodríguez Achútegui, E. (*Juicio Ordinario (arts. 399-436 LEC*, en «LEC XX comentada», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D. –coords–, ed. Sepin Madrid, 2000, p.845) pone también el acento del cambio en que las diligencias finales «sólo pueden ser interesadas por los litigantes y sólo son de aplicación al juicio ordinario, donde se ubican sistemáticamente, en vez de en la parte general como en la regulación decimonónica»; Romero Rey, C. (*Las diligencias finales de prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 1857, 1999, p.15) razona que «la regulación de tales diligencias [las finales] es sustancialmente distinta a la de las diligencias para mejor proveer» y que «suponen una profundización en el principio de aportación de parte»; Seoane Spielgelberg, J. L. (*La prueba.. ,* ob. cit., p.35) apunta que «sustituyen a las denominadas diligencias para mejor proveer, limitando, de forma trascendente, las facultades para acordarlas»; Serra Domínguez, M. (*La Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2000, p.40) señala que «se modifican sustancialmente las diligencias para mejor proveer sustituyéndolas por las llamadas *diligencias finales*.. »; Tapia Fernández, I. (*Comentario al art. 434 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., pp. 1479 y 1480) justifica el cambio en la necesidad de residenciar en las partes el deber de aportación de la prueba y en la inexistencia de criterios seguros para la aplicación de las diligencias para mejor proveer, lo cual, según la autora, provocó que la institución «fuera muy cuestionada»; Vázquez Sotelo, J. L. (*Las diligencias finales*, ob. cit., pp. 560 y ss.) y del mismo autor (*Las iniciativas probatorias del juez y la nueva ley de enjuiciamiento civil*, en «El derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona», UB y Marcial Pons, Barcelona, 2001, p.390) lamenta que el cambio haya supuesto la desaparición de una de las instituciones procesales de mayor arraigo, utilidad y proyección en Hispanoamérica, como las diligencias para mejor proveer, y entiende que el planteamiento del legislador, que califica de «hiperliberal», supone el desconocimiento del derecho procesal histórico español y de la iniciativa probatoria de oficio, que se remonta ya a las Partidas; Villagómez Cebrián, M. (*La prueba*, en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. –coords–, ed.

(diligencias finales) sustituye a una centenaria y con fuerte arraigo en la práctica forense (diligencias para mejor proveer). En palabras de Martín Ostos, se ha sustituido «la vieja, forense y consagrada expresión de 'para mejor proveer' por una vacía de significado, solamente impregnada de alusión temporal»[903].

Era necesaria una identificación nueva, pues mantener la expresión «diligencias para mejor proveer», dotándola de un contenido sustantivo tan distinto, hubiera producido confusión en el operador jurídico. Pero no es acertada la denominación de diligencias finales[904], que prescinde de su finalidad probatoria, y alude a la resolución que archiva definitivamente las actuaciones civiles, ni siquiera bajo el argumento de la simplificación de la terminología legal[905].

Resulta más acertada la expresión «diligencias de prueba complementarias». Con ella se alude a su indiscutible carácter probatorio y también a su carácter complementario –reiterado por constante jurisprudencia[906]– respecto de la actividad probatoria desplegada por las partes[907].

Un segundo cambio es el sistemático. Las diligencias finales se ubican en el Capítulo IV (De la sentencia) del Título II (Del juicio ordinario) del Libro II (De los procesos declarativos), destacando su engarce con el juicio ordinario, mientras que las diligencias para

Tecnos, Madrid, 2000, p.102) señala que la regulación vigente «establece nuevos presupuestos para acordarlas», destacando la instancia de parte y la pérdida de su carácter discrecional.

903 Martín Ostos, J. S., *La prueba de oficio en el nuevo proceso civil*, en «La Ley», 1998-5, pp. 1786 y 1787 y *Las diligencias finales*, en rev. Poder Judicial, núm.67, pp. 381.Y el mismo autor (*Comentario al art. 434 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob.cit., p.2181) alude a «la supresión de una antigua, hispana y significativa expresión».

904 Morenilla Allard, P. (*Las diligencias finales.* , ob. cit., p.612) proponía la expresión «diligencias finales de prueba», indicando que la expresión «diligencias finales» adolecía del doble defecto de no ser finales, sino que iban seguidas de conclusiones, ni darse en todos los casos, sino ser excepcionales.

905 Para Herbosa Martínez, I. (*Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Lledó Yagüe, F. –dir–, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 427-428), «su explicación [la de la nueva denominación], posiblemente, pueda encontrarse en el intento de simplificar la terminología legal y de utilización de un lenguaje más asequible al ciudadano, de conformidad con lo establecido en la Exposición de Motivos».

906 STC de 13 de octubre de 1992, fto. jco. 6º (EDJ 1992/9918); SSTS de 9 de abril de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/2119); de 15 de julio de 1997, fto. jco. 1º (EDJ 1997/6157); de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 5º, (EDJ 1994/9317); de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783); y de 22 de mayo de 1986, fto. jco. 4º (EDJ 1986/3411).

907 La enmienda núm.1571 presentada por el G.P. Federal Izquierda Unida en el Congreso de los Diputados, al referirse a las diligencias finales y a los supuestos en que procedía acordarlas, las calificaba expresamente como «diligencias finales complementarias» y en la redacción de la enmienda que se proponía se incluía expresamente tal mención (la de «complementarias»). (Dorrego de Carlos, A., coord. , *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 2001, p.631).

mejor proveer se ubicaban en la Sección 3ª (De las votaciones y fallos en los pleitos) del Título VII (Del despacho, vista, votación y fallo de los asuntos judiciales) del Libro I (Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria).

La ubicación del art. 340 LEC/1881 en el Libro de «Disposiciones comunes» a toda la jurisdicción, contenciosa y voluntaria, avalaba su aplicación a toda clase de juicios y en toda instancia. Por el contrario, la regulación de las diligencias finales en el Título «Del juicio ordinario» suscita dudas sobre su ámbito de aplicación, en particular sobre su práctica en el juicio verbal y en segunda instancia, de lo que nos ocuparemos más adelante.

El cambio más relevante es, sin lugar a dudas, el sustantivo. Las diligencias finales se adoptarán, como regla general, a instancia de parte (art. 435.1 LEC), y sólo excepcionalmente de oficio –o a instancia de parte– por el tribunal (art. 435. 2 LEC). Con ello pierden su original y tradicional esencia de facultad discrecional del juzgador para completar el acervo probatorio[908].Y también dejan de ser la manifestación por excelencia de una capacidad de iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español, cuya regulación positiva se remontaba ya a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855[909], y sus antecedentes más remotos a las Partidas[910].

Además, frente a la adopción discrecional de las diligencias para mejor proveer y sin sujeción a criterios normativamente tasados, la regulación de las diligencias finales establece «reglas» para acordarlas, tanto respecto a las diligencias a instancia de parte (art. 435.1 y 2 LEC) cuanto a las acordadas de oficio (art. 435.2 LEC). Y las llamadas diligencias finales «extraordinarias»[911] se someten a un deber de motivación reforzado.

---

908 En la jurisprudencia han sido definidas como «actos de instrucción ajenos al impulso procesal de parte y al principio dispositivo cuya finalidad es que el órgano judicial puede formar o reforzar su convicción en supuestos dudosos».

En este sentido o muy similar son de ver en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: SSTS de 22 de septiembre de 2003, fto. jco. 4º (EDJ 2003/105033); de 11 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/3628); de 7 de febrero de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/336); de 3 de junio de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/14576); de 7 de diciembre de 1996, fto. jco. 2º (EDJ 1996/8353); de 15 de noviembre de 1996, fto. jco. 4º (EDJ 1996/7664); de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 3º, (EDJ 1994/9317); de 20 de julio de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/7385); de 19 de octubre de 1992, fto. jco. 2º (EDJ 1992/10177); de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/5977); de 8 de octubre de 1990, fto. jco. 3º (EDJ 1990/9098); de 11 de abril de 1989, fto. jco. 4º (EDJ 1989/3840); de 8 de julio de 1988, fto. jco. 3º (EDJ 1988/5989); de 2 de junio de 1987, fto. jco. 2º (EDJ 1987/4360); de 19 de junio de 1971, fto. jco. 3º (EDJ 1971/383).

909 Ver el art.48 de la LEC 1855.

910 Ley II, Título 4º, de la Partida 3ª disponía que «la verdad es cosa que los juzgadores deben catar e los pleitos sobre todas las cosas del mundo, e por ende quando las partes contienden sobre algún pleito en juycio, deben los juzgadores ser acuciosos en pensar de saber la verdad de pro cuantas maneras pudiessen».

911 La distinción entre «diligencias ordinarias» (las que se pueden acordar sólo a instancia de parte *ex* art. 435.1 LEC) y «diligencias extraordinarias» (las que se pueden acordar indistintamente de oficio

2.3. Razones expresadas de un cambio sustantivo

En la Exposición de Motivos de la LEC se esgrimen varias razones para justificar el cambio sustantivo[912], unas de carácter más técnico, y otras de carácter más conceptual que inciden en la distribución de «roles» entre el juez y las partes. De la propia Exposición de Motivos se deduce, en realidad, una gradación de motivos, de suerte que hay una razón calificada textualmente de «principal» y otras que, aun no adjetivadas, pueden ser tildadas como de refuerzo o secundarias.

La «razón principal», por seguir la dicción de la Exposición de Motivos, es la observancia de una determinada estructura del proceso[913] que, en cuanto al juicio ordinario, se concentra en tres fases: las alegaciones (fase expositiva), la audiencia previa (fase conciliadora, saneadora, delimitadora y de proposición y admisión de prueba) y el acto del juicio (fase de práctica de prueba y conclusiones).

Dichas fases están presididas por los principios de concentración (art. 290 LEC) y de oralidad (arts. 147 y 289.1 LEC). Se ha reservado un momento procesal para la práctica de las actuaciones de prueba y ese momento es el acto del juicio en el juicio ordinario (arts. 431 y 433.1 LEC) y la vista en el juicio verbal (art. 443.4 LEC). Además, la estructura ordenada del proceso viene inspirada por el principio de aportación de parte (arts. 216 y 282 LEC), en cuya virtud corresponde a las partes la introducción de los hechos y las pruebas para acreditarlos[914].

Junto a esta razón principal, el legislador aduce otras razones, aparentemente complementarias[915]. Así, la necesidad de reforzar el acto del juicio y reducir las actividades

---

o a instancia de parte *ex* art.435.2 LEC) es seguida, entre otros, por autores como Escribano Mora, F., (*Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3259) y Hoya Corominas, J., (*Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1931).

912 Escribano Mora, F. (*Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3257) apunta a tres razones: 1ª) «No romper con la contienda igualitaria de las partes, de modo que el juez no puede suplir su falta de diligencia y cuidado; 2ª) No romper la ordenada estructura procesal; 3ª) Potenciar el acto del juicio, procurando que todo el material probatorio esté practicado, debatido y analizado en conclusiones antes del juicio».

913 Exposición de Motivos, epígrafe XII, párrafo onceavo: «La razón principal de este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla general debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace del juicio».

914 Muy probablemente la referencia de la Exposición de Motivos de la LEC a «[…] la coherencia con la ya referida inspiración fundamental […]» aluda a la vigencia, ahora reforzada, del principio de aportación de parte en el proceso civil. En este sentido Etxeberría Guridi, F. J., *Las facultades judiciales*, ob. cit., pp. 369 y 370.

915 Así parece deducirse, cuando menos, de la Exposición de Motivos (epígrafe XII, párrafo onceavo) en la que, tras aludir a una «razón principal» para justificar la substitución de las diligencias para mejor proveer por las diligencias finales, añade a continuación otras razones «además».

previas a la sentencia[916]. Se pretende no solamente reservar un único momento para la práctica de la prueba (acto del juicio o vista), sino que toda la prueba propuesta y admitida se practique en un mismo acto, reforzando el principio de concentración.

El acto del juicio adquiere entidad relevante como fase cuasi exclusiva de práctica de prueba, de manera que una vez concluido el acto del juicio (en su caso, la vista) el juzgador pueda dictar sentencia, al haber accedido a las actuaciones todo el material probatorio. A su vez, ello permite que los letrados, en forma de conclusiones orales (arts. 431 y 433.2 LEC), puedan efectuar una valoración conjunta sobre la totalidad del material probatorio en el acto del juicio, sin necesidad de efectuar conclusiones parciales[917].

Una segunda razón de refuerzo es la observancia de las fases procesales por las partes, de manera que «La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiere podido proponer y no se hubiere propuesto»[918]. Con una expresión no muy afortunada[919], semejante motivo parece dirigido a las partes, las cuales deberán proponer las pruebas en su momento oportuno (audiencia previa o vista). Refuerza nuevamente la idea de respetar la ordenada estructura procesal y las exigencias derivadas del principio de aportación de parte.

Y una tercera razón, también de refuerzo, aun cuando de carácter más conceptual, afecta a la distribución de «roles» entre las partes y el juez en orden a garantizar la igualdad en

---

Ello no obstante, la invocada «razón principal» no es más que una consecuencia lógica de la estructura procesal escogida por el legislador y que las razones que nosotros hemos calificado como «de refuerzo o secundarias», junto con las razones que otros han calificado como «no expresadas» (Escribano Mora, F., *Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. II, ob. cit., p.3258), constituyen la verdadera «razón principal», a saber: la voluntad legislativa de reducir la iniciativa probatoria de oficio en la fase final del juicio a su mínima expresión. En otras palabras: la «razón principal» de la substitución de las diligencias para mejor proveer por las diligencias finales es impedir que «el tribunal lleve a cabo cualquier actividad que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de cuidado y diligencia»; y, «además», se pretende ser coherente con la estructura procesal escogida.

916 Exposición de Motivos, epígrafe XII, párrafo onceavo: «Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario».

917 La valoración fragmentada de la prueba era práctica frecuente en los juicios de menor cuantía de la LEC /1881, especialmente en los más complejos y en los que no toda la prueba se podía practicar en el período ordinario, de modo que las diligencias para mejor proveer se convertían en el socorrido expediente para practicar la prueba admitida y no practicada en el citado período ordinario de prueba. En tales supuestos, los letrados efectuaban un doble y fragmentado resumen de pruebas, al evacuar el trámite resumen de pruebas, tras la puesta de manifiesto de las pruebas en Secretaria (art.701 LEC/1881) y al evacuar el trámite sobre el alcance e importancia de las practicadas para mejor proveer (art.342 LEC/1881).

918 Exposición de Motivos, epígrafe XII, párrafo doceavo.

919 La expresión utilizada en la Exposición de Motivos, epígrafe XII, párrafo doceavo, «La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiere podido proponer y no se hubiere propuesto», no resulta acertada desde el punto de vista lingüístico y resulta simplemente enigmática desde el punto de vista procesal.

el proceso. Se aduce que la intervención del juez puede desequilibrar la igualdad de las partes, supliendo la inactividad de alguna de ellas. El legislador no esconde aquí sus reparos hacia una intervención judicial que, en su parecer, puede incurrir en el doble e indeseable perjuicio de quebrar bien el principio de igualdad procesal[920], bien el de aportación de parte[921].

Las razones expresadas por el legislador presentan algunos puntos débiles. Varias razones (reserva de un momento procesal único para la práctica de la prueba, concentración de la práctica de la prueba en un solo acto, posibilidad de valoración de toda la prueba practicada en una sola fase, reducción de la actividad previa a la sentencia, vigencia de la oralidad) se pueden reconducir a la salvaguarda de una ordenada estructura del proceso y de los principios de concentración y oralidad.

Es inobjetable la opción legislativa por dotar al proceso de una estructura ordenada, presidida por los principios de oralidad y concentración, y la aspiración –a menudo más ideal que real– de practicar toda la prueba en el acto del juicio (o, en su caso, en la vista). Pero el principio de concentración quiebra porque las pruebas acordadas como diligencias finales se practicarán dentro de un plazo de veinte días (art. 436.1 LEC). Y el principio de oralidad también quiebra porque se va a autorizar que las conclusiones se efectúen no de modo oral, sino por escrito (art. 436.1 LEC)[922].

Por otra parte, se produce una colisión entre la ineludible observancia formal de una estructura procesal y la posibilidad de reforzar la convicción judicial mediante actuaciones de prueba que, aun sin encajar *strictu sensu* en ninguna de las ordenadas fases procesales, se revelan como necesarias.

Semejante cuestión adquiere mayor crudeza en el ámbito del juicio verbal y abre numerosos interrogantes. ¿El respeto a la estructura procesal es argumento suficiente para negar que el juez adopte como diligencia final un dictamen pericial, solicitado por la parte demandada en el acto de la vista, cuando tal pericial se revela fundamental en términos del fallo? La realidad, más tozuda que los principios procesales, aconseja, en ciertas ocasiones,

920 El principio de igualdad es, junto al principio de dualidad de partes y del principio de audiencia, uno de los principios comunes a todos los procesos. Dicho principio, según Berzosa Francos, V. (*Principios del proceso*, en rev. «Justicia», 1992-IV, p.569) «implica que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a defender sus respectivas posturas».

921 Aun cuando la Exposición de Motivos no justifica explícitamente la sustitución de las diligencias para mejor proveer por las diligencias finales en que las primeras suponían una quiebra o, si se prefiere, matización del principio de aportación de parte, lo cierto es que el legislador tiene muy presente tal idea cuando veda al tribunal «cualquier actividad» que supla la «falta de diligencia y cuidado» de las partes y probablemente tal fuera la verdadera finalidad del legislador.

922 Lorca Navarrete, A. Mª (*La regulación de las diligencias finales del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en rev. «La Ley», 2000-3, p.1805) critica la introducción de un informe escrito que obvia la oralidad y afirma que, en este extremo, «la LEC hace trampa» e «introduce de matute lo que finalmente no pudo hacer o no le dejaron hacer cuando tuvo que suprimir el apartado quinto del art.435 del PLEC».

que el juez adopte, incluso *ex officio iudicis*, una prueba; o bien que está se practique en un trámite como la diligencia final, ausente de regulación positiva en el juicio verbal[923].

Otras razones (la igualdad de las partes en la contienda, los riesgos de la intervención judicial, la prohibición de suplir inactividad de las partes) se pueden reconducir a la salvaguarda de los principios de igualdad procesal y de aportación de parte. Es también igualmente inobjetable que el legislador vele por la observancia de los principios fundamentales del proceso civil, y procure evitar un desequilibrio entre los derechos y las cargas de las partes en materia probatoria.

La adopción de una diligencia final no merma la igualdad de partes. El juez que acuerda una diligencia final no busca suplir la inactividad de la parte, sino reforzar su convicción judicial. La iniciativa probatoria de oficio requiere que la parte haya desplegado una mínima actividad probatoria, y una iniciativa probatoria de oficio, limitada y prudente, no menoscaba el insoslayable deber de imparcialidad judicial[924].

El legislador prima un factor estrictamente técnico y formal (respeto hacia una estructura procesal) sobre un factor material (concesión de iniciativa probatoria de oficio en la fase final del juicio). Ello permite el dictado de sentencias técnicamente correctas, aun cuando tal vez materialmente injustas, puesto que el juez, en ausencia de prueba sobre un hecho relevante, deberá acudir a las reglas de distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC), en vez de procurar reforzar su convicción mediante la práctica de una diligencia final.

2.4. Razones no expresadas de un cambio sustantivo

Junto a las razones expresadas por el legislador en la Exposición de Motivos, y hasta ahora analizadas, debemos abordar, como apunta Escribano Mora, «las razones no

923 Veámoslo con algún ejemplo práctico. Pensemos en un juicio verbal en reclamación de cantidad derivada de vicios en la construcción. Existen dos dictámenes aportados por las partes, absolutamente contradictorios en cuanto a la existencia de los defectos denunciados y, en su caso, sobre el importe de su reparación. ¿No será necesario en tal supuesto que el juez pueda acordar como diligencia final, incluso *ex officio iudicis*, una pericial con carácter dirimente? Parece que sí, singularmente cuando se trate de juicios verbales sin asistencia de Letrado. Puede verse el voto particular al AAP Pontevedra de 28 de mayo de 2010 y nuestro comentario, junto con Picó i Junoy, J., *La viabilidad de las diligencias finales de oficio en la segunda instancia*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010, Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y15.

924 Martín Ostos, J. S. (*Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.2188), en su comentario a la Exposición de Motivos de la LEC, y concretamente al peligro de quiebra de la igualdad de las partes, razona que «la debida imparcialidad judicial no tiene necesariamente que verse empañada por una prudente, restrictiva y bien regulada iniciativa probatoria de oficio; compartimos la loable preocupación del legislador, pero no olvidemos que el mejor exponente de cuanto afirmamos lo constituye el hecho de la excepción prevista en el número dos del artículo 435 de la LEC».

expresadas»[925] para configurar las diligencias finales sobre presupuestos distintos. Estas últimas se reducen, en síntesis, a la utilización incorrecta de las diligencias para mejor proveer.

Es cierto que, en ocasiones, ha habido un uso inadecuado de las diligencias para mejor proveer, denunciado por la doctrina[926]. Existía un uso incorrecto (el abuso de la fórmula «sin perjuicio de para mejor proveer» en la admisión o denegación de prueba), un uso dilatorio (alargar los plazos) y un uso indiscriminado (no justificar la adopción de las diligencias para mejor proveer).

El uso incorrecto, censurado por la jurisprudencia del TS como «práctica viciosa»[927], se ejemplifica en la resolución judicial que, en trance de admitir o denegar una prueba, recurría a la socorrida fórmula de «no se admite por el momento, sin perjuicio de lo que se acuerde para mejor proveer». Con semejante resolución el juez no admitía ni denegaba la prueba en cuestión, sino que difería su decisión a un momento posterior[928]. Ese momento posterior era el de la unión de los ramos de prueba, en el que el juez bien silenciaba cualquier resolución sobre la admisión o inadmisión de la prueba en su día propuesta, bien mediante una providencia, que era irrecurrible, estimaba no necesaria la diligencia de prueba en su día propuesta.

Otra manifestación del uso incorrecto de las diligencias para mejor proveer es el señalado por Morenilla Allard, quien ha puesto de manifiesto que tales diligencias han permitido a menudo «dejar para el momento de dictar sentencia el análisis del reflejo documentado de las distintas actuaciones procesales realizadas, resolviendo, entonces, los posibles problemas fácticos y jurídicos»[929].

El uso dilatorio de las diligencias para mejor proveer, causante probablemente de su «mala prensa»[930], consistía en utilizar las diligencias para mejor proveer no tanto para comple-

925 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3258.

926 de la Oliva Santos con Díez-Picazo Giménez, I. *Derecho Procesal Civil. El proceso civil*, ob. cit., p.390.

927 STS de 16 de enero de 2001, fto. jco. 3º (EDJ 2001/28), que en términos categóricos razona: «Esta Sala, desde la sentencia de 18 de mayo de 1993 ha rechazado claramente la práctica viciosa y un tanto extendida de rechazar recibimiento a prueba o práctica de alguna, con la fórmula «sin perjuicio de que se pueda acordar para mejor proveer».Y lo justifica del modo siguiente: «constituye, como dice la mencionada sentencia «una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir y desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales».

928 Ver al respecto: STS de 22 de noviembre de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/9107); AAP Cádiz, secc. 1ª, de 9 de junio de 2000, fto. jco. 3º (EDJ 2000/57390); SAP Córdoba, secc. 1ª, de 16 de marzo de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/3815).

929 Morenilla Allard, P., *Las diligencias finales.* , ob. cit., p.598.

930 En el argot forense, y no «sin cierta acidez las diligencias para mejor proveer eran conocidas como las 'diligencias para mejor dilatar'» (Escribano Mora, F., *Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3257).

tar la actividad probatoria desplegada por las partes, cuanto para alargar el plazo para dictar sentencia. En aquellos juzgados con sobrecarga de trabajo era un recurso fácil dictar una providencia para mejor proveer en un asunto laborioso para aplazar el dictado de la sentencia[931].

El uso indiscriminado se traducía en la adopción innecesaria de diligencias para mejor proveer, bien porque el material probatorio en las actuaciones era suficiente para dictar sentencia, bien porque se acordaban como diligencias para mejor proveer pruebas sobre hechos irrelevantes. Con el agravante que las diligencias para mejor proveer se acordaban mediante providencia (art. 342 LEC/1881) carentes de razonamiento –salvedad del consabido «para mejor proveer»[932]–, acerca de las circunstancias y motivos que llevaban al juzgador a adoptar tales diligencias de prueba o, simplemente, sobre el tipo de prueba acordada.

Una reflexión final: los denostados usos (incorrecto, dilatorio e indiscriminado) de las diligencias para mejor han provocado su certificado de defunción[933]. Ahora bien, es posible que las diligencias finales no respondan a todas las expectativas del legislador y que en la práctica forense se añoren las centenarias diligencias para mejor proveer. Y tampoco será extraño que bajo las diligencias finales «extraordinarias» de oficio (art. 435. 2 LEC) se sigan practicando, en realidad, diligencias para mejor proveer, suavizando la jurisprudencia el rigor de los requisitos legales para su adopción.

3. Análisis comparativo entre las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales

Un análisis comparativo entre las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales permitirá constatar sus similitudes y diferencias. En una aproximación inicial podemos afirmar que ambas instituciones son diligencias de prueba de carácter complementario en la fase final del juicio.

931 Para Serra Domínguez, M. (*El derecho a la prueba en el proceso civil español*, en «Libro Homenaje a Jaime Guasp», edit. Comares, Granada, 1984, p.568) las diligencias para mejor proveer eran «la principal causa de retraso en la duración de los procesos, permitiendo al Juez aplazar indefinidamente la sentencia definitiva, al no establecer la ley plazo preclusivo para su realización».

932 En realidad, el juez estaba convencido que la fórmula habitual y de estilo de la providencia que acordaba diligencias para mejor proveer («Dada cuenta; con suspensión del plazo para dictar sentencia, y de conformidad con el art. 340 LEC, se acuerda para mejor proveer la práctica de [..]») ya contenía un razonamiento suficiente, pues la expresión «mejor proveer» aludía tanto al tipo de diligencia de prueba, cuanto a la finalidad y motivación judicial.

933 Sin embargo, un «juicio histórico» de las diligencias para mejor proveer no puede obviar que han sido una de las instituciones de mayor arraigo en la práctica forense, con mayor recepción en ordenamientos de los países iberoamericanos y que, como apunta Vázquez Sotelo, J. L. «estadísticamente la utilización correcta de la institución es muy superior a la utilización patológica» (*Las diligencias finales*, ob. cit., p.563).

3.1. Similitudes y diferencias en la perspectiva doctrinal

Era pacífica la configuración doctrinal de las diligencias[934] para mejor proveer como una facultad discrecional del juzgador para formar su convicción sobre el material probatorio. Se destacaba igualmente que eran ajenas al principio dispositivo y que su práctica estaba sometida a contradicción[935]. Además del carácter probatorio, se aludía a la irrecurribilidad de la providencia en que se acordaban las diligencias, al sistema de lista para la enumeración de las medidas admisibles, y a su práctica en todo proceso y en toda instancia.

A partir de esas iniciales coincidencias las posiciones eran más matizadas. Unos concebían las diligencias para mejor proveer como «un correctivo tardío del principio de aportación de parte, en su vertiente probatoria»[936].Y otros sostenían que «esas diligencias no debían suponer, en si mismas, alteraciones de la virtualidad de los principios de aportación

934 Apunta Martín Ostos, J. S. (*Comentario al art. 434 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.2181) que también se las conocía en la doctrina con la denominación de «providencias, o medidas para mejor proveer». Dicho autor efectúa un análisis sistemático de su régimen jurídico en *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1981, con una precisa recapitulación en las pp. 247-252.

935 Puede verse por orden alfabético y entre otros: Fernández-Rifá-Valls, *Derecho Procesal Práctico*, t.V, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1984, p.53) las definen como «actividades de instrucción del Juez, de carácter facultativo y discrecional acordadas después de la vista o citación para sentencia y antes de pronunciar el fallo, practicadas dentro de unos límites temporales [..] a fin de esclarecer algún hecho controvertido con influencia en la resolución de la litis, y sometidas a contradicción mediante intervención de las partes»; Gómez Colomer, J. L. (con Montero Aroca, J., y Ortells Ramos, M.: *Derecho Jurisdiccional. Proceso civil*, t.II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona 1989, p.301) las define como «actos de instrucción debidos a la iniciativa del juez, con la finalidad de formar su convicción acerca de la materia del proceso»; Martín Ostos, J. S., (en AAVV, «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Cortés Domínguez,V. (coord.), ed. Tecnos, Madrid, 1985, p.229) al analizar su naturaleza afirma que «el legislador concede al juzgador –Juez y Tribunal– una facultad por medio de la cual puede ordenar la práctica de determinadas diligencias probatorias con objeto de mejor proveer». Del mismo autor puede verse también (*La prueba de oficio en el proceso civil*, en «La prueba en el proceso civil», CDJ, núm.XXXIV/93, CGPJ, Madrid, 1994, p.26) donde afirma que «se trata de unas diligencias probatorias acordadas para la mejor administración de justicia. Ello se concreta en dos fines primordiales: buscar la verdad de los hechos en el proceso y completar la convicción del juzgador de cara a la sentencia»; Pellisé Prats, B. (*Diligencias para mejor proveer*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t.VII, Barcelona, 1955, pp. 466 y ss.) destaca cuatro características: 1) «Se autoriza al órgano jurisdiccional para que 'pueda', ex officio, acordar la práctica de diligencias de prueba»; 2) «La excepción al principio sólo queda admitida 'para mejor proveer'»; 3) «Las diligencias para mejor proveer son admisibles en cualquier tipo de procedimiento»; 4) «Son limitadas las pruebas cuya práctica pueda acordarse para mejor proveer»; Para Reyes Monterreal, J. Mª. (*En torno a las diligencias para mejor proveer*, en «RGD», 1953, p.85), es «aquella potestad conferida al juzgador de obtener su convencimiento, en cuanto a los hechos en que las partes fundan sus pretensiones procesales, mediante la realización de actos del juez conducentes a investigar la realidad de aquéllos» y afirma, además, que «nacen del principio de investigación libre del juez» (p.95).

936 Morenilla Allard, P., *Las diligencias finales.* , ob. cit., p.598.

de parte, en cuya virtud, sólo a las partes corresponde alegar los hechos relevantes, así como proponer la prueba e intervenir diligentemente en su práctica»[937].

Entre las semejanzas se destaca que las diligencias finales siguen conservando su carácter de facultad judicial para formar la convicción judicial; siquiera algunos autores, y respecto a las diligencias finales ordinarias previstas en las reglas 2ª (pruebas no practicadas por causa ajena a la diligencia de la parte) y 3ª (pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia) del art. 435.1 LEC, apuntan que se trata de un derecho subjetivo de las partes, incardinable dentro del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE)[938].

Entre las diferencias se señala el distinto alcance de la iniciativa probatoria de oficio y los distintos presupuestos legales de ambas instituciones. Así, Lorca Navarrete apunta que las diligencias para mejor proveer «originaban la entrada de la iniciativa judicial al final de proceso», mientras las diligencias finales «son diligencias complementarias de la prueba practicada»[939]. Y para Gómez Martínez su finalidad no es atribuir al juez la iniciativa probatoria, sino dar una nueva oportunidad a la parte que, a pesar su diligencia, no ha visto practicada la prueba admitida[940].

A modo de diferencia también se ha destacado el carácter instrumental de las diligencias finales respecto de la segunda instancia[941]. Su finalidad es evitar la prueba en la segunda instancia o, cuando menos, restringirla a los supuestos de pruebas no admitidas en la instancia.

---

937 de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso civil*, ob. cit., p.390.

938 Romero Rey, C., *Las diligencias finales..* , ob. cit., p.16.

En este mismo sentido, y respecto a las diligencias para mejor proveer, puede verse la SAP Tarragona, de 3 de septiembre de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/13703), que estima la existencia de semejante derecho subjetivo cuando la no práctica de la prueba no fuera imputable a la parte y cuando la prueba fuera decisiva en términos del fallo. Textualmente se razona: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiterando la necesidad de que las pruebas propuestas y admitidas sean practicadas, hasta el punto de considerar que, si no han podido llevarse a efecto durante el plazo concedido por causa no imputable a la parte, debe el órgano jurisdiccional acordar su práctica para mejor proveer cuando sean de trascendencia para la resolución del pleito.. ».

939 De modo distinto la STC de 16 de septiembre de 1996, fto. jco. 2º (EDJ 1996/5152) deniega el amparo y no estima infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, por la falta de práctica de una pericial por causas ajenas a la recurrente, pues la recurrente no actuó con toda la diligencia necesaria ante la no aceptación de un perito y la no emisión del dictamen por otro. Se dice que «.. [las diligencias para mejor proveer] ni otorgan derecho subjetivo alguno a las parten pues se configuran como una potestad de los órganos judiciales «podrán acordar» dice literalmente el precepto [art.340 LEC 1881], ni «puede estimarse como consecuencia necesaria del art. 24 CE que la práctica de tales diligencias haya de realizarse, en los procesos gobernados por el principio dispositivo, pues ello los convertiría en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba» (STC 98/87).

Lorca Navarrete, A. Mª, *La regulación de las diligencias finales..* , ob. cit., p.1805.

940 Gómez Martínez, C., *Las facultades del juez..* , ob. cit., pp. 70 y 71.

941 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, p.3258; Gómez Martínez, C., *Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*

Es notorio, incluso en la propia elección de los términos legales, el paralelismo entre los derogados apartados 2º y 3º del art. 862 LEC/1881 y las reglas 1ª, 2ª y 3ª del art. 435.1 LEC[942].

Y una última diferencia radica en que las diligencias finales constituyen un presupuesto procesal para la solicitud de prueba en el recurso de apelación, tal como recoge el art. 460.2.2º LEC. Dicho artículo, que regula la solicitud de pruebas en el recurso de apelación, impone al apelante cuya prueba no se ha podido practicar sin su culpa, la carga de acreditar que ya había efectuado la petición de prueba en fase de diligencias finales[943].

En un balance global, y en lo que respecta a la iniciativa probatoria, el saldo del análisis comparativo de ambas instituciones (diligencias para mejor proveer y diligencias finales) se traduce en un aumento de la iniciativa de parte, con un correlativo disminución de la iniciativa de oficio[944]. Se añade a ello una prohibición expresa: la de adoptar como diligencias finales las que hubieran podido proponerse a raíz de la facultad judicial de integración probatoria en la instancia (art. 429.1, II y III LEC). Y culmina con un impedimento legal: el de proponer como prueba en la segunda instancia lo que no se solicitó como diligencia final en la primera instancia (art. 460.2. 2ª LEC).

3.2. Similitudes y diferencias en la regulación legal

En el plano de la regulación positiva las diferencias entre ambas son considerables. Se centran, básicamente, en la forma que debe adoptar la resolución, la enumeración de las pruebas a acordar como diligencias finales, la posibilidad de recurrir y el plazo para su práctica. En efecto:

---

de diciembre de 1997, rev. Jueces para la Democracia, núm. 31, marzo 1998, p.70. Del mismo autor *El paper del jutge al procés civil.. »*, ob. cit., pp. 5 y 6.

942 Basta comparar la redacción del art. 862.2º LEC/1881 y del art. 435.1 2ª LEC/2000. El art.8 62 LEC/1881 disponía: «Sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia: 2º. Cuando, por cualquier causa no imputable al que solicitare la prueba, no hubiera podido hacerse en la primera instancia toda o parte de la que hubiere propuesto». Y el art. 435.1 LEC establece: «Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba conforme a las siguientes reglas: 2ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiere propuesto, no se hubiese practicado alguna de las admitidas».

E igualmente podemos comparar la redacción del art.862. 3º LEC/1881 y del art. 435.1.3ª LEC. El art. 862 LEC 1881 disponía: «Sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia: 3º. Cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo, de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia». Y de modo parecido el vigente art.435.1. LEC reza: «Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba conforme a las siguientes reglas: 3ª. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286».

943 Morenilla Allard, P., *Las diligencias finales.* , ob. cit., p.607.

944 Esparza Leibar, I. (*El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, p.104) habla de «mínima concesión controlada al principio de investigación oficial».

a) Las diligencias para mejor proveer se acordaban mediante providencia (art. 342 LEC/1881[945]), mientras las diligencias finales deberán adoptarse mediante auto (art. 435. 1 LEC y 435.2 II LEC), tanto las llamadas diligencias finales ordinarias, cuanto las extraordinarias.

b) Las diligencias para mejor proveer contenían un catálogo de pruebas tasadas nominativamente (sistema de lista) que eran admisibles como tales (art. 340, núms. 1º a 4º LEC/1881, comprensivos de confesión en juicio, documental, pericial, reconocimiento judicial y testifical[946]). Mientras respecto a las diligencias finales no existe ninguna enumeración específica de las pruebas que pueden adoptarse como tales.

c) La adopción o denegación de una diligencia para mejor proveer era irrecurrible (art. 340, penúltimo párrafo, LEC/1881[947]), como había reiterado constante jurisprudencia[948]. Mientras que frente al auto que admite o deniega las diligencias finales cabe recurso de reposición.

d) En las diligencias para mejor proveer se estableció, tras la reforma de 1984, un plazo no idéntico para su práctica, puesto que debían realizarse en el mismo plazo que para la práctica de las pruebas ordinarias[949]. Por ello, el plazo debía considerarse variable y dependiente del tipo de juicio (art. 341 LEC/ 1881), y la inobservancia del plazo, como recordaba la STS de 3 de diciembre de 1991, «aunque suponga una irregula-

945 Así lo recuerdan, entre otras, las SSTS de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578); de 21 de septiembre de 1991, fto. jco. 7º (EDJ 1991/8815); y de 28 de enero de 1972, fto. jco. 1º (EDJ 1972/29).

946 La testifical, que originariamente no figuraba en la redacción del art. 340 LEC/1881, fue introducida a raíz de la Reforma de la LEC/1881 por Ley 34/1984, de 6 de agosto.

947 Cuando menos lo que Picó i Junoy, J. (*Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, en rev. «Justicia», 1998, pp. 632 y 633) ha calificado de «irrecurribilidad directa», que no impedía el recurso, siquiera por una vía indirecta, que se interpone contra la sentencia en la que se efectuaba un uso incorrecto de las diligencias para mejor proveer. En los ejemplos del citado autor «en las [diligencias para mejor proveer] practicadas en un juicio en el que no se instó el recibimiento del juicio a prueba –STS 15 julio de 1997. Ar. 6154–, o en la declaración testifical de una persona cuya identificación no constaba en autos».

948 En la jurisprudencia del Tribunal Supremo: SSTS de 26 de junio de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/19933); de 10 de noviembre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/24831); de 25 de febrero de 1995, fto.jco. 5º (EDJ 1995/1423); de 29 de abril de 1994, fto. jco. 3º (EDJ 1994/3825); de 30 de abril de 1992, fto. jco 1º (EDJ 1992/4168); de 20 de noviembre de 1991, fto. jco. 1º (EDJ 1991/11004); de 5 de octubre de 1990, fto. jco. 5º (EDJ 1990/9036); de 30 de noviembre de 1989, fto. jco. 2º (EDJ 1989/10774); de 23 de mayo de 1985, fto. jco. 1º (EDJ 1985/7372); de 9 de mayo de 1974, fto. jco. 1º (EDJ 1974/370); de 28 de enero de 1972, fto. jco. 1º (EDJ 1972/29); de 19 de junio de 1971, fto. jco. 3º (EDJ 1971/383).

949 La fijación de un plazo máximo para la práctica de las diligencias para mejor proveer fue introducida en la Reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, puesto que con anterioridad el juez debía fijar en la providencia acordando la práctica de la diligencia el plazo máximo de ejecución y de no ser posible procurar su ejecución sin demora, lo que suponía una indeterminación del plazo para la práctica.

ridad procesal, no puede invocarse como razón enervatoria de la eficacia del valor probatorio de la misma»[950]. Por el contrario, las diligencias finales tienen un idéntico plazo preclusivo de veinte días para su práctica (art. 436 LEC), identidad de plazo que obviamente se justifica en el hecho que sistemáticamente el legislador sólo ha previsto su regulación en la sede del juicio ordinario.

e) En algunas diligencias para mejor proveer se especificaban los requisitos necesarios con respecto de cada prueba[951] (ej. la testifical precisaba que versara «sobre hechos de influencia notoria» y que el nombre de testigos «constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes» –art. 340.4º LEC/1881–; la confesión exigía que la prueba versara sobre «hechos que se estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados» –art. 340.1 LEC/1881–). En la regulación de las diligencias finales no se establece ningún requisito específico para las distintas pruebas, sino que existen unos requisitos genéricos para su adopción, sean solicitadas a instancia de parte (art. 435.1 LEC) o indistintamente de oficio y a instancia de parte (art. 435.2 LEC), e independientemente de cual sea la diligencia de prueba a practicar.

f) El modo de concretarse la intervención de las partes. A diferencia del art. 340 III LEC/1881, que se limitaba a prescribir la intervención de las partes[952], sin remisión a las normas reguladoras de la actividad probatoria a instancia de parte[953]. El art. 436

---

950 STS de 3 de diciembre de 1991, fto. jco. 9º (EDJ 1991/11468). Esta orientación jurisprudencial es seguida, en general, por otras resoluciones: STS de 17 de noviembre de 1994, fto. jco. 1º (EDJ 1994/9387) que razona que «[..] la obligación del juez de fijar plazo para la práctica de diligencia para mejor proveer, introducida en LEC en la reforma de 1984, no permite incluir este plazo entre los perentorios y preclusivos»; STS de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/5977) en la que el retraso en la práctica de la prueba biológica fue «debido a circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, y sí a motivos dilatorios inherentes a trámites requeridos por el medio probatorio propuesto»; SAP Murcia, secc. 3ª, de 17 de febrero de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/9165); SAP Madrid, de 10 de febrero de 1992, fto. jco. 2º (EDJ 1992/13172), que también en relación a una prueba biológica, razona que «entender que la prueba pericial biológica acordada como diligencia para mejor proveer ha de practicarse inexcusablemente en un plazo de 20 días, lo que es material y objetivamente imposible, supone una interpretación rigorista de las normas procesales incompatibles con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva».

Sin embargo, se aparta de esta línea jurisprudencia la STS de 9 de mayo de 1988, fto. jco. 2º (EDJ 1988/3858), en la que se sostiene que la inobservancia del plazo para dictar sentencia debe dar lugar a sanción disciplinaria.

951 Ver Villagómez Cebrián, M., *La prueba*, en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.105.

952 Ello no obstante, en la doctrina el silencio de la LEC venía entendiéndose como una remisión a las normas propias que disciplinaban cada medio probatorio.Ver al respecto Gómez Colomer, J. L. (con Montero Aroca, J. y Ortells Ramos, M.: *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, t.II, vol. 1º, ob. cit., p.304).

953 En este sentido Picó i Junoy, J. *Las diligencias para mejor proveer.* , ob. cit., p.637. La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la práctica de una prueba pericial acordada para mejor proveer no está

LEC, en orden a la práctica de la prueba, contiene una remisión expresa y directa a la normativa de cada uno de los medios de prueba, donde se concreta la intervención de las partes[954].

g) Su distinta ubicación sistemática, ya apuntada, pues la diligencias para mejor proveer se regulaban dentro de las «Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria» (arts. 340 a 342 LEC/1881[955]) y las diligencias finales dentro «Del juicio ordinario» (arts. 434 a 436 LEC).

No obstante las diferencias expuestas, la regulación positiva de ambas instituciones conserva aún indudables elementos comunes. En particular, el plazo para acordarlas, la suspensión del plazo para dictar sentencia, su indiscutible naturaleza de diligencias de prueba, su carácter facultativo, la intervención de las partes en su práctica y posibilidad de presentar un escrito de resumen de prueba. Así pues:

a) Deben acordarse «dentro del plazo –expresión técnicamente más correcta que la de «término» empleada en el art. 342 LEC/1881– para dictar sentencia» (art. 340 LEC/1881 y art. 434.1 LEC). La redacción vigente es, además, más precisa, puesto que recoge la expresión «dentro del plazo para dictar sentencia», que antes debía deducirse de la expresión «después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo».

b) Dejan en suspenso –que no interrumpen– el plazo para dictar sentencia, por lo cual la sentencia deberá dictarse dentro del plazo que, una vez practicada la diligencia, resta para dictar sentencia (art. 342 LEC/1881 y art. 434.2 LEC).

---

sometida a las normas ordinarias: así, en STS de 1 de abril de 1997, fto. jco. 2º (EDJ 1997/2110), se razona textualmente que «[..] los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a la práctica de la prueba pericial no rigen cuando ésta se efectúa como diligencia final». E insiste particularmente en que las facultades del juez para designar perito en dictamen acordado para mejor proveer no están sometidas a las reglas ordinarias de designación de peritos: SSTS de 31 de julio de 1996, fto. jco 1º (EDJ 1996/6223); de 26 de enero de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/119); y de 29 de abril de 1994, fto. jco. 4º (EDJ 1994/3825); SAP Palencia, de 19 de enero de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/9077).

954 Así, por ejemplo, en el interrogatorio de las partes se regula la impugnación de las preguntas que se formulen por la parte que haya de responder al interrogatorio (art. 303 LEC), el modo de responder el interrogatorio (art. 305 LEC), la posibilidad de efectuarse recíprocamente preguntas las partes (art. 306.2 LEC), la negativa a declarar de la parte, las respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307.1 LEC) o la concurrencia de las partes al interrogatorio domiciliario (art. 311.2 LEC).

955 También encontramos referencias a las diligencias para mejor proveer en otros preceptos legales: a) art. 507, II LEC/1881, que regulaba el momento preclusivo para la presentación de documentos, señalando como tal la citación para sentencia, y exceptuando de tal momento la presentación de documentos al amparo del art. 340 LEC/1881; b) art. 630, II LEC/1881 preveía la posibilidad de repetir o ampliar el dictamen pericial por los mismos peritos u otros a elección judicial como facultad para mejor proveer; c) art. 874 LEC/1881 preveía la posibilidad de acordar diligencias para mejor proveer por las Audiencias Provinciales; d) art. 1667 LEC/1881 preveía la posibilidad de acordar para mejor proveer la «inspección ocular de la obra» en el interdicto de obra nueva; e) art. 59.2 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, preveía la posibilidad de diligencias para mejor proveer en el juicio de cognición.

La suspensión de las diligencias para mejor proveer se producía «desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer» (art. 342 LEC/1881[956]), mientras que en las diligencias finales no se especifica el *dies a quo* de la suspensión (art. 434 LEC), por lo que serán de aplicación las normas generales sobre cómputo de plazos procesales (art. 132 LEC).

c) Las diligencias para mejor proveer y diligencias finales son actuaciones de prueba en la fase final del juicio[957]. Su carácter probatorio se deduce en el caso de las diligencias para mejor proveer del sistema de lista para la introducción de las pruebas admisibles como tales (art. 340 LEC/1881), y en el caso de las diligencias finales de la referencia literal a la posibilidad de acordar «la práctica de actuaciones de prueba» (art. 435.1 LEC).

d) Carácter facultativo. La adopción o denegación de las diligencias para mejor proveer y de las diligencias finales es facultativa del juzgador, como recogía el art. 340 LEC 1881 y recoge el art. 435 LEC, al señalar que el juez «podrá acordar». De ahí que, aun mediando instancia de parte, su denegación no puede producir indefensión, ni pueda constituirse en motivo de casación[958].

e) Se garantiza el principio de defensa y contradicción, de manera explícita en la LEC/1881 al preverse que «En la práctica de estas diligencias se dará intervención a las partes» (art. 340 *in fine* LEC/1881[959]) y por remisión en la LEC cuando indica que se practicarán «en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase» (art. 436.1 LEC).

---

956 En la LEC de 1881 la suspensión del plazo para dictar sentencia se producía desde la fecha de providencia –*rectius*, desde su notificación– hasta la fecha de la práctica de la prueba y tres días más que eran necesarios para evacuar el trámite de resumen. Si había transcurrido el plazo para la práctica de la diligencias para mejor proveer y ésta no se había practicado, no era posible su prórroga, pues la facultad judicial para acordar tales diligencias, aun siendo discrecional en su iniciativa, debía sujetarse a las formalidades legales en orden a su práctica, y entre ellas la observancia del plazo (arts. 341 y 342 LEC/1881). Ello no obstante, y en caso de periciales singularmente laboriosas ordenadas para mejor proveer, algunas resoluciones judiciales, en aplicación de la doctrina de la sensibilidad probatoria, habían prorrogado el plazo de la práctica de la diligencia para mejor proveer.

957 Gómez de Liaño, F. (en «Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.478) afirma que las diligencias finales «siguen siendo actos de instrucción realizados por decisión del órgano jurisdiccional para tomar su convicción sobre el material del proceso, [..]».

958 SSTS de 7 de marzo de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/1515); de 26 de enero de 1998, fto. jco. 4º (EDJ 1998/67); de 30 de abril de 1992, fto. jco 1º (EDJ 1992/4168); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578).

959 La preceptiva intervención de las partes en la práctica de las diligencias para mejor proveer fue otra de las destacadas novedades que aportó la Reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, puesto que con anterioridad la intervención de las partes era discrecional del juzgador. Así lo destaca el AAP Toledo de 1 de octubre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/27378).

f) Se dispone que, tras su práctica, las partes podrán presentar un escrito «acerca de su alcance o importancia» (art. 342 LEC/1881[960]) o «en que resuman y valoren el resultado» (art. 436.1 LEC/2000). En ambos casos se trata de un trámite escrito, perfectamente acorde con los principios que inspiraban la LEC/ 1881, y que rompe con la oralidad que debe inspirar el acto del juicio en la LEC.

3.3. Las diligencias para mejor proveer en la perspectiva jurisprudencial

Concluiremos este breve análisis comparativo con una referencia a la doctrina jurisprudencial, a propósito de las diligencias para mejor proveer, y con respecto a los principios de aportación de parte, de audiencia y contradicción. Para ello destacamos tres ideas:

1º) Constituían una excepción al principio de aportación de parte en orden a la introducción de pruebas en el proceso.

Se configuraban las diligencias para mejor proveer como una «facultad»[961] –y, en menor medida como una «potestad»[962], «competencia»[963], «recurso»[964], «instrumento»[965] o «instituto»[966]– y adjetivada ordinariamente como «discrecional»[967] –aun cuando también

960 Sin lugar a dudas la posibilidad de efectuar un resumen de las pruebas practicadas como diligencias para mejor proveer, en la medida que constituye una garantía y refuerzo del derecho de defensa de las partes, fue otro de los indiscutibles aciertos introducidos por la Reforma de 1984.

961 Ver, entre otras muchas, las SSTS de 30 de enero de 1997, fto. jco. 2º (EDJ 1997/188); de 8 de julio de 1988, fto. jco. 3º (EDJ 1988/5989); de 2 de junio de 1987, fto. jco. 2º (EDJ 1987/4360), en las que se destaca su carácter de facultad y no de obligación.

962 SSTS de 22 de septiembre de 1992, fto. jco 2º (EDJ 1992/9034); y de 20 de noviembre de 1991, fto. jco. 1º (EDJ 1991/11004); SAP Alicante, secc. 4ª, de 21 de mayo de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/14987); SAP Cuenca, de 23 de junio de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/15696).

963 SSTS de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/5977) y de 22 de mayo de 1986, fto. jco. 4º (EDJ 1986/3411).

964 La STC de 13 de octubre de 1992, fto. jco. 6º (ED 1992/9918), lo califica como «recurso excepcional».

965 AAP Barcelona, secc. 15ª, de 6 de abril de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/14126).

966 STS de 22 de mayo de 1986, fto. jco. 1º (EDJ 1986/3411) que lo califica como «instituto procesal»; AP Madrid, de 14 de diciembre de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/13768), que lo califica como «instituto rituario».

967 SSTS de 9 de abril de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/2119) «es de absoluta discreción del órgano judicial»; STS 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783); de 22 de septiembre de 1992, fto. jco 2º (EDJ 1992/9034) se refiere a una «potestad sustancialmente discrecional»; de 20 de noviembre de 1991, fto. jco. 1º (EDJ 1991/11004); de 6 de octubre de 1990, fto. jco. 1º (EDJ 1990/9067); de 7 de septiembre de 1987, fto. jco. 2º (EDJ 1987/6230) «constituía una facultad de la exclusiva discrecionalidad del órgano jurisdiccional»; de 28 de enero de 1972, fto. jco. 1º (EDJ 1972/29); de 15 de marzo de 1971, fto. jco. 2º (EDJ 1971/120).

como «exclusiva»[968], «inquisitiva»[969], «propia»[970], «soberana»[971], «potestativa»[972], «absoluta»[973], «privativa»[974], «libre»[975], o «extraordinaria»[976]–.

Se destacaba que tales diligencias «no estaban sometidas al impulso procesal de parte»[977], de modo que, no obstante su petición por las partes, «no viene el órgano jurisdiccional ni en primera, ni en segunda instancia, a dar respuesta a tal pretensión»[978].

Con singular precisión, y apartándose de una línea jurisprudencial reiterada que conceptúa las diligencias para mejor proveer como «excepción»[979] o «ajenas al principio dispositivo»[980],

968 SSTS de 26 de junio de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/19933); de 7 de marzo de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/1515); de 25 de enero de 1995, fto. jco. 3º (EDJ 1995/18); de 12 de julio de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/6972); de 8 de mayo de 1992, fto. jco. 3º (EDJ 1992/4460); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578); de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/5977); de 30 de noviembre de 1989, fto. jco. 2º (EDJ 1989/10774).

969 SSTS de 15 de julio de 1997, fto. jco. 1º (EDJ 1997/6157); de 25 de enero de 1995, fto. jco. 3º (EDJ 1995/18); de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 3º y 6º (EDJ 1994/9317); de 8 de octubre de 1990, fto. jco. 3º –la cual, a su vez, cita SSTS de 14 febrero de 1930, de 8 de marzo de 1933 y de 15 junio de 1957– (EDJ 1990/9098).

970 SSTS de 26 de junio de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/19933); de 7 de marzo de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/1515); de 26 de enero de 1998, fto. jco. 4º (EDJ 1998/67).

971 STS de 8 de mayo de 1992, fto. jco. 3º (EDJ 1992/4460); STSJ Navarra, secc. 1ª, de 6 de abril de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/4021); SAP Alicante, secc. 4ª, de 21 de mayo de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/14987).

972 SSTS de 9 de abril de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/2119); y de 6 de octubre de 1990, fto. jco. 1º (EDJ 1990/9067); STSJ Navarra, secc. 1ª, de 6 de abril de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/4021).

973 STS de 9 de mayo de 1974, fto.jco. 1º (EDJ 1974/370). La STS de 15 de marzo de 1971, fto. jco. 2º (EDJ 1971/120) razona que «es tan absoluta que ni las partes la pueden discutir ni contra su resolución se da recurso alguno (sentencia de 6 de diciembre de 1947)».

974 SSTS de 26 de noviembre de 1990, fto. jco. 1º (EDJ 1990/10739) y de 17 de noviembre de 1989, fto. jco. 4º (EDJ 1989/10273).

975 STS de 25 de febrero de 1995, fto.jco. 5º (EDJ 1995/1423).

976 SAP Huesca, de 26 de enero de 1994, fto. jco. 1º (ED 1994/13786).

977 SSTS de 7 de febrero de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/336); de 3 de junio de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/14576); de 7 de marzo de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/1515); de 22 de noviembre de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/9107); de 17 de noviembre de 1994, fto. jco. 1º (EDJ 1994/9387); de 20 de julio de 1993, fto. jco. 1º (EDJ 1993/7385); de 19 de octubre de 1992, fto. jco. 2º (EDJ 1992/10177); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578); de 8 de octubre de 1990, fto. jco. 3º (EDJ 1990/9098); de 7 de septiembre de 1987, fto. jco. 2º (EDJ 1987/623).

978 SSTS de 26 de junio de 1999, fto. jco. 1º (EDJ 1999/19933); de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/5977); y de 7 de julio de 1990, fto. jco. 3º (EDJ 1990/7332).

979 STS de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 3º, (EDJ 1994/9317); y de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/5977); SAP A Coruña, secc. 4ª, de 27 de julio de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/30090).

980 SSTS de 24 de junio de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/49305); de 11 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/3628); de 1 de abril de 1997, fto. jco 2º (EDJ 1997/2110); de 7 de diciembre de 1996,

la STS de 6 de octubre de 1993 deslinda el alcance de las diligencias para mejor proveer con respecto del principio de aportación de parte y del principio dispositivo en los términos siguientes:

> «[..] la práctica de diligencias para mejor proveer, si bien puede considerarse una excepción al principio de aportación de parte, no quebranta el principio dispositivo por cuanto no introduce hechos en el proceso sino que complementa la actividad de las partes, [..]»[981].

2º) El respeto al principio de aportación de parte en orden a la introducción de hechos en el proceso.

Tal discrecionalidad, obviamente, no alcanzaba la posibilidad de introducir hechos nuevos, con infracción del principio de aportación de parte. La iniciativa probatoria «no puede extenderse a la introducción de hechos nuevos ni servir para que los tribunales formen su convicción sobre hechos no alegados por las partes o alegados extemporáneamente»[982]. Tales diligencias revisten carácter de «subordinación y complementariedad [..] a la iniciativa probatoria de las partes»[983].

3º) El respeto de los principios de audiencia y contradicción y la apelación a un uso moderado.

No obstante el amplio margen de discrecionalidad, la misma jurisprudencia apelaba a la «moderación»[984] en su uso, a evitar dejar «al arbitrio de las partes su realización»[985], y a cuidar «la puesta de manifiesto a las partes»[986] de las diligencias practicadas.

---

fto. jco. 2º (EDJ 1996/8353); de 26 de enero de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/119).

981 STS de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783).

982 SSTS de 25 enero de 1995, fto. jco. 3º (RJ 1995/168); de 10 de julio de 1998, fto. jco. 3º (EDJ 1998/11843); de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783); de 21 de septiembre de 1991, fto. jco. 8º (EDJ 1991/8815); de 8 de octubre de 1990, fto. jco. 3º –la cual, a su vez, cita la STS de 26 de febrero de 1916– (EDJ 1990/9098). La STS de 8 de febrero de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/2107) admite la posibilidad de que con las diligencias para mejor proveer se atiendan «hechos nuevos o de nueva noticia susceptibles de ser contemplados en el proceso», sin referencia alguna a que tales hechos sean introducidos por iniciativa judicial, por lo cual debemos entender que son los hechos nuevos que pueden introducir las partes.

983 SSTS de 8 de febrero de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/2107); de 15 de julio de 1997, fto. jco. 2º (RJ 1997/6154); de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783); de 21 de septiembre de 1991, fto. jco. 8º (EDJ 1991/8815); de 22 de mayo de 1986, fto. jco. 2º (EDJ 1986/3411).

984 SSTS de 15 de julio de 1997, fto. jco. 1º (EDJ1997/6157); de 22 de noviembre de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/9107); de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 5º, (EDJ 1994/9317); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (EDJ 1991/10578); de 8 de octubre de 1990, fto. jco. 3º (EDJ 1990/9098); de 30 de junio de 1977, fto. jco. 1º (EDJ 1977/208).

985 SSTS de 7 de febrero de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/336); de 3 de junio de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/14756); de 22 de noviembre de 1996, fto. jco. 1º (EDJ 1996/9107).

Y ello de acuerdo con el inciso final del art.341 de la LEC 1881, a cuyo tenor «en todo caso, el Juez o Sala cuidará de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptarán de oficio las medidas necesarias para ello».

986 SSTS de 17 de junio de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 2000/13765); de 24 de junio 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/18031); de 19 de octubre de 1992, fto. jco. 2º (EDJ 1992/10177); de 22 de septiembre de 1992, fto. jco. 2º (EDJ 1992/9034).

Más aún: no faltaban ocasiones en que la jurisprudencia había advertido un uso inadecuado o erróneo de las diligencias para mejor proveer que había llegado a desnaturalizar la propia iniciativa probatoria del juez. Así, por ejemplo en STS de 7 de diciembre de 1996, al admitir extemporáneamente una documental a través de las diligencias para mejor proveer, se razonaba que:

> «En el caso que nos ocupa, de una forma evidente, la Sala de Apelación ha violado el contenido y la finalidad de esta facultad apreciativa que la Ley ha puesto a su disposición, admitiendo extemporáneamente una abundantísima prueba documental, sin hacer un estudio previo y un pronunciamiento sobre su muy dudosa admisibilidad. La exigida iniciativa del propio órgano jurisdiccional se ha desvirtuado, convirtiéndose éste en cooperador de una de las partes, que de esta forma extralegal ha conseguido la finalidad de introducir en el debate judicial, unos hechos que necesitaban el tamiz establecido en los arts. 506 y 507 de la Ley»[987].

4. Regulación positiva

4.1. Generalidades

Las diligencias finales cierran el Título II (Del juicio ordinario) del Libro II (De los procesos declarativos) y se ubican sistemáticamente dentro del Capítulo IV (De la sentencia). En apenas tres artículos se regula la necesidad de suspender el plazo para dictar sentencia caso de acordarse diligencias finales (art. 434.2 LEC), los supuestos y reglas para su adopción a instancia de parte o de oficio (art. 435 LEC) y el plazo para su práctica y para dictar la sentencia posterior (art. 436 LEC).

En apretada síntesis, y como aspectos más relevantes de la regulación positiva, podemos señalar que las diligencias finales se acuerdan y practican dentro del plazo para dictar sentencia, originando la suspensión del mismo (art. 434.2 LEC).

Como regla general, han de solicitarse a instancia de parte, y se refieren bien a pruebas admitidas y no practicadas por causas ajenas a la voluntad de la parte proponente, bien a pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1 LEC). Sin embargo, y de manera excepcional podrán acordarse de oficio –también a instancia de parte–, previa concurrencia de unos requisitos tasados (art. 435.2 LEC).

El plazo para su práctica es de veinte días, al que sigue un informe de las partes dentro de los cinco días siguientes (art. 436.1 LEC). Y, finalmente, tras el informe de las partes se reanuda el plazo de veinte días para dictar la sentencia posterior (art. 436.2 LEC).

La regulación positiva, sintéticamente expuesta, es bastante fiel a la redacción originaria del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, siquiera en la tramitación

987 STS de 7 de diciembre de 1996, fto. jco. 2º (EDJ 1996/8353).

parlamentaria, tanto en el Congreso de los Diputados cuanto en el Senado, se presentaron diversas enmiendas en las que se abordaron aspectos tan variados como la propia denominación del Capítulo IV del Título II del Libro II[988], la necesidad de ampliar las facultades del juez en materia de iniciativa probatoria[989], la forma (providencia o auto) de la resolución para acordar las diligencias finales[990], la concentración en la práctica de las diligencias finales y la oralidad en el informe sobre el resultado de las diligencias finales[991], la innecesariedad

988 Enmienda núm.1240, de modificación, del G. P. Catalán (CiU) en el Congreso de los Diputados. Proponía que la rúbrica del Capítulo IV, del Título II, del Libro II pasara a denominarse «De las diligencias finales y de la sentencia» –en vez de únicamente «Sentencia», como figuraba en el PLEC– y que se justificaba en el hecho que tal expresión respondía mejor a su contenido. (*Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, ob. cit., pp. 699). La misma enmienda fue reproducida en el Senado con el núm.363 y fue presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió. (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.II, ob. cit., p.1785).

989 Enmienda núm.417, de modificación, del G.P. Socialista en el Congreso de los Diputados. Pretendía cambiar el art.437 del PLEC y bajo la «motivación» de una «mejora técnica» perseguía una ampliación de la facultades de iniciativa probatoria de oficio. Se proponía que el juez pudiera acordar, como diligencia final, «la práctica de diligencias finales que no hubieran podido practicarse en fase ordinaria». Para ello establecía como requisito que la persona o elemento de prueba apareciera «referido en las actuaciones y le permitiera resolver el conflicto de intereses existente entre las partes». Solamente fijaba como límite que el juez no podía suplir «la injustificada falta de actividad probatoria de cualquiera de las partes» (*Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, ob. cit., p.294). El mismo G. P. Socialista presentó una enmienda –la núm.114– en el Senado con la misma finalidad de incrementar la iniciativa probatoria de oficio y en la que pretendía que los supuestos finalmente recogidos en el art.435.1 LEC también se pudieran acordar de oficio. (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.II, ob. cit., p.1703).

También en la dirección de incrementar la iniciativa probatoria de oficio fue presentada la enmienda núm.1571 por el G.P. Federal Izquierda Unida en el Congreso de los Diputados. Con ella se preveía la posibilidad de acordar diligencias finales de oficio «en resolución motivada» con la finalidad de «asegurar la justa resolución del conflicto debatido» y sin otro límite distinto del que no «puedan sustituir la voluntaria inactividad de las partes en defensa de sus intereses» (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, ob. cit., p.631).

990 Enmienda núm.974 del G.P. Popular en el Congreso de los Diputados y enmienda núm.218 del mismo G.P. Popular en el Senado en las que se pretendía especificar el tipo de resolución que debía adoptarse para acordar una diligencia final. En el Senado se propuso y prosperó que se suprimiera la expresión que las diligencias finales debían acordarse «mediante providencia», que figuraba en el art.435.2 del texto aprobado por el Congreso de los Diputados (*Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, ob. cit., pp. 470 y t.II, ob. cit., p.1703).

991 Enmienda núm.1572, de modificación, del G.P. Federal Izquierda Unida en el Congreso de los Diputados. Se pretendía cambiar el art.438 del PLEC, y bajo la «justificación» de una mejora técnica se perseguía que «las diligencias finales se practicaran en unidad de acto [..], salvo que esté admitido que se practiquen como diligencia final». Y respecto al informe sobre el alcance de las diligencias finales se postulaba «que las partes informaran oralmente en la vista de las diligencias finales», exceptuando las diligencias que no pudieren practicarse en la vista, en cuyo caso debían informar «en el mismo acto si hubiesen sido anteriores; y en el plazo de tres días desde haber recibido la noticia, en caso

del recurso frente a la resolución que acordaba una diligencia final y la extensión de las diligencias finales a toda clase de procesos, así como a la segunda instancia[992].

De la regulación positiva interesa ahora destacar varios aspectos. Por una parte, la normativa respecto a la forma de la resolución para acordar o denegar una diligencia final. Y, por otra parte, la ausencia de previsiones legales en extremos tales como el momento de la solicitud y de la resolución de la diligencia final extraordinaria, las clases de pruebas que pueden adoptarse como tales, y la solicitud de diligencias finales en más de un momento procesal[993].

4.2. Forma de la resolución

En cuanto a la forma de la resolución, y a diferencia de las derogadas diligencias para mejor proveer, que se acordaban mediante providencia (art. 342 LEC/1881), las diligencias finales extraordinarias –también las ordinarias– deberán revestir forma de auto, habiendo recibido este cambio un juicio doctrinal favorable[994].

Tal exigencia formal aparece literalmente prevista para la adopción de las diligencias finales ordinarias (art. 435.1 LEC), al indicar que las diligencias deberán recogerse «mediante auto». Y aparece también recogida para las diligencias finales extraordinarias, pero no en el párrafo primero del art. 435.2 LEC, que regula los presupuestos para adoptar tales diligencias, sino en el párrafo segundo del art. 435.2 LEC. En dicho párrafo, y en trance de establecer un deber de motivación reforzado, alude expresamente al hecho que la motiva-

---

contrario». (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, ob. cit., p.631).

992 También en defensa de la vigencia del principio de la oralidad puede verse la enmienda núm.115 del G.P. Socialista en el Senado. Se proponía una nueva redacción al art.436 aprobado en el Texto del Congreso de los Diputados de manera que a la práctica de las pruebas sucedieran los informes orales de los Letrados al modo como establecía el art.433.2 del mismo Texto del Congreso de los Diputados para las conclusiones orales de los Letrados en el acto del juicio (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.II, ob. cit., p.1704).

Enmienda núm.360 del G.P. Catalán de Convergència i Unió en el Senado, que bajo la «justificación» de «establecer el mantenimiento de las diligencias finales» contemplaba, entre otros aspectos, la necesaria intervención de las partes, la irrecurribilidad de la resolución que adopta una diligencia final y la posibilidad de acordar diligencias finales «en toda clase de procesos así como también en la segunda instancia». (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.II, ob. cit., p.1784).

993 Tales dudas se plantean igualmente respecto de las llamadas diligencias finales ordinarias (art. 435.1 LEC), pero nos limitamos a las extraordinarias (art. 435.2 LEC) por ser las únicas que puede el juez acordar *ex officio iudicis.*

994 Martín Ostos, J. S., *Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.2191; y del mismo autor *Actividad probatoria judicial en el nuevo proceso civil*, en «Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Gutiérrez-Alvi Conradi, F. –dir–, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.273; Romero Rey, C. *Las diligencias finales.* , ob. cit., p.16.

ción deberá «en este caso»[995] (se refiere a los supuestos del art. 435.2 LEC) constar «en el auto en el que se acuerde la práctica de diligencias [..]»[996].

4.3. Solicitud

Respecto del momento de la solicitud, y a diferencia de lo previsto en el Anteproyecto de LEC[997], la LEC no contiene ninguna previsión específica, por lo que podrán solicitarse las diligencias finales bien en la fase de conclusiones y de forma oral, bien dentro del plazo para dictar sentencia y de modo escrito.

Parece oportuno, por ende, distinguir varios supuestos atendiendo, por una parte, a la iniciativa probatoria (solicitud a instancia de parte o acuerdo *ex officio iudicis*) y, por otra parte, al momento de la solicitud (conclusiones o plazo para dictar sentencia).

Si la solicitud la efectúa alguna o algunas de las partes en la fase de conclusiones –o, en su caso, en la vista del juicio verbal– deberá ser oral, dado que el acto del juicio –en su caso, la

995 Ello puede llevar a plantear la cuestión del porqué «en este caso», esto es, en los supuestos del art. 435.2 LEC (diligencias finales extraordinarias) es necesario motivar expresamente la concurrencia de los presupuestos legales, y no se exige el mismo deber de motivación «en el otro caso,» esto es, en los supuestos del art. 435.1 LEC (diligencias finales ordinarias). La única posible interpretación es que el legislador estima que es necesario tanto la motivación para la adopción (o, en su caso, para la denegación) de las diligencias finales ordinarias como para las extraordinarias. Pero, a diferencia de la regulación de las diligencias finales ordinarias, en las que expresamente se preceptúa que la forma de resolución ha de ser «mediante auto» (art. 435.1 LEC), en las diligencias finales extraordinarias se sobreentiende que deben adoptarse mediante auto y se establece un deber de motivación reforzado y derivado del propio carácter excepcional de tales diligencias.

Acaso a efectos de claridad sistemática, hubiera sido preferible subdividir el art. 435 LEC en tres apartados: 1) En un primer apartado, para señalar los presupuestos de las diligencias finales ordinarias; 2) Un segundo apartado, para señalar los presupuestos de las diligencias finales extraordinarias, en el que dichos presupuestos podían haberse numerado, al igual como se ha hecho con la regulación de los presupuestos de las diligencias finales ordinarias; 3) Un tercer apartado, para regular la forma de resolución para acordar las diligencias finales. Una posible fórmula sería: «Las diligencias finales se acordarán mediante auto, que en los supuestos del número 2 de este artículo deberá contener una motivación específica sobre la concurrencia de las circunstancias y motivos previstos en él mismo».

996 La razón por la que se especifica el tipo de resolución (auto) para acordar las diligencias finales extraordinarias en el párrafo segundo del art. 435.2 LEC y no en el párrafo primero del mismo artículo puede encontrarse en la tramitación parlamentaria del citado artículo legal. En efecto, y como ya hemos puesto de manifiesto, a raíz de la enmienda núm.218 del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, se suprimió la expresión que las diligencias finales debían acordarse «mediante providencia» que figuraba en el art.435.2 LEC del texto remitido por el Congreso al Senado. (Dorrego de Carlos, A. –coord–, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, t.I, pp. 470 y t.II, p.1703).

997 Debe precisarse que el Anteproyecto de LEC preveía a la terminación del período de prueba, la posibilidad de que las partes pudieran presentar un escrito de conclusiones (art. 436.1 ALEC) y que a instancia de parte pudieran solicitarse diligencias finales en dicho escrito de conclusiones (art. 439 ALEC). Ninguna de estas previsiones figuraba en el Proyecto LEC.

vista– viene presidido por la oralidad (arts. 433.2 y 443 LEC)[998]. En cambio, si es la misma parte quien solicita las diligencias finales extraordinarias durante el plazo para dictar sentencia la única posibilidad es que tal solicitud se efectúe por escrito, puesto que, a diferencia de la previsión inicial del Anteproyecto LEC[999], no existe un trámite de vista en la fase final del juicio.

Por el contrario, si la iniciativa para la práctica de diligencias finales parte del juez, lo habitual será que se efectúe mediante auto motivado y dentro del plazo para dictar sentencia, una vez haya ponderado la insuficiencia del acervo probatorio obrante en las actuaciones (*post conclusum quando fit ad declarandam dubiam probationem)*. Ello no obstante, y singularmente en asuntos de escasa complejidad jurídica, nada impide que si la conveniencia de acordar una diligencia final se advierte por el juez en la fase del juicio lo manifieste oralmente a las partes[1000], siquiera la adopción de la diligencia requiera el posterior auto motivado (art. 435.2 II LEC).

4.4. Resolución

Tampoco existe una previsión legal específica sobre el momento para dictar la resolución judicial que admite o deniega la diligencia final solicitada a instancia de parte. El art. 434.2 LEC se limita a prescribir la suspensión del plazo para dictar sentencia una vez acordadas las diligencias finales, pero no fija una plazo para la resolución.

Ello nos obliga a distinguir dos hipótesis. Si la solicitud se formula en el acto del juicio, el juez puede resolver oralmente y de forma motivada en dicho acto[1001] (favoreciendo con ello la concentración), o bien puede resolver dentro de un breve plazo siguiente (cinco

998 A favor de la conveniencia de su solicitud en las conclusiones orales puede verse Rodríguez Achutegui, E., *Juicio ordinario (arts. 399-436 LEC)*, en «LEC XX Comentada», vol. I, ob. cit., p.845. Por su parte, Fernández Seijo, J. Mª. (*De los procesos declarativos*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» ob. cit., p.159) afirma que «ni en este Capítulo [se refiere al Capítulo Tercero] ni en el siguiente establece la nueva Ley en qué momento pueden las partes reclamar la práctica de diligencias finales; nada impide que se formule dicha solicitud tras las conclusiones». Sanchís Crespo, C., (*Nuevo proceso civil y nuevas tecnologías: la prueba*, en Revista del Poder Judicial, núm. 68, 2002-IV, p.394), y para el supuesto de los hechos nuevos o de nueva noticia admite que la solicitud de las partes pueda «adelantarse al propio acto del juicio e incluso en el tiempo que medie entre la terminación de aquél y el inicio del cómputo del plazo para dictar sentencia».

999 Art. 436.4 ALEC. «En el escrito de conclusión, la parte podrá solicitar que se celebre vista al objeto de resumir su posición en el caso».

1000 Pensemos, por ejemplo, en una reclamación de juicio ordinario de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de circulación, a raíz de una colisión en carretera estrecha y curva cerrada con versiones totalmente contradictorias entre actor y demandado, habiendo presenciado la colisión dos testigos que han sido citados judicialmente al acto del juicio. Pues bien, si uno de los testigos no comparece al acto del juicio por causas que se ignoran, nos parece razonable que en el mismo acto del juicio el juez pueda acordar, como diligencia final, su declaración posterior.

1001 Obviamente tal resolución oral y motivada en el acto del juicio no es óbice para que posteriormente, y por imperativo del art. 435.2, II LEC, la resolución oral deba documentarse en forma de auto.

días), si la complejidad del material probatorio que ha accedido a las actuaciones requiere un estudio más detenido.

Mayores dificultades plantea la solicitud escrita efectuada dentro del plazo para dictar sentencia. A falta de previsión específica, dicha solicitud deberá resolverse lo antes posible[1002] y, en todo caso, en el plazo de cinco días[1003].

4.5. Pruebas admisibles como diligencias finales

Tampoco existen previsiones normativas específicas sobre las pruebas admisibles como diligencias finales[1004], a diferencia de lo que sucede en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 61. 2 LJ)[1005] y laboral (art. 88 LJS)[1006].

El silencio del legislador puede ser objeto de distintas interpretaciones. Una primera, es que el legislador del siglo XXI, a diferencia del legislador del siglo XIX, estima innecesario establecer un sistema de lista de medios de prueba admisibles como diligencias finales, por sobreentender que es posible practicar cualquier medio de prueba[1007].

1002 La razón es obvia: debe procurarse dilatar lo menos posible la fase final del juicio en coherencia con la previsión de la Exposición de Motivos de la LEC de restringir «la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario» (EM, epígrafe XII, párrafo onceavo).

1003 La concesión de un breve plazo máximo de cinco días se justifica en que, en determinadas ocasiones, la solicitud de alguna prueba requerirá por parte del juez el estudio del acervo probatorio ya existente en las actuaciones para razonar, como exige el art.435.2 II LEC, la concurrencia o no de los requisitos exigidos por el art.435.2 LEC.

1004 Villagómez Cebrián, M. (en *La prueba*, «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.102) apunta que, no obstante el silencio del legislador, «se pueden practicar como diligencias finales todas las previstas en la ley».

1005 El art. 61.2 LJ 1998 (Ley 29/1998, de 13 de julio), al igual que su precedente y antecedente inmediato el art. 75.2 LJ 1956 (Ley de 27 de diciembre de 1956), permitían adoptar para mejor proveer «cualquier diligencia de prueba que estimare [el órgano jurisdiccional] necesaria».

1006 El art.88 de la LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre), al igual que sus antecedentes los arts. 88 LPL (Real Decreto Legislativo 2/1995, de7 de abril), y el art.87 (Decreto 2381/1973, de 17 de agosto) permitía al juez, para mejor proveer, «la práctica de cuantas estime necesarias».

1007 Entre los primeros comentaristas de la LEC de 1855 (Hernández de la Rúa,V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.1º, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856, p.79; y también Nogués Secall, M., *Tratado de la práctica forense novísima según la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855*, t. 1º, Imprenta de M. Sanz y Gómez, Madrid, 1856, p.550) el silencio sobre la referencia a la testifical en la enumeración de pruebas admisibles como diligencia para mejor proveer al amparo del art.48 LEC 1855 había sido interpretado como imposibilidad de práctica de la prueba testifical, bajo el argumento que sólo podían acordarse los medios previstos en el art.48 LEC 1855, con exclusión, por tanto, de aquellos otros no previstos.

Con anterioridad a la reforma de 1984, Reyes Monterreal, J. Mª. (*En torno a las diligencias para mejor proveer*, en «RGD», 1953, pp. 89 y ss.) refleja las tensiones entre una interpretación literal de la ley y una interpreta-

Sin embargo, tal esfuerzo enumerador resulta innecesario en la actualidad, máxime cuando existe un sólido cuerpo jurisprudencial que ha admitido como diligencia para mejor proveer cualquier medio de prueba, incluida la testifical[1008], expresamente recogida en la dicción del art. 340 LEC 1881, tras la Reforma de la LEC por Ley 34/1984, de 6 agosto. A mayor abundamiento se puede añadir que tanto en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuanto en el orden social, se admiten, como diligencias para mejor proveer, cualesquiera diligencias de prueba.

Una segunda interpretación es que bajo la expresión «la práctica de actuaciones de prueba», recogida en el art. 435.1 LEC, o la expresión similar «que se practiquen de nuevo pruebas» del art. 435.2 LEC, ya se engloban implícitamente todos los medios de prueba admisibles en el proceso civil y enumerados en el art. 299 LEC, por lo que tampoco resulta necesaria la mención particular de cada uno de ellos. El carácter genérico y omnicomprensivo de las expresiones legales transcritas permite adoptar como diligencia final cualquier prueba y la expresión individualizada de tales medios únicamente dificulta la inteligencia del precepto legal.

Una tercera posible interpretación es que la opción legislativa se ha orientado decididamente a recortar la amplitud de la iniciativa probatoria de oficio que conferían las derogadas diligencias para mejor proveer, más que a establecer un sistema de lista de medios de prueba admisibles como diligencias finales.

En la regulación de las diligencias finales, tanto ordinarias cuanto extraordinarias, las preocupaciones fundamentales del legislador han sido, por una parte, fijar los presupuestos –sea en forma de «reglas» del art. 435.1 LEC, sea en forma de «circunstancias y motivos» del art. 435. 2 LEC– para la adopción de diligencias finales, delimitando restrictivamente su alcance positivo. Y, por otra parte, fijar el carácter excepcional de las diligencias finales que se pueden acordar *ex officio iudicis*, restringiendo la iniciativa probatoria de oficio[1009].

---

ción ajustada a la finalidad de las diligencias finales, y admite la posibilidad de testifical para mejor proveer de «una persona que él mismo (el juez) sepa que ha sido testigo del hecho o dar luz acerca del mismo» (p.91). Y Gómez Colomer, J. L. (con Montero Aroca, J. y Ortells Ramos, M., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, t.II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p.303) justifica, también con anterioridad a la reforma de 1984, la exclusión de la testifical para mejor proveer por la desconfianza del legislador hacia tal prueba.

De manera significativa el art. 87.1 del Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se daba nueva redacción al derogado texto refundido de Procedimiento Laboral disponía que «Terminado el juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia el Magistrado podrá acordar para mejor proveer la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, incluso la testifical».

1008 La SAP Sevilla, de 10 de febrero de 1992, fto. jco. 3º (EDJ 1992/13199) razona que «El art. 340.4 LEC faculta al juzgador para acordar, como diligencia para mejor proveer, y mediante resolución irrecurrible, el examen de testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que, como aconteció en este supuesto, constase su nombre en autos aunque fuera por alusiones de las partes».

1009 Esta interpretación podría encontrar soporte en la justificación de la Exposición de Motivos que alude a que «las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad» (Exposición de Motivos LEC, epígrafe XII, párrafo doceavo).

Al legislador, por ende, no le preocupa tanto recoger las pruebas admisibles como diligencias finales, por ser ésta una cuestión pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, cuanto dejar sentado que la iniciativa probatoria en la fase final del juicio aparece condicionada a la previa petición de parte. Y aún en los supuestos excepcionales, reconocidos y admitidos como iniciativa probatoria de oficio, es necesaria la concurrencia de determinados requisitos habilitantes.

Otra posible interpretación es que el legislador, acorde con la inspiración fundamental de suprimir las diligencias para mejor proveer y sustituirlas por las diligencias finales, ha optado por una configuración legal alejada de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, muy atentas a la fijación de los supuestos (esto es, de los medios de prueba) que era posible acordar para mejor proveer y que obviaban toda referencia a la necesidad de atender a «reglas» (art. 435.1 LEC) o requisitos (art. 435.2 LEC) para su adopción. Además, no es tan necesario enumerar los medios de prueba admisibles como diligencias finales, cuando éstas se configuran con carácter excepcional.

Finalmente, otra cuestión también carente de regulación específica, es la relativa a la solicitud de diligencias finales en más de un momento procesal –y, claro está, dentro del período para dictar sentencia–, posibilidad no contemplada en la LEC y que, en principio, no puede excluirse, salvo que el solicitante actúe con mala fe procesal (art. 247 LEC).

5. La práctica de diligencias finales en supuestos discutidos

La regulación de las diligencias finales en el Título II (Del juicio Ordinario) del Libro III (De los procesos declarativos) ha suscitado la cuestión relativa a su ámbito de aplicación. Mientras unos limitan la práctica de diligencias finales al juicio ordinario, otros la extienden al juicio verbal, y también a la segunda instancia[1010].

La polémica doctrinal, para algún autor susceptible de suscitar «consideraciones de dudosa constitucionalidad»[1011], puede resultar encauzada por la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales. Analizaremos separadamente la práctica de diligencias finales en el juicio verbal y en la segunda instancia, puesto que los argumentos en favor o en contra su práctica requieren un análisis particularizado en cada uno de los supuestos discutidos.

1010 Tampoco faltan autores que se han pronunciado a favor de su admisión en el recurso extraordinario por infracción procesal, en el recurso de casación y en la audiencia al rebelde. Ver al respecto Romero Rey, C., *Derecho a la prueba..* , ob. cit., p.425.

1011 Vázquez Sotelo, J. L. (*Diligencias finales*, ob. cit., p.560) afirma que «el debate al respecto podría extenderse con consideraciones sobre la dudosa constitucionalidad de tan diferente ejercicio de la potestad jurisdiccional y de derechos de las partes según sea el juicio de que se trate».

Y haremos también una referencia a su práctica en los procesos no dispositivos y en la ley concursal.

5.1. En el juicio verbal

La posibilidad de diligencias finales en el juicio verbal ha dividido a la doctrina entre un sector mayoritario y contrario a su práctica[1012] y un sector minoritario y partidario de su admisión[1013], sin faltar posiciones más matizadas que limitan la práctica de diligencias finales a ciertos supuestos[1014].

1012 Por orden alfabético se han pronunciado por la no admisión de diligencias finales en el juicio verbal: Cedeño Hernán, M. *¿Pueden practicarse diligencias finales en el juicio verbal?*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.2, febrero 2002, pp. 39-40; Escribano Mora, F. (*Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3263) para quien «[..] acertada o equivocada, a nuestro juicio la opción legislativa es bastante clara [..]»; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G. (*La Prueba Civil*, ob. cit., p.271); Martín Ostos, J. S. (*Comentario al art. 434 LEC*, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.2183) quien, no obstante, sostiene que la limitación de diligencias finales al juicio ordinario carece de justificación y afirma (en *Las diligencias finales*, ob. cit., pp. 401-403) que *de lege ferenda* deberían admitirse en el juicio verbal; López-Fragoso, T. y Reverón Palenzuela, B. (*Comentario a los arts. 435-436 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.V, ob. cit., p.451); Morenilla Allard, P. (*Las diligencias finales.. ,* ob. cit., p.602), quien lógicamente, y a la luz del artículo publicado, se pronuncia respecto de la regulación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil; Ramos Ibós, T. (*Una Interpretación Judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Seminario de Jueces y Secretarios Judiciales de Primera Instancia de Barcelona, coord. por Marquina Castells, m. et al., Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p.80); Rodríguez Achútegui, E. (*Juico ordinario (arts. 399-436 LEC)*, en «Lec XX comentada», ob. cit., p.845); Serra Domínguez, M., (*La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.43).

1013 Carbonell Tabeni, J., *Las diligencias finales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 1070-1071; Carreras, MARAÑA, J. M., *Especialidades del juicio verbal y del juicio ordinario*, en «Criterios judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, Madrid, 2003, p.172; Hoya Coromina, J., *Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1935; Romero Rey, C. (*Las diligencias finales.. ,* ob. cit., p.15) quien, aun con referencia al Proyecto de LEC, extiende la práctica de diligencias finales no sólo al juicio verbal, sino también a la segunda instancia, al recurso extraordinario por infracción procesal, al recurso de casación y en la audiencia al rebelde; Ortíz Aguirre, J. Mª.; Rubio García, E.; Ruiz Martín, S.; Serreta Pesquera, R. Mª., *Las diligencias finales*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 121 y ss.; Vázquez Sotelo, J. L., *Las diligencias finales*, ob. cit., p.561.

1014 González Granda, P. (*La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.1, enero 2003, pp. 32 y 33) parte como regla general de la imposibilidad de diligencias finales en el juicio verbal y admite como excepciones: a) la aportación de documentos por el demandado cuando no se encuentren a su disposición; b) en el interrogatorio ya iniciado del representante legal en el caso de que alguna de las preguntas formuladas se refiera a hechos en los que éste no ha tenido participación (art. 309.2 LEC); c) la prueba de informes del art. 381 LEC; Sanahuja Buenaventura, M. (*El problemático juicio verbal*, en «La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Picó i Junoy, J. (dir.), ed. Bosch, Barcelona, 2002, p.93) indica que existen dos referencias a la

5.1.1. Argumentos contrarios

En contra de la práctica de diligencias finales en el juicio verbal se aduce, resumidamente, la interpretación literal de algunos preceptos (arts. 271.1; 286; 445 y 309.2 *in fine* LEC), la estructura sencilla del juicio verbal y la necesidad de mantener la vigencia del principio de oralidad.

Un primer grupo de razonamientos parte de la literalidad de varios preceptos de la LEC. Así, el art. 271.1 LEC, que fija el acto de la vista (para el juicio verbal) y el acto del juicio (para el juicio ordinario) como momentos preclusivos para la presentación de documentos, y establece una excepción o reserva de práctica de diligencias finales, pero limitada exclusivamente al juicio ordinario[1015]. También el art. 286 LEC, referido a la alegación y prueba de los hechos nuevos o de nueva noticia, y para los supuestos en los que la alegación de tales hechos es posterior al momento de la práctica de la prueba, difiere su práctica a las diligencias finales, pero nuevamente limitada al juicio ordinario.

Por su parte, el art. 445 LEC, en sede de juicio verbal, efectúa una remisión a la normativa de las disposiciones generales sobre la prueba (Capítulo V del Título I del Libro II) y a la normativa sobre los medios de prueba y las presunciones (Capítulo VI del Título I del Libro II), pero dicha remisión no alcanza la normativa sobre las diligencias finales, que se encuentra regulada en Título distinto (Capítulo IV del Título II del Libro II)[1016]. Y, finalmente, el art. 309. 2 *in fine* LEC, que alude a la posibilidad de practicar como diligencia final el interrogatorio de persona jurídica o de entidad sin personalidad «fuera del juicio», lo cual es propio del juicio ordinario, pero no alude a la vista, que es propia del verbal[1017].

Un segundo grupo de razonamientos subraya la estructura sencilla del juicio verbal, con una fase concentrada de alegaciones, proposición y práctica de prueba. Se dice que, de admitirse la práctica de diligencias finales en el juicio verbal, éste perdería su auténtica fina-

práctica de diligencias finales en el juicio verbal, el art.315 y el art.460.2.2ª LEC, éste último sin distinguir el tipo de proceso en el que se puede solicitar en segunda instancia las pruebas no practicadas por causas ajenas a la parte proponente.

1015 En este sentido Hoya Coromina, J. *Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1935; Cedeño Hernán, M. *¿Pueden practicarse diligencias finales en el juicio verbal?*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.2, 2002, p.40.

1016 Martín Ostos, J. S., *Comentario al art. 434 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.2183; y del mismo autor *Actividad probatoria judicial..* , ob. cit., p.274 y *Las diligencias finales*, ob. cit., p.401; López-Fragoso, T. y Reverón Palenzuela, B., *Comentario a los arts. 435-436 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.V, ob. cit., p.451.

1017 Martín Ostos, J. S. (*Actividad probatoria judicial..* , ob. cit., pp. 275 y en *Las diligencias finales*, ob. cit., p.401). El mismo autor señala, por el contrario, que al regular el interrogatorio en casos especiales (art.315.2 LEC), «después de aludir al acto del juicio o de la vista (por lo tanto, a ambos procesos ordinarios), contempla la posibilidad de que se remita nuevo interrogatorio como diligencia final». En sentido similar, Cedeño Hernán, M., *¿Pueden practicarse diligencias finales en el juicio verbal?*, en ob. cit., p.40.

lidad, esto es, la de poder discutir en breves plazos los litigios cuantitativamente inferiores[1018]. La aplicación subsidiaria de la normativa del juicio ordinario al juicio verbal comportaría la desaparición de este último. Se añade, además, que en el juicio verbal no existe ningún precepto que regule la práctica de diligencias finales[1019] y que, a diferencia del juicio ordinario (art. 434.2 LEC), en la normativa del juicio verbal no existe ninguna previsión que permita la suspensión del plazo para dictar sentencia. La propia estructura del juicio verbal, tal como se deduce del artículo 443 LEC, se caracteriza por la concentración y no por la suspensión[1020].

Finalmente, un tercer grupo de argumentos defiende la vigencia del principio de oralidad con unidad en la realización de actos procesales. Se argumenta que el juicio verbal, después de la presentación de la demanda, se desarrolla todo él en unidad de acto, en una vista presidida por el principio de oralidad y sus principios-consecuencia de inmediación, concentración y publicidad, lo que se quebraría de admitirse diligencias finales. Además, se añade que el legislador ha querido reforzar el principio de oralidad en el juicio verbal[1021].

5.1.2. Argumentos favorables

Paralelamente, a favor de la práctica de diligencias finales en el juicio verbal se aduce, en síntesis, una interpretación finalista de la regulación de las diligencias finales, una interpretación sistemática de la LEC, la propia estructura sencilla del juicio verbal, y la previsión normativa de la práctica de ciertas pruebas como diligencias finales.

Un primer grupo de argumentos se basa en una interpretación finalista o teleológica del art. 435 LEC. La iniciativa probatoria de oficio debe ser idéntica siempre que concurran los requisitos del art. 435 LEC, cualesquiera que sea el tipo de juicio en que no encontremos. Y ello porque el problema del juez enfrentado a las diligencias finales es siempre el mismo: la existencia de prueba incompleta que precisa completar para mejor formar su convicción judicial[1022].

Un segundo grupo de argumentos gira en torno a una interpretación sistemática de la LEC. Ningún precepto positivo limita la práctica de las diligencias finales al juicio ordi-

1018 Ramos Ibós, T., *Una Interpretación Judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.80.

1019 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3263. Al respecto Martín Ostos, J. S. (*Actividad probatoria judicial..* , ob. cit., p.274) pone de manifiesto el contraste que supone que en la regulación del juicio verbal no se aluda a las diligencias finales y, por el contario, se aluda a la facultad del apartado uno del art.429 LEC.

1020 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 435 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. IV, ob. cit., p.3262.

1021 Morenilla Allard, P. (*Las diligencias finales..* , ob. cit., p.602). Conviene matizar que tales observaciones se hacen con respecto al ALEC, que admitía la posibilidad de conclusiones «escritas» en el juicio ordinario y una eventual y posterior vista oral.

1022 Vázquez Sotelo, J. L. (*Las diligencias finales*, ob. cit., p.561) sostiene que, si bien desde una interpretación literal o sistemática de la LEC resulta coherente no admitir las diligencias finales en el juicio verbal, debe acogerse una interpretación finalista o teleológica del art. 435 LEC que permita la práctica de diligencias finales en el juicio verbal.

nario y de producirse tal limitación, se introduciría una distinción poco razonable para la solicitud de pruebas en segunda instancia. El art. 460.2.2ª LEC dispone como requisito para admitir la práctica de pruebas que no hubieran sido realizadas por causa no imputable a la parte «ni siquiera como diligencias finales», sin distinción entre juicio ordinario o verbal[1023].

Un tercer grupo de argumentos alude a la propia estructura del juicio verbal, pues la brevedad del plazo para solicitud y práctica de prueba justifica que las diligencias finales adquieran mayor relevancia[1024]. Es más, de admitirse una prueba en la vista del juicio verbal y no poder practicarse por causas ajenas a la voluntad de la parte, tal medio de prueba podría volverse a solicitar en la segunda instancia (art. 460.2.2º LEC), ensanchando el ámbito de la misma, finalidad no deseada por el legislador.

Un cuarto grupo de argumentos destaca la imposibilidad de practicar determinadas diligencias de prueba. Ciertas diligencias de prueba como las señaladas en los artículos 309 LEC (interrogatorio de persona jurídica o de entidad sin personalidad) y 315 LEC (interrogatorio en casos especiales[1025]), sólo podrán practicarse como diligencias finales, y así expresamente está previsto en la LEC.

Y, por último, puede citarse su admisibilidad en algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la STS de 12 de noviembre de 2008 se dice:

> «La segunda, porque, como se dice en aquel auto, podía haberse pedido y practicado como diligencias finales, ya que el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las contempla para el juicio ordinario, pero teniendo en cuenta la norma constitucional del artículo 24 de la Constitución Española que proscribe la indefensión, se deben admitir tanto para el juicio verbal, que no prevé pero tampoco prohíbe el artículo 447, como también entendió esta Sala que caben en el trámite de apelación (en sentencia de 26 de febrero de 2007)»[1026].

5.1.3. Posición personal

Por nuestra parte, abogamos por la práctica de diligencias finales en el juicio verbal en atención a las siguientes razones:

1023 Hoya Coromina, J., *Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1935. En sentido similar, Sanahuja Buenaventura, M. (*El problemático juicio verbal*, ob. cit., p.93) destaca que el art. 460.2.2º LEC también contiene una argumento favorable a la práctica de diligencias finales en el juicio verbal al no hacer distinción entre el juicio ordinario y el juicio verbal respecto de las pruebas que se pueden solicitar en segunda instancia, cuando han sido propuestas y admitidas en la instancia y no practicadas por causas ajenas a la parte proponente.

1024 Hoya Coromina, J., *Comentario al art. 435 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ob. cit., p.1935.

1025 Sanahuja Buenaventura, M. (*El problemático juicio verbal*, ob. cit., p.93) destaca que el art. 315 LEC «se refiere a la posibilidad explícita de acordar en un juicio verbal una diligencia final».

1026 STS, Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2008, fto. jco.2º (RJ 2008\7128).

1º) Los argumentos que limitan la práctica de diligencias finales a partir de la literalidad de algunos preceptos (particularmente los arts. 271.1; 286 y 309.2 LEC) no se dirigen tanto a excluir la práctica de diligencias finales en el juicio verbal, cuanto a regular el único momento procesal (las diligencias finales) en el que en determinados supuestos (aportación de documentos sobre hechos nuevos, prueba de hechos nuevos alegados con posterioridad a la práctica de prueba, interrogatorio de persona jurídica ya iniciado cuando el legal representante no conoce personalmente de los hechos) resulta posible la práctica de diligencias de prueba en el juicio ordinario.

Y la no extensión de la remisión del art. 445 LEC sobre la prueba a las diligencias finales puede justificarse en que la normativa de las diligencias finales se halla precisamente excluida de la normativa de la prueba, al regularse en Títulos distintos[1027].

2º) Los argumentos que preservan la esencia y estructura del juicio verbal sobre la exclusión de diligencias finales olvidan que las normas sobre la legalidad probatoria deben interpretarse de conformidad con el derecho fundamental y constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). La ausencia de una prohibición expresa de practicar diligencias finales en el juicio verbal autoriza a aplicar con flexibilidad y amplitud las normas probatorias[1028], siendo preferible permitir la máxima actividad probatoria de las partes, porque ella va a contribuir a formar la mejor convicción judicial.

3º) Los argumentos que defienden la vigencia de la oralidad en el juicio verbal olvidan que también la oralidad preside el juicio ordinario –tanto en la audiencia previa cuanto en el acto del juicio– y tal principio ha sido sacrificado al admitir un resumen de pruebas por escrito tras la práctica de diligencias finales (art. 436.1 LEC). Para paliar la quiebra de la oralidad hubiera bastado que, tras la práctica de las diligencias finales, al igual como sucede tras la práctica de pruebas en el juicio ordinario (art. 433.2 LEC), se hubiera previsto un trámite de conclusiones orales.

4º) La configuración del procedimiento probatorio en el diseño de la LEC tiene mejor encaje –y, en realidad, parece pensado– para un tipo de juicio como el ordinario, con separación entre la fase de proposición y admisión de prueba (audiencia previa) y la fase de práctica de prueba (juicio), de manera que entre ambas puedan prepararse determinadas pruebas de imposible realización en un modelo concentrado de

1027 Las diligencias finales se regulan en el Título II («Del Juicio ordinario») mientras que las disposiciones generales sobre la prueba se regulan en el Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos»), ambos del Libro II.

1028 En este sentido Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduard Font Serra, t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, p.881.

juicio con una única fase de proposición y práctica (ej. el requerimiento de deber documental entre partes *ex* art. 323 LEC o la emisión de un dictamen por perito de designación judicial *ex* art. 346 LEC). Semejante modelo de procedimiento probatorio no siempre encaja con el diseño del juicio verbal, articulado sobre la base de una fase concentrada de proposición y práctica de prueba.

5º) La admisión razonada y motivada, que no abusiva o meramente dilatoria, de diligencias finales en el juicio verbal va a permitir resolver problemas de práctica forense, derivados del limitado diseño del juicio verbal, ya expuesto.

Entre ellos, y sin ánimo exhaustivo: a) La aportación como documental de sentencias recaídas con posterioridad a la celebración de la vista y antes de dictar sentencia, que sean decisivas para resolver el juicio. Constituye una de las excepciones a la preclusión documental, siquiera limitada injustificadamente al juicio ordinario como diligencia final (art. 271. 2 LEC); b) La práctica de prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia, conocidos después de la celebración de la vista y antes de dictar sentencia, también limitada injustificadamente al juicio ordinario como diligencia final (arts. 286.3 y 435.1, 3ª LEC); c) La emisión de un dictamen por perito de designación judicial; d) La aportación por el demandado de documentos que no estén en su poder en el acto de la vista; e) La posibilidad de practicar el interrogatorio ya iniciado de una persona jurídica en el supuesto que las preguntas se refieran a hechos sobre los que el legal representante no haya tenido intervención (art. 309.2 LEC); f) La prueba de informes del art. 381 LEC[1029]; g) En general, supuestos en los que procedería una suspensión o interrupción de la vista (ej. interrogatorio o declaración por exhorto, interrogatorio o declaración domiciliaria, cotejos, etc.[1030]). Aun cuando en estos supuestos también se puede recurrir a la interrupción de la vista, creemos que ofrece menos inconvenientes la práctica de prueba como diligencia final.

6º) Históricamente, y no obstante cierta «mala prensa», las diligencias para mejor proveer se habían revelado como un instrumento útil para formar la convicción judicial en aquellos supuestos en que, una vez práctica la prueba por las partes en cumplimiento del principio de aportación de parte, el juez precisaba de algún elemento adicional de prueba o la repetición de una prueba que se había practicado de modo incompleto.

1029 González Granda, P. (*La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas*, rev. Tribunales de Justicia, núm.1, enero 2003, pp. 32 y 33) quien cita, precisamente, los ejemplos de aportación de documentos en poder del demandado, el interrogatorio del representante legal en el caso de que algunas de las preguntas se refieran a hechos en el que éste no haya tenido participación y la prueba de informes del art. 381 LEC.

1030 Pueden verse algunos ejemplos en Sanahuja Buenaventura, M., *El problemático juicio verbal*, ob. cit., pp. 92 y 93.

5.2. En la segunda instancia

5.2.1. Premisas de debate

El análisis de la práctica de diligencias finales en el recurso de apelación requiere partir de varias premisas.

La primera de ellas es la inexistencia de previsión específica sobre práctica de diligencias finales en segunda instancia[1031], lo cual resulta coherente con la configuración de las diligencias finales en la primera instancia como un «filtro» para la prueba en la segunda instancia. En efecto, la práctica de diligencias finales en segunda instancia tiene difícil encaje en un modelo de proceso que, cuando menos respecto al juicio ordinario, prevé hasta tres fases distintas y cronológicamente sucesivas de proposición de prueba (audiencia previa –art. 429.1 LEC–; diligencias finales –art. 435 LEC– y solicitud de pruebas en segunda instancia –art.460.2 LEC–).

Una segunda premisa, ya anticipada en la Exposición de Motivos de la LEC[1032], es la configuración de la segunda instancia como una «apelación limitada»[1033], dirigida a revisar los hechos, pruebas y pretensiones de la primera instancia (art. 456.1 LEC) con algunas excepciones (art. 456, proposición segunda LEC), tales como la prueba del rebelde involuntario, la prueba sobre hechos nuevos, o la prueba en procesos no dispositivos.

1031 Así lo destacan expresamente, entre otros autores, Saavedra Gallo, P. (*El recurso de apelación*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. –coord.–, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.655) y Navarro Hernán, M. (*Recursos y otros medios de impugnación. Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, edit. Dijusa, Madrid, 2001, p.101).

1032 Epígrafe XIII de la Exposición de Motivos de la LEC: «La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en la 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».

1033 En este sentido, y por orden alfabético: Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, edit. Colex, Madrid, 2001, p.32; Bonet Navarro, A. *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p.107; de la Oliva Santos, A. (con Díez-Picazo Giménez, I.) *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., p.444; Hoya Coromina, J., *El recurso de Apelación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, p.83; Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Los recursos en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.196; Oromí i Vall-llovera, S., *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, ed. Atelier, Barcelona, 2002, pp. 51 y ss.

Para una visión crítica de este modelo puede verse Saavedra Gallo, P., *El recurso de apelación*, vol. II, ob. cit., pp. 654 y ss. Más matizadamente García-Rostán Calvín, G. (*El recurso de apelación en el proceso civil*, edit. Colex, Madrid, 2002, p.148) para quien si bien «seguimos en presencia de un recurso de apelación que se aproxima más al modelo teórico limitado que al pleno», también añade que «existen ciertas normas, carentes de precedente en la Ley anterior [LEC/1881], que si bien no parecen relacionadas con el *ius novorum*, sí se encuentran en alguna manera vinculadas con esta materia y, según como se interpreten, podrían fundamentar una postura favorable a la admisión de alteraciones esenciales en el objeto del proceso en determinadas hipótesis».

Este modelo de apelación limitada, que mantiene la vigencia del principio de aportación de parte[1034], configura la solicitud de prueba en segunda instancia, tanto bajo la vigencia de la LEC/1881[1035] cuanto con la LEC[1036], con carácter tasado, limitado a los supuestos del art. 460 LEC, y con carácter excepcional, reservado a las pruebas «no se hayan podido practicar ni siquiera como diligencias finales» (art. 460.2.2ª LEC)[1037].Y para su práctica se remite a las normas del juicio verbal (art. 464 LEC), donde como es sabido no existe previsión de diligencias finales.

La tercera y última premisa arranca de la regulación específica de los distintos medios de prueba. Por una parte, las reglas preclusivas para la aportación de documentos y dictámenes en la instancia (arts. 265.1 y 269 LEC) que excepcionalmente permiten su aportación en la segunda instancia (art. 460.1 LEC). Por otra parte, será poco habitual la práctica de medios de pruebas tales como el interrogatorio de las partes o el reconocimiento judicial como diligencia final. Por ello la práctica de diligencias finales habría de limitarse precisamente respecto de aquellas pruebas en las que existe una preclusión probatoria –documentos o dictámenes de peritos– o respecto de la testifical –que siempre ha sido vista con cierto desfavor por los tribunales–.

1034 Sigue siendo carga de las partes la prueba de los hechos alegados en la instancia, así como la de aquellos que excepcionalmente se puedan introducir como hechos nuevos o de nueva noticia, y también sigue siendo carga del demandado rebelde desvirtuar los hechos alegados por el actor.

1035 Así se deduce, entre otras, de las siguientes sentencias: SSTS de 15 de diciembre de 1986, fto. jco. 3º (EDJ 1986/8253); de 10 de noviembre de 1981, fto. jco. 2º (EDJ 1981/1670); de 17 diciembre de 1981, fto. jco. 4º (EDJ 1981/1775); de 13 de marzo de 1978, fto. jco. 1º (EDJ 1978/65).

1036 SAP Burgos, secc. 2ª, de 26 de marzo de 2002, fto. jco. 3º. Puede consultarse en Cobo Plana, J.J., *Doctrina de los Tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales interpretan y aplican en 900 Autos y Sentencias la Ley 1/2000*, edit. Dijusa, Madrid, 2003, pp. 652 y 653.Y también SAP Lleida, secc. 2ª, de 22 de febrero de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 472/2001); SAP Soria, secc. 1ª, de 13 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 18/2002).

1037 Es sumamente expresivo de este carácter restrictivo y tasado el inciso final de la regla 2ª del art. 460. 2 LEC al disponer que en el escrito de interposición del recurso de apelación se podrá solicitar la práctica en segunda instancia de la prueba siguiente: «Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquiera causa no imputable al que las hubiera solicitado, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales».

En este sentido Illescas Rus, A.V. y López Pérez, E. (*Comentario al art. 460 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau, ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 2161 y 2162) afirman «esta exigencia [aluden a que la imposibilidad de práctica de prueba no imputable al proponente de la prueba], que extiende ahora su ámbito también al novedoso trámite de las 'diligencias finales' subraya el carácter excepcional del recibimiento a prueba en la segunda instancia».

5.2.2. Supuestos

Las anteriores premisas, que para unos no permiten la práctica de diligencias finales en el recurso de apelación[1038], configuran un ámbito restringido y excepcional para la práctica de diligencias finales en la segunda instancia[1039], cuyos supuestos podemos reconducir a los tres siguientes:

1º) Pruebas solicitadas en tiempo y forma por las partes en fases procesales anteriores, no practicadas en su momento oportuno (acto del juicio o vista, diligencia final, vista en la segunda instancia) y respecto de las que han desaparecido las circunstancias que impedían su práctica.

El razonamiento que permite la práctica de la diligencia final radica en un hecho nuevo, esto es, la desaparición del elemento impeditivo de la prueba, habiendo observado las partes la carga de proponer en tiempo y forma la prueba. A título de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo: documentos extraviados y aparecidos después de la práctica de prueba en la segunda instancia; declaración de un testigo ausente en el extranjero, habiendo resultado infructuosa la práctica de prueba por los mecanismos de cooperación jurídica internacional, y que regresa a España; la emisión de un dictamen pericial que había resultado infructuoso ante la negativa de la parte a permitir el acceso del perito a la vivienda, que finalmente se logra vencer.

En tales supuestos, –que, reiteramos, presentan un marcado carácter de excepcionalidad–, nos inclinamos por su práctica como diligencia final con base a una interpretación –ya expuesta al analizar la práctica de diligencias finales en juicio verbal– del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24. 2 CE), que damos aquí por reproducida. En realidad, se trata de la subsistencia de las mismas razones que permiten la adopción, incluso de oficio, de diligencias finales extraordinarias en la primera instancia (art. 435.2 LEC).

2º) Pruebas propuestas por el «rebelde involuntario». Es la prueba solicitada por el demandado rebelde, comparecido en la segunda instancia, y que no se haya podido practicar por causas independientes a su voluntad[1040]. Debiendo precisar que el art. 460. 3 LEC, al excluir de la petición de prueba que la imposibilidad de prueba no fuera imputable al rebelde, excluye de tal posibilidad al llamado «rebelde táctico» o

1038 Hoya Coromina, J. (*El recurso de apelación..* , ob. cit., p.177) quien se muestra partidario de la suspensión de la vista para la práctica de alguna diligencia fuera de la misma.

1039 Alvárez Sánchez de Movellán, P. (*La prueba en apelación..* , ob. cit., p.87), apunta que una de las consecuencias del art. 460.2.2ª LEC será «la reducción de los supuestos de prueba en apelación».

1040 Álvarez Sánchez de Movellán, P. (*La prueba en apelación..* , ob. cit., p.123 y ss.) señala tres requisitos para la práctica de prueba en segunda instancia a petición del demandado rebelde: 1) Declaración de rebeldía; 2) Rebeldía involuntaria; 3) Personación del demandado rebelde después del momento establecido para proponer prueba en la primera instancia.

«rebelde voluntario»[1041], y la limita al llamado «rebelde involuntario». Salvando esta acertada y notable diferencia, la restitución de la actividad probatoria del rebelde involuntario efectuada en la LEC 2000 no se aparta de la regulación de los derogados arts. 767 y 862.5º LEC de 1881.

Esta restitución de posibilidades probatorias al rebelde involuntario y comparecido en la segunda instancia es coherente con la doctrina constitucional de permitir los medios de defensa a quien se ha visto privados de ella por causas ajenas a su voluntad[1042], de la que ya se ha hecho eco alguna resolución dictada en interpretación de la Ley 1/2000, de 7 de enero[1043].

El razonamiento es similar al del supuesto anterior, con la única matización que el rebelde involuntario es aquel que no ha podido proponer ni practicar prueba en la primera instancia, y que debe igualmente observar la carga de proponer prueba en la segunda instancia. Dicho rebelde, que no podrá introducir hechos nuevos, se deberá limitar a probar las «inexactitudes de adverso si el estado del proceso lo permite»[1044].

1041 También llamada rebeldía propia o impropia o de conveniencia. Sobre las distintas clases de rebeldía puede verse Verge Grau, J., *La rebeldía en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 63 a 66, y del mismo autor *La rebeldía*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, ob. cit., p.95.

1042 STC de 11 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (ED 2002/6732) y las que en ella se citan –SSTC 43/1989, de 20 de febrero; 123/1989, de 6 de julio; 101/1990, de 4 de junio; 105/1995, de 3 de julio; 118/1997, de 23 de junio; 72/1999, 26 de abril, 74/2001, entre otras muchas– referidas, con carácter general, a la imposibilidad de invocar infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de quien se ha mantenido en situación de rebeldía voluntaria; STC de 13 de enero de 1992, ftos. jcos. 3º y 4º (EDJ 1992/186), ésta para proteger en amparo al rebelde involuntario al que se le niega la solicitud de recibimiento a prueba en la segunda instancia; y ATC de 25 de enero de 1999, fto. jco. 3º (ED 1999/5093), ésta última para negar la solicitud de recibimiento a prueba en la segunda instancia al demandado rebelde voluntario. En el ámbito de la audiencia al demandado rebelde la STS de 1 junio 1989, fto. jco. 2º (ED 1989/5587) estimó procedente la audiencia al rebelde por presunción *iuris tantum* de la ignorancia en la iniciación y desarrollo del litigio y por entender que la falta de personación del rebelde fue involuntaria.

La doctrina ha destacado el fundamento constitucional del derecho a la prueba del demandado rebelde involuntario: así, entre otros, Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.120; y Hoya Coromina, J., *El Recurso de Apelación..* , ob. cit., p.110.

1043 El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de enero de 2002, fto. jco. único (EDJ 184/2001) argumenta, en lo que aquí interesa, que «[..] la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil [..] discrimina los supuestos de rebeldía, habilitando única y exclusivamente al rebelde involuntario a usar medios de prueba a su alcance en la segunda instancia, al atribuir iniciativa probatoria al litigante que no hubiere podido constituirse oportunamente en autos 'por cualquier causa que no le sea imputable'».

1044 La STS de 10 de noviembre de 1990, fto. jco. 3º (EDJ 1990/10233), con cita de las SSTS 25 de junio de 1960, 17 de enero de 1964, 16 de junio de 1978 y 29 de marzo de 1980, razona que «[…] si bien la rebeldía del demandado no implica allanamiento ni libera al actor de la prueba los hechos constitutivos de su pretensión, pudiendo incluso el demandado, posteriormente comparecido, probar la inexactitud de los mismos, si el estado del proceso lo permite, no pueden aprovecharse, en cambio,

Es decir, deberá negar los hechos constitutivos de la pretensión actora, pero no podrá introducir hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

En todo caso, debemos distinguir la práctica de diligencias finales atendiendo al momento de comparecencia del rebelde en la segunda instancia. Respecto del rebelde que comparece antes del momento solicitud prueba en la segunda instancia, deberá proponer prueba en el escrito de interposición del recurso de apelación (art. 460.2 LEC) –o, en su caso, en el escrito de oposición al recurso o de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido (art. 461.2 LEC)– y será posible la práctica de diligencias finales sólo si no se practican por causas independientes a su voluntad.

Respecto del rebelde que comparece después momento solicitud prueba en la segunda instancia no resulta posible de práctica de nuevas pruebas, so pena de infringir el principio de aportación de parte. Por tanto, el momento preclusivo para la solicitud de práctica de pruebas por el rebelde involuntario lo constituyen los escritos de interposición del recurso de apelación (art. 460 LEC) o los escritos de oposición al recurso e impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido (art. 461.2 LEC).

3º) Pruebas sobre hechos nuevo o de nueva noticia (art. 460.2.3º LEC)[1045]. Es la prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia, alegados en segunda instancia y decisivos

---

las excepciones no alegadas temporáneamente, pues es en la demanda donde únicamente pueden quedar fijados definitivamente [..]».

Bajo vigencia de la Ley 1/2000, mantiene la misma línea la SAP Valencia, secc. 7ª, de 11 enero 2002, fto. jco. 2º (EDJ 675/2001). Dicho fundamento empieza por justificar el ámbito del rebelde, y concretamente la prohibición de introducción de hechos nuevos, al señalar: «b) Que el rebelde personado después del término de prueba en la primera instancia o en la segunda instancia, no podrá introducir hechos nuevos, ya impeditivos, extintivos o excluyentes, lo que supondría ofrecérsele la posibilidad de alargar extemporáneamente con quiebra de los principios de preclusión y contradicción que darían lugar a la indefensión de la contraparte, que no podrá rebatirlas (STS 3 de abril de 1987), pero sí podrá probar las 'inexactitudes adversas' si el estado del proceso lo permite –SS 1 de junio de 1989 y 10 de noviembre de 1990–; [..]. Desde la doctrina impuesta parece evidente la imposibilidad de introducir hechos nuevos por el rebelde que tardíamente se personó».

Y en el mismo fundamento la citada SAP Valencia de 11 de enero de 2002 termina precisando el ámbito o alcance de la proposición de los medios de prueba por el rebelde en los términos siguientes: «En consecuencia, se podrá proponer medios de prueba para desvirtuar los hechos constitutivos de la demanda sin límite en cuanto a los medios probatorios a proponer, para el caso de que sean declarados pertinentes, pero sin que sea posible utilizar el trámite procesal de petición del recibimiento a prueba para articular una oposición extemporánea a la demanda o para formular excepciones sustantivas o materiales que debieron tener cabida en la contestación a la propia demanda; lo cual no es sino aplicación del principio de preclusión inherente a todo proceso.. ».

1045 La introducción de hechos nuevos o de nueva noticia en la segunda instancia presenta muchos matices. Desde un punto de vista sistemático García-Rostán Calvín, G. (*El recurso de apelación en el proceso civil*, ob. cit.) distingue dos supuestos: 1º) Introducción de pretensiones, excepciones o simples

en términos del fallo[1046], sobre los que no haya podido practicar la prueba solicitada por las partes por causas independientes a su voluntad, habiendo éstas propuesto la oportuna prueba.

En este caso, la solicitud de prueba en la segunda instancia es la primera oportunidad probatoria del litigante que alega el hecho nuevo, por lo que debe brindársele la oportunidad del período probatorio y de todas sus posibilidades[1047]. El litigante que ha aportado el hecho nuevo o de nueva noticia, en observancia del principio de aportación de parte, deberá proponer prueba para acreditarlo.Y será admisible como diligencia final la prueba propuesta y que admitida no se haya podido practicar por causas ajenas al proponente.

También en este supuesto debemos distinguir el momento de la alegación a efectos de prueba. Respecto de los hechos nuevos o de nueva noticia alegados con anterioridad a la solicitud de prueba en segunda instancia, la parte debe proponer prueba en escrito de interposición del recurso de apelación (art. 460.2 LEC) –o, en su caso, en los escritos de oposición al recurso e impugnación de la sentencia por quien inicialmente no había recurrido (art. 461.3 LEC)– y sólo será posible su práctica como diligencia final si no se ha podido practicar en la segunda instancia por causas ajenas a su voluntad.

Respecto de los hechos nuevos o de nueva noticia alegados con posterioridad a la solicitud de prueba en la segunda instancia, no es posible obviar la vigencia del principio de aportación de parte y la preclusión en orden a la solicitud de prueba en la segunda instancia (arts. 460.2 y 461.2 LEC).

5.3. En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores

5.3.1. Premisas de debate

Al igual que con respecto al recurso de apelación, el análisis de la práctica de diligencias finales en los procesos especiales no dispositivos, requiere partir de varias premisas.

---

hechos que no pudieron ejercitarse o alegarse en la primera instancia y 2º) Alegación *ex novo* de elementos de los que las partes disponían en la primera instancia.

Para la alegación y prueba de hechos nuevos o de nueva noticia con base en la regla 3ª del art. 460.2 LEC la misma autora señala tres requisitos (pp. 182 y ss.): 1) Relevancia de los hechos para la decisión del pleito; 2) Que los hechos hayan ocurrido o hayan sido conocidos después de comenzado el plazo para dictar prueba en la segunda instancia; y 3) Independencia del hecho de la voluntad de la parte que lo alega.

1046 La jurisprudencia, respecto a la prueba sobre hechos nuevos, ha venido exigiendo que se traten de hechos de influencia en el pleito: SSTS de 10 de diciembre de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/30756); y de 26 de septiembre de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/19933), la cual, a su vez, cita la STS de 27 de septiembre de 1982.

1047 En este sentido también Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., p.158.

La primera premisa es la existencia de un interés público y una mayor sensibilidad probatoria, que se traduce en la vigencia atenuada del principio de aportación de parte y el reconocimiento de amplias facultades probatorias de oficio (art. 752.1, II LEC). Como argumento fundamental contra la práctica de diligencias finales se alega la vigencia del principio de investigación de oficio, puesto que en la medida que se aumentan los poderes de investigación oficial pierde sentido la necesidad de práctica de diligencias finales[1048].

Una segunda premisa es la posibilidad de introducir hechos fuera período alegaciones, también en segunda instancia (art. 752.3 LEC). Son objeto de prueba los hechos debatidos «con independencia del momento en que se hubieran alegado o introducido de otra manera en el proceso» (art. 752.1 LEC).

Una tercera premisa es que los procesos no dispositivos se tramitan, salvedad que la Ley disponga otra cosa, con arreglo a los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC), respecto del que ya hemos dicho que no existe la previsión específica de diligencias finales.

Y una cuarta premisa es la regulación específica de los distintos medios de prueba, particularmente las pruebas biológicas, cuya práctica a menudo exige un período prologando de tiempo.

5.3.2. Supuestos

Sobre la base de las anteriores premisas la práctica de diligencias finales en procesos especiales no dispositivos, cuyo único fundamento sólido puede ser el de una lectura amplia del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), debe plantearse en supuestos excepcionales, y no para paliar la dejación de las amplias facultades probatorias que, en dichos procesos se otorgan a las partes, al juez y al Ministerio Público (art. 752.1, II LEC)[1049].

Entre estos supuestos excepcionales, podríamos citar, siguiendo un cierto paralelismo con la práctica de diligencias finales en la segunda instancia, los siguientes:

1) Pruebas propuestas y no practicadas por causas ajenas a la parte proponente habiendo desaparecido la causa impeditiva de la prueba, y prueba del rebelde involuntario y comparecido. Puede darse aquí por reproducida la argumentación aducida respecto a su práctica como diligencia final en la segunda instancia, siquiera con el matiz que la vigencia del principio de oficialidad en este tipo de procesos, junto con la posibilidad de introducir hechos en cualquier momento (art. 752.1, I LEC), también en la

1048 Morenilla Allard, P., *Las diligencias finales.* , ob. cit., p.604.

1049 En la encuesta jurídica de la revista Sepín Familia (noviembre 2001, núm.5, pp. 5-18) pueden contrastarse las respuestas de distintas autores que, como resume la propia encuesta, varían desde el «no es posible», al «no en términos generales, aunque habrán de admitirse con carácter muy restrictivo y extraordinario» hasta el «sí, con ciertos matices».

segunda instancia (art. 752.3 LEC) permite prescindir del momento de la comparecencia del rebelde involuntario.

2) Pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia alegados con posterioridad al período de práctica de prueba, que entiendo que podrían ser susceptibles de práctica de prueba de oficio y través de diligencias finales, siempre que versaren sobre hechos decisivos o introducidos en virtud de una alteración de las circunstancias inicialmente tenidas en consideración y también decisivas en términos del fallo.

3) En los procesos de filiación: deberá admitirse la práctica de diligencias finales, como venía reconociendo la jurisprudencia en relación con las derogadas diligencias para mejor proveer[1050], para la práctica de las llamadas pruebas biológicas, puesto que por su propia complejidad son pruebas que, a menudo, se prolongan en el tiempo.

5.4. En la Ley Concursal

El Capítulo 3 (Del incidente concursal) del Título VIII (De las normas generales y del sistema de recursos) de la Ley Concursal regula el llamado «incidente concursal», cuyo ámbito se extiende a «todas las cuestiones que se susciten durante la tramitación del concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación.. » (art. 192.1 LC)[1051].

En dicho «incidente concursal» se regula la «demanda incidental y la admisión a trámite», indicándose que, «tras la contestación la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 194.2 LC). La remisión expresa y directa a los trámites del juicio verbal, a diferencia de la inicial remisión del Proyecto de Ley Concursal al juicio ordinario[1052], vuelve a reabrir el debate sobre la posibilidad de diligencias finales en el juicio verbal.

En la mentalidad del legislador tal posibilidad no resulta viable, por cuanto en el art. 195.2 LC, que regula el incidente concursal en materia laboral añade que la prueba se tramitará por el cauce del juicio verbal, pero apostilla que «si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones». El legislador conocedor de la polémica doctrinal sobre la posibilidad de conclusiones en el juicio verbal opta por otorgarlas. Pero conocedor de la polémica sobre la práctica de diligencias finales en el juicio verbal, guarda silencio sobre este extremo.

1050 SSTS, entre otras, de 25 de abril de 2002, fto. jco. 1º (EDJ 2002/10227); de 21 de septiembre de 1999, fto. jco. 6º (EDJ 1999/25991); de 18 de febrero de 1998, fto. jco. 2º (EDJ 1998/1505); de 1 de julio de 1996, ftos. jcos. 2º, 3º y 4º (EDJ 1996/3551), de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (EDJ 1993/8783); 3 de diciembre de 1991, fto. jco. 9º (EDJ 1991/11468); de 14 de junio de 1988, fto. jco. 2º (EDJ 1988/5127) y de 12 de noviembre de 1987, fto. jco. 1º (EDJ1987/8235).

1051 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicada en el boe (núm.164) de 10 de julio de 2003.

1052 Proyecto de Ley 121/000101, Concursal. BOCG.VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, publicado en el BOE de 23 de julio de 2002, núm. 101-1.

Por el contario, en el Proyecto de Ley Concursal y en el artículo «prueba y conclusiones» (art. 195 PLC) se contenía una remisión expresa y general a las normas del juicio ordinario («La prueba se practicará y las conclusiones se formularán en juicio conforme a lo prevenido para en el juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil»). Y si, como hemos defendido con anterioridad, las diligencias finales, a pesar de su inexpresiva terminología, constituyen una actividad complementaria de la actividad probatoria de las partes, no existía obstáculo para entender que también las diligencias finales se podían acordar en el Proyecto de Ley Concursal, tanto más cuanto la remisión lo era a las normas del «juicio ordinario», que son las que contienen la regulación de las diligencias finales en la LEC.

Bibliografía

Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. *Viabilidad de las diligencias finales de oficio en la segunda instancia*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010, Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y 15; Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 255-343; Carbonell Tabeni, J., *Las diligencias finales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 1051-1073; Cedeño Hernán, M. *¿Pueden practicarse diligencias finales en el juicio verbal?*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.2, febrero 2002, pp. 39-40; Etxeberría Guridi, F.J., *Las facultades judiciales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Gómez Martínez, C., *El paper del jutge en el procés civil un any després de l'entrada en vigor de la Llei d'Enjudiciament Civil*, conferencia pronunciada en el Il·lustre Col·legi d'Advocats de Granollers el 25 de febrero de 2000, artículo no publicado; *Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de diciembre de 1997*, rev. Jueces para la Democracia, núm.31, marzo 1998, pp68-72; González Granda, P., *La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas*, en rev. «Tribunales de Justicia», núm.1, enero 2003, pp. 17-39; Lorca Navarrete, A. Mª., *La regulación de las diligencias finales del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La Ley», 2000-3; Martín Ostos, J. S., *Actividad probatoria judicial en nuestro proceso civil*, en «Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», AAVV, Gutiérrez-Alvi Conradi (dir), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 265-277; *Las diligencias finales*, en Revista del Poder Judicial, núm. 67, pp. 381-404; *La prueba de oficio en el nuevo proceso civil*, en «La prueba en el nuevo proceso civil», CDJ núm. XXXIV/1993, CGPJ, 1994, pp. 9-39; *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1981; Morenilla Allard P., *Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas*, en rev. «Justicia», 1998, 3-4; pp. 597-613; Pellisé Prats, B., *Diligencias para mejor proveer*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t.VII, Barcelona, 1955, pp. 466 y ss; Ortíz Aguirre, J. Mª.; Rubio García, E.; Ruiz Martín, S.; Serreta Pesquera, R. Mª., *Las diligencias finales*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 105-135; Picó

I Junoy, J., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, en rev. «Justicia», 1998, pp. 629-640; Reyes Monterreal, J. Mª., *En torno a las diligencias para mejor proveer*, en «Revista General de Derecho», 1953, pp. 85-97; Romero Rey, C., *Las diligencias finales de prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «BIMJ», núm.1857, 1999, pp. 3333-3347; Sanchís Crespo, C., *Nuevo proceso civil y nuevas tecnologías: la prueba*, en Revista del Poder Judicial, núm. 68, 2002-IV, pp. 369-404; Vázquez Sotelo, J.L., *Las iniciativas probatorias del juez y la nueva ley de enjuiciamiento civil*, en «El derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona», UB y Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 389-392; *Las diligencias finales*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Madrid, 2000, pp. 531-566; Villagómez Cebrián, M., *La prueba*, en «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. –coords–, ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 15-105.

CAPÍTULO VIII

La carga de la prueba

1. Introducción. 2. El principio de adquisición procesal. 2.1. Concepto. 2.2. Contenido. 2.3. Fundamento. 3. Concepto de la carga de la prueba. 3.1. Regla de juicio para el juez. 3.2. Regla de conducta para las partes. 4. Fundamento. 4.1. De la regla de juicio para el juez. 4.2. De la regla de conducta para las partes.. 5. La regulación en la LEC. 5.1. Del art. 1214 CC al art. 217 LEC. 5.2. La formulación de la regla de juicio (art. 217.1 LEC). 5.2.1. El presupuesto objetivo: existencia de hechos dudosos relevantes. 5.2.2. El presupuesto temporal: momento de dictar sentencia. 5.3. Las reglas generales de distribución (art. 217. 2 y 3 LEC). 5.4. Las reglas especiales de distribución (art. 217. 4 y 5 LEC). 5.5. La facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217. 7 LEC). 6. Inversión de la carga de la prueba. 6.1. Inversión legal. 6.2. Inversión judicial. 6.3. Inversión convencional. 7. Carga de la prueba e iniciativa probatoria de oficio. 7.1. Relación entre ambas figuras. 7.2. Compatibilidad de la iniciativa probatoria con la regla de juicio. 7.3. Compatibilidad de la iniciativa probatoria con la norma de conducta. 8. Impugnación de la carga de la prueba. Bibliografía.

1. Introducción

En este Capítulo se analiza la figura de la carga de la prueba tanto desde una perspectiva dogmática como de derecho positivo, a partir de su regulación en la LEC. En el plano dogmático se configura como una regla de juicio dirigida al juez que, en el momento de dictar sentencia, se enfrenta con hechos controvertidos dudosos y relevantes para la decisión; siquiera indirectamente también es norma de conducta (u orientadora) de la estrategia procesal de las partes en orden al conocimiento de los hechos que deben acreditar. En el plano de derecho positivo, el 1214 CC ha sido sustituido por el artículo 217 LEC, norma técnicamente más perfecta, que enuncia la regla de juicio y las reglas generales y especiales de distribución de la carga de la prueba, atendiendo a la jurisprudencia recaída en la materia, e incorpora las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria, a modo de mecanismos flexibilizadores de la rigidez de los criterios de distribución de la carga de la prueba.

Con carácter previo al estudio de la carga de la prueba, y dada su íntima relación, se analizará el principio de adquisición procesal, formulado por vez primera por Chiovenda y de enorme trascendencia en el ámbito del Derecho probatorio en la medida que, como es sabido, la regla de juicio derivada de la normativa de la carga de la prueba, solo será de aplicación por el juez ante la existencia de una situación de incerteza fáctica, de modo que si los hechos han quedado acreditados, cualquiera que sea la parte que haya suministrado la prueba, no será de aplicación la citada regla. Se prestará particular atención al contenido del

principio de adquisición procesal en situaciones doctrinalmente controvertidas, como son las pruebas simplemente admitidas (y aún no practicadas), las pruebas que se están practicando, y las aportadas (documentos y dictámenes periciales) con los escritos de alegaciones.

Finalmente se abordará la compatibilidad o incompatibilidad entre la iniciativa probatoria de oficio y la carga de la prueba. Aun cuando se ha afirmado que la iniciativa probatoria de oficio destruye la institución de la carga de la prueba, razonaremos la compatibilidad entre ambas instituciones, tanto si se considera la carga de la prueba desde la perspectiva de una regla de juicio dirigida al juez como si se la considera una norma de conducta para las partes.

2. El principio de adquisición procesal

2.1. Concepto

Fue formulado por vez primera por Chiovenda, quien en sus Principios de Derecho Procesal Civil afirma: «Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única, derívase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos éstos pueden ser utilizados por la otra parte»[1053].

En materia probatoria significa que los resultados de las pruebas se adquieren para el proceso con independencia de la parte que haya propuesto la actividad probatoria. O en similares términos, «el resultado de la prueba beneficia y/o perjudica por igual a ambas partes, al margen de quien la haya aportado al proceso»[1054]. O también como que «todas las pruebas son del proceso y están destinadas al juez, pudiendo valerse de ellas no sólo la parte que las haya producido, sino también las demás»[1055]. Desde esta perspectiva se ha afirmado que «en méritos del principio de adquisición, la prueba aprovecha incluso a la parte contraria a quien la ha proporcionado»[1056] y que «si un hecho ha sido probado, el Juzgador tiene que partir de él en la sentencia, siendo indiferente la parte que lo haya probado»[1057].

1053 Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, traducc. de J. Casáis y Santaló, ed. Reus, Madrid, 1925, p.205.

1054 Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, La Ley, 2006, t.1, p.1309.

1055 Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en «La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1993, p.152.

1056 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales»*, t. XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.56.

1057 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed, ed. Civitas, Madrid, 2011, p.112, para quien dicho principio fue asumido por la jurisprudencia española en la STS de 20 de marzo de 1945 («la

Este principio, aun sin plasmación en la LEC, ha sido recogido por la jurisprudencia. Algunas sentencias lo mencionan para destacar la irrelevancia de la parte que aporta las pruebas al proceso. Así se afirma que «no cabe disminuir la importancia del principio de adquisición procesal, según el cual el material instructorio valorable se compone de todo lo alegado y probado por las dos partes, de manera que las alegaciones de una parte o las pruebas que practique pueden aprovechar también a la parte contraria» (STS 10 de mayo de 1993[1058]); o que «el juzgador debe valorar las pruebas obrantes en las actuaciones sea cual sea el aportante, pues resulta irrelevante cuál de las partes haya aportado las pruebas practicadas [sentencias 9 de abril y 31 de diciembre de 1997, 7 de marzo de 2000, 9 de julio de 2002, entre otras]» (STS 24 de abril de 2003[1059]); o que «el hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba» (STS 27 de diciembre de 2004[1060]); o «[..] el material instructorio valorable se compone de todo lo alegado y probado por las dos partes, de manera que las alegaciones de una parte o las pruebas que practique pueden aprovechar también a la contraria» (STS, de 20 de julio de 2011[1061]); o «que el Tribunal puede tomar en consideración, sin incurrir en incongruencia, las pruebas aportadas válidamente al proceso, cualquiera que sea la parte que las haya incorporado, en virtud del principio de adquisición procesal» (STS de 9 de mayo de 2011[1062]).

Otras sentencias destacan que la aplicación del principio de adquisición procesal no supone infracción de las reglas de la carga de la prueba. Así se afirma que «[…] por todo lo que no resulta aplicable el art. 1214 CC, cuya previsión normativa se refiere a la ausencia de prueba, y no a cuándo los hechos se declaran probados, cualquiera de las partes que contribuyó a su fijación (principio de adquisición procesal)» (STS 14 de mayo de 2001[1063]); que «debe recordarse que este precepto que se invoca (1214 CC), según constante jurisprudencia sólo puede valer casacionalmente si se atribuyen las consecuencias de la insuficiencia probatoria a quien no debía soportar la carga, pero es inaplicable cuando los hechos básicos, cual ocurre en el caso están probados sea cualquiera la parte que produjera la prueba, conforme al principio de adquisición procesal» (STS 24 de abril de 2003[1064]); «debe recordarse que este precepto [el art. 1214 CC] que se invoca, según constante jurisprudencia sólo pue-

sentencia de instancia había llegado al absurdo de denegar el entonces beneficio de pobreza a un solicitante que había probado los presupuestos del beneficio, a pesar de que éstos resultaron probados por el abogado del estado»).

1058 STS, Sala 1ª, de 10 de mayo de 1993, fto. jco. 2º (La Ley 745-5/1993).

1059 STS, Sala 1ª, de 24 de abril de 2003, fto. jco. 3º (La Ley 12596/2003).

1060 STS, Sala 1ª, de 27 de diciembre de 2004, fto. jco. 3º (La Ley 1926201/2004).

1061 STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2011, fto. jco.4º (EDJ 204892/2011).

1062 STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2011, fto. jco. 6º (La Ley 62802/2011).

1063 STS, Sala 1ª, de 14 de mayo de 2001, fto. jco. 6º (La Ley 5298/2001).

1064 STS, Sala 1ª, de 24 de abril de 2003, fto. jco. 3º (La Ley 12596/2003).

de valer casacionalmente si se atribuyen las consecuencias de la insuficiencia probatoria a quien no debía soportar la carga, pero es inaplicable cuando los hechos básicos, cual ocurre en el caso, están probados sea cualquiera la parte que produjera la prueba, conforme al principio de adquisición procesal» (STS 29 de abril de 2003)[1065]; o «no puede darse la infracción [de la norma sobre carga de la prueba] cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba» (STS 20 de julio de 2006[1066]).

2.2. Contenido

Picó i Junoy distingue un doble contenido del principio de adquisición procesal: uno restringido, en virtud del cual la prueba practicada puede ser valorada por el juez, beneficiando o perjudicando dicha valoración a ambos litigantes, esto es, al margen de la concreta parte que la haya propuesto; y otro amplio, en función del cual también la prueba simplemente admitida, la que se esté practicando, o la aportada inicialmente junto con los escritos iniciales de alegaciones, puede desplegar su eficacia procesal al margen de que la parte que la haya propuesto o aportado renuncie a ella[1067].

El contenido «restringido», esto es, que la prueba practicada puede ser valorada por el juez con independencia de la parte que la haya aportado, ha sido asumido por la doctrina científica y reiterado por la jurisprudencia. Las dudas se plantean en torno al llamado contenido «amplio», en el que, siguiendo al mismo Picó i Junoy, podemos distinguir tres situaciones:

En primer lugar, la prueba preconstituida aportada con los escritos de alegaciones (documental y/o pericial). Los documentos y los dictámenes periciales tienen un tratamiento procesal similar en la LEC, en la medida que los documentos fundamentales y los dictámenes de parte deben aportarse con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.2º y 4º LEC), bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC), es decir, deben aportarse con anterioridad al momento procesal «formal» de proposición de la pruebas (la audiencia previa del juicio ordinario –art. 429.1 LEC– y la vista del juicio verbal –art. 443.4 LEC–). Ni los documentos ni los dictámenes periciales necesitan de una fase de «práctica» posterior –sin perjuicio que el dictamen pericial pueda ser sometido a contradicción (art. 347 LEC)[1068]–, por lo que, una vez aportados con la demanda y contestación a la demanda, ya pueden formar la convicción judicial y, por ende, no puede ser renunciados.

1065 STS, Sala 1ª, de 29 de abril de 2003, fto. jco. 5º (La Ley 2156/2003).

1066 STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco. 6º (La Ley 77278/2006).

1067 Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, ob. cit., p.1305.

1068 Hay que tener presente que, a diferencia de la LEC de 1881, los dictámenes aportados a instancia de parte con los escritos de alegaciones, pueden desplegar eficacia probatoria, aun sin necesidad de ratificación, ni contradicción.

En segundo lugar, la prueba admitida pero no practicada. Una doctrina consolidada sostiene que la pruebas admitidas, pero aun no practicadas, pueden renunciarse con fundamento en el principio de aportación de parte –la parte que tiene la facultad de aportar las pruebas, tiene también la facultad de retirarlas, con anterioridad a su práctica-[1069], y en el art. 288 LEC, que permite implícitamente dicha renuncia, al disponer que no se impondrá multa a la parte renunciante de la prueba. Así Montero Aroca afirma que «a lo que puede renunciarse es a la prueba propuesta y admitida y naturalmente el litigante contrario no tiene derecho alguno a exigir la práctica de ese medio de prueba»[1070]. En este sentido resulta muy expresiva la STS de 30 de noviembre de 1993 al afirmar:

> «Resta sólo, por añadir, que en cualquier caso de petición o admisión o inejecución de la prueba de la contraparte, el principio de adquisición procesal que favorece con la posible utilización de la prueba practicada, también a quién no la propuso, no se extiende a la sustitución de la legitimación de la parte que la propuso por la de la contraria a efectos de pedir su práctica en segunda instancia, en los casos permitidos, pues hay que respetar el derecho a la renuncia a la propia prueba, aunque la renuncia sea implícita o tácita»[1071].

Sin ignorar la solidez de estos argumentos, nos inclinamos por una solución distinta. Una vez admitida la prueba, y con anterioridad a su renuncia por la parte proponente, el juez debe verificar si la parte contraria está interesada en su práctica. Y ello por dos razones fundamentales. Primera, porque el juicio de admisión de los medios de prueba genera una expectativa de práctica –y por ello también de intervención en la prueba practicada de adverso– que no puede ignorarse. Y segunda, porque la admisión de las pruebas por una parte puede condicionar la proposición de las pruebas de la contraparte. Desde esta perspectiva el principio de adquisición procesal despliega su eficacia no solamente en la fase de valoración de las pruebas, sino también desde el juicio de admisión, precisamente por la trascendencia

1069 Puede verse Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.156; Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, ob. cit., p. 459.

1070 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.114.

1071 STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1993, fto. jco.3º (RJ 1993/9221). En sentido similar, puede verse la STS, Sala 1ª, de 18 de octubre de 1988, fto. jco.2º (RJ 1988/7585) al afirmar: «Tan insólito motivo tiene que ser rechazado, pues: Primero. se trata de prueba propuesta por la parte contraria, sin que la hoy recurrente se adhiriese a ella, a pesar de tener oportunidad para hacerlo, de forma que ni le pertenece, ni tiene legitimación para fundar el recurso extraordinario que nos ocupa en su falta de práctica, contra la que nada instó ante el Juzgado, ya que la facultad de disposición corresponde a la actora, impidiéndole ello solicitarla en apelación (art. 862 en relación con el 707, ambos de la LEC [1881]), cosa que tampoco se intentó; Segundo. difícilmente puede producir indefensión para una parte el que no se practique un medio de prueba propuesto por la contraria, y de estimarlo esencial pudo solicitarlo o adherirse a él, de tal manera que no se cumplen las prescripciones del precepto en que el motivo busca amparo (art. 1692-3 LEC [1881]), ni se cumplen las exigencias del art. 1693 del propio texto legal; Tercero. ante ello, nada importa jurídicamente el error en que incurrió el Juzgado al decir que se había practicado toda la prueba propuesta, máxime si no se impulsó la actividad procedimental por quien podría hacerlo, que en ningún caso era el hoy recurrente […]».

que tiene el juicio de admisión en orden a la práctica de las pruebas y la estrategia probatoria de las partes[1072]. Por ello, y una vez admitidas las pruebas, si la parte proponente desea renunciar a la prueba admitida, el juez deberá oír a la parte contraria, y si ésta mostrare interés en su práctica, deberá llevarse a cabo. Obviamente, si la parte proponente renuncia a una prueba admitida y las demás partes personadas se muestran conformes, el juez deberá tener por renunciada la prueba ya admitida.

Esta solución es tanto más necesaria cuanto exista una sospecha de deslealtad procesal en la parte proponente de las pruebas. Piénsese, a título de ejemplo, en el supuesto –no insólito en la práctica forense– de la parte que propone el interrogatorio de la parte contraria, y una vez admitido, renuncia al mismo, ante el temor que la parte contraria puede ser interrogada por su propio abogado o la de un testigo del que, por cualquier motivo, después de una admisión se intuye que declarará o puede declarar en contra de la parte proponente.

Y en tercer lugar, la prueba admitida que se está practicando. Los mismos argumentos pueden ser esgrimidos para no admitir la renuncia a los que cabría ahora añadir el principio de contradicción en la práctica de las pruebas (art. 289.1 LEC) y la actitud contraria a la buena fe procesal de las partes (art. 247 LEC). Resulta significativo que el art. 87.2º de la Ley reguladora de la jurisdicción social establezca que una vez propuesto un medio de prueba por una de las partes y comenzada su práctica, el juez podrá ordenar su continuación aunque la parte renuncie expresamente al mismo[1073]. En este tercer grupo incluye Picó i Junoy los supuestos de renuncia al interrogatorio de un testigo cuya declaración es perjudicial para la parte proponente, la aportación de documentos cuyo resultado está siendo perjudicial para la parte encargada de su diligenciamiento y la aportación de pruebas (documentales) por personas jurídicas o por terceros[1074].

1072 En este sentido Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.210, para quien «el principio de adquisición debería ir más lejos, al menos en aquellos casos en donde se sospeche una deslealtad procesal, en el sentido de extender la comunidad de prueba a la simplemente propuesta, puesto que el acto de proposición puede generar en la contraparte una expectativa suficiente para influir en el planteamiento de sus propias pruebas».

1073 Art. 87.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: «El juez o tribunal resolverá sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y determinará la naturaleza y clase de medio de prueba de cada una de ellas según lo previsto en el artículo 299 del la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la presente Ley. Asimismo resolverá sobre las posibles diligencias complementarias o de adveración de las pruebas admitidas y sobre las preguntas que puedan formular las partes.

La parte proponente podrá hacer constar su protesta en el acto contra la inadmisión de cualquier medio de prueba, diligencia o pregunta, consignándose en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia.

Una vez comenzada la práctica de una prueba admitida, si renunciase a ella la parte que la propuso, podrá el órgano judicial, sin ulterior recurso, acordar que continúe». (La cursiva es mía).

1074 Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, ob. cit., p.1308.

2.3. Fundamento

El fundamento del principio de adquisición procesal, cuando menos con respecto a que los resultados de las pruebas deben valorarse con independencia de la parte proponente (contenido restringido), radica en el principio de indisponibilidad de la valoración de la prueba. Las partes tienen la facultad de proponer las pruebas, pero una vez propuestas, admitidas y practicadas, el resultado de las pruebas o, más precisamente, su valoración corresponde al juez, con independencia de la parte que las haya propuesto. En la sencilla formulación de Rosemberg lo que «interesa es lo comprobado, no quien lo ha comprobado»[1075].

El fundamento del principio de adquisición procesal con respecto a las pruebas admitidas y no practicadas y con respecto a las pruebas que se están practicando (contenido amplio), radica en los efectos derivados del juicio de admisión de las pruebas. La admisión de un medio de prueba genera una expectativa de práctica, de manera que solo puede renunciarse previa audiencia de todas las partes. La admisión de un medio de prueba no precisa de la audiencia de la parte contraria, ahora bien la renuncia a un medio de prueba admitido debe efectuarse previa audiencia de la parte contraria.

No existen pruebas de la parte actora y pruebas de la parte demandada –aun cuando ello sea más sencillo para la ordenación de la proposición y admisión de las pruebas–, sino que las pruebas son del proceso y para el juez[1076]. La prueba es la actividad generalmente de las partes, y excepcionalmente del juez, para lograr la convicción judicial sobre las afirmaciones introducidas por las partes en sus escritos de alegaciones. De ahí que propuestas y admitidas las pruebas, pertenecen al proceso, y su renuncia requiere, cuando menos, la audiencia de las partes no proponentes.

3. Concepto de la carga de la prueba

Antes de ofrecer el concepto de carga de la prueba es necesario efectuar alguna precisión terminológica. La expresión «carga de la prueba» se presta a confusión, puesto que sobre el juez no pesa «carga» alguna en el momento de dictar sentencia y ante una insuficiencia probatoria, sino exclusivamente el deber de fallar. Algunos autores prefieren aludir a la «regla de juicio dirigida al juez» (carga de la prueba en sentido material) y a las «reglas de distribución de la carga de la prueba» o «reglas de conducta de las partes» (carga de la prueba en sentido formal), aun cuando ambas denominaciones –regla de juicio y carga de la prueba– gozan de amplia difusión legal, doctrinal y jurisprudencial[1077].

1075 Rosemberg, L., *La carga de la prueba,* EJEA, 1956.

1076 Corbal Ferández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.153.

1077 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, vol. XVI, t.II, ed. Edersa, Madrid, 1991, p.48.

El expediente de la carga de la prueba constituye una regla de juicio para el juez y una norma de conducta de la parte[1078]. Primordialmente es regla de juicio, en tanto que norma dirigida al juez y que le indica cómo debe resolver en caso de insuficiencia de prueba; pero indirectamente es norma de conducta dirigida a las partes, la cuales pueden extraer de su formulación qué deben probar[1079]. La SAP Madrid de 9 de diciembre de 2003 lo expresa con claridad al afirmar:

> «La doctrina del *onus probandi* y los criterios legales establecidos al efecto se ordenan prioritariamente a suministrar al juzgador una regla de juicio que, en tales casos, le permitan resolver el conflicto sometido a su enjuiciamiento, pues de otro modo no podría fallar quebrantando el principio *non liquet* (art. 1 CC). Sólo mediata o indirectamente aquellos criterios tienen la virtualidad de orientar la actividad de las partes distribuyendo entre ellos la carga de probar»[1080].

3.1. Regla de juicio para el juez

Con carácter descriptivo se ha afirmado que las normas de la carga de la prueba son «las reglas que indican al tribunal en el momento de dictar sentencia cuál de las dos partes del proceso, demandante o demandado, ha de sufrir el perjuicio de ver estimada o desestimada la pretensión, respectivamente, por no aparecer probado un hecho necesitado de prueba en el proceso»[1081]. En términos similares se pronuncia la jurisprudencia al afirmar que:

> «la doctrina de la carga de la prueba […] no dice quién viene obligado a probar algo, sino quien sufre las consecuencias de la falta de prueba, pues 'el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba'»[1082].

1078 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., ob. cit., p.120.

1079 A ambas funciones se refiere Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, t. II, 9ª ed., Bogotá, 1988, p.149, cuando define la carga de la prueba como «noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte».

1080 SAP Madrid, secc. 10ª, 9 de diciembre de 2003, fto. jco. 4º (La Ley 1617366/2003).

1081 López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 487, 24 de mayo de 2001, p.1.

1082 STS, Sala 1ª, 8 de marzo de 1999, fto. jco.3º (RJ 1999/1405). Y con anterioridad la STS, Sala 1ª, de 22 de julio de 1998, fto. jco.2º (RJ 1998/6197) afirmaba que «el concepto de la doctrina de la carga de la prueba es la distribución de las consecuencias de la falta de prueba de uno o varios hechos determinados; el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de pruebas, según frase célebre de la doctrina alemana». En el mismo sentido la STS, Sala 1ª, de 31 de enero de 2001, fto. jco.4º (RJ 2001/537) afirmaba que «esta norma [en referencia al derogado art. 1214 CC y extensible al vigente art. 217 LEC] expone la teoría de la carga de la prueba que ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia que se resume en la frase de la doctrina alemana, 'el problema de la carga de la prueba

Una regla de juicio, como indica Garberí, consiste en determinadas pautas que ha de seguir el juez «en la decisión judicial del conflicto ante la concurrencia de unos determinados presupuestos»[1083] o, en palabras de la STS de 8 de junio de 1998, «un instrumento lógico para indicarle [al juez], en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria»[1084].

La regla de juicio parte de un presupuesto objetivo y otro temporal. El presupuesto objetivo es la existencia de un hecho dudoso y relevante para la estimación o desestimación de la pretensión, de modo que, tal como anticipa la Exposición de Motivos de la LEC, la regla de juicio «solo se aplica judicialmente cuando no se ha logrado la certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso»[1085]. Más precisamente la jurisprudencia viene exigiendo, para estimar una infracción de la normativa de la carga de la prueba susceptible de acceder a la casación, los siguientes requisitos: a) la existencia de un hecho controvertido precisado de prueba; b) que el hecho sea necesario para resolver la cuestión litigiosa; c) que se trate de un hecho no probado, sea por falta total de prueba, sea por insuficiencia de prueba (STS 12 de marzo de 2009[1086]).

El presupuesto temporal es que dicha ausencia se produzca en el momento de dictar sentencia, pues la regla de juicio opera en la fase final del proceso, y una vez practicada la valoración de las pruebas por el juez. Como afirma Montero Aroca al final del proceso el juez se puede encontrar en una de estas situaciones: a) el hecho afirmado por la parte existió, en el sentido que sobre él la actividad probatoria ha producido certeza[1087]. En la sentencia el juez declarará probado la existencia del hecho y aplicará la consecuencia jurídica pedida por la parte; b) el hecho afirmado por la parte no existió. En la sentencia, el juez declara la inexistencia del hecho y no se dará la consecuencia jurídica pedida por la parte; c) el hecho afirmado no ha llegado a ser probado, esto es, pudo haber existido, pero no ha sido probado ni por la parte a quien incumbía su prueba ni por la contraparte[1088].

---

es el problema de la falta de prueba', para indicar que se solventa la cuestión de que un determinado hecho no ha sido probado, fijando cuál de la partes sufre las consecuencias de la falta de prueba».

1083 Garberí Llobregat, J., *Los procesos civiles*, ed Bosch, Barcelona, 2001, p.439; En el mismo sentido, Cortés Domínguez,V., (con Moreno Catena,V.), *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., ed.Tirant lo Blanch, 2010, p.203, para quien la regla de juicio es un expediente lógico.

1084 STS, Sala 1ª, de 8 de junio de 1998, fto. jco. 5º (RJ 1998\4280).

1085 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, párrafo 28º.

1086 STS, Sala 1ª, de 12 de marzo de 2009, fto. jco.4º (EDJ 2009\22856).

1087 Apunta Tapia Fernández, I., *Comentario al art. 217 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.786, que «la fijación de los hechos relevantes puede proceder de la combinación de diversos mecanismos procesales: la admisión de los hechos por la parte a quien puedan perjudicar, la notoriedad del hecho como de general conocimiento, la fijación de un hecho a través de presunciones; y, sobre todo, de la prueba de la certeza positiva o negativa del hecho».

1088 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.121.

En los supuestos de declaración de existencia (a) o inexistencia del hecho (b), y con independencia de la parte que produjo la prueba, se aplicarán las consecuencias de estimación o desestimación de la pretensión objeto del proceso según corresponda al actor o al demandado la carga de probar los hechos en que funda su respectiva pretensión o resistencia. El supuesto más controvertido es cuando existen hechos dudosos (c), por falta de prueba, en cuyo caso el juez tiene inexorablemente que resolver sobre el fondo de la cuestión, a cuyo efecto debe acudir a las reglas de la carga de la prueba.

Como regla de juicio presenta los siguientes caracteres:

a) norma de *ius cogens*, de naturaleza procesal, y de obligada observancia por el juez. Llegada la fase decisoria del proceso el juez no puede obviar la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba. Como norma de *ius cogens* la regla de juicio no está «al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura» (STS 8 de junio de 1998[1089]). Ni el juez puede soslayar las reglas de la carga de la prueba, ni las partes pueden convenir una aplicación de las reglas de la carga de la prueba distintas de las legales.

   Cuestión diferente será en qué momento el juez tiene que recurrir al expediente formal de la regla de juicio y en qué momento tiene que agotar las facultades, ciertamente restrictivas, que le otorga el ordenamiento jurídico en forma de iniciativa probatoria de oficio, particularmente en procesos no dispositivos. A esta realidad alude la Exposición de Motivos cuando se refiere a que «son reglas que, bien aplicadas, permiten confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos»[1090].

b) norma dirigida al juez. Como ya se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC son «reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico»[1091]. Las reglas sobre la carga de la prueba son normas dirigidas al juez y orientadas a dictar una resolución ajustada a derecho. Igualmente se deduce esta característica del apartado 1º del art. 217 LEC, que contiene la formulación de la regla de juicio, al establecer que se aplicará «cuando, […], el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión», resultando que la norma se dirige al juez, en cuanto sujeto que tiene el deber de resolver sobre todos los asuntos sometidos a su decisión (art. 1.7 CC).

c) norma subsidiaria a la valoración de la prueba. La regla de juicio parte de hechos controvertidos y no acreditados y solo entrará en juego en los supuestos de incerteza probatoria[1092]. Si los hechos relevantes han sido probados, y con independencia

1089 STS, Sala 1ª, de 8 de junio de 1998, fto.jco.5º (RJ 1998\4280).

1090 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, párrafo 28º.

1091 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, párrafo 28º.

1092 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 217 LEC*, en «El proceso civil práctico», t.III, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.186; García-Cuerva García, S., *Las reglas generales del* onus probandi, en

de quien los probó, no entrarán en juego las normas de la carga de la prueba, pues «la carga probatoria cede al tornarse innecesaria cuando los hechos han resultado probados, sin que importe entonces discriminar si los ha probado el actor o el demandado» (STS 30 de noviembre de 1982)[1093], esto es, «sólo si los hechos carecen de certeza entra en juego el *onus probandi* (STS 22 de julio de 1996[1094]), puesto que «el principio de la carga de la prueba que se recoge en el art. 1214 CC [hoy art.217 LEC] es puramente subsidiario, en el sentido que solo entra en juego cuando no se hubiera apreciado la prueba en la sentencia» (STS de 22 de septiembre 1989[1095]). Así Rosemberg afirma que «el dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba»[1096]. La duda del juez y la existencia de una situación de incerteza fáctica es consecuencia de una previa valoración de la prueba. Esta subsidiariedad de la regla de juicio, así como la vigencia del principio de adquisición procesal, ha llevado a Corbal Fernández a denunciar como incorrecta la técnica de redacción de las resoluciones judiciales consistente en hacer un razonamiento previo en relación con el reparto de la prueba, cuando luego resulta que los hechos están probados[1097].

d) norma que se refiere a la prueba como resultado. Sabido es que el término «prueba» es polisémico, en la medida que admite distintas acepciones[1098]. La regla de juicio dirigida al juez atiende a la prueba como resultado, es decir, opera en la fase decisoria del proceso y una vez las partes han desplegado su actividad probatoria y contamos con los «resultados» de la prueba. Se trata, eso sí, de unos resultados probatorios insuficientes en la medida que determinados hechos controvertidos y relevantes no han sido acreditados.

«Objeto y carga de la prueba», J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 53-54, para quien la subsidiariedad, junto a la imperatividad, son las dos notas características de la regla de juicio.

1093 STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1982, cdo.2º (RJ 1982\6940).

1094 STS, Sala 1ª, de 22 de julio de 1996, fto. jco.2º (RJ 1996\5565).

1095 STS, Sala 1ª, de 22 de septiembre de 1989, fto. jco.1º (RJ 1989\6350). En sentido similar, la STSJ Navarra, Sala Civil y Penal, de 19 de junio de 2002, fto. jco.4º (La Ley 115857/2002) afirma: «[…] existe cierta unanimidad en la doctrina a la hora de señalar que el citado art. 217 LEC acoge las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que había generado el art. 1214 CC, y en particular, por lo que ahora nos importa, el principio de subsidiariedad –el precepto rige para los supuestos de falta de prueba– y que el art. 1214 CC no contenía reglas valorativas de la prueba».

1096 Rosemberg, L., *La carga de la prueba*, ob. cit., p. 61.

1097 Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.176, quien, por el contrario, aboga por la conveniencia de efectuar un relato de hechos probados, que permita reducir la operativa de la institución de la carga de la prueba (p.178).

1098 Muñoz Sabaté, LL., *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2011, p.23, afirma que en el concepto de prueba admite distintas acepciones según se acentúe el factor *resultado* (prueba equivalente conceptualmente a evidencia), el factor *medios* (la prueba como instrumento de prueba) o el factor *actividad* (la prueba equivalente a búsqueda de las fuentes y al desarrollo y optimización de los medios).

La regla de juicio se aplicará en supuestos de incerteza fáctica («cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión» art. 217.1 LEC), pero la regla de juicio no nos informa de cuándo cabe considerar un hecho dudoso, cuestión esencial y que debe conectarse con la llamada «dosis de prueba»[1099].

e) norma independiente de la naturaleza dispositiva o inquisitiva del proceso[1100]. Incluso en los procesos no dispositivos se aplicará la regla de juicio. La existencia de una mayor o menor iniciativa probatoria de oficio tampoco impide la aplicación judicial de las reglas de la carga de la prueba, pudiéndose afirmar que la iniciativa probatoria de oficio no destruye la carga de la prueba. Se aplicará la carga de la prueba allí donde termine la prueba de oficio, si subsisten hechos controvertidos relevantes dudosos, tantos en los procesos no dispositivos como en los procesos dispositivos.

3.2. Regla de conducta para las partes

La carga de la prueba es una regla de conducta para las partes en la medida que, correspondiendo a las partes la facultad de aportar los hechos y las pruebas (principio de aportación de parte), les indica qué hechos deben acreditar para obtener una sentencia favorable.

Como norma de conducta presenta los caracteres siguientes:

a) norma dirigida a las partes. Aun cuando la aplicación de las normas de la carga de prueba corresponde al juez, pueden orientar la actividad probatoria de las partes. La normativa de la carga de la prueba tiene un destinatario directo y final (el juez en el momento de dictar sentencia) y un destinario indirecto e inicial (la partes en el momento de preparar su estrategia probatoria). A esta realidad aluden los apartados 2º («corresponde al actor y demandado reconveniente la carga de probar […]») y 3º («incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar […]») del art. 217 LEC que sienta las reglas generales de distribución de la reglas de la carga de la prueba.

b) norma que constituye un imperativo del propio interés. Las partes no tienen «el deber u obligación» de convencer al juez de las afirmaciones de hecho introducidas en sus escritos de alegaciones, pero, de no levantar la «carga» de la prueba, obtendrán una sentencia contraria a sus pretensiones[1101]. Las normas sobre la carga de la prueba no

1099 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p.462.

1100 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t.XVI, vol. 2º, ed. Edersa, Madrid, 1991, p.54.

1101 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.117, lo explica precisamente: «En el proceso civil, pues, no existen normalmente deberes (que son imperativos del interés general, y cuyo incumplimiento es sancionado), ni obligaciones (que son imperativos del interés ajeno, y cuyo incumplimiento puede ser exigido coactivamente), sino cargas, que se conciben como facultades que pueden

imponen una sanción a las partes, sino que determinan un perjuicio a la parte gravada con la carga. Se trata de «un poder conferido a las partes, de ejercicio facultativo, de naturaleza instrumental (pues sólo se ejercitará cuando se pretenda la tutela de un determinado interés, concretamente la obtención de una resolución favorable) y cuyo no ejercicio se traduce en un menor número de posibilidades de ganar el pleito»[1102]. De igual modo lo expresa la SAP Córdoba de 26 de junio de 2002 al afirmar:

> «el art. 217 LEC contiene una regla genérica, de naturaleza procesal en cuanto a la distribución de la carga entre las partes, de modo que sea la propia parte quien soporte las consideraciones de su inactividad, de su negligencia e, incluso, de sus errores, y por tanto sea ella la que debe procurar suministrar al juzgador los máximos elementos que respalden su postura»[1103].

c) norma orientadora de la estrategia procesal de las partes. El contenido de las reglas de la carga de la prueba es idéntico para el tribunal que para las partes. Si para el tribunal sirve para estimar o desestimar las respectivas pretensiones de las partes, para las partes debe servir para preparar su estrategia probatoria en orden a logar la convicción judicial. En la fase de proposición de las pruebas, y sobre la base de los hechos controvertidos, las partes deben decidir de qué medios de pruebas se valdrán y a qué hechos se contraerán, teniendo en cuenta las reglas de la carga de la prueba, es decir, a cuál de ellas perjudicará que en el momento de dictar sentencia existan hechos relevantes controvertidos y carentes de prueba. En este sentido puede entenderse la expresión de la Exposición de Motivos de la LEC que, tras afirmar que las reglas de la carga de la prueba se aplican judicialmente en supuestos de insuficiencia probatoria, añade, acto seguido, que «constituyen reglas de decisiva orientación de la actividad de las partes»[1104].

   Ahora bien, también es una norma orientadora, en el sentido expresado por Cortés Domínguez, «que las partes pueden alegar y probar incluso los hechos que les son desfavorables; y en el sentido de que lo aportado y probado por una parte es adquirido, para bien o mal, por la otra»[1105].

d) norma que se refiere a la prueba como actividad. A diferencia de la regla de juicio, que atiende a la prueba como resultado, la regla de distribución de la carga de la prueba atiende a la prueba como actividad, en la medida que indica a las partes la actividad probatoria que deben desarrollar para que la expectativa de una sentencia favorable a sus pretensiones se haga efectiva.

---

ejercitarse en beneficio del interés propio, pues si su no ejercicio perjudica a la parte, su ejercicio le beneficia».

1102 Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ob. cit., p.56.

1103 SAP Córdoba, secc. 2ª, de 26 de junio de 2002, fto. jco.2º (La Ley 120888/2002).

1104 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, párrafo 28º.

1105 Cortés Domínguez, V., *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, en Rev. Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, p.588.

e) norma distinta del art. 429.1, II y III LEC. Dicho precepto, ubicado en sede de audiencia previa, concede al juez una facultad de integración probatoria, esto es, una facultad de indicar a las partes, una vez efectuadas sus proposiciones iniciales de prueba, que determinados hechos pueden quedar afectados por una insuficiencia probatoria, siendo las partes libres de atender o no la sugerencia del juez y de completar sus proposiciones iniciales de la prueba[1106]. Se trata, por tanto, de una facultad judicial que no vincula a las partes, aun cuando obviamente al preparar su estrategia probatoria las partes pueden tener en cuenta la insuficiencia indicada por el juez.

4. Fundamento

4.1. De la regla de juicio para el juez

El fundamento de la carga de la prueba (como regla de juicio para el juez) radica en el deber judicial de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto (art. 1.7 CC), salvo que aprecie la falta de concurrencia de un presupuesto procesal (art. 11.3 LOPJ).

La sentencia es la resolución que pone fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley (art. 206.1.3º LEC). El juez tiene el deber de dictar una resolución finalizando el proceso y no puede negarse a resolver so pretexto de oscuridad, insuficiencia o complejidad (prohibición de *non liquet*)[1107]. Las reglas de la carga de la prueba constituyen el expediente formal que la ley otorga al juez para evitar que la cuestión litigiosa quede imprejuzgada, dado que por razones de seguridad jurídica y del ejercicio de la potestad jurisdiccional el juez tiene el deber de resolver todas las cuestiones litigiosas.

1106 Por su claridad y por ser una de las primeras sentencias recaída sobre la materia puede verse la SAP Navarra, secc. 2ª, de 16 de abril de 2002, fto. jco.5º (JUR 2002/142806). Entre otras afirmaciones se destaca que «no puede sostenerse, conforme a la tesis del recurrente y de algunos de los primeros comentarios a la nueva LEC., que el artículo 429.1 imponga al tribunal obligación alguna, otorgando a las partes, de modo correlativo, un derecho subjetivo por el que pudieran exigirle imperativamente el cumplimiento de aquélla (como si las partes pudieran liberarse de la carga y responsabilidad de probar los hechos alegados, transfiriéndolas al tribunal), ni que consagre una verdadera iniciativa probatoria del tribunal (entendida como facultad de practicar de oficio las pruebas que considere convenientes), pues, en todo caso, puestas de manifiesto la eventual insuficiencia probatoria y las pruebas que considere convenientes, seguirá correspondiendo a las partes la consiguiente carga probatoria como lo demuestra el artículo 435.1.1), a cuyo efecto podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba».

1107 Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.179, nota a pie núm. 45, indica que la institución de la carga de la prueba cumple una triple función: 1) Resuelve un problema técnico, cual el de la eventual incertidumbre fáctica, supliendo otras soluciones alternativas de menor aceptabilidad en las perspectivas de la utilidad, eficacia y justicia (equidad); 2º) Justifica la reducción del ámbito de iniciativa probatoria oficial (del juez), y 3º) Impide que el juez en el momento de dictar fallar, pueda verse afectado por un hipotético conflicto de conciencia que pudiera explicar un «non liquet».

Así afirma Serra Domínguez «que el problema de la carga de la prueba hay que centrarlo en la posición del Juez situado ante una insuficiencia probatoria y que, sin embargo, debe resolver inexcusablemente el proceso»[1108].Y en sentido similar Montero Aroca afirma que «si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre que le coloca la falta de la prueba de un hecho»[1109]. Como recuerda la STS de 29 de marzo de 1999 «para que el juez pueda fallar confirme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Rituaria [LEC 1881] y 1.7 del Código Civil el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para determinar en los casos de incerteza fáctica si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, lo que, en la ciencia del Derecho, se denomina 'regla de juicio'»[1110]. El juez no puede dejar imprejuzgada la cuestión litigiosa ni ante la duda sobre la norma aplicable ni ante la incerteza fáctica.

Este deber judicial se recoge no solamente en el artículo 1.7 CC («Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido»), sino también en el artículo 11.3 LOPJ («Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes»), en el art. 218.3 LEC («Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos») y en el art. 117.3 CE («El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de procedimiento y de competencia que se establezcan»).

La infracción del deber de resolver todas las cuestiones litigiosas puede ser objeto de diversas sanciones: de responsabilidad civil en forma de indemnización de daños y perjuicios al juez o magistrado que se niega a resolver (arts. 411 a 413 LOPJ); de responsabilidad penal, por comisión de un delito de denegación de justicia, y siempre que la actuación judicial sea dolosa (art. 448 CP); de responsabilidad disciplinaria, por comisión de una falta muy grave de desatención a la resolución de procesos (art. 417.9 LOPJ)[1111].

4.2. De la norma de conducta para las partes

El fundamento de la carga de la prueba (como norma de conducta para las partes) radica en el principio de aportación de parte, entendido como la facultad y carga que tienen las partes de introducir los hechos y las pruebas en el proceso.

1108 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit, p.55.

1109 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.121.

1110 STS, Sala 1ª, de 29 de marzo de 1999, fto. jco.4º (RJ 1999\2012)

1111 Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ob. cit., p.31.

Esta facultad de las partes aparece recogida, aun cuando confundida con el principio dispositivo y con el deber de congruencia de las resoluciones judiciales, en el art. 216 LEC al establecer que «Los tribunales decidirán los asuntos en virtud de *las aportaciones de hechos, pruebas* y pretensiones de las partes, excepto cuando el tribual disponga otra cosa»[1112]. Siendo una facultad y una carga, el no levantamiento de la carga no comporta sanción alguna –a diferencia de lo que sucede con la infracción del deber de resolver de los jueces–, sino en unas menores posibilidades de obtener una sentencia favorable.

5. La regulación en la LEC

5.1. Del art. 1214 CC al art. 217 LEC

Bajo la vigencia de la LEC de 1881, la carga de la prueba se encontraba regulada en una ley sustantiva, el art. 1214 CC, cuyo tenor literal, siguiendo el precedente del art. 1315 del Código francés de 21 de marzo de 1804, era: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien la opone».

La doctrina científica destacaba el carácter incorrecto de la norma, pues la prueba no recae sobre las obligaciones, sino sobre los hechos –o, más precisamente, sobre las afirmaciones de los hechos–, y su carácter incompleto, pues solo contemplaba los hechos constitutivos y los extintivos, sin mencionar los impeditivos y los excluyentes. Estas deficiencias propiciaron una interpretación doctrinal y jurisprudencial correctora, de la que constituye ejemplo la ya lejana STS de 3 de junio de 1935 al afirmar que el principio del art. 1214 CC:

> «ha de ser entendido, conforme a los dictados de las más autorizadas doctrinas relativas a la carga de la prueba, en el sentido de que el actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, pues si el demandado no se limita a negar tales hechos sino que alega otros, suficientes para impedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado en la demanda, tendrá él que probarlos, como habrá de probar también aquellos hechos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades»[1113].

La LEC regula la carga de la prueba en el art. 217 LEC y deroga el art. 1214 CC, contrastando la parquedad e insuficiencia de éste último con la minuciosidad del primero. El legislador formula la regla de juicio sobre la carga de la prueba, con sus presupuestos y efectos (art. 217.1 LEC); sienta unas reglas generales de distribución de la carga de la prueba, sobre la distinción entre la carga del demandante y la carga del demandado y, a su

1112 La cursiva es mía para distinguir, dentro del art. 216 LEC, el contenido específico del principio de aportación de parte.

1113 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.126, señala esta sentencia, de la que fue ponente Dº José Castán Tobeñas, como la primera en la que el Tribunal Supremo alude a la clasificación de hechos entre constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes.

vez, entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes (art. 217, 2 y 3 LEC); sienta también unas reglas especiales de distribución de la carga de la prueba referidos a supuestos de competencia desleal, publicidad ilícita (art. 217.4 LEC) y actuaciones por discriminación de sexo (art. 217.5 LEC); y establece unos mecanismos correctores de las reglas anteriores al recoger los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC). Las reglas sobre la carga de la prueba tienen vocación de subsidiaridad, puesto que su aplicación solo se producirá ante la inexistencia de reglas particulares de distribución de la carga de la prueba que establezcan criterios distintos (art. 217.6 LEC).

El art. 217 LEC mejora la técnica legislativa mediante la subsanación de las deficiencias del art. 1214 CC, incorpora la doctrina jurisprudencial, así como las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria, y se ubica dentro de las normas reguladoras de la formación interna de la sentencia (Libro I, Capítulo VIII, Sección 2ª) y no dentro de las disposiciones generales sobre prueba (Libro II, Título I, Capítulo V), destacándose con ello, en coherencia con el anuncio de la Exposición de Motivos de la LEC (epígrafe IX, párrafo 28), que las reglas de la carga de la prueba constituyen, en primer término, una regla de juicio dirigida al juez en los supuestos de incerteza fáctica[1114].

Resulta, por el contrario, criticable la indefinición sobre el presupuesto de la regla de juicio, puesto que la referencia a los hechos relevantes dudosos, no libera de ciertos interrogantes en torno a la insuficiencia o inexistencia de prueba, como analizaremos en el epígrafe siguiente. Cabe también reprochar la aparición de reglas especiales de distribución probatoria (art. 217. 4 y 5 LEC), sin una justificación expresa de su inclusión, cuando existen otras muchas reglas especiales en numerosas leyes extrapocesales. Sería preferible reservar las normas especiales sobre distribución de la carga de la prueba para su legislación específica o, por el contrario, recoger en la Ley Procesal Civil todo el elenco de disposiciones particulares sobre la materia[1115].Y también cabe censurar que el art. 217 LEC no haya recogido el principio de adquisición procesal, completamente asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[1116].

5.2. La formulación de la regla de juicio (art. 217.1 LEC)

La paradoja legal de la formulación de la regla de juicio es la siguiente: el legislador anticipa en la Exposición de Motivos que la carga de la prueba es una regla de juicio dirigida al juez cuando en el momento de dictar sentencia existan hechos relevantes dudosos (finalidad principal o directa) y también una norma orientadora de la conducta de las partes (finalidad secundaria o indirecta).

Lo cierto es que, salvo el apartado primero del art. 217 LEC –que contiene la formulación de la regla de juicio– y el apartado séptimo del art. 217 LEC –referido a las reglas

1114 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, ob. cit., p.489.

1115 Ramos Méndez, F., «Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.676.

1116 Picó i Junoy, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, ob. cit., pp. 1304-1305.

de facilidad y disponibilidad probatoria–, los restantes apartados del art. 217 LEC contienen reglas de conducta de las partes, bien en forma de reglas generales de distribución de la carga de la prueba (apartados segundo y tercero del 217 LEC), bien en forma de reglas especiales (apartados cuarto y quinto del art. 217 LEC). Esta situación ha sido puesta de manifiesto por Muñoz Sabaté al señalar que en el tratamiento legal de la cuestión prima el modelo atributivo (a quién corresponde probar) por encima de la situación causante de aquella atribución (situación de duda)[1117].

El art. 217.1 LEC, calificado por algún autor como regla abstracta y general[1118], regula el supuesto fáctico de la regla de juicio en los términos literales siguientes: «Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos los hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconveniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones», lo cual suscita dos cuestiones, que no aparecen resueltas en la LEC[1119].

El apartado 1º del art. 217 LEC establece el presupuesto objetivo (existencia de hechos dudosos relevantes) y temporal (en el momento de dictar sentencia) para la aplicación de la regla de juicio, de manera que si no concurre el presupuesto objetivo, porque el hecho controvertido ha sido declarado probado como existente o como inexistente, no será necesaria la aplicación de la regla de juicio.

5.2.1. El presupuesto objetivo: existencia de hechos dudosos relevantes

La primera cuestión es si el presupuesto para la aplicación de la regla de juicio radica en la insuficiencia probatoria o en la inexistencia de prueba. O, dicho en otras palabras, si para que pueda aplicarse la regla de juicio es necesario que haya existido una mínima actividad probatoria o también se aplicará la regla de juicio en los supuestos de absoluta falta de actividad probatoria sobre el hecho. La segunda cuestión es la relativa al grado de duda que constituye el presupuesto de la regla de juicio. O dicho en otros términos, qué cantidad de prueba es necesaria para despejar la situación de duda.

Con respecto a la primera cuestión un sector doctrinal sostiene que la regla de juicio deberá aplicarse tanto en los supuestos de inexistencia de prueba sobre los hechos controvertidos como en los supuestos de insuficiencia de prueba, pues, a efectos de resolver, el hecho no existe, por lo que ha de recibir el mismo tratamiento[1120]. Otro sector, por

1117 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., pp. 165-166.

1118 Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 217 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.826.

1119 González Granda, P., *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 LEC*, en «Objeto y carga de la prueba», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 38-44.

1120 Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ob. cit., p.32.

el contrario, opina que conceptualmente deben distinguirse los supuestos de insuficiencia probatoria –para los que entrará en juego la regla de juicio– de los supuestos de inexistencia probatoria –para los que ni siquiera entrará en juego la regla de juicio, sino el principio general de aportación de parte (*iuxta allegata et probata, iudex iudicare debet*)–.

Se añade que no existiendo una mínima actividad probatoria, el juez deberá tener por no acreditadas las afirmaciones de hecho y dictar sentencia absolutoria, por lo que la regla de juicio solo será de aplicación en aquellos supuestos en los que, efectuada una labor probatoria, aunque sea mínima, los hechos han quedado inciertos[1121].

La segunda cuestión es la relativa al llamado «coeficiente de elasticidad de la prueba», o también la «dosis de prueba», o el «umbral de incertidumbre o grado de duda». El coeficiente de prueba ha sido definido como «el coeficiente necesario para convencer al juez de la certeza de una afirmación fáctica con base en la cual los litigantes funden su derecho»[1122]. La dosis de prueba ha sido definida como «la cantidad o nivel de evidencia necesaria para satisfacer la carga primera de las partes», siendo la carga primaria de la prueba «aquella que la ley atribuye a cada una de las partes»[1123]. El umbral de incertidumbre o grado de duda se define como «la cantidad o dosis de prueba [que] es menester para alcanzar la suficiencia [de prueba]»[1124]. Coma afirma acertadamente Seoane Spielgelberg las reglas reguladoras de la carga de la prueba nos indican quién debe demostrar un hecho y las consecuencias de su falta de acreditamiento, aunque no la dosis de prueba precisa para lograr dicha convicción judicial[1125].

Bajo distintas formulaciones subyace aquí uno de los grandes interrogantes del Derecho probatorio, a saber, cómo se logra la convicción judicial. Dado que la formación de la convicción judicial es un fenómeno complejo, en el que se incluyen disciplinas o factores ajenos al Derecho probatorio, como puede ser, por ejemplo, la psicología o la experiencia, éste se limita a formular un interrogante más modesto, aun cuando no menos complicado, a saber: el grado de prueba necesario para formar la convicción judicial, que ha ocupado a muchos estudiosos, particularmente en el ámbito anglosajón, con las teorías del «burden of persuassion», «level of confidence», o «standard of proof».

Sin ánimo de simplificar una cuestión de calado jurídico, a los efectos del estudio de la carga de la prueba, baste citar dos grandes estándares de prueba. Primero, el enunciado como «beyond a resoanable doubt», propio del proceso penal, y que significa que para dictar una sentencia condenatoria debe existir una certeza moral excluyente de toda duda razonable, que comporta un nivel superior de convicción, en concordancia con la vigencia

1121 Cortes Domínguez, V. (con Moreno Catena, V.), *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.204.

1122 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*…, ob. cit., p.464.

1123 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*…, ob. cit., p.169.

1124 González Granda, P., *Los criterios de disponibilidad*…, ob. cit., p.42.

1125 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*…, ob. cit., p.464.

de la regla *in dubio pro reo* (art. 24.2 CE). Y segundo, el enunciado como «preponderance of evidence», propio del proceso civil y más cercano a un balance de posibilidades, que significa que tras la prueba practicada, su existencia debe aparecer para el juez más probable que su inexistencia[1126]. A su vez, y dentro de este segundo estándar de prueba también encontramos matizaciones, pues en el ámbito anglosajón suele aplicarse la ponderación de posibilidades («balance of probabilites») aplicando la regla de la prueba preponderante o prevalenciente («preponderance of evidence») con una aceptación del 51% para tener por acreditada la justificación del hecho[1127]. Mientras que en el ámbito europeo, suele reclamarse un nivel de probabilidad superior, requiriéndose una alta probabilidad, una probabilidad cualificada, según el criterio de normalidad en las cosas («id quod plerumque accidit»)[1128].

Cuando no se cubre la dosis de prueba aparece la situación de duda, que constituye el presupuesto de la regla de juicio. El *dubio* ha sido definido como «un estado de la mente del juez antes de tomar la decisión de dar o no por probados determinados hechos»[1129], distinguiendo entre la «duda auténtica», que es el puro convencimiento judicial que se duda, la «duda útil» que utiliza el juez en los supuestos de complejidad en los hechos y la «duda estratégica», que se emplea para aplicar soluciones tuitivas o de equidad[1130].

Para perfilar el concepto de dosis de prueba resulta muy esclarecedora la STS, de 30 de mayo de 2011, en cuyo fundamento jurídico 3º, se lee:

> «No cabe confundir el tema del «onus probandi» con el de la dosis de prueba. La carga de la prueba no entra en juego aunque la prueba utilizada por el juzgador sea escasa o de mínima entidad. Salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa de prueba exigible varía según las circunstancias del supuesto que se trate. Con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba no es necesaria una concreta tasa de prueba. Para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones; y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciable en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad. Pero este defecto constitucional (infracción del art. 24.1 CE) no es una mera hipótesis porque exige que se acredite su realidad, sin que baste la mera afirmación»[1131].

1126 Con palabras de Lord Denning: «It must carry a reasonable degree of probability but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: we think it more probable than not, the burden is discharged, but if the probabilities are equal is not» (*Cross on evidence*, 3ª ed., p.88).

1127 Esto es, para tener por probado un hecho basta con una probabilidad más grande que los hechos sean ciertos a que sean falsos. Así lo afirma P. Murphy, *Murphy on evidence,* Oxford, 2005, p.102: «[…] the tribunal of fact must be able to say on the whole of the evidence, that the case for the asserting party has been shown to be more probably true than not true».

1128 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*…, ob. cit., p.466.

1129 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.167.

1130 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.168.

1131 STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2011, fto.jco.3º (RJ 2011\3994).

La dosis de prueba es una institución referida al «quantum» de prueba, esto es, a la intensidad o cantidad de la prueba y de la precitada sentencia se deducen las siguientes afirmaciones: a) No existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso; b) La dosis de prueba debe medirse con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba; c) La dosis de prueba suficiente para generar la convicción judicial puede provenir de cualquier medio de prueba o de las presunciones; d) La valoración de la prueba solo es impugnable en casación cuando sea irracional o arbitraria. Interesa ahora profundizar en las anteriores afirmaciones.

a) No existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso. Históricamente, y en particular en la prueba testifical, y desde el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas existía un sistema de prueba tasada o legal, que exigía un determinado número o calidad de testigos para la acreditación de un hecho. Así por ejemplo, en la Partida III, título XVI, Ley 32, se decía «Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales que no los puedan desechar por aquellas cosas que mandan la leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juyzio: fueras ende en razón de quitamiento de deuda sobre que fuesse fecha carta de escriturano público». Por el contrario, en la vigente LEC prima el sistema de libre valoración de la prueba (arts. 316.2 –para el interrogatorio de las partes–; 348 –para la prueba pericial; 376 –para el interrogatorio de testigos–; 382 y 384 –para los medios audiovisuales e instrumentos informáticos–, todos ellos de la LEC), que comporta la necesidad de motivar el juicio de hecho de la sentencia y, aun en los supuestos de prueba tasada, ésta no aparece vinculada a la exigencia de un determinado número o cantidad de pruebas, sino a los efectos de la prueba. (arts. 316 y 319 LEC). La dosis o cantidad de prueba no viene establecida o prefijada de antemano ni legalmente para cada supuesto de hecho. Como se ha afirmado acertadamente, no existe una regla legal (ni jurisprudencial) que determine la dosis de prueba necesaria para tener un hecho por probado, correspondiendo al tribunal la valoración de las pruebas, y salvo los supuestos de prueba tasada, conforme a las reglas de la sana crítica[1132].

b) La dosis de prueba debe medirse con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba. El Tribunal Supremo alude a la noción del «coeficiente de elasticidad de la prueba» como parámetro para medir la dosis de prueba. Algunos autores, como Sentís Melendo, han establecido niveles de «cantidad o volumen» de la prueba, distinguiendo entre sospecha, conjetura, verosimilitud, probabilidad, *fumus boni iuris*, principio de prueba, indicios, prueba semiplena y prueba plena[1133]. Otros autores, como Taruffo, distinguen entre verosimilitud y probabilidad, de modo que un hecho es probable cuando existen elementos objetivos para probarlo, mientras que un

1132 Menacho Solá de Morales, A., *La duda del abogado ante la prueba*, en «La prueba judicial», ed. La Ley, Madrid, 2011, p.273.

1133 Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, pp. 292 y ss.; y del mismo autor *Valoración de la prueba*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1976, nº 2-3, pp. 294-300.

hecho es verosímil cuando las máximas de experiencias nos enseñan que pudo haber ocurrido[1134]. El «coeficiente de elasticidad de la prueba» es un concepto que aparece definido negativamente, de manera que no es necesaria una concreta tasa de prueba para que un hecho puede resultar acreditado. En sentido negativo, por tanto, no se necesita una determinada cantidad o calidad de las pruebas para tener por acreditado por un hecho. Pero, y ¿en sentido positivo? El coeficiente de elasticidad de la prueba remite a la consideración que la suficiencia de la prueba es relativa y circunstancial, esto es y en otras palabras, es necesaria la objetivación en la valoración de la prueba –lo cual se consigue mediante la motivación–, pero esa valoración dependerá de la subjetiva convicción de cada juez, al no existir reglas tasadas.

c) La dosis de prueba que genera la convicción judicial puede proceder de cualquier medio de prueba e incluso de las presunciones. En el ámbito del proceso penal, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la jurisprudencia sobre la «mínima actividad probatoria», en virtud de la cual para poder declarar culpable a una persona imputada y para que pueda ser condena se ha de desarrollar una mínima actividad probatoria de cargo[1135]. En el proceso civil, y aun sin aludir a la mínima actividad probatoria, el Tribunal Supremo indica que la prueba suficiente para generar la convicción judicial puede proceder de cualquier medio de prueba, lo cual significa: a) que existe libertad en la práctica y valoración de los medios de prueba, siempre y cuando, por supuesto, se trate de uno de los medios de pruebas legalmente previstos (art. 299 LEC); b) que no es necesario que concurran conjuntamente varios medios de prueba, sino que el Tribunal puede generar su convicción a partir de un solo medio de prueba; c) que a efectos de generar la convicción judicial ésta puede producirse tanto una medio de prueba de libre valoración cuanto de un medio de prueba de valoración tasada.

A la anterior afirmación se une otra no menos importante, y es que la convicción judicial puede generarse no solamente a través de los medios de prueba legalmente previstos (art. 299 LEC), sino también mediante las presunciones (arts. 385 y 386 LEC) que, como es sabido, no constituyen un medio de prueba, sino un proceso lógico-deductivo, por el cual partiendo de un hecho admitido o acreditado (llamado hecho base) se llega a un hecho nuevo y distinto (llamado hecho presunto) aplicando un nexo lógico o, en palabras de la STS de 24 de mayo de 2004 «la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base –el hecho demostrado–; la afirmación presumida –el hecho que se trata de deducir–; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, estando constituido este criterio por las reglas de la sana crítica usadas para la valoración de otros medios de prueba»[1136].

1134 Taruffo, M., *La prueba de los hechos,* ed. Trotta, p.504.

1135 Puede verse Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch, 2003.

1136 STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/4033).

d) La valoración de la prueba solo es impugnable en casación cuando sea irracional o absurda[1137]. Solo podrá ser impugnada, a través del recurso por infracción procesal y con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, en unos supuestos tasados, reducidos a los siguientes: a) un error patente, que significa un error notorio en el juicio de hecho; b) una valoración arbitraria, que significa una valoración, al margen de las normas de valoración, sean libres o tasadas; y c) una valoración con infracción de las normas de prueba tasada, por ser las normas que se imponen a la voluntad del legislador[1138].

5.2.2. El presupuesto temporal: momento de dictar sentencia.

Además del presupuesto objetivo –existencia de hechos dudosos relevantes para la decisión– la regla de juicio contiene también un presupuesto temporal –y es que la duda se ha de producir al tiempo de dictar sentencia u otra resolución semejante–. Este presupuesto temporal es el que marca la distinción entre la regla de juicio y las reglas de valoración de la prueba, en el sentido expresado por Serra Domínguez que «mientras las reglas de valoración determinan qué afirmaciones deben estimarse probadas, las reglas de la carga de la prueba establecen las consecuencias desfavorables de la falta de la prueba»[1139].

En el mismo sentido, constante y reiterada jurisprudencia ha deslindado el ámbito de las reglas de la carga de la prueba de las normas valorativas de la prueba, afirmando que la regla de juicio no será de aplicación cuando en virtud de las reglas de valoración de la prueba, el tribunal ha declarado probados, sea como existentes o inexistentes, unos determinados hechos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 9 de febrero de 2007, cuando afirma:

> «Es doctrina reiterada de esta Sala que la regla de distribución de la carga de la prueba no resulta alterada cuando se ha practicado prueba y el órgano judicial lleva a cabo su apreciación, en virtud de un proceso de interpretación y valoración de la que se ha suministrado al proceso por cada parte en el conjunto probatorio (sentencia de 21 de abril de 2004 [RJ 2004, 3013] y las en ellas citadas). Sólo cabe acoger un motivo de casación por infracción del art. 1.214 del Código Civil –cuya excepcional invocación en casación ha sido insistentemente reiterada por esta Sala–, cuando, ante la ausencia de prueba, el órgano jurisdiccional haya modificado, alterado o invertido la regla de juicio (sentencias de 3 de junio de 2003 [RJ 2003, 5330], 30 de noviembre de 2005 [RJ 2006, 79], 2 [RJ 2006, 822] y 27 de febrero de 2006 [RJ 2006, 1564] y 2 de marzo de 2006 [RJ 2006, 5508], y no cuando la sentencia atacada

1137 La STS, Sala 1ª, de 6 de junio de 2008, fto. jco.6º (RJ 2008/4242) afirma «[…] la ponderación de la dosis de prueba necesaria para la fijación de los hechos controvertidos es función soberana de los tribunales que resuelven en la instancia, lo que sólo es verificable en casación en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad […]».

1138 Puede verse la STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010, fto. jco.3º (RJ 2010/7304) y nuestro comentario *El error de valoración probatoria, con carácter excepcional, puede fundarse en el arat. 469.1.4º Ley de Enjuiciamiento Civil,* en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 4, Diario La Ley, número 7564, de 8 de febrero de 2011, pp. 22-23.

1139 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales»*, ob. cit., p.51.

establece como debidamente demostrados los hechos que declara (sentencias de 22 de marzo [RJ 2005, 3199] y 30 de noviembre de 2005 [RJ 2006, 79] y 27 de febrero de 2006 [RJ 2006, 1564]. En el caso, la sentencia recurrida llega al resultado fáctico que establece a través de la apreciación y valoración del extenso material probatorio aportado a los autos, por lo que no puede entenderse conculcado el principio sobre carga de la prueba recogido en el art. 1214 que se invoca y, en consecuencia, se desestima el motivo»[1140].

5.3. Las reglas generales de distribución (art. 217. 2 y 3 LEC)

Los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC contienen las reglas generales de la carga de la prueba. Cada parte ha de probar el supuesto de hecho previsto en la norma, puesto que el interés en probar deviene del interés en la alegación y en la aplicación de la norma. Las reglas generales de distribución de la carga de la prueba se fundamentan en un criterio de justicia distributiva, atendiendo a aquello que normalmente es más fácil de probar a cada parte, de manera que, a título de ejemplo, y en el ámbito contractual al actor le es más fácil probar la existencia del contrato (hecho constitutivo) y al demandado su extinción mediante el pago (hecho extintivo).

Las reglas de la carga de la prueba han sido incorporadas en los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC siguiendo una consolidada línea jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo[1141]. Fueron recogidas por vez primera en la STS de 3 de junio de 1935, en los términos siguientes:

> «[…] el artículo 1214 del Código Civil ha de ser entendido, conforme a los dictados de las más autorizadas doctrinas relativas a la carga de la prueba, en el sentido que al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, pues si el demandado se limita a negar tales hechos sino que alega otros, suficientes para impedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado por la demanda, tendrá el que probarlos, como habrá de probar también aquellos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades […]»[1142].

Ha persistido la distinción entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes en otras muchas resoluciones posteriores, entre las que destacamos la STS de 24 de octubre de 1994, que en la parte que interesa, afirma:

1140 STS, Sala 1ª, de 9 de febrero de 2007, fto.jco.5º (RJ 2007/940). En sentido similar la STS, Sala 1ª, de 19 de febrero de 2007, fto. jco.2º (RJ 2007/937) afirma que el art. 217 LEC no contiene una norma valoración de la prueba «que permita discutir la convicción del juzgador sobre la prueba practicada, como tampoco permite bajo su invocación volver a valorar nuevamente todo el material probatorio».

1141 Puede consultarse la evolución histórica de las reglas para el reparto de la carga de la prueba en Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., pp. 182-187.

1142 STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 1935, cdo. 3º (RJ 1935/12142), posteriormente seguida por otras muchas, entre las cuales destacamos la STS, Sala 1ª, de 30 de junio de 1942, cdo 4º (RJ 1942/924) al afirmar: «[…] al demandante le incumbe la prueba de los hechos específicamente constitutivos de su derecho, o sea los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones en sentido propio […]».

> Recogiendo una doctrina legal ya consolidada, dice la Sentencia de 20 febrero 1960 (RJ 1960\922), citada en la de 17 octubre 1981 (RJ 1981\3740), que «se llega a establecer como principio a seguir para precisar a quién debe corresponder la facultad de demostrar el fundamento esgrimido, que la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor y, por el contrario, es atribución del demandado la de los impeditivos o extintivos de la relación jurídica en discusión, sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso, a los fines de analizar los factores que se ofrecen para deducir por ellos cuál es el hecho que origina la constitución del derecho que se pide, o la extinción que la origina, llevándolo a declarar en otras, que cuando el demandado no se limita a negar los hechos de la demanda y opone otros que sirven para desvirtuarlos, impedirlos o extinguirlos, queda, en cuanto a éstos, gravado con la demostración de aquellos que constituyen la base de su oposición»[1143].

La anterior distinción jurisprudencial, aun sin emplear *expressis verbis*, los términos hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes aparece recogida, en una formulación de carácter general y abstracto, en los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC.

El art. 217.2 LEC dispone: «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de la probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención».

Se establece la carga de prueba del demandante, gravándole con la prueba de los hechos constitutivos de los que se desprenda ordinariamente el efecto jurídico pretendido. Por hechos constitutivos entendemos «los hechos que contemplados por una norma jurídica constituyen el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica, o sea, el nacimiento del derecho subjetivo o la constitución de la relación jurídica»[1144]. O, en otras palabras, «los que constituyen el presupuesto del derecho que se reclama»[1145]. Por ejemplo, si una parte pretende reclamar una cantidad con base en un incumplimiento contractual, tendrá que probar como hecho constitutivo la existencia del contrato.

Profundizando en la exégesis del apartado 2º del art. 217 LEC podemos afinar nuestras conclusiones, siguiendo a Seoane Spielgelberg[1146], del modo siguiente:

a) se grava al accionante –sea la parte actora, sea el demandante en reconvención– con la carga de probar los hechos ordinarios y no los excepcionales a cuyo amparo basa la pretensión ejercitada. Ello significa que si se pretende, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato el

1143 STS, Sala 1ª, de 24 de octubre de 1994, fto. jco.9º (RJ 1994\7681). Recogiendo las mismas reglas de distribución la STS, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1991, fto. jco.3º (RJ 1991/2000) afirma: «[…] si bien es cierta la vigencia de la conocida regla incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizándola moderna doctrina el alcance del onus probandi, que el citado art. 1214 del Código civil sanciona, en el sentido que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los hechos impeditivos o extintivos que alegue […]».

1144 López Fragoso, T., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.3.

1145 Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial*, ob. cit., p.90.

1146 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.490.

accionante tendrá que acreditar las condiciones específicas de eficacia del mismo (celebración, precio, etc.) y no la generales (capacidad, consentimiento, causa, etc.) que normalmente concurren y deben reputarse existentes, correspondiendo a la parte contraria la prueba de su ausencia (falta de capacidad, vicios del consentimiento, ilicitud o falsedad de la causa).

b) La regla de distribución de la carga de la prueba no menciona expresamente el término «hecho constitutivo», esto es, prescinde de la condición del hecho y, por tanto, admite que puedan ser hechos constitutivos de la demanda y la reconvención aquellos que por su naturaleza sean impeditivos, extintivos o excluyentes, así por ejemplo, una demanda de anulabilidad de un contrato por un vicio de consentimiento o una demanda solicitando la extinción de una servidumbre de paso por un no uso.

c) La regla de distribución menciona literalmente el término «de los que ordinariamente se desprenda el efecto […] jurídico», lo cual tiene que ponerse en relación con el principio de normalidad de las cosas y los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. Se ha afirmado que el término «ordinariamente» del apartado segundo del art. 217 LEC adquiere una relevancia esencial en cuanto que opera no solo como norma distributiva de los hechos, sino también como criterio corrector, en cuanto que las normas generales de distribución de la carga de la prueba pueden dejar de ser aplicadas cuando concurran situaciones de facilidad o disponibilidad probatoria en una de las partes[1147].

El apartado tercero del art. 217 LEC dispone: «Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior».

Se establece la carga de la prueba del demandado y se le grava con la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la pretensión del actor. Por hechos impeditivos entendemos «los hechos que, contemplados por una norma jurídica, impiden, desde el principio, que nazca el hecho pretendido por el demandante»[1148]. Como tales suelen alegarse los vicios del consentimiento, la falta de causa, el término, el modo, etc.[1149]. Por ejemplo, si el demandante pretende que el demandado cumpla con un contrato de compraventa, el demandado podrá alegar, como hecho impeditivo, que el contrato no tenía causa o que ésta era ilícita. Por ejemplo, la minoría de edad de una de las partes contratantes es un hecho que impide que la relación jurídica, aunque se haya producido, nazca de forma válida[1150].

Por hechos extintivos entendemos los hechos que, contemplados por una norma jurídica, no impiden que nazca el hecho pretendido por el actor, pero permiten afirmar que, con posterioridad a su nacimiento, se ha producido otro hecho que extingue sus efectos. Por

1147 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 217 LEC*, en «El Proceso Civil Práctico», t.III, 4ª ed., ed. La Ley, p.191.

1148 López Fragoso, T., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.4.

1149 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales,* ob. cit., p.62.

1150 Fernández López, M., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.91.

ejemplo, si el demandante pretende que el demandado cumpla con un contrato de compraventa, el demandado podrá alegar la extinción de su obligación de pagar el precio como comprador por el hecho de la condonación de la deuda o por el pago *ex* art. 1156 CC.

Y por hechos excluyentes entendemos aquellos que, al igual que los extintivos, no impiden que nazca la relación jurídica pretendida por el actor, pero permiten enervar o excluir la eficacia jurídica de los hechos constitutivos del derecho pretendido por el actor. Por ejemplo, si el demandante reclama el precio de una compraventa, el demandado puede oponer la prescripción. Otros ejemplos serían la compensación, la quita, la espera, etc.

Admite comúnmente la doctrina que los hechos impeditivos suelen ser coetáneos de los constitutivos, mientras que los extintivos y excluyentes son posteriores[1151]. Y la jurisprudencia también razona la distinción entre hechos impeditivos, extintivos y excluyentes a partir de sus efectos jurídicos y atendiendo a un criterio de temporalidad, esto es, la concomitancia o posterioridad del hecho impeditivo, extintivo o excluyente con el hecho constitutivo, en los términos literales siguientes:

> «Excluyentes son aquellos hechos que, concomitantes o posteriores a los hechos constitutivos, fundan un contraderecho a favor del demandado que le permite enervar la acción que el demandante afirma en su demanda. Así como el resultado inmediato de la concurrencia de un hecho impeditivo es que el derecho subjetivo, como tal, no ha llegado nunca a nacer y, como consecuencia la acción que el demandante afirma tener no ha existido nunca, el hecho extintivo, por el contrario, al ser posterior a los constitutivos provoca la extinción del derecho subjetivo anteriormente existente. Ello supone que la acción, que en algún momento tuvo existencia, se ha extinguido con posterioridad. Consiguientemente los hechos impeditivos y los extintivos se diferencian en que unos son concomitantes con los constitutivos y los otros son posteriores, pero se equiparan en cuanto a sus efectos, por cuanto el Juez no puede otorgar la tutela pedida si en el momento del proceso no existe el derecho material que le servía de sustento. Si el Juez se apercibe durante el proceso de la concurrencia de un hecho impeditivo o de la de uno extintivo, debe absolver de oficio la de la demanda. No es concebible, en buena lógica jurídica que el Juez dé lugar, a sabiendas, a pretensiones infundadas»[1152].

La anterior clasificación de hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes tiene relevancia práctica en su tratamiento procesal. Así:

a) El demandante tiene la carga de alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión. El demandado puede liberar al actor de su carga cuando admita un hecho o no se oponga expresamente al hecho (art. 405.2 LEC). Pero si el demandado se limita a negar la existencia de un hecho constitutivo no viene gravado con la carga de la prueba, sino que corresponde al actor.

b) El demandado puede alegar hechos nuevos –impeditivos, extintivos o excluyentes–, en cuyo caso tiene la carga de la prueba. Con respecto a los hechos excluyentes el

1151 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 217 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.383.

1152 SAP Madrid, secc. 10ª, de 25 de mayo de 2004, fto. jco.5º (JUR 2004/25900).

demandado no solo tiene la carga de la prueba, sino también la carga de la alegación. El tribunal puede apreciar de oficio un hecho impeditivo o extintivo, aun no alegado por el demandado, pero no puede apreciar de oficio un hecho excluyente.

Así lo recuerda, entre otras muchas, la ya citada SAP Madrid, de 25 de mayo de 2004 al afirmar:

«Las diferencias entre los hechos excluyentes, por un lado, y los impeditivos y extintivos, por otro, son fundamentalmente éstas: a) Cuando concurre un hecho impeditivo o extintivo la acción que el demandante afirma tener no existe, en realidad, bien porque nunca existió, o bien porque ha dejado de existir; por el contrario, cuando concurre un hecho excluyente, la acción que el actor afirma existe realmente y el derecho a la tutela jurídica también, de modo que, aun concurriendo un hecho excluyente por no haberse ejercitado por el demandante el Juez otorga la tutela pedida, la sentencia que se dicte no es injusta. b) Los hechos impeditivos y extintivos deben ser apreciados de oficio por el Juez cuando su existencia conste en autos y cualquiera que sea la parte que los ha introducido en el proceso: rige aquí el principio de adquisición procesal. Los hechos excluyentes operan siempre *ope exceptionis*, de modo que, si el Juez dicta sentencia apreciando un hecho excluyente no alegado por el demandado comete incongruencia»[1153].

c) La rebeldía no significa ni allanamiento ni admisión de hechos, por lo que no libera al actor de probar los hechos constitutivos de su pretensión. Simplemente la rebeldía es una declaración formal de incomparecencia del demandado, que puede obedecer a múltiples motivos, incluso el de una estrategia procesal. Ahora bien, otra cosa es que la rebeldía pueda atenuar el rigor de la carga probatoria de los hechos que corresponderían al actor, pues no puede ignorarse que la misma situación de rebeldía puede ser buscada de propósito y obedecer a una estrategia procesal para dificultar la prueba de la parte actora[1154]. En este sentido resulta muy ilustrativa la SAP Valladolid de 9 de mayo de 1997 al afirmar:

«Si bien esta Sala, en consonancia con la tradicional doctrina jurisprudencial (TS entre otras, las SS de 29/03/1980, 10/11/1990), tiene manifestado que la rebeldía del demandado no implica allanamiento ni libera al actor de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, también ha dicho que ante estos supuestos de ausencia procesal injustificada no es equitativo ni razonable hacer una valoración excesivamente rigorista de las pruebas aportadas por el actor o una aplicación rígida y estricta de la regla del *onus probandi ex* art. 1214 CC [hoy art. 217 LEC], pues bien podría ocurrir que se coloque a los rebeldes en mejor posición que los no rebeldes y que se produzca una grave indefensión para el actor si la falta de los habituales medios probatorios que éste ha propuesto se debe precisamente a la incomparecencia de los demandados»[1155].

Ello no obstante, la jurisprudencia también tiene declarado que es totalmente congruente la sentencia que, pese a la rebeldía del demandado, rechaza la demanda por falta de prueba de los hechos en que se sustenta o por no producir los efectos

1153 SAP Madrid, secc. 10ª, de 25 de mayo de 2004, fto. jco.5º (JUR 2004/25900).

1154 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 217 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. III, 4ª ed, ed. La Ley, Madrid, 2010, p.192.

1155 SAP Valladolid, secc. 1ª, de 9 de mayo de 1997, fto. jco.2º (La Ley 1997/9558).

reconocidos en la norma a cuya amparo se actúa, por lo que, a pesar de la rebeldía, el actor debe proponer la prueba que estime oportuna, resultando oportuno que utilice el trámite de conclusiones de igual modo a que si el demandado se hubiera personado y hubiera negado los hechos de la demanda[1156].

d) Existe un tratamiento procesal especial de las alegaciones del demandado en los supuestos de compensación y nulidad del negocio jurídico (art. 408 LEC).

También debe indicarse que la anterior distinción entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes tiene carácter relativo, esto es, depende de la pretensión ejercitada. Un hecho, como el pago, puede reputarse como constitutivo de la pretensión de cobro de lo indebido ejercitada por el actor, pero puede reputarse extintivo de la obligación de pago por el demandado. Como apunta Serra Domínguez, la teoría de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, aunque merezca alabanzas desde el punto de vista teórico, presenta la grave dificultad, puesta de relieve con el examen de la jurisprudencia, de determinar cuándo un hecho sea constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente, y la variabilidad de la distinción según cual sea el fundamento de la causa de pedir[1157]. Similar idea expresa Corbal Fernández al afirmar que la definición de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes aporta bastante poco en el terreno de lo práctico[1158].

Para comprender el alcance de la regla de juicio (art. 217.1 LEC) y de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba (art. 217. 2 y 3 LEC) podemos, siguiendo a Serra Domínguez, desarrollar la siguiente secuencia argumentativa:

a) La regla de juicio de la carga de la prueba opera sólo en el momento de dictar sentencia.

b) Únicamente hay que acudir a la regla de juicio cuando los hechos no han sido probados, careciendo de importancia cuál de las parte proporcionó la prueba de dichos hechos.

c) Corresponde al demandante, tanto en méritos de la demanda como de la reconvención, justificar los hechos constitutivos que normalmente contribuyen a fundamentar la consecuencia jurídica solicitada en su demanda, determinando la falta de prueba de tales hechos la desestimación de la demanda.

d) La carga de la prueba opera respecto del demandado únicamente si el demandante ha probado los hechos constitutivos de la demanda y respecto de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la consecuencia jurídica concretamente solicitada

1156 Martí Martí, J., *La carga de la prueba en los procesos en rebeldía*, rev. Iuris, núm. 163, septiembre 2011, pp. 30-32, analiza diversos supuestos en los que se desestima la demanda, pese a la rebeldía del demandado, porque el actor no había probado los hechos constitutivos de su pretensión.

1157 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, t.XVI, vol. 2º, ob. cit., p.63.

1158 Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.189, quien además, añade, que en la práctica «las partes suelen intentar la aportación de la prueba en relación con TODOS (o la generalidad de) los hechos, aunque siempre en una perspectiva favorable a su postura procesal» (p.190).

en la demanda, determinando la falta de prueba de tales hechos la estimación de la demanda[1159].

5.4. Las reglas especiales de distribución (art. 217. 4, 5 y 6 LEC)

El apartado 4º del art. 217 LEC dispone: «En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y la veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los daños materiales que la publicidad exprese respectivamente».

Se exonera a la parte actora de la prueba de un hecho constitutivo (ej. el hecho del engaño en la publicidad) haciendo recaer sobre la parte demandada la prueba del hecho extintivo (ej. carga de probar la exactitud y veracidad de las afirmaciones publicitarias).

Sostiene Muñoz Sabaté que del art. 217.4º LEC se puede extraer una regla general aplicable a procesos análogos cuando el objeto del proceso consista en declarar la veracidad o no de determinadas manifestaciones. Este principio se condensa en la afirmación de que quien sostiene una determina calificación, estado o atributivo se halla, normalmente, en mejores condiciones para demostrar su veracidad[1160]. El art. 217.4 LEC no altera la regla general de distribución de la carga de la prueba, puesto que al actor no le corresponde la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes ni al demandado la prueba de los hechos constitutivos, sino que el precepto establece que el actor queda exonerado de la prueba del hecho constitutivo (publicidad engañosa) y al demandado se le grava con la prueba del hecho extintivo (exactitud y veracidad de las afirmaciones publicitarias).

La inclusión de la norma especial de la carga de la prueba del art. 217.4 LEC y el hecho que se refiera sólo al supuesto de los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita obedece, como afirma López Fragoso, al hecho que la disposición derogatorio única de la LEC, en sus números 2.11º y 2.12º, derogó los artículos 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y 29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, teniendo que regular reglas especiales sobre la carga de la prueba que regulaban dichos preceptos[1161].

El apartado 5º del art. 217 LEC (añadido por Disposición Adicional 3ª de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[1162]) dispone: «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corres-

1159 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, ob. cit., p.69.

1160 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., p.176.

1161 López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil*, ob. cit., p.5.

1162 Publicada en el BOE de 23 de marzo de 2007.

ponderá al demandado probar la ausencia de la discriminación en la medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Se exonera nuevamente a la parte actora de la prueba de un hecho constitutivo (ej. el hecho de la discriminación por razón de sexo) haciendo recaer sobre la otra parte la prueba del hecho extintivo (ej. carga de probar ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y carga de probar su proporcionalidad).

Este apartado 5º del art. 217 LEC reproduce literalmente el art. 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y no será de aplicación a los procesos penales (art.13.3 LO 3/2007). Tiene por finalidad la transposición de la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la relativo al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y de Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Se ha apuntado que el art. 217.5 LEC, a diferencia de lo que reclamaba la jurisprudencia y exigen los arts. 4 de la Directiva europea[1163] y los arts 96.1 LJS[1164] y 181.2 LJS[1165], ni siquiera exige una prueba indiciaria del carácter discriminatorio del despido o actuación similar discriminatoria, bastando la simple alegación de la conducta discriminatoria por el demandado. Para salvar esta interpretación se ha propuesto acudir a la apostilla inicial del precepto, que dispone que la inversión de la carga de la prueba que se establece en el mismo tendrá lugar «de acuerdo con las leyes procesales» y entender que ante las alegaciones del actor afirmando la discriminación, el tribunal podrá atender a las reglas de la facilidad y disponibilidad probatoria y, por ende, atribuir al demandado la carga de probar o no el carácter

1163 Directiva del Consejo de Europa 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004. Y en términos semejantes el art. 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, a cuyo tenor: «Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por su no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio, alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorable a la parte demandante».

1164 Art. 96 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

1165 Art. 181.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: «En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

discriminatorio de su actuación en función de la disponibilidad y facilidad probatoria de los litigantes para acceder a los medios de prueba en cada caso[1166].

Se han señalado tres posibles interpretaciones del art. 217.5 LEC: a) la existencia de una auténtica inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual la alegación de la condición sexual y la alegación de un trato discriminatorio permiten la estimación de la pretensión, salvo que el demandado probara la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas o la proporcionalidad de las medidas; b) tratarse de un supuesto de presunción mal redactado, al recoger el precitado artículo una suerte de acción de discriminación positiva procesal, que se acoge a la técnica de las presunciones y permite aplicar las reglas del art. 217 LEC; c) asemejarse al concepto alemán de «Anscheinsbeweis», traducible como enjuiciamiento *prima facie*, y en virtud de la cual a una parte le basta con probar la «apariencia « o la «versosimilitud» del hecho que sustenta su pretensión, correspondiendo a la otra parte la prueba que, en el caso concreto, el hecho fue realmente diferente de lo que aparece *prima facie*[1167].

En todo caso, podemos concluir que la terminología empleada por el legislador en el art. 217.5 LEC, y concretamente del término «alegaciones» ha desaparecido toda referencia a «indicios fundados» que existía en la legislación anterior. Si con el término «alegaciones» se pretende rebajar la carga probatoria del actor, entendiendo que basta la mera alegación de los hechos de los que resulta la discriminación, habría que concluir que la ley española no es respetuosa con las Directivas cuya transposición pretende llevar a efecto[1168].

El apartado 6º del art. 217 LEC dispone: «Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes».

Se establece aquí, con carácter general y no para unos supuestos particulares –como sucede con los apartados 4º y 5º del mismo art. 217 LEC– que los criterios de distribución generales (apartados 2º y 3º art. 217 LEC) pueden quedar modificados por leyes especiales y, en definitiva, el carácter subsidiario de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba.

5.5. La facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217. 7 LEC).

El apartado 7º del art. 217 LEC dispone: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes».

1166 Ormázabal Sánchez, G., *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, ed. Marcial Pons, 2011, p.104.

1167 Armenta Deu, T., *El derecho a la igualdad entre hombre y mujer: tutela procesal civil*, en Rev. Jurídica de Catalunya, núm. 1-2010, pp. 57-60.

1168 Tomas Martínez, G., *La carga de la prueba en las reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo*, en «La prueba judicial», ed. La Ley, Madrid, 2011, p.1140.

Este precepto no figuraba en el Proyecto de LEC de 1998, siendo introducido, merced a una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán de CiU en el trámite de informe de la Ponencia del Congreso, bajo la justificación de la necesidad «de aplicar reglas lógicas que flexibilicen, en determinados supuestos, la regla clásica reflejada en el precepto de *ei imcumbit probatio qui afirmat non qui negat*». Con anterioridad y en el Informe al Anteproyecto de la LEC, el Consejo General del Poder judicial, apuntaba que, pese a la mejora técnica del entonces art. 1216 ALEC que venía a sustituir y derogar expresamente al art. 1214 CC, debían incluirse en la regulación de la materia «los aspectos más relevantes de la carga de la prueba, de la lealtad y buena fe procesal, de la distribución de la carga de la prueba en función de la proximidad o dominio del hecho por cada una de las partes»[1169].

El legislador recoge ambas reglas (facilidad y disponibilidad), sin aludir al significado de cada uno de estas reglas ni a las notas que las diferencian. No ofrece dudas que son reglas de creación jurisprudencial, como lo reconoce, entre otras, la STS de 2 de noviembre de 1992, al afirmar:

> «la doctrina elaborada respecto de la carga de la prueba y que encuentra su expresión en el art. 1214 CC [actual art. 217 LEC] puede sintetizarse señalando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor; esta regla puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditamiento para la otra»[1170].

Como ha apuntado González Granda existe cierto consenso doctrinal en torno a los siguientes extremos: primero, los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria constituyen mecanismos flexibilizadores de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba de origen jurisprudencial; segundo, que dichos criterios constituyen la *ratio iuris* de las reglas generales de la distribución de la carga de la prueba; y tercero, que sin perjuicio de matizaciones, puede distinguirse el criterio de disponibilidad y el criterio de facilidad[1171], según veremos al analizar los supuestos de inversión judicial de la carga de la prueba.

Afirmado su carácter flexibilizador de los reglas de la carga de la prueba se plantea la cuestión relativa al alcance de estas reglas, existiendo dos grandes orientaciones doctrinales. Para un sector doctrinal las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria tienen un carácter excepcional, reducidos prácticamente a los supuestos de la prueba de los hechos negativos y de los hechos de prueba diabólica, de modo que operan con carácter complementario –y no sustitutorio– de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba[1172]. Otro sector

1169 *Reforma del Proceso Civil*, Informe a los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Civil y de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p.132.

1170 STS, Sala 3ª, secc. 7ª, de 2 de noviembre de 1992, fto. jco.3º (RJ 1992\9071).

1171 González Granda, P., *Los criterios de disponibilidad y facilidad*…, ob. cit., p.45.

1172 Damián Moreno, J., *Comentario al art. 217 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.I, ed. Lex Nova, pp. 1425 y 1426; López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217*

doctrinal sostiene que ambas reglas tienen un carácter más amplio, como manifestación de los principios constitucionales que informan todo el sistema de la carga de la prueba –derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso con igualdad de posibilidades, derecho de defensa– y como criterios de valoración de la conducta de las partes[1173].

Se ha apuntado que la jurisprudencia no solo ha recogido las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria –ambas recogidas en el apartado 7º del art. 217 LEC–, sino también otros criterios de flexibilización de las reglas de la carga de la prueba y entre ellos[1174]:

a) criterio de flexibilidad, conforme al cual los criterios legales de distribución no se han de interpretar de modo rígido, sino atendiendo a las circunstancias de cada caso. La STS, 28 de noviembre de 1996 lo define en los términos siguientes:

> «La carga de la prueba –*onus probandi*– tiende a manifestar que no se trata de la aplicación de axiomas inflexibles e inmutables, sino que tiene absoluta correlación con la naturaleza del debate, la disponibilidad, realidad y eficacia de la prueba. Dicho en otras palabras, que el principio general de la prueba afecta a la manera de determinar la regla de juicio para el caso concreto»[1175].

b) criterio de normalidad, conforme al cual si una situación se repite es normal, y quien afirma la anormalidad de un hecho debe asumir la carga de su prueba[1176]. La dificultad que comporta este principio es que el mismo concepto de normalidad contiene una cierta dosis de subjetivismo y relatividad conforme a las concepciones sociales. La SAP Lleida de 12 de febrero de 1999 recoge el criterio de normalidad en los términos siguientes:

> «Todo ello en armonía con los denominados criterios de «normalidad» en materia probatoria, criterios con arreglo a los cuales aquellos acontecimientos que se repiten con frecuencia y que se desarrollan con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse de ese acontecer ordinario, aparecen como inverosímiles pero sí como anómalos, infrecuentes o atípicos (SSTS 13 enero 1991 [RJ 1991, 237]; 18 de octubre de 1996 [RJ 1996, 4442], 24 abril 1987 [RJ 1987, 2728] y 19 julio 1991[RJ 1990,722] entre otras)[1177].

---

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ob. cit., p.6.

1173 González Granda, P., *Los criterios de disponibilidad y facilidad*…, ob. cit., pp. 57 y ss.

1174 Fernández Seijo, J.Mª, *Comentario al art. 217 LEC,* en «El proceso civil», vol. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 1599-1607.

1175 STS, Sala 1ª, de 28 de noviembre de 1996, fto. jco.1º (RJ 1996\8590).

1176 Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.185; Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.480.

1177 SAP Lleida, secc.2ª, de 12 de febrero de 1999, fto. jco.1º (AC 1999\337). En sentido similar, y entre otras, puede citarse la STS, Sala 1ª, de 27 de febrero de 1999 (RJ 1990\722) al indicar: «[…] quien actúa frente al estado normal de las cosas y de las situaciones de hecho y de derecho ya producidas y reconocidas como corrientes, debe probar el hecho impediente a su válida constitución, existencia y producción de efectos normales, es decir, debe acreditar su extinción (SS. 13 de enero de 1951, 28 de septiembre de 1963 y 18 de octubre de 1966)».

c) criterio de previsibilidad, conforme al cual la carga de la prueba de la imprevisibilidad de un daño recae en quien la alega. Así lo recoge la STS 25 de junio de 1996:

> «Si el defecto de fabricación consistió en «no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad que el 'bebé' pudiera introducir entre ellos su cabeza», es notorio que el mismo tuvo y debió haber sido percibido por el fabricante y el vendedor, así como prever la posibilidad, más o menos remota, de una situación de riesgo o peligro, perceptibilidad y previsibilidad a ambos imputable (vendedor y fabricante)»[1178].

d) criterio de riesgo, conforme al cual quien crea un riesgo, aunque su actuar sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia. Se alude a una presunción e incluso a una inversión de la carga de la prueba derivada de la sociedad de riesgo[1179], de manera que se exonera al actor de la prueba de la culpa o negligencia del demandado y se grava a éste con la carga de probar que su actuación fue diligente. Ahora bien, y como precisa Montero Aroca, este principio solo se aplicará a actividades que generen riesgos muy cualificados derivados de actividades no habituales, no se aplicará en los supuestos de existencia de culpa exclusiva de la víctima, y la norma especial sobre la carga de la prueba afecta a la culpa, pero no a la relación de causalidad entre el acto y el daño[1180].

6. Inversión de la carga de la prueba

En una primera aproximación «se habla de *inversión* de la carga de la prueba cuando se produce el efecto de modificar los criterios de distribución establecidos legalmente»[1181]. Sin embargo, se trata de una noción que dista mucho de ser pacífica y aun científicamente admitida. Bajo la expresión de inversión de la carga de la prueba se designa bien a la alteración de los criterios generales de los arts. 217. 2 y 3 LEC; bien a la modificación de cualquier criterio legal; bien a la modificación de un criterio legal siempre que comporte modificación de la iniciativa probatoria; bien a que los hechos habitualmente considerados constitutivos pasan a ser impeditivos, extintivos, excluyentes y viceversa[1182]; bien a los su-

1178 STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 1996, fto. jco.4º (RJ 1996\4853).

1179 Ver por todos Ormázabal Sánchez, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid, 2004.

1180 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.138.

1181 Fernández López, M., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.117. En sentido similar, Uriarte Cordón, A., *La inversión de la carga de la prueba*, en «Objeto y carga de la prueba», J.M. Bosch, 2007, p.107, afirma: «la inversión de la carga de la prueba, en sentido amplio, consistiría en aquellos casos en los que la regla general se ve alterada, de suerte que una de las partes queda exenta de probar un determinado hecho (que normalmente le hubiera correspondido, de no mediar norma legal, sentencia judicial o acuerdo entre las partes), invirtiéndose, o mejor dicho, desplazándose, la carga probatoria a la contraparte».

1182 Fernández López, M., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.117.

puestos de «desplazamiento» judicial de las normas generales sobre la carga de la prueba[1183]. Esta misma pluralidad de sentidos comporta que algunos autores entiendan que el concepto de inversión de la carga de la prueba no puede utilizarse con sentido científico[1184] y otros apunten a una brecha entre la jurisprudencia –que con frecuencia usa del término inversión de la carga de la prueba– y la doctrina –que mayoritariamente niega la posibilidad de inversión legal y judicial de la carga de la prueba-[1185].

El fundamento de la inversión de la carga de la prueba radica en atenuar la rigidez de los criterios legales de distribución de la carga de la prueba, sobre la doble premisa de atender a la parte que tiene interés en que el hecho quede probado y a la posición que ocupa con respecto a ese hecho[1186]. La jurisprudencia también ha sido sensible a la necesidad de atemperar la rigidez de los criterios legales de distribución de la carga de la prueba, y partiendo de la clasificación doctrinal entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, se muestra partidaria de su uso a partir de «un criterio flexible, según la naturaleza de los hechos y las posibilidades probatorias de cada parte» (STS, de 15 de julio de 1988[1187]), esto es, atendiendo a criterios de facilidad probatoria.

La inversión de la carga de la prueba se puede traducir en un desplazamiento en las reglas de distribución de la prueba de un hecho. Este desplazamiento en la carga de la prueba puede producirse porque el legislador establece una distribución especial de la carga de la prueba (inversión legal), porque el juez aplica los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria (inversión judicial), o porque las partes alcanzan unos pactos sobre la relación jurídica que les vincula con repercusión en la carga de la prueba (inversión convencional).

6.1. Inversión legal

La posibilidad de una inversión legal de la carga de la prueba aparece reconocida en el art. 217 LEC, cuyo apartado sexto dispone que las reglas generales de distribución de

1183 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.187; Armenta Deu, T., *El derecho a la igualdad entre mujer y hombre, tutela procesal civil*, rev. Jurídica de Catalunya, núm. 1-2010, p.55. El término «desplazamiento» de la carga de la prueba es recogido en algunas resoluciones judiciales, como la SAP La Rioja de 31 de julio de 2003, fto. jco.2º (RJ 2003/243873) al afirmar: «Cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, *desplazándola* sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, por su libertad de acceso a los medios de prueba» (La cursiva es mía). En el mismo sentido, SAP Madrid, secc.14ª, de 20 de marzo de 2007, fto.jco.2º (RJ 2007/148741).

1184 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.136 y nota a pie núm. 63.

1185 González Granda, P., *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, ob. cit., pp. 49-50.

1186 Fernández López, M., *La carga de la prueba…*, ob. cit., p.118.

1187 STS, Sala 1ª, de 15 de julio de 1988, fto. jco.3º (RJ 1988/5694).

la carga de la prueba (apartados 2 y 3 LEC) se aplicarán de no existir previsión legal que distribuya la prueba de otra manera. Esta inversión legal, según apunta Serra Domínguez, puede efectuarse bien de modo directo, a través de normas dirigidas a invertir expresamente la carga de la prueba, bien de modo indirecto, a través de las denominadas presunciones aparentes (también llamadas verdades interinas o falsas presunciones)[1188].

La inversión legal directa se produce cuando una norma establece de forma expresa y directa cómo ha de distribuirse la carga de la prueba en un determinado tipo de relación jurídica. Funcionalmente responden al esquema siguiente: «La prueba de X corresponde a Y». Unas veces la norma jurídica concretará las reglas previstas en los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC, como sucede, a título de ejemplo con el art. 127.4 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, a cuyo tenor corresponde al demandante la prueba relativa a que una determinada actividad no constituye violación de una patente, prueba que también le correspondería de no existir la disposición legal expresa. En tal supuesto *strictu sensu* no hay una inversión de la carga de la prueba, sino una especificación o concreción.

Pero otras veces, la norma jurídica establece una distribución de las normas de la carga de la prueba de modo distinto a la previsión de los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC, como sucede con el supuesto, ya citado, del art. 217.4º LEC, sobre publicidad engañosa, en la que se exonera al actor de la prueba del engaño de la publicidad (hecho constitutivo) y se grava al demandado con la prueba de la veracidad y exactitud de las afirmaciones publicitarias (prueba del hecho contrario), lo que, para algunos autores, más que una inversión legal de la carga de la prueba –y pese a la difusión doctrinal del concepto–, constituye un desplazamiento de la carga de la prueba[1189].

Al margen de la previsión del art. 217.4 LEC –cuya ubicación en la LEC ha sido cuestionada[1190]–, la mayoría de las normas de inversión legal de la carga de la prueba se ubican en textos legales sustantivos, pudiéndose señalar, sin ánimo exhaustivo y siguiendo a Montero Aroca, los siguientes ejemplos:

a) Art. 850 CC: la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponde a los herederos del testador si el desheredado la negare.

b) Art. 1900 CC: en el cobro de lo indebido, justificada por el actor la entrega, el demandado deberá probar que la cosa le era debida.

c) Art. 361 del CdC: si las mercaderías transportadas sufren menoscabo o daño, el caso fortuito, la fuerza mayor y el vicio propio de las cosas debe ser probado por el porteador.

d) Art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro: en el seguro de daños la prueba de la preexistencia de las cosas corresponde al asegurado.

1188 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit. pp. 58-59.

1189 Armenta Deu, T., *El derecho a la igualdad entre hombre y mujer: tutela procesal civil*, rev. Jurídica de Catalunya, núm.1-2010, p.55.

1190 Ramos Méndez, F., «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.676.

e) Art. 139 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se dispone: «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba».

f) Art. 18.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: Si el deudor basa su oposición en que es solvente la prueba de esa solvencia le corresponde[1191].

g) Art. 58 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: cuando se interponga una acción de caducidad por falta de uso de la marca, corresponde a su titular (demandado) probar que ésta ha sido usada o, en su caso, la causa justificativa del no uso. Resulta más fácil para el demandado probar el uso (hecho positivo) que para el demandante probar el no uso de la marca (hecho negativo)[1192].

También se produce una inversión legal con las llamadas presunciones aparentes. Se trata de una inversión legal indirecta, dado que la presunción aparente tiene por finalidad atribuir la carga de la prueba a una de las partes. Son supuestos en los que la parte favorecida por la presunción queda exonerada del hecho presumido sin necesidad de acreditar previamente hecho base alguno –a diferencia de las presunciones en sentido estricto–, mientras que la contraparte tiene la carga de la prueba de lo contrario. Funcionalmente responden al esquema siguiente: «Se presume X, salvo prueba en contrario».

El ejemplo paradigmático de las presunciones aparentes es el art. 434 CC, a cuyo tenor la buena fe del poseedor se presume, de manera que quien afirma lo contrario tiene la carga de la prueba. El fundamento de esta presunción radica en que el legislador considera menos problemático la prueba de la mala fe a partir de actos concretos, que la prueba de la buena del poseedor durante todo el tiempo de la posesión. La utilización de presunciones aparentes ha sido criticada por Serra Domínguez quien considera que producen un «rodeo innecesario y doctrinalmente perturbador»[1193], que podría haberse obviado mediante la redacción directa de una norma de distribución de la carga de la prueba. En el ejemplo señalado sobre la posesión de buena fe del poseedor del art. 434 CC, basta con prescribir que la prueba de la mala fe corresponde a quien la alega. Así afirma Serra Domínguez que la presunción de buena fe del art. 434 CC conservaría su finalidad si el precepto se redactara en forma de regla de carga de la prueba: 'Quien afirme la mala fe de un poseedor debe probarla'[1194]. Recientemente Muñoz Sabaté ha sostenido que la llamada «presunción de inocencia», recogida en el art. 24 CE, no es una auténtica presunción, sino una regla de la

1191 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.134.

1192 Fernández López, M., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.131.

1193 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.58.

1194 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*», ob. cit., p.58.

carga de la prueba, dado que no parte de un hecho-base o indicio ni siquiera de un enlace legal, sino de una «verdad platónica que se sobrepone a la normativa»[1195].

6.2. Inversión judicial

La jurisprudencia viene matizando la aplicación rígida de los criterios legales de la carga de la prueba en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, en lo que se ha dado en llamar el criterio de flexibilidad en la carga de la prueba. Con ello se pretende corregir una situación de desigualdad probatoria que eventualmente pudiera producir indefensión en una de las partes. El criterio de flexibilidad parte de la mejor situación de la parte en relación con el hecho que debe ser probado y de elementales principio de lealtad procesal[1196].

Recogemos, como punto de partida, un ejemplo de Montero Aroca: un pequeño suministrador reclama a una empresa el pago de las mercancías entregadas y el único documento en el que consta la entrega está firmado por un ex trabajador de la empresa al que el actor no logra localizar para que declare en juicio y, por otra parte, el demandado niega que la mercancía fuera entregada. En este supuesto, si bien el hecho constitutivo sería la entrega de la mercancía y la carga de su prueba correspondería al actor, lo cierto es que la empresa demandada se halla en mejores condiciones de probar la realización de la no entrega mediante un extracto de las operaciones diarias realizadas, tal y como consta en sus archivos informatizados, de modo que la falta de la prueba debe perjudicar a la empresa demandada[1197].

El criterio de flexibilidad en la regla de la carga de la prueba se ha plasmado positivamente en las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria, de creación jurisprudencial y ahora recogidos en la LEC (art. 217.7 LEC), en una regulación legal que se limita a enunciarlas, sin precisar su contenido ni las diferencias entre ambas[1198], lo que provoca que, a menudo, la jurisprudencia las utilice de forma indistinta (SSTS, de 27 de octubre de 2004 y de 26 de marzo de 2004[1199]). Son reglas en que una de las partes tiene un mejor acceso

1195 Muñoz Sabaté, LL., *Apuntes sobre la posible incidencia del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la presunción de inocencia*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 2009, p.190.

1196 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.483.

1197 Montero Aroca, J., en AAVV, *Derecho Jurisdiccional*, 1995, p.372.

1198 Fernández López, M., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.144.

1199 La STS, Sala 1ª, de 27 de octubre de 2004, fto. jco. 6º (RJ 2004/7042) afirma: «De otro lado, como se expuso en la Sentencia de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 914), la doctrina de esta Sala ha flexibilizado el rigor de la regla del art. 1214 del Código Civil, para hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente (doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria, consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000». Y la STS, Sala 1ª, de 26 de marzo de 2004, fto. jco.4º (RJ 2005/1716) afirma: «La negativa de información al perito por la entidad bancaria, que en ningún momento del procedimiento acredita, ni siquiera alega, a cual de las facturas cedidas por «Anglonaval e Industrial, SA» corresponde el citado cobro, y si ciertamente lo es por una factura de

a las fuentes de prueba a su favor y exigen una situación de contraste, de manera que la disponibilidad o facilidad probatoria de una parte carece de sentido si la contraparte se halla en idéntica situación de disponibilidad o facilidad[1200].

En virtud de la regla de la facilidad probatoria cada parte deberá acreditar los hechos que se halla en mejor posición para acreditar o, en palabras de la STS 30 de julio de 1990, «el principio de la mejor posición probatoria que ocupa una parte al efecto de facilitación de la prueba»[1201]. Ello significa que «puede tener que probar la parte que tiene mayor facilidad para ello, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado»[1202]. Su fundamento se halla en lo que se ha dado en llamar «teoría de la proximidad al objeto de la prueba, en cuya virtud a cada parte, sea demandante o demandada, le es exigible en la demostración de los hechos en que apoya su postura la diligencia razonable a su propia cercanía a los mismos, o a la facilidad que pueda tener en su acreditación» (SAP Cáceres, 10 de enero de 2003[1203]).

Un ejemplo de la regla de la facilidad probatoria son los supuestos de prueba de la negligencia médica conocidos como de *res ipsa loquitur* o *in re ipsa* (la cosa habla por sí misma), de creciente aplicación en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (entre otras,

---

«Telefónica de España, SA», pese a la facilidad al respecto de «Banco Herrero, SA», en contraste con la dificultad para los terceros no intervinientes en ésta ni en las restantes operaciones anómalas efectuadas en perjuicio de los acreedores y en período inhábil, conduce a ratificar la tesis de inversión de carga de la prueba que sobre este punto mantiene la sentencia de primera instancia y a confirmar su pronunciamiento condenatorio al reintegro de esta última suma», cuya argumentación es aceptada en esta sede, donde se tiene manifestado que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte […]».

1200 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., p.178.

1201 La STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1999, fto. jco.3º (RJ 1999\5910) afirma: «En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, la falta de prueba (o insuficiencia de prueba) acerca de un hecho afirmado necesitado de ella, no cabe que opere en perjuicio de aquel a quien no incumbía la probanza, según el artículo 1214 del Código Civil, como reconoce, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998. Mas, si como ocurre en el caso, la prueba principal o de la parte actora es objeto de impugnación por la contraria y, dadas las circunstancias a probar, que se refieren a la entrega, por parte de la propia recurrente, de un número determinado de apartamentos para su equipamiento y amueblado, lo razonable, es que sea ésta la que pruebe las fechas en que, por el contrario, se pusieron a disposición de la actora, *conforme al recto principio, prudencialmente aplicado, de la mejor posición probatoria que en este orden ocupa la recurrente al efecto de la facilitación de la prueba»* (La cursiva es mía). En sentido similar, la STS, Sala 3ª sección 7ª, de 2 de noviembre de 1992, fto. jco.3º (RJ 1992\9071): «Esta regla [la de la carga de la prueba] puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra».

1202 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.132, para quien la facilidad se refiere a la relación de la prueba con el hecho (no a la disponibilidad de la fuente de prueba).

1203 SAP Cáceres, secc. 1ª, de 10 de enero de 2003, fto. jco.2º (RJ 2003\44590). En sentido similar SAP Barcelona, secc. 17ª, de 6 de noviembre de 2003, fto. jco.3º (RJ 2004\4639).

SSTS de 8 de mayo de 2003[1204], de 26 de julio de 2006[1205] y 23 de mayo de 2008[1206]) y en el ámbito del acreditamiento del daño proveniente de la culpa contractual (STS de 26 de mayo de 1990[1207]). Se presume negligencia médica en los supuestos de intervenciones médicas sencillas, y en los que el daño al paciente es tan desproporcionado que solo se explica como resultado de una mala praxis. En estos supuestos corresponde al médico acreditar que actuó con la diligencia debida y ello porque el médico se encuentra en mejor posición probatoria (facilidad) para acceder a los medios de prueba[1208]. Y en los supuestos de daño por incumplimiento contractual, dicho incumplimiento constituye un daño por sí mismo,

1204 La STS, Sala 1ª, de 8 de mayo de 2003, fto.jco.3º (RJ 2003\3890) aborda el supuesto de un paciente que, a raíz de un accidente de esquí, se rompió una rodilla y tras varias intervenciones quirúrgicas, padeció una cojera irreversible como secuela, razonando en su fundamento jurídico 3º: «una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (res ipsa loquitur), una apariencia de prueba de ésta (Anscheisbeweis), una culpa virtual (faute virtuelle). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de la responsabilidad, sino de una apreciación de culpa, deducida de un resultado desproporcionado y no contradicho por hechos considerados acreditados por la prueba pericial».

1205 La STS, Sala 1ª, de 26 de julio de 2006, fto. jco.2º (RJ 2006/6127) afirma: «corresponde a la regla «res ipsa loquitur» –la cosa habla por sí misma– y se refiere a la evidencia que crea una deducción de negligencia, habiendo sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, así como por la alemana que ha acuñado la regla del «Anscheinsbeweis» –la apariencia de prueba–, por la francesa que ha desarrollado el concepto de la «faute virtuelle» culpa virtual–, y por la italiana –que parte de la base de premisas que la ciencia médica proporciona en función de datos derivados de la experiencia o de la probabilidad estadística. Requiere en todos los casos que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima –Sentencia de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6389), que cita la de 29 de junio de 1999 (RJ 1999, 4895)–.

1206 STS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2008, fto. jco.3º (RJ 2008/3171).

1207 La STS, Sala 1ª, de 26 de mayo de 1990, fto. jco.5º (RJ 1990/4852) afirma: «Y de otra parte, también razonó con pleno acierto y cita de la pertinente jurisprudencia, que en los casos en que de los hechos demostrados se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, no es preciso acreditar su realidad además de los que hechos que inexcusablemente lo han causado, «sin que se excluya la idea que el incumplimiento constituya 'per se' un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, sobre todo si se tiene en cuenta que en los casos de incumplimiento contractual no ha de exorbitarse la prueba de los daños cuando los mismos se puedan apreciar como necesariamente derivados de los hechos base del incumplimiento y de la propia naturaleza de la expectativa que se ha visto frustrada», a lo que sólo ha de añadirse que, según Sentencias de 9 de mayo y 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 2403 y 3438), hay casos en los que el mero incumplimiento constituye un daño «in re ipsa».

1208 Puede verse Fachal Noguer, N., *Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas*, en «Objeto y carga de la prueba», ob. cit., pp. 207-210; y Uriarte Cordón, A., *La inversión de la carga de la prueba*, en «Objeto y carga de la prueba», ob. cit., pp. 121-122.

sin necesidad de acreditar su realidad o los hechos causantes del mismo. En ambos casos (res ipsa loquitur e incumplimiento contractual) nos encontramos en supuestos de reglas judiciales de distribución de la carga de la prueba.

Se ha aplicado la regla de la facilidad probatoria, nuevamente en el ámbito de la responsabilidad médica, en aquellos supuestos en los que por parte del médico se produce una falta de colaboración en la averiguación de los hechos, cuando dicho médico se halla en una posición más favorable o próxima a la fuente de la prueba. Resulta especialmente clarificadora, tanto por el supuesto de hecho cuanto por los razonamientos jurídicos, la STS de 23 de diciembre de 2002[1209]. En el caso, una recién nacida había sufrido una parálisis cerebral infantil, que había determinado una disminución de su capacidad orgánica y funcional en un 84%, a consecuencia de un sufrimiento fetal agudo. Las sentencias dictada en instancia y apelación, sobre la falta de concurrencia de los requisitos del art. 1902 CC, habían absuelto a la ginecóloga demandada. Sin embargo, en casación se estimó la pretensión de resarcimiento, por estimar que no se había aplicado correctamente las reglas de la carga de la prueba, afirmando:

> «la sentencias de instancia claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la aplicación de las cargas de la prueba al fundar su decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada –el demandante– que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte –médico ginecólogo– omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición verosímil acerca del «cómo» y «por qué» de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de posibilidad cualificada».

Y aplicando la doctrina de la facilidad probatoria hace recaer en la médico demandada las consecuencias de la falta de prueba del sufrimiento fetal del recién nacido, afirmando:

> «[…] ya el perito D… adelantó, antes de emitir su dictamen, que «echa en falta la historia clínica obstétrica de la paciente, evolución del embarazo, evolución de la gestación ingresada anteparto en Sanatorio, así como partograma con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo». Pues bien, la falta de esa información es la que no le permite asegurar su opinión de que fue la prolongación del período expulsivo propiamente dicho la causa del sufrimiento fetal con suacidosis metabólica secundaria. Y las Sentencias de instancia yerran al hacer recaer las consecuencias de ello sobre quién no se encontraba en posición favorable para probar. Sí en cambio podía, y debía hacerlo hecho la parte demandada».

La regla de la disponibilidad significa que la parte contraria a la que, según las reglas generales, tiene la carga de probar es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acre-

1209 STS, Sala 1ª, de 23 de diciembre de 2002, fto. jco.3º (La Ley iuris 814/2003).

ditar los hechos que fundamentan la pretensión de la contraparte[1210]. Para Muñoz Sabaté la regla de la disponibilidad hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o la fuente de prueba, pudiéndose tratar de una disponibilidad material (ej. tenencia de un documento) como intelectual (ej. forzoso conocimiento de un dato)[1211].

Es similar a la regla de la facilidad, pero se distingue de la misma, pues mientras la regla de la facilidad supone que a una parte le resulta más fácil probar un hecho que a la parte a la que corresponde la carga de probarlo, la regla de la disponibilidad implica no solo una mayor posibilidad, sino la posibilidad –en exclusiva– de acreditar fehacientemente un hecho o, mejor dicho, el hecho contrario al que le correspondería probar a la otra parte[1212]. El fundamento de la regla de la disponibilidad probatoria radica en el deber de colaboración con los tribunales de justicia, recogido en el artículo 118 CE, y se traduce en el deber de traer al proceso la prueba de la que se dispone aun cuando sirva a los intereses de la parte contraria, siempre que ésta última pudiera verse afectada por el incumplimiento de esta carga[1213].

El ejemplo paradigmático es la práctica de la prueba biológica, y particularmente las consecuencias que se desprenden de la negativa injustificada a someterse a ella en los procesos de filiación, a tenor del cual la jurisprudencia ha creado el principio de disponibilidad probatoria, particularmente mediante la conocida STC 7/1994, de 17 de enero, en cuyo fundamento jurídico sexto, se afirma:

> «En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable de la decisión judicial a quien debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación»[1214].

En estos procesos el demandado es el único que puede aportar la prueba para verificar la paternidad, el único que tiene la disponibilidad de la prueba. Esta inversión jurisprudencial ha sido recogida en forma de presunción en el art. 767.4 LEC, al sentar que la negativa a someterse a una prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

1210 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 217 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.III, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.194.

1211 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.178.

1212 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 217 LEC,* en «Proceso Civil Práctico», t.III, ob. cit., pp. 194-195.

1213 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 217 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.III, ob. cit., p.194; Menacho Solá de Morales, A., *La duda del abogado ante la prueba*, en «La prueba judicial», ed. La Ley, Madrid, 2011, p.284.

1214 STC de 17 de enero de 1994, fto. jco. 6º (La Ley 249948/1994).

6.3. Inversión convencional

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos (ej. art. 2698 Código Civil Italiano) no existe una norma que autorice a las partes a invertir la carga de la prueba mediante pactos extraprocesales. Sin embargo, la doctrina admite que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), alcancen acuerdos por los que regulen la relación jurídica de modo distinto al establecido en la ley –y siempre que la relación jurídica afecte a derechos disponibles– lo que repercutirá sobre la carga de la prueba, no como regla juicio –que no puede modificarse por voluntad de las partes–, sino que como regla de distribución de la carga de la prueba –en la medida que atribuyen la prueba de un hecho a una parte que según la ley no le correspondería asumirla–.

En el mismo sentido prohibitivo se ha expresado la jurisprudencia afirmando que las normas de la carga de la prueba, en cuanto normas de naturaleza procesal y de *ius cogens*, son ajenas a la autonomía de la voluntad de las partes. Así se deduce con claridad de la STS de 8 de junio de 1998 cuando afirma:

> «La doctrina de la carga de la prueba pretende identificar al litigante en quien redundarán los efectos perjudiciales cuando un hecho no resulte justificado; esto es, será aplicable en el supuesto de deficiencia probatoria, pues para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil [de 1881] y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria; en la ciencia del derecho, este instrumento se denomina «regla de juicio» y, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 [CC, equivalente al vigente art. 217 LEC], de modo que lo decisivo para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de duda después del desarrollo, al menos, de una mínima labor probatoria en el litigio, sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura, hasta el punto que la doctrina jurisprudencial ha declarado con reiteración que sólo se admitirá el recurso de casación por infracción del artículo 1214 en los supuestos que el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada «regla de juicio»[1215].

Los llamados supuestos de «inversión legal de la carga de la prueba» no afectan a la distribución en abstracto de la carga de la prueba, sino que sólo modifican el supuesto de hecho de una norma material[1216]. No debe confundirse el plano material –que permite la modificación de un supuesto de hecho en materia disponible y con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad– con el plano procesal –que

1215 STS, Sala 1ª, de 8 de junio de 1998, fto. jco.5º (RJ 1998\4280). Con anterioridad una STS, Sala 1ª, de 18 de octubre de 1941 afirmaba que era «doctrinalmente recusable la inversión convencional de la prueba, porque cohíbe la actividad del Juez que ha de ejercitarse con arreglo a las normas legales y seguir los principios rectores de un determinado sistema y no seguir la voluntad de las partes».

1216 Ramos Méndez, F., «Enjuiciamiento Civil», t.I, ob. cit., p.678; SEONE SPIELGEBERG, J.L, *La prueba en la Ley 1/2000*…, ob. cit. p.499.

no permite la modificación de la regla de juicio por tratarse de una norma procesal, formal e imperativa–.

El ejemplo paradigmático es la prueba del caso fortuito en el contrato de mercantil de transporte terrestre. El art. 361 CCo hace recaer sobre el porteador la prueba que el deterioro en la mercancía se produjo por «caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio de las cosas». Pero las partes, mediante la introducción de una cláusula tipo «ignoro peso y contenido», admitida como válida por reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS 30 de mayo de 1984 y 23 de marzo de 1988[1217]), pueden pactar que el transporte se efectúe por cuenta del porteador, de modo que sea el cargador a quien corresponde la prueba del caso fortuito o deterioro.

La doctrina procesalista considera inderogables las normas de la carga de la prueba, puesto que son normas procesales y dirigidas al juez, resultando indisponibles por las partes[1218]. Otra cosa será que las partes, y en aquellas materias disponibles, establezcan por vía directa o indirecta modificaciones de la norma de derecho material disponible, pero sin que esta modificación pueda afectar a la regla de juicio[1219].

7. Carga de la prueba e iniciativa probatoria de oficio

7.1. Relación entre ambas figuras

Se ha afirmado que la atribución de iniciativa probatoria al juez significa desvirtuar la esencia de la carga de la prueba, pues se confiere al juez la carga que correspondería a la parte.

Es cierto que entre la institución de la carga de la prueba y la iniciativa de oficio media cierta relación hasta el punto que se ha sostenido que una de las funciones de la carga de la prueba es actuar como límite a la iniciativa probatoria de oficio. Pero tal vez, contemplado desde otra perspectiva, sería más exacto afirmar que la iniciativa probatoria de oficio, en cualquiera de sus manifestaciones –facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1, II LEC); facultad judicial de complemento probatorio (art. 435.2 LEC); facultad judicial de pruebas de oficio en procesos no dispositivos (art. 752.1, II LEC); y facultad judicial de intervención durante la práctica de la prueba– puede configurarse como un instrumento para la superación de situaciones de insuficiencia probatoria[1220].

1217 STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1984, cdo.4º (RJ 1984\2808) y 23 de marzo de 1988, fto. jco.3º (RJ 1988\2227).

1218 Cabañas García, J.C., *Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil*, en Actualidad civil, 1996, núm.15, p.359; López Fragoso, T., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.5.

1219 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.81; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., ob. cit.; p.139.

1220 Así se pronuncia con respecto a las diligencias finales Asencio Mellado, J. Mª. *Proceso civil Práctico*, t. III, ob. cit., pp. 184 y 189.

Como he afirmado en un estudio anterior «en la regulación legal de las manifestaciones de iniciativa probatoria de oficio, particularmente en las diligencias finales, subyace el intenso debate doctrinal sobre el alcance de los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso civil, que se aleja de la realidad y práctica forense, en la medida que una moderada y razonada iniciativa probatoria de oficio, que no puede suplir la inactividad de las partes pero sí completarla, se convierte en deseable y, a veces, conveniente, para la mejor formación de la convicción judicial. No es infrecuente que, aun a pesar de la diligencia probatoria de las partes, en el momento de dictar sentencia persistan para el juez hechos dudosos y el recurso al instituto de la carga de la prueba aun produciendo sentencias formalmente ajustadas a derecho, puede, a veces, producir sentencias materialmente ajustadas al mismo»[1221]. Y en sentido parecido Asencio Mellado afirma que la iniciativa probatoria de oficio «ni se opone al principio dispositivo rectamente entendido, ni causa daño a la justicia, antes bien tiende a su consecución y al logro de una decisión más acertada pero menos formal»[1222]. También Picó i Junoy sostiene que «las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos»[1223].

7.2. Compatibilidad de la iniciativa probatoria con la regla de juicio

El recurso a la iniciativa probatoria de oficio no impide que, eventualmente, el juez tenga que recurrir a la institución de la carga de la prueba[1224], pues aun cuando aumente los poderes del juez en orden a la práctica de la prueba, si subsisten hechos dudosos será necesaria una regla de juicio que permita la resolución del juez, ya que ésta no puede ser discrecional[1225].

El reconocimiento de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no destruye la institución de la carga de la prueba, puesto que ambas actúan en momentos y responden a finalidades distintas. Son, en efecto, sustanciales las diferencias entre la institución de la carga de la prueba, en su dimensión de regla de juicio dirigida al juez, y la iniciativa probatoria de oficio, particularmente la normativa del art. 429.1, II y III LEC, tanto en el orden conceptual, como sistemático, temporal o teleológico.

En el orden conceptual, la institución de la carga de la prueba parte del presupuesto de la falta de prueba sobre los hechos controvertidos –o, por seguir la dicción legal, parte

1221 Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.403.

1222 Asencio Mellado, J. Mª, en «Proceso Civil Práctico», t.III, ob. cit., p.183.

1223 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1996, p.240; y del mismo autor, *El juez y la prueba*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2009, p.109.

1224 Chico Fernández, T., *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, en «Objeto y carga de la prueba», ob. cit., p.146.

1225 Corbal Fernández, J., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, ob. cit., p.181.

del presupuesto que «el tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión» (art. 217.1 LEC)–. En gráfica expresión carneluttiana «es una medio de fijación de hechos desconocidos»[1226].Y, como precisa la SAP Ciudad Real de 28 de mayo de 2002, la normativa del art. 429.1, II y III LEC no es «desde luego excusa para el litigante que nada hace para levantar la carga de alegar y probar que sobre él pesa»[1227].Y en sentido similar se expresa la SAP Navarra, de 16 de abril de 2002, al afirmar: «no puede sostenerse, […], que el artículo 429.1 imponga al tribunal obligación alguna, otorgando a las partes, de modo correlativo, un derecho subjetivo por el que pudieran exigirle imperativamente el cumplimiento de aquélla (como si las partes pudieran liberarse de la carga y responsabilidad de probar los hechos alegados, transfiriéndolas al tribunal)»[1228]. Ello significa que la normativa del art. 429.1, II LEC constituye una facultad del tribunal que no releva a las partes de manifestar los medios de prueba de que, en definitiva, intenten valerse[1229].

En el orden sistemático, la carga de la prueba se regula en el art. 217 LEC, dentro de una sección rubricada «de los requisitos internos de la sentencia», mientras la iniciativa probatoria de oficio del art. 429.1, II y III LEC se ubica dentro del capítulo rubricado «de la audiencia previa». El legislador vincula la carga de la prueba con la sentencia[1230] y la iniciativa que representa la normativa del art. 429.1, II y III LEC con las facultades de proposición de prueba por las partes.

En el orden temporal, la carga de la prueba despliega su eficacia una vez practicadas las pruebas –o, por seguir la dicción legal «al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante» (art. 217.1 LEC)–; mientras que la iniciativa probatoria representada por la facultad del art. 429.1, II y III LEC opera en la fase de proposición y admisión de prueba (art. 429.1 LEC). La regla de juicio en que se traduce el expediente de la «carga de la prueba» opera *a posteriori* de la fase de proposición de prueba, esto es, en el momento de valoración de

1226 Citada por S. Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJEA, 1979, p.88.

1227 SAP Ciudad Real, secc. 1ª, de 28 de mayo de 2002, fto. jco. 6º (EDJ 2002/38165).Y para la SAP Burgos, secc. 2ª, de 23 de julio de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43197) «[..] cabe que [una de las partes] en su estrategia procesal, juegue, precisamente, con el hecho de que no quede acreditado por quien le corresponda la base de la pretensión». En la doctrina, Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria de oficio del juez civil. A propósito de un caso,* en «Los poderes del juez civil en materia probatoria», J.M. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 168-169; Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y Presunciones*, Aranzadi Editorial, Navarra, p.34.

1228 SAP Navarra, secc.2ª, de 16 de abril de 2002, fto. jco.5º (RJ 2002/142806).

1229 Fernández Urzainqui, F., *Comentario al art. 217 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.823.

1230 En la Exposición de Motivos ya se advierte de la «novedad», entre otras, de la nueva regulación de la carga de la prueba que se sitúa junto a los preceptos relativos a la regla *iuxta allegata et probata*, a la congruencia y cosa juzgada material, dentro de la sección rubricada «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos» (arts. 216 a 222 LEC). Así el apartado IX de la misma se nos dice que «.. son, [las normas de la carga de la prueba], reglas, que, bien aplicadas permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico,.. ».

las pruebas practicadas, mientras que la facultad judicial de integración probatoria opera *a priori* y en la fase de proposición de los medios de prueba.

En orden a sus efectos, la carga de la prueba no contiene normas valorativas de la prueba, sino que constituye una «regla de juicio»[1231] que determina a quien perjudica la falta de prueba o, en palabras de la STS de 5 de noviembre de 2001, «quién sufre las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho»[1232]; mientras que la iniciativa probatoria de oficio integra la prueba propuesta por las partes. En palabras de Rosemberg, «la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba»[1233].

7.3. Compatibilidad de la iniciativa probatoria con la norma de conducta

También puede afirmarse la compatibilidad entre la carga de la prueba, ahora entendida en su dimensión de regla de distribución de la carga de la prueba o norma de conducta de las partes, y la iniciativa probatoria de oficio, tanto en su manifestación de la normativa del art. 429.1, II y III LEC cuanto como diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC y como prueba de oficio del art. 752.1, II LEC en los procesos no dispositivos. En efecto, estos artículos (429.1, II y III; 435.2; y 752.1, II LEC) pueden suponer una modulación del principio de aportación de parte, pero no suponen una derogación del mismo, en la medida que la introducción de los hechos y las pruebas, con carácter general, corresponde a las partes[1234].

Con respecto a la normativa del art. 429.1, II y III LEC la decisión final, sobre seguir la sugerencia probatoria del juez, se confía en última instancia a las partes (quienes podrán modificar o completar sus proposiciones iniciales de prueba), con lo que se respeta el principio de aportación de parte, y sin que el juez pueda acordar, al amparo de dicha norma, una prueba de oficio[1235]. En realidad, y como se ha afirmado acertadamente, el art. 429.1, II y III LEC más que garantizar la correcta aplicación de las reglas de la carga de la prueba, persigue evitar o reducir su ámbito de aplicación, apurando las posibilidades de certeza sobre los hechos[1236].

1231 Así lo menciona la STS, Sala 1ª, de 29 de marzo de 1999, fto. jco. 4º (EDJ 1999/2584).

1232 STS, Sala 1ª, de 5 de noviembre de 2001, fto. jco. 3º (EDJ 2001/38481). En sentido similar SSTS, Sala 1ª, 4 de febrero de 2000, fto. jco. 4º (EDJ 2000/881), de 30 de junio de 2000, fto. jco. 1º (EDJ 2000/23049); de 3 de mayo de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/13352).

1233 Rosemberg, L. *Tratado de Derecho Procesal civil,* II, Buenos Aires, 1955 (tr. De Romera Vera) p. 222.

1234 Fernández López, M., *La carga de la prueba*…, ob. cit., p.79.

1235 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*…, ob. cit., p.470. Puede verse también, y entre otras, las SSAP Baleares, secc. 4ª, de 23 de junio de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/89985) y SAP A Coruña, secc. 3ª, de 20 de marzo de 2009, fto. jco.3º (EDJ 2009/57301).

1236 Chico Fernández, T., *Carga de la prueba e iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.151.

Con respecto a la normativa de las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC la iniciativa probatoria de oficio se contempla con carácter muy restrictivo y sujeta a requisitos tasados que no rompen el principio de aportación de parte, sino que lo refuerzan cuando la actividad probatoria de las partes ha resultado infructuosa por causas ajenas a su voluntad. La regulación de las diligencias finales de oficio ha supuesto un debilitamiento real de la iniciativa probatoria de oficio por el carácter excepcional de las diligencias del art. 435.2 LEC, por la fijación de unos requisitos tasados para su adopción y por la necesidad de un deber de motivación reforzado para su adopción[1237]. También ha comportado un un incremento real de la iniciativa probatoria a instancia de parte. Debe añadirse que el juez, al adoptar una diligencia final de oficio, no actúa en interés de una parte procesal, sino de ambas, sin que las partes puedan descargar su responsabilidad en la actuación judicial, cuyo resultado tampoco pueden anticipar[1238].

Si de la diligencia final practicada de oficio se acredita el hecho controvertido no será necesario acudir a las reglas de la carga de prueba, resultándolo en caso contrario. Aun con referencia a las derogadas diligencias para mejor proveer, la STS de 23 de septiembre de 1986 admite la compatibilidad con la carga de la prueba al afirmar:

> «El artículo 1214 del Código Civil, con su redacción simplista y aparente acierto, no resuelve el problema de la prueba y hubo de ser completado con la doctrina del *onus probandi*, en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quién tenía la carga de la misma, si bien la carga probatoria que impone se torna innecesaria respecto de los hechos que aparecen acreditados y para ellos no importa ya discriminar si los ha probado el actor o el demandado (Sentencias de 29 de noviembre de 1950, 2 de febrero de 1952 y 20 de junio de 1954), pudiendo, incluso, completar la prueba los propios órganos jurisdiccionales mediante las diligencias para mejor proveer»[1239].

Con respecto a la normativa del art. 752.1, II LEC, y además de la iniciativa probatoria del juez, subsiste la iniciativa probatoria de las partes y del Ministerio Fiscal, sin olvidar que en los procesos no dispositivos subyace un interés público que atenúa el principio de aportación de parte.

8. Impugnación de la carga de la prueba

No deben confundirse las reglas de la carga de la prueba con las reglas de valoración de la prueba. Como se ha dicho acertadamente «la carga de la prueba soluciona el problema

1237 Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 298-307.

1238 Chico Fernández, T., *Carga de la prueba e iniciativa*…, ob. cit., p.155.

1239 STS, Sala 1ª, de 23 de septiembre de 1986, fto. jco.2º (RJ 1986\4782).

procesal de la falta de la prueba, mientras que la valoración probatoria parte siempre de la existencia de prueba»[1240].

Constante y reiterada jurisprudencia viene afirmando que el art. 217 LEC no contiene normas valorativas de la prueba, y así en STS de 25 de febrero de 1999 se afirma:

> «Es innumerable la doctrina jurisprudencial que señala que el artículo 1214 [actual art.217 LEC] no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado en casación cuando se acuse al Juzgador de haber alterado indebidamente el «onus probandi», es decir, invertido la carga de la prueba que corresponde a cada parte: al actor, los hechos constitutivos de su derecho, y al demandado, la de los extintivos, pero, asimismo, no es menos copiosa la doctrina jurisprudencial relativa a que dicho principio distributivo no resulta alterado cuando se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y se valore luego en conjunto su resultado»[1241].

Debe delimitarse negativa y positivamente el ámbito de impugnación de la normas de la carga de la prueba, esto es, lo que podría ser objeto de recurso extraordinario por infracción procesal. En sentido negativo, no existe infracción de la norma de la carga de la prueba cuando el órgano judicial ha valorado una prueba, aun cuando dicha valoración pueda resultar errónea. Si existe valoración probatoria, correcta o errónea, no nos encontramos en el ámbito de la carga de la prueba, pues éstas solo se aplican ante la inexistencia o insuficiencia de prueba. En sentido positivo, existe infracción de las reglas de la carga de la prueba cuando el tribunal atribuye las consecuencias negativas de la falta de prueba a la parte que no tenía la carga de probar. En consecuencia la invocación de la infracción de las reglas de la carga de la prueba requiere un doble requisito: a) un hecho controvertido que no haya sido debidamente acreditado; b) que se le atribuya en tal caso la carga de su acreditamiento, con sus consecuencias desfavorables a los efectos decisorios de la litis, a la parte a la cual no le incumbiera la misma[1242].

Un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba en orden a su impugnación a través del recurso extraordinario por infracción procesal lo encontramos en la STS de 12 de marzo de 2009, que en su fundamento jurídico cuarto afirma:

> «1. Para que se produzca la infracción del art. 1214 (precedente del actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que concurran los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho –afirmación fáctica positiva o negativa– precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición pro-

1240 López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.6.

1241 STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 1999, fto. jco.10ª (RJ 1991\1131).

1242 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.457.

cesal; y d) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. 2. No cabe aducir infracción de la carga de la prueba –art. 1214 del Código Civil– para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad –incoherencia– pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba y 3. El artículo 1214 del Código Civil no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria»[1243].

La infracción de la normativa del artículo 217 LEC puede denunciarse mediante un recurso devolutivo en apelación, mediante un recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el artículo 469.1.2º LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias) y mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Bibliografía

Armenta Deu, T., *El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil*, en rev. Jurídica de Catalunya, núm. 1-2010, pp. 39-61; Asencio Mellado, J.Mª, en «Proceso Civil Práctico», t.III, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 181-241; Cabanas García, J.C., *Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil*, en Actualidad civil, 1996, núm. 15, pp. 349-371; Cabezudo Rodríguez, N., *La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil,* en Revista Poder Judicial, núm. 52, 1998, pp. 243-279; Cortes Domínguez, V., *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, núm. 2-3, pp. 581-642; Corbal Fernández, J.E., *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 139-247; Chico Fernández, T., *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Objeto y carga de la prueba», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 129-163; Damián Moreno, J., *Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil*, en «Carga de la prueba y responsabilidad civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 13-28; Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, t. II, 9ª ed., Bogotá, 1988; Fachal Noguer, N., *Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas,* en «Objeto y carga de la prueba», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 193-217; Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ed. La Ley, Madrid, 2006; García-Cuerva García, S., *Las reglas generales del onus probandi*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 47-76; González Granda, P., *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 LEC*, en «Carga de la prueba y responsabilidad civil»,

1243 STS, Sala 1ª, de 12 de marzo de 2009, fto. jco.4º (EDJ 2009\22856).

ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29-74; López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 487, 24 de mayo de 2001, pp. 1-6; Martí Martí, J., *La carga de la prueba en los procesos en rebeldía*, en rev. Iuris, núm. 163, septiembre 2011, pp. 30-32; Menacho de Solá Morales, A., *La duda del abogado ante la prueba*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J.; Richard González, M. (dirs), ed. La Ley; Madrid, 2010, pp. 269-287; Micheli, G.A., La carga de la prueba (traducc. de Sentís Melendo), Buenos Aires, 1961; Montero Aroca, *Derecho y carga de la prueba*, en «La prueba en el proceso civil», 6ª ed, ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 103-142; Muñoz Sabaté, LL, *Apuntes sobre la posible incidencia del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la presunción de inocencia*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm.4, 2009, pp. 189-193; Murphy, P., *Murphy on evidence*, Oxord, 2005; Ormázabal Sánchez, G., *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, ed. Marcial Pons, 2011; –*Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid, 2004; Pazos Méndez, S., *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, en «Objeto y carga de la prueba», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 77-100; Picó i Junoy, J, *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, La ley, núm. 6404, de 20 de enero de 2006, pp. 1-6; Ramos Méndez, F., *Carga de la prueba*, capítulo 31, en «Enjuiciamiento Civil», t.I, ed. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 671-678; ROSENGERG, L, La carga de la prueba (trad. De Krotochin, E.) Buenos Aires, 1956; Sentís Melendo, S., *Valoración de la prueba*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1976, nº 2-3, pp. 267-267; Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1214 CC*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 45-85; Tomas Martínez, G., *La carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), ed. Marcial Pons, 2011, pp. 1117-1143; Uriarte Cordón, A., *La inversión de la carga de la prueba*, en «Objeto y carga de la prueba», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 101-128.

CAPÍTULO IX

Las presunciones

1. Introducción. 2. Precisiones terminológicas. 3. Del Código civil a la LEC. 3.1 Las presunciones en el Código civil (arts. 1249 a 1253 CC). 3.2. Las presunciones en la LEC (arts. 385 y 386 LEC). 4. La presunción como método de razonamiento. 4.1. Concepto y caracteres. 4.2. Distinción de figuras afines. 4.3. Fundamento. 4.4. Naturaleza jurídica. 5. Elementos y dinámica de las presunciones. 5.1. El hecho base. 5.2. El hecho consecuencia. 5.3. El enlace. 6. Las presunciones legales. 6.1. Concepto. 6.2. Reglas del razonamiento presuntivo. 6.3. Las llamadas presunciones iuris et de iure. 7. Las presunciones judiciales. 7.1. Concepto. 7.2. Reglas del razonamiento presuntivo. 7.3. La prueba en contrario. 7.4. La presunción judicial y la prueba indiciaria penal. 8. Referencia particular a algunas presunciones. 8.1. La presunción de simulación de negocio jurídico. 8.2. La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos. 9. La impugnación de las presunciones. 9.1. Impugnación en la primera instancia. 9.2. Impugnación en el recurso de apelación. 9.3. Impugnación a través de los recursos extraordinarios. Bibliografía.

1. Introducción

No le falta razón a Rosemberg cuando afirma que en ninguna otra parte existe tanta confusión entre el lenguaje y los conceptos como en la doctrina de las presunciones[1244], ni tampoco a Serra Domínguez al manifestar que «en pocas instituciones existe mayor desacuerdo dogmático que en la presunción»[1245]. Su estudio requiere algunas precisiones terminológicas de conceptos legales y doctrinales que configuran la estructura y dinámica de las presunciones. Configurado como un método de razonamiento, que no un medio de prueba, aun cuando con efectos y trascendencia probatoria, se abordará su configuración en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y los elementos configuran las presunciones (hecho base, hecho consecuencia y nexo lógico). Se analizará el régimen jurídico de las presunciones legales y judiciales, recogidas, respectivamente, en los artículos 385 y 386 LEC, los indicios endoprocesales y se efectuará una breve referencia a supuestos concretos de uso frecuente de las presunciones, como es la simulación y la prueba de los hechos negativos en materia de arrendamientos (no uso, no actividad y

1244 Rosemberg, L., *La carga de la prueba,* Buenos Aires, 2002, p.233.

1245 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, p.574.

no ocupación). Concluiremos con una referencia a la impugnación de las presunciones en las distintas instancias.

2. Precisiones terminológicas

Para adentrarnos en el estudio de las presunciones puede ser útil, y sin perjuicio de su posterior desarrollo más matizado, aproximarnos a los siguientes conceptos:

a) Presunción: método judicial de inferencia con eficacia probatoria, en virtud del cual partiendo de una afirmación (hecho) base se alcanza una afirmación (hecho) consecuencia mediante un nexo lógico, estableciéndose dicho nexo unas veces *ex lege* (presunción legal) y otras por el juez (presunción judicial).

b) Indicio: elemento estructural de la presunción que se integra en la afirmación base. Constituye el hecho base de la presunción, y no debe confundirse con ésta.

c) Afirmación (o hecho) base: elemento estructural y estático de la presunción, consistente en un hecho admitido o demostrado, y del que parte el hecho presumido.

d) Afirmación (o hecho) presumido: elemento estructural y estático de la presunción, consistente en un hecho deducido a partir del hecho base, y distinto de éste.

e) Nexo lógico: elemento estructural y dinámico de la presunción que enlaza la afirmación (o hecho) base con la afirmación (o hecho) consecuencia.

f) Prueba en contrario: mecanismo en virtud del cual se impugna la afirmación (hecho) consecuencia (o presumido) de una presunción.

g) Contraprueba: mecanismo en virtud del cual se impugna la afirmación (hecho) base de una presunción.

h) Presunción legal: son aquellas presunciones en las que el nexo entre la afirmación (hecho) base y la afirmación (hecho) consecuencia lo establece el legislador.

i) Presunción *iuris tantum*: modalidad de presunción legal, en la que el legislador tipifica la consecuencia lógica que se deriva de unos hechos base, pero permite a los litigantes articular una prueba en contrario.

j) Presunción *iuris et de iure*: modalidad de presunción legal, que no admite prueba en contrario, esto es, que ponga en cuestión de cualquier modo la fijación del hecho presumido, una vez haya sido admitido o probado el hecho base de la norma de presunción.

k) Presunción judicial: son aquellas presunciones en las que el nexo entre la afirmación (o hecho) base y la afirmación (o hecho) consecuencia la establece el juez.

l) Prueba indiciaria: prueba propia del proceso penal y que presenta una identidad en cuanto a naturaleza, estructura y función probatoria con las presunciones judiciales. Ha sido definida como «aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos

(indicios) que no son constitutivos del objeto de la acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse unos hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios– y el que se trate de probar –delito-»[1246].

3. Del Código civil a la LEC

3.1. Las presunciones en el Código Civil (arts. 1249 a 1253 CC)

Las presunciones se regulaban en el artículo 1215 CC y en los artículos 1249 a 1253 CC, suprimidos todos ellos por la Disposición Derogatoria Única de la LEC. Como caracteres generales de la derogada regulación debemos señalar los siguientes:

En primer lugar, las presunciones se incluían entre los medios de prueba, y así se recogían expresamente en el artículo 1215 CC, que mencionaba a las presunciones junto a los instrumentos, la confesión, la inspección personal del juez, los peritos y los testigos. Tanto el artículo 1215 CC como los artículos 1249 a 1253 CC se incluían dentro del Capítulo V («De la prueba de las obligaciones»), siquiera el artículo 1215 CC se incluía bajo la rúbrica «De las disposiciones generales» y los artículos 1249 a 1253 CC bajo la rúbrica «De las presunciones».

En segundo lugar, la regulación, pese a encuadrarse en el Código Civil, contenía normas de carácter procesal, mezclándose indebidamente la regulación de las clases, elementos y estructura de las presunciones legales y judiciales (arts. 1249, 1250, 1251 y 1253 CC) con la impugnación y los efectos de la cosa juzgada (arts. 1251, II y 1252 CC), resultando que ésta última no es una presunción, sino un efecto de la sentencia.

En tercer lugar, se regulaban conjuntamente las presunciones legales (arts. 1249 a 1252 CC) con las presunciones judiciales (art. 1253 CC), y aun dentro de las presunciones legales se distinguían las presunciones legales *iuris tantum* –que admiten prueba en contrario (art. 1251, I CC)– de las presunciones legales *iuris et de iure* –que no admiten prueba en contrario (art. 1251, I *in fine* CC)–.

En cuarto lugar, se configuraban como instrumento probatorio, regulándose los elementos que constituyen su estructura –el hecho base, el hecho presumido y el enlace– con mayor precisión técnica con respecto a las presunciones judiciales (art. 1253 CC) que con respecto a las presunciones legales (art. 1250 CC), en las que parecía darse a entender que también estaba exento de prueba el hecho base. La referencia al «enlace preciso y directo

1246 Rives Selva, P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 4ª ed., ed. Aranzadi, 2008, p.233.

según las reglas del criterio humano», contenida en la regulación de las presunciones judiciales (art. 1253 CC) debía entenderse como una referencia a las máximas de experiencia comunes que son el fundamento de las presunciones.

En quinto lugar, se regulaba detalladamente la mal llamada presunción de cosa juzgada y sus límites objetivos (la más perfecta identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes, según el párrafo primero del art. 1252 CC) y los límites subjetivos (cuestión ésta que ofrece dificultades teóricas y prácticas de difícil sistematización y que aparece imprecisamente regulada en los párrafos segundo y tercero del art. 1252 CC).

Vamos a descender ahora a la exégesis individualizada de cada uno de los preceptos, mediante la transcripción literal de su contenido y un sucinto comentario crítico.

Art. 1249 CC. «Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado».

El artículo hacía referencia, implícitamente, a los dos elementos estáticos del razonamiento presuncional, a saber, el hecho base –identificado en el texto legal como «el hecho del que han de decirse»– y el hecho presumido –identificado con «las presunciones»–. La redacción legal, en realidad, confundía el hecho (la afirmación presumida) con la presunción, esto es, uno de los elementos de la institución con el resultado y la denominación de la misma. Establecía, además, la regla fundamental de funcionamiento de las presunciones, fueran legales o judiciales, en virtud de la cual el llamado hecho base había de resultar acreditado, reforzada esta exigencia por el adverbio «completamente».

La referencia legal a que el hecho base «esté completamente acreditado» suscitaba tres cuestiones distintas: a) La necesidad o no de la previa alegación del hecho base, que debía estimarse irrelevante, en cuanto solo era un medio para la construcción del hecho presumido, único relevante y con influencia en el juicio de hecho de la sentencia y único que debía ser alegado; b) La limitación o no de los medios de prueba para acreditar el hecho base, pues a pesar del carácter tajante de la expresión «completamente acreditados», ello no comportaba ninguna limitación de los medios de prueba, sino simplemente la necesidad que el juzgador estuviera convencido de la realidad de las afirmaciones sobre las que construía las presunciones; c) La posibilidad de que la afirmación base podría proceder de una presunción, que debía estimarse viable atendido, entre otras razones, que el derogado art. 1215 CC reconocía las presunciones como medio de prueba, resultando, además, irrelevante que la acreditación del hecho base procediera de un medio de prueba (ej. testigos) que mediante una presunción, con tal que se formase la convicción judicial[1247].

Art. 1250 CC: «Las presunciones que la ley establece dispensa de toda prueba de los favorecidos por ella».

1247 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1249 CC*, en «Comentarios al Código Civil», t.II, Ministerio de Justicia, 1991, p.416.

La doctrina se había mostrado crítica con la redacción de este precepto legal, calificado de oscuro e insuficiente[1248]. Era oscuro en la medida que en las presunciones legales no existía una dispensa total de la prueba, dado que la parte favorecida por una presunción tenía que demostrar la afirmación (hecho) base del que se deducía la afirmación presumida. Las presunciones legales, establecidas en supuestos de gran dificultad probatoria, dispensan la prueba del hecho presumido, pero no del hecho base. Por otra parte, el Código Civil no solía utilizar el término presunción en sentido técnico-jurídico, sino en sentido vulgar, siendo frecuente que bajo la denominación de presunción se englobasen disposiciones legales diversas (ej. art. 33 CC regula la llamada presunción de conmoriencia o arts. 116 y 117 CC regulan presunciones de legitimidad) o verdades interinas (como la presunción de buena fe de los arts. 79 y 434 CC o la presunción de culpa de los arts. 1183 y 1769 CC). Y era insuficiente en cuanto no ofrecía un concepto de presunción, ni siquiera las notas de las que podría derivarse el concepto de presunción.

Art. 1251 CC. «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba.

Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, solo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión».

El artículo transcrito contenía tres previsiones distintas: a) los mecanismos de impugnación de la presunción, consistente en la contraprueba y la prueba de lo contrario. La contraprueba es un mecanismo de impugnación específico de las presunciones destinado a demostrar que la afirmación base es inexacta, mientras que la prueba de lo contrario es un mecanismo de impugnación dirigida a demostrar que la afirmación presumida es irreal; b) una referencia a las llamadas presunciones legales absolutas, entendidas como aquella modalidad de presunción legal que no admitía prueba en contrario, y consideradas como una construcción teórica y artificial, dado que pertenecía a la esencia misma de la presunción la admisibilidad de prueba en contrario; c) una referencia a la sentencia del juicio de revisión para impugnar la cosa juzgada. La cosa juzgada no constituye una presunción *iuris et de iure* porque admite prueba de lo contrario a través del limitado y excepcional cauce del juicio de revisión[1249].

Art. 1252 CC. «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron».

1248 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Nauta, Barcelona, p.86.

1249 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1251 CC,* en «Comentarios al Código Civil», t. II, ob. cit., pp. 419-421.

En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en la de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlos u obligación de establecerlas».

Resulta inexacta la denominación de presunción atribuida a la cosa juzgada, pues por cosa juzgada hay que entender «el objeto del proceso una vez ha sido sometido al juicio jurisdiccional»[1250], así como los efectos que se derivan del juicio realizado. En el art. 1252 CC no se contemplaba la cosa juzgada formal –entendida como firmeza y preclusión–, sino la cosa juzgada material –entendida en su doble dimensión del efecto negativo o excluyente (imposibilidad que sea sometido a un nuevo juicio una pretensión ya resuelta por sentencia firme en un proceso anterior) y del efecto positivo o prejudicial (vinculación del juez de otro proceso ulterior a aceptar las declaraciones judiciales del primer proceso).

El art. 1252, I CC contemplaba los límites objetivos de la cosa juzgada, que se traducen en la perfecta identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes. Y los párrafos segundo y tercero del art. 1252 CC contemplaban los límites subjetivos de la cosa juzgada, cuestión que suele presentar una gran complejidad teórica y práctica, bastando con señalar que la cosa juzgada afecta a las partes procesales, que al haber intervenido en el proceso resultadas afectadas por ella, y afecta también a las personas titulares de una relación jurídica compatible con la deducida en el proceso.

Como ha puesto de manifiesto Serra Domínguez y para negar el carácter de verdadera presunción a la cosa juzgada basta indicar los siguientes aspectos: 1) No existe afirmación base; 2) No se presume un hecho, sino únicamente una cualidad; 3) No se permite en absoluto la prueba en contrario, ya que la sentencia ganada en un proceso no puede considerarse como tal prueba; 4) Ni siquiera la cualidad «verdad» conviene a la sentencia, sino tan sólo a la declaración de hechos probados de la misma. La sentencia será justa o injusta, pero en cuanto sentencia será siempre verdadera; 5) Incluso la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser «verdad» pese a haberse dictado sentencia en juicio de revisión, ya que dicha sentencia únicamente se limita a anular lo actuado y remite a un nuevo juicio, que puede coincidir con el primero[1251].

Art. 1253 CC: «Para que las presunciones no establecidas en la ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

1250 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1253 CC*, en «Comentarios al Código Civil», t. II, ob. cit., p.422.

1251 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción*…, ob. cit., p.87.

Regulaba las llamadas presunciones judiciales, también llamadas presunciones de hombre o presunciones vulgares, caracterizadas por ser el juzgador el que establecía el enlace entre el hecho base y el hecho presumido. El artículo 1253 CC recogía los tres elementos esenciales de la estructura de la presunción, a saber: a) el hecho base –identificado con el «hecho demostrado»–; b) el hecho presumido –identificado como «aquel que se trate de deducir»–; y c) el enlace entre ambos –identificado como «las reglas del criterio humano»–. Se subraya la importancia del enlace, en la medida que no viene establecido por la ley, con la exigencia que el juzgador lo efectúa de manera «precisa y directa». Como afirma Serra Domínguez las reglas del criterio humano son las equivalentes a las reglas de la sana crítica empleadas en otros preceptos procesales, y ambas constituyen la expresión legal de las máximas de la experiencia aplicadas a la actividad probatoria[1252].

3.2. Las presunciones en la LEC (arts. 385 y 386 LEC)

La regulación de las presunciones, actualmente en los artículos 385 y 386 LEC, merece las siguientes consideraciones:

En primer lugar, existe una regulación conjunta, pero diferenciada de los medios de prueba y las presunciones. Dentro de las «Disposiciones comunes a los procesos declarativos» (Título I, del Libro II), el Capítulo IV se titula «De los medios de prueba y las presunciones» y la sección 9ª se titula «De las presunciones». El derogado artículo 1215 CC disponía que «las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones»[1253], mientras que el vigente artículo 299 LEC al enumerar los medios de prueba no efectúa referencia alguna a las presunciones. La rúbrica del Capítulo IV («De los medios de prueba y las presunciones») nos da a entender que las presunciones constituyen algo distinto de los medios de prueba.

En segundo lugar, se trata de una regulación procesal, desplazando la normativa de las presunciones del Código Civil (arts. 1249 a 1253 CC) a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 385 y 386 LEC), lo cual ha sido calificado como un «acierto»[1254], y ofreciendo un concepto técnico procesal de presunción, superando el concepto vulgar –equivalente a conjetura o sospecha–, y destacando la naturaleza adjetiva de las presunciones en cuanto método para la obtención de la convicción judicial sobre hechos controvertidos. Este carácter procesal se percibe aun con mayor intensidad en el artículo 386.1 LEC, regulador de

1252 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1253 CC*, en «Comentarios al Código Civil», t. II, ob. cit., p.427.

1253 Por el contario, y con más acertado criterio, el artículo 578 LEC 1881 no mencionaba las presunciones, sino que en la enumeración de los medios de prueba recogía: 1º. Confesión en juicio; 2º. Documentos públicos y solemnes; 3º. Documentos privados y correspondencia; 4º. Los libros de los comerciantes; 5º. Dictamen de peritos; 6º. Reconocimiento judicial; 7º. Testigos.

1254 Gutiérrez Sanz, R. Mª, *Comentario al art. 385 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1287.

las presunciones judiciales, al afirmar que el tribunal podrá presumir certeza, «a los efectos del proceso»[1255].

En tercer lugar, existe una regulación conjunta y sucesiva de las presunciones, manteniendo la clásica distinción entre presunción legal (art. 385 LEC) y presunción judicial (art. 386 LEC) que, no obstante sus diferencias, responden a una idéntica estructura (existencia de un hecho indicio al que se aplica un nexo lógico para alcanzar un hecho presunto) y fundamento (máximas de experiencia). Aun dentro de las presunciones legales, se recogen las presunciones legales *iuris tantum* (apartados 1º y 2º del art. 386 LEC) y las mal llamadas presunciones *iuris et de iure* (apartado 3º del art. 386 LEC), puesto que éstas últimas –ya recogidas en el derogado art. 1251 CC[1256]– son ajenas al razonamiento presuncional. La regulación conjunta de ambas presunciones, legales y judiciales, refuerza el carácter unitario de la presunción como institución procesal con eficacia probatoria[1257].

En cuarto lugar, las presunciones se configuran como un método judicial de inferencia (método de razonamiento) con efectos y fines probatorios. De ahí que la Exposición de Motivos de la LEC anticipe y justifique la derogación de los preceptos del Código Civil relativos a las presunciones al estar «introducidas en la presente Ley las presunciones como método para fijar la certeza de ciertos hechos y regulada suficientemente la carga de la prueba»[1258]. Las presunciones se califican como un método y no como un medio de prueba.

Su finalidad probatoria se deduce del hecho que las presunciones se configuran como un método para lograr la convicción judicial. Por ello, los letrados, al formular sus conclusiones tras la práctica de la prueba, pueden manifestar que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción (art. 433.2 LEC). Siendo un método de inferencia, se exige la explicitación del razonamiento presuncional, al disponerse que en la sentencia se «deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción» (art. 386.1, II LEC).

Por último, la mal llamada «presunción de cosa juzgada» se desplaza de la sección dedicada a las «presunciones» (art. 1252 CC) a la sección dedicada a los «requisitos internos de las sentencias y de sus efectos» (art. 222 LEC), lo cual constituye un acierto sistemático del legislador en cuanto la cosa juzgada es un efecto propio de la sentencia firme, y no un método de inferencia judicial con efectos probatorios.

1255 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, p.403.

1256 Art. 1251, I CC: «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba».

1257 Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.498.

1258 Exposición Motivos LEC epígrafe XI, párrafo último.

4. La presunción como método de razonamiento

4.1. Concepto y caracteres

La voz presunción puede ser objeto de varias acepciones. En sentido vulgar la voz «presumir» puede ser entendida como sinónima de sospechar o conjetura alguna cosa o bien en el sentido de vanagloriarse, jactarse o engreírse. Según el Diccionario de la Real Academia Española presumir consiste en sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello[1259].

En sentido jurídico ha sido definida como «aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones», destacándose su naturaleza jurídica –como actividad intelectual probatoria–, su posición sistemática –en la fase de fijación del proceso probatorio–, su estructura – formada por una afirmación base, una afirmación presumida y un enlace–, y, por último, su razón de ser, el enlace causal o lógico existente entre ambas afirmaciones[1260]. El alcance de la definición propuesta por Serra Domínguez exige partir de dos consideraciones: a) el concepto de prueba, entendida como aquella actividad consistente en la comparación entre la afirmación de unos hechos y la realidad de los mismos, cuyo fin es formar la convicción judicial; b) la sistemática del proceso probatorio, en el que distingue entre un período de conversión y un período de comparación, y el primer período se divide, a su vez, en la fase de traslación de los hechos a presencia judicial, y la fase de fijación del juzgador de esos mismos hechos.

La presunción es un método judicial de inferencia con eficacia probatoria, en virtud del cual partiendo de un hecho base se alcanza un hecho presunto mediante un nexo lógico, estableciéndose dicho nexo unas veces *ex lege* (presunción legal) y otras por el juez (presunción judicial).

La definición propuesta enlaza con otros autorizados tratadistas[1261] y no se aparta de la configuración jurisprudencial que puede leerse, entre otras, en la STS de 20 de julio de 2006 al señalar:

1259 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª ed., 2001, p.1829.

1260 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el Código Civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos,* ed. Nauta, Barcelona, 1963, p.17.

1261 La mayoría de la doctrina define la presunción a partir de sus elementos estructurales y la dinámica del razonamiento presuncional: a) «la presunción es una actividad lógica de inferencia de nuevos hechos, que se realiza en el momento de la valoración de la prueba, a partir de las afirmaciones base ya fijadas en el juicio, en virtud del nexo que existe entre ellas» (Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.661); b) «razonamiento o conclusión probatoria que permite establecer el proceso como producido un hecho no probado directamente, pero cuya existencia es colorario lógico y racional de otro hecho admitido o demostrado» (Vázquez Sotelo, J. L., *La 'prueba en contrario' en las*

«la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base –el hecho demostrado–; la afirmación presumida –el hecho que se trata de deducir–; y el nexo de ambas afirmaciones –inferencia–, que ha de ajustarse a un lógico criterio humano, sin que sea preciso la ineludibilidad o univocidad, sino únicamente la sujeción a las reglas de la sana crítica»[1262].

---

presunciones judiciales, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, p.1094). c) «aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador en la fase de fijación, mediante la cual partiendo de una afirmación base llega a una afirmación consecuencia, distinta de la primera, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máximas de experiencia» (Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 499 y 500); d) «las presunciones consisten en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo existente entre los dos hechos» (Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5º ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.181), definición que también es acogida por Álvarez Sánchez de Movellán, P. (*La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, ed. Comares, 2007, p.10); e) «procedimientos lógicos para determinar, a partir de un hecho base, otro relevante en el proceso que debe ser demostrado, en cuanto conforma el supuesto fáctico de una norma jurídica bajo cuyo amparo fundan los litigantes sus pretensiones y sus resistencias» (Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2ª ed, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.351); f) «aquella actividad de inferencia del juzgador en virtud de la cual da por probado un hecho a partir de la prueba de otro plenamente acreditado» (Martínez de Moretín Llamas, Mª L., *Régimen jurídico de las presunciones*, ed. Dykinson, 2007, p.106); g) «la inducción (o juicio lógico) de la existencia de un hecho desconocido que se trata de probar, a través de otro u otros ciertos, existentes y completamente probados, sin que requiera procedimiento probatorio externo alguno y sí, únicamente, el empleo de máximas de experiencia comunes» (Cremades Morant, J. B., *Comentario al art. 385 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t. II, Xíol Ríos, J. A. –coord.–, ed. Sepin, Madrid, 2008, p.2394).

1262 Un sector doctrinal ha considerado la presunción como medio de prueba para la fijación de los hechos: a) «son las operaciones intelectuales, imperadas o autorizadas por el Derecho positivo o consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado, que consisten en tener como cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho (el indicio o base)» (de la Oliva Santos, A., con Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p.373); b) «las presunciones consisten en una actividad intelectual por medio de la que se fija formalmente por el Juez o por el Legislador la existencia de un hecho, denominado presunto, partiendo de la realidad de otro, denominado base o indicio, del cual depende el hecho presunto» (Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 385 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1776); c) «la presunción supone esa operación intelectual que, partiendo de un hecho que se tiene por cierto, fija la existencia de otro hecho, teniendo en cuenta el nexo que une a ambos» (Gutiérrez Sanz, Mª R., *Comentario al art. 385 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Cordón-Moreno; Armenta-Deu; Esparza-Muerza; Tapia-Fernández (coords.), ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1287); d) «La presunción consiste en un procedimiento mediante el cual, y en virtud de los distintos elementos que la integran, se construye o forma la convicción judicial en relación con los hechos que se pretendan probar» (Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario a los arts. 385-386 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.IV, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.940).

STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco. 3º (RJ 4735/2006). Con anterioridad y en idéntico sentido pueden verse las SSTS, Sala 1ª, de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998/3220); y de 24 de mayo

De la definición propuesta destacamos varios caracteres. En primer lugar, la presunción es un método de razonamiento basado en juicios de inferencia. Así se destaca, entre otras muchas, en la STS de 18 de abril de 2001, al afirmar que «las presunciones en su dimensión judicial, suponen un proceso lógico, mediante el cual, razonando sobre consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos y, un cuerpo de realidad cierta, se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no lo era[1263]». Y también en la STS de 12 de marzo de 1987 en la que se afirma: «la racionalidad de la inferencia que religa el hecho-base con el hecho-consecuencia está confiada, por modo general, al juzgador de instancia y que consecuentemente sólo pueden eliminarse en casación aquellas deducciones que aparezcan como absurdas a todas luces y que deben mantenerse las opinables con tal que no luzca en ellas la arbitrariedad»[1264]. Su esencia radica en «la deducción personal del juez» (SSTS, de 7 de julio de 2003[1265] y de 16 de marzo de 2010[1266]) o «en el proceso deductivo del juez» (STS, de 20 de julio de 2006[1267]).

Siendo un método de razonamiento, que no un medio de prueba, a menudo no se percibe una presunción donde existe un razonamiento presuncional, pareciendo exigir la jurisprudencia que en la sentencia figure *expresis verbis* el término presunción[1268]. Además, y como apunta el mismo Muñoz Sabaté, la presunción suele configurarse más como un proceso pensante de la partes que del propio juez al valorar la prueba. Quiere decirse que son los abogados quienes «piensan» la presunción, proponen y «apostillan» la prueba para probar el hecho base, y explican su existencia en sus escritos de conclusiones[1269].

---

de 2004, fto. jco. 9º (RJ 4033/2004). En sentido similar la STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 2001, fto. jco. 1º (RJ 2611/2001) afirma que las presunciones son «un procedimiento probatorio cuya finalidad u objeto es la de fijar hechos de trascendencia para el litigio deduciéndolos de otros hechos probados por otros medios de prueba, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Y más recientemente la STS, Sala 1ª, de 14 de mayo de 2010, fto. jco.1º (La Ley 59998/2010) afirma que «las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener por cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado base, que debe haber sido probado». Y también la STS, Sala 1ª, de 14 de marzo de 2011, fto. jco.6º (RJ 2011/2775) afirma que la presunción judicial «consiste en inferir un determinado hecho, como cierto o existente (presunto), partiendo de otro plenamente acreditado como cierto».

1263 STS, Sala 1ª, de 18 de abril de 2001, fto. jco.3º (RJ 6679/2001), la cual cita y reproduce expresamente la STS de 20 de junio de 1991, fto. jco. 2º (RJ 4527/1991).

1264 STS, Sala 1ª, de 12 de marzo de 1987, fto. jco. 4º (RJ 1435/1987).

1265 STS, Sala 1ª, de 7 de julio de 2003, fto. jco.3º (RJ 4331/2003).

1266 STS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2010, fto. jco.4º (La Ley 16949/2010).

1267 STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco. 3º (RJ 4735/2006).

1268 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, ob. cit., p.410.

1269 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, ob. cit., p.411, quien añade que «la presunción le suele llegar ya hecha al juez, a quien sólo le queda valorarla positiva o negativamente».

En segundo lugar, es un método de razonamiento que no requiere de un procedimiento probatorio externo. A diferencia de los medios de prueba, que requieren de su proposición, admisión, práctica y valoración por el tribunal, las presunciones operan de forma automática como método de inferencia judicial, incluso sin necesidad de ser propuestas por las partes, a partir de las máximas de experiencia comunes. Las presunciones no son un medio de prueba y operan sobre los resultados de los medios de prueba y permiten al juez extraer, bien a través de máximas de experiencia técnicas –prueba pericial–, bien a través de máximas de experiencia comunes –presunciones–, nuevos hechos a partir de unos hechos base o indicios[1270].

Y en tercer lugar, la presunción es un método de razonamiento que despliega efectos probatorios, como recuerda, entre otras muchas, la STS 23 de febrero de 2001, al afirmar que las presunciones «es un procedimiento probatorio cuya finalidad u objeto es la de fijar hechos de trascendencia para el litigio»[1271], la STS de 19 de abril de 2002 al afirmar que la presunción «es una actividad intelectual probatoria operando en la fase de fijación de los hechos»[1272] y también la STS de 30 de noviembre de 2007, al establecer que las presunciones «constituyen una actividad para la fijación de hechos y por tanto una actividad probatoria, aunque no un medio de prueba»[1273].

En efecto, las presunciones legales dispensan de la prueba del hecho presunto a los favorecidos por ella (art. 385.1 LEC). Las presunciones judiciales permiten que el juez asuma el hecho presumido como cierto, si se han respetado las reglas lógicas en la formación de la presunción (art. 386.1 LEC). No existe contraposición entre presunción y medios de prueba, la presunción opera sobre los medios de prueba, y al igual que éstos, contribuye a la formación de la convicción judicial, habiéndose destacado la importancia de la presunción en determinadas relaciones jurídicas (ej. contratos simulados o subarrendamientos, traspasos o cesiones de arrendamientos inconsentidos) en los que las partes falsean los medios de prueba tradicionales[1274].

1270 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1249 CC*, en «Comentario del Código Civil», ob. cit., p.414.

1271 STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 2001, fto. jco.1º (RJ 2611/2001).

1272 STS, Sala 1ª, de 19 de abril de 2002, fto. jco.3º (RJ 3306/2002) la cual, además, afirma que «dogmáticamente las presunciones 'hominis' o judiciales no son un medio de prueba».

1273 STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 2007, fto. jco. 8º (La Ley 193581/2007). En sentido similar y con anterioridad la STS, Sala 1ª, de 19 de abril de 2002, fto. jco. 3º (La Ley 4791/2002) afirmaba que «aunque dogmáticamente las presunciones hominis o judiciales no sean un medio de prueba (como tales se enumeraban en el art. 1215 del Código Civil, si bien otro criterio se sigue en la LEC 2000 –rúbrica del Capítulo VI del Título I del libro II; arts. 299, 386, 433, párrafos segundo y tercero, y 445), sin embargo forman parte de la actividad intelectual probatoria operando en la fase de fijación de hechos […]».

1274 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1249 CC,* en «Comentarios al Código Civil», t.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.415.

4.2. Distinción de figuras afines

Es necesario distinguir la presunción de instituciones y figuras afines con las que, a menudo, se confunde.

a) La presunción no es medio de prueba. No figura en la enumeración de los medios de prueba (art. 299 LEC) ni en la ordenación legal para la práctica de los medios de prueba (art. 300 LEC) e incluso la propia rúbrica del Capítulo VI («De los medios de prueba y las presunciones») nos da a entender que las presunciones son «algo distinto» de los medios de prueba. Resulta evidente, además, que las presunciones no se proponen, a diferencia de los interrogatorios (de las partes o testigos), del reconocimiento judicial, o de la aportación de documentos y dictámenes periciales. Por otra parte, al regular el trámite de conclusiones, el legislador alude «al resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba» (art. 433.2, párrafo tercero LEC) dando a entender nuevamente que los medios de prueba y las presunciones son algo distinto, y que no puede equipararse ni subsumirse el razonamiento presuncional dentro de la valoración que el letrado efectúa de los medios de prueba. Y nuevamente, en sede de juicio verbal, el art. 445 LEC, expresivamente rubricado «prueba y presunciones en los juicios verbales», alude cumulativamente y remite a lo establecido en los Capítulos V y VI del Título I del presente Libro [II] en «materia de prueba y presunciones», distinguiendo, por ende, ambos conceptos.

   A pesar de ello, la jurisprudencia –probablemente influida por la dicción del derogado art. 1215 CC– las había caracterizado como medio de prueba supletorio, en defecto de prueba directa[1275], afirmación que ha sido también mantenida por un autorizado sector doctrinal[1276], que concibe la presunción como medio de prueba destinado a la fijación de los hechos, que se distingue de las reglas del razonamiento judicial, por permitir la intervención de las partes, a fin de enervar la presunción que se deriva de la Ley o que propone la parte a quien deba beneficiar. De modo significativo la STS de 18 de marzo de 1980 afirmaba «la prueba de presunciones es de carácter supletorio y sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios de prueba»[1277].Y en sentido similar la STS 3 de

1275 Tal como destacan Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, pp. 756 y 664; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial. LEC 1/2000*, ob. cit., pp. 407 y 408; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.183.

1276 Carreras, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en Rev. Jurídica de Catalunya, 3-4, pp. 520 y 525; de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramon Areces, 2000, pp. 371-373; Prieto-Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t.I, Pamplona, 1982, p.632.

1277 STS, Sala 1ª, de 18 de marzo de 1980, cdo. 2º (RJ 1129/1980), la cual, a su vez, cita las SSTS de 11 de abril de 1947 (RJ 464/1947) y 5 de febrero de 1964 (RJ 608/1964).

julio de 1992 expresa «declarado probado en virtud de pruebas, más o menos abundantes, los hechos de autos, no tiene que acudirse a la prueba de presunciones»[1278]. Y también la STS de 11 de mayo de 1993 afirma: «porque la posibilidad (pretendida por el actor, aquí recurrente) de utilización de la prueba de presunciones, como indirecta que es, queda totalmente excluida cuando, sobre el hecho cuestionado, existe prueba directa en el proceso, como ocurre en el presente caso, en que la Sala de apelación, como antes había hecho el juez, declara plenamente acreditado, mediante la prueba directa obrante en autos, cuyo valoración no es revisable en esta vía casacional»[1279]. Se afirmaba la idea que la presunción era un medio de prueba supletorio que resultará viable y eficaz en defecto de pruebas directas.

Sin embargo, y tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, se advierte un giro jurisprudencial, en el sentido de negar que las presunciones puedan ser consideradas como un medio de prueba. Por su asertividad puede citarse la STS de 1 de junio de 2011 al afirmar «según la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, [las presunciones] no constituyen un medio de prueba, sino un método para la fijación de determinados hechos»[1280].

b) La presunción no es una regla de valoración de la prueba. En el razonamiento presuncional existen dos elementos diferenciados, el hecho presumido (o nuevo) y el hecho base; mientras que en el razonamiento valorativo de la prueba el hecho derivado de la valoración judicial y el hecho afirmado a través de los medios de prueba es idéntico[1281]. Una cosa es que el juez desarrolle el razonamiento presuncional en la fase de la valoración de la prueba y otra bien distinta es que constituya en sí mismo una regla de valoración de la prueba.

Las reglas de valoración de la prueba son tasadas (cuando la ley establece la forma de valorar un determinado hecho) o libres (cuando los hechos se valoran conforme a la sana crítica). Las presunciones no se sujetan a reglas de valoración de los hechos –ni tasadas, ni libres–, sino que constituyen un método de razonamiento basado en la inferencia, y por el cual, a partir de un hecho base acreditado, se obtienen nuevos hechos, mediante un enlace, establecido por la ley o por el juez. Como afirma acertadamente la STS de 20 de julio de 2006 «no pueden confundirse las conclusiones que el juzgador obtiene mediante su actividad intelectiva de apreciación y valoración de las pruebas con el proceso deductivo que constituye la esencia de la presunción»[1282].

1278 STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1990, fto. jco.3º (RJ 6047/1990).

1279 STS, Sala 1ª, de 11 de mayo de 1993, fto. jco. 6º (RJ 1993/3537).

1280 STS, Sala 1ª, de 1 de junio de 2011, fto. jco.4º (JUR 2011\244744).

1281 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.579.

1282 STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco.3º (RJ 4735/2006), la cual, a su vez, cita las SSTS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 9795/1999), de 2 de abril, 24 de mayo, 5 y 6 de julio de 2004, 19 de diciembre de 2005 (RJ 295/2005) y 16 de marzo de 2006.

Existen diferencias fundamentales entre las reglas de valoración de las pruebas y el razonamiento presuncional. En primer lugar, la valoración de la prueba tiene por objeto los hechos controvertidos introducidos por las partes, mientras el razonamiento presuncional parte siempre de un hecho ya acreditado y opera sobre el «resultado de las pruebas». En segundo lugar, en la valoración de la prueba se emplean máximas de experiencia de carácter genérico y uniforme, mientras que en el razonamiento presuncional las máximas de experiencia tienen carácter específico y dependen de la afirmación base. Y, en tercer lugar, la valoración de la prueba opera sobre hechos ya introducidos, mientras el razonamiento presuncional tiene por finalidad introducir un hecho nuevo (el hecho presumido).

c) La presunción no es una regla de la carga de la prueba. El expediente de la carga de la prueba es un norma dirigida al juez que, en la fase final del proceso y ante la existencia de hechos relevantes no suficientemente acreditados, le indica cómo debe resolver el fondo del asunto, e indirectamente constituye una norma de conducta dirigida a las partes que le indica qué hechos debe probar. A ambas funciones se refiere Devis Echandía cuando define la carga de la prueba como «noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte»[1283]. Esta dualidad de funciones de la carga de la prueba se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC al afirmar que «las normas de la carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación de la actividad de las partes»[1284]. Y también lo expresa con claridad la SAP Madrid de 9 de diciembre de 2003 al afirmar:

> «La doctrina del *onus probandi* y los criterios legales establecidos al efecto se ordenan prioritariamente a suministrar al juzgador una regla de juicio que, en tales casos, le permitan resolver el conflicto sometido a su enjuiciamiento, pues de otro modo no podría fallar quebrantando el principio *non liquet* (art. 1 CC). Sólo mediata o indirectamente aquellos criterios tienen la virtualidad de orientar la actividad de las partes distribuyendo entre ellos la carga de probar»[1285].

En cuanto regla de juicio dirigida al juez, «indican al tribunal en el momento de dictar sentencia cuál de las dos partes del proceso, demandante o demandado, ha de sufrir el perjuicio de ver estimada o desestimada la pretensión, respectivamente, por

---

1283 Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, t. II, 9ª ed., Bogotá, 1988, p. 149.

1284 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, párrafo 28º.

1285 SAP Madrid, secc. 10ª, 9 de diciembre de 2003, fto. jco. 4º (La Ley 1617366/2003).

no aparecer probado un hecho necesitado de prueba en el proceso»[1286]. La carga de la prueba soluciona el problema procesal de la falta de prueba, mientras que la presunción, sea legal o judicial, requiere siempre la prueba de un hecho, el hecho base.

Cronológicamente, y en la formación del juicio de hecho de la sentencia, las presunciones se ubican entre la valoración de la prueba y la normativa de la carga de la prueba, de ahí que, con frecuencia, se hayan identificado con uno u otro instituto, pero las presunciones deben ubicarse, dentro de la fase de fijación del juicio de hecho de la sentencia, con posterioridad a la aplicación de las reglas de la apreciación de la prueba –en cuanto parten siempre de un hecho probado– y con anterioridad a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba –en cuanto éstas se aplican sobre hechos declarados inciertos, valoradas ya las presunciones–[1287].

d) La presunción no es un mecanismo de dispensa de la prueba (*levamen probationes*). Incluso en las presunciones legales, la parte interesada deberá acreditar la afirmación base. El derogado artículo 1250 CC disponía, erróneamente, que las presunciones legales «dispensan de toda prueba», desconociendo la dinámica del razonamiento presuncional, pues la parte que invoca la presunción deberá acreditar el hecho base, y una vez acreditado éste, la ley dispensa de prueba al hecho presumido. Como afirma acertadamente Montero Aroca «la presunción legal no dispensa de toda prueba; dispensa de probar directamente el hecho presumido, pero el hecho base debe ser probado»[1288]. Así se desprende del art. 385.1, II LEC al señalar «tales presunciones [en referencia a las presunciones legales] sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecido mediante admisión o prueba».

La presunción no es un mecanismo de inversión o exoneración de la carga de la prueba, sino que, en todo caso, y con respecto a las presunciones legales, permite aligerar la carga de la prueba, en la medida que acreditado el hecho base la parte favorecida por la presunción se ve relevada de acreditar el hecho presunto.

Otro tanto ocurre en las presunciones judiciales, en las que deberá probarse no solo el hecho base, sino también el hecho consecuencia y el razonamiento que ha conducido al mismo. Exigencia que también aparece sancionada legalmente al disponer el art. 386.1 LEC «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». En las presunciones judiciales no existe dispensa de prueba y, además, se impone un deber reforzado de motivación al exigirse que el tribunal

1286 López Fragoso, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 487, 24 de mayo de 2001, p.1.

1287 Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en Revista Jurídica de Catalunya, mayo-agosto, 1962, p.504.

1288 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.187.

incluya en la sentencia «el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción» (art. 386.1, II LEC).

e) La presunción no es un indicio. El indicio es uno de los elementos de la presunción y, además, un indicio que no llega a reflejarse en una presunción carece de relevancia jurídica[1289]. La presunción no sirve para formar la afirmación base o indicio; antes bien, parte de ella para formar la actividad presuntiva: pero sin afirmación base, no existe actividad presuntiva, ni puede hablarse de presunciones[1290].

No se puede confundir el todo con la parte. El indicio o afirmación base constituye un elemento, el inicial, a partir del cual se constituye la presunción. Sin indicio o afirmación base no pueden existir presunciones, pero éstas se traducen en una afirmación consecuencia, distinta del indicio.

f) Las presunciones no son «facta concludentia». Estos últimos son indicios de los cuales no puede llegarse mediante el sentido común y los conocimientos de la ciencia a una sola deducción[1291]. La diferencia fundamental entre las presunciones y los llamados *facta concludentia* es que éstos últimos solo admiten una sola deducción, mientras las presunciones permiten más de una deducción. Así lo expresa, la STS de 11 de junio de 1984 al afirmar:

> «es la esencia de la presunción que, siquiera haya de ajustarse a las reglas del criterio humano aquél enlace preciso y directo que religa el hecho-base con el hecho-consecuencia, con todo, no se exige que la deducción sea necesaria y unívoca y en ello se halla la diferencia entre la verdadera presunción regida por el artículo invocado y los «facta concludentia» que han de ser concluyentes, esto es, inequívocos y así de «datos inequívocos» –S. de 4 diciembre 1954 (RJ 1954\3006)–, de «valor demostrativo inequívocamente de una voluntad» –30 noviembre 1957 (RJ 1957\3570)– habla la Jurisprudencia de esta Sala que además excluye de entre los concluyentes aquél «que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones» –10 junio 1966 (RJ 1966\3029)»[1292]–.

1289 Serra Domínguez, M., *Presunciones,* en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.581.

1290 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.662.

1291 Muñoz Sabaté, LL., *Curso de Probática Judicial*, ob. cit., p.133.

1292 STS, Sala 1ª, de 11 de junio de 1984, fto. jco.2º (RJ 1984/3230). En el mismo sentido se expresa la SAP Granada, secc. 3ª, de 28 de enero de 2002, fto. jco. 3º (AC 2002/624) al afirmar: «En lo referente al tercer motivo del recurso, infracción del art. 386 de la LECiv relativo a las presunciones judiciales debemos resaltar que el TS en sentencia de 11-06-1984 (RJ 1984/320), a la que se refiere la de 23-02-1987 (RJ 1987/3356), afirmaba que es esencia de la presunción que haya de ajustarse a las reglas el criterio humano el enlace preciso y directo que liga el hecho-base con el hecho consecuencia, con todo no será preciso que la deducción sea necesaria y unívoca, en ello se halla la diferencia entre la verdadera presunción y los «facta concludentia» que han de ser concluyentes, esto es inequívocos. Del hecho-base pueden seguirse pues, diversos hechos-consecuencia».

Una de las características de las presunciones es la de su contingencia, en el sentido que la deducción que se obtiene de una presunción no es necesaria: el hecho presunto es 'el más probable' (pero no el único) que puede derivarse[1293].

g) Las presunciones no son «verdades interinas». En las presunciones existen dos afirmaciones, la afirmación base y la afirmación presumida, unidas mediante un enlace, ora establecido por el legislador con carácter general, ora escogido por el juez para el caso concreto, pero siempre existen dos afirmaciones distintas. Por el contrario, en las llamadas «verdades interinas» existe una sola afirmación, que se presume sin más, salvo prueba en contrario. El ejemplo más característico son las impropiamente llamadas presunciones de culpa o buena fe, que se presumen, «mientras no conste lo contrario». La llamadas «verdades interinas» contienen criterios de distribución de la carga de la prueba, siquiera externamente –y aun en la terminología legal– se emplee el término de presunciones[1294].

4.3. Fundamento

La presunción es un método de razonamiento que se fundamenta en el principio de normalidad de las cosas (*id quod plerumque accidit)*, esto es, lo que sucede en la mayoría de los casos según la experiencia común. El nexo lógico o enlace entre los dos elementos estáticos de la presunción (hecho base y hecho consecuencia) se funda en máximas de experiencia comunes, identificadas en el derogado art. 1253 CC como «reglas del criterio humano».

El principio de normalidad opera a través de dos criterios: el de causalidad, en cuya virtud acreditada una causa debe producirse un efecto, e inversamente producido un efecto debe partirse de una causa; y el de oportunidad, en cuya virtud bien el legislador, con carácter general, bien el juez, en cada caso concreto, eligen de entre varias causas posibles, la que haya contribuido al efecto concreto acreditado[1295].

Algunos autores refieren el fundamento de las presunciones a un juicio [sobre un nexo] de alta probabilidad o probabilidad cualificada. Así Carreras Llansana define las presunciones como «juicios de probabilidad de unos hechos, verificados indistintamente por el legislador o el órgano jurisdiccional, en cuanto sujetos con autoridad para regular conductas ajenas, como instrumento de fijación del supuesto de hecho de una norma legislada [en las *presunciones legales*] o de los hechos en que se ha de fundar la sentencia judicial [*en las presunciones judiciales*], tomando como base un hecho distinto elegido apriorísticamente [*por el legislador en las presunciones legales*] o fijado de modo formal como acaecido

1293 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *Las presunciones*, ob. cit., pp. 81 y 177.

1294 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1250 CC,* en «Comentarios al Código Civil», t. II, ob. cit., p.417.

1295 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1249 CC*, en «Comentarios al Código Civil», ob. cit., p.415.

históricamente [*fijado por el Juez, en las presunciones judiciales*][1296].Y DE LA OLIVA SANTOS, que recoge la anterior definición y se muestra conforme con la misma, explica que ese nexo de alta probabilidad o probabilidad cualificada descansa, en definitiva, en reglas del conocimiento experimental (científico, técnico o común), esto es, en máximas de experiencia[1297].

4.4. Naturaleza jurídica

El estudio de la naturaleza jurídica de las presunciones exige determinar si la presunción es un medio de prueba, si quiera *sui generis*, o tiene una sustantividad propia. Con anterioridad ya hemos anticipado, al distinguirla de figuras afines, que las presunciones no constituyen un medio de prueba, pero ahora conviene profundizar en dicha afirmación.

Algunas teorías han identificado a las presunciones con los medios de prueba, sobre la base de distintas argumentaciones: a) Un sector doctrinal atiende al grado de certeza que genera en el juzgador, pues mientras la prueba produce certeza, la presunción produce probabilidad, destacando en este sector la ya transcrita definición de CARRERAS LLANSANA; b) Otro sector que atiende a los elementos que integran la presunción, pues se afirma que la presunción no se actúa ni crea de forma libérrima, sino que existen determinados requisitos en orden a los elementos que integran la presunción, la forma en que deben acreditarse y la formación misma de la convicción, es decir, que incorpora reglas o procedimientos, al igual que los medios de prueba[1298]; c) Otro sector doctrinal atiende al carácter indirecto y supletorio del medio de prueba, afirmando que en la prueba por presunciones del hecho base pueden deducirse varios hechos consecuencias, y corresponde al juzgador en cada caso determinar cuál es el hecho consecuencia más adecuado al supuesto histórico que examina y que la prueba por presunciones solo será operativa cuando el hecho presunto no pueda acreditarse por medios de prueba directos[1299].

Otras teorías, con mejor acierto, sostienen que la presunción no es un medio de prueba, posición que también ha recibido refrendo jurisprudencial (entre otras, STS de 12 de abril de 2002[1300]). La distinción puede establecerse en un doble fundamento. Por una

1296 CARRERAS LLANSANA, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, ob. cit., pp. 525 y 537.

1297 DE LA OLIVA SANTOS, A., en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.644.

1298 ASENCIO MELLADO, J.Mª, *Comentario a los arts. 385 y 386 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.941.

1299 RIFÁ SOLER, J.Mª, *Comentario al art. 385 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1777 y 1778.

1300 La STS, Sala 1ª, de 19 de abril de 2002, fto. jco.3º (RJ 2002\3306) afirma que «aunque dogmáticamente las presunciones 'hominis' o judiciales no sean un medio de prueba (como tales se enumeraban en el art. 1215 CC, si bien otro criterio se sigue en la LEC 2000 –rúbrica del Capítulo VI del Título I del Libro II; arts. 299; 386, 433, párrafos segundo y tercero, y 445–), sin embargo forman parte de la actividad intelectual probatoria operando en la fase de fijación de los hechos».

parte, los medios de prueba sirven para trasladar una realidad a la convicción del juzgador, mientras que en la presunción el juzgador efectúa un raciocinio lógico para extraer unas afirmaciones probadas. Y por otra parte, los medios de prueba transforman los hechos de la realidad en afirmaciones para que se puedan ser apreciadas por el juez, mientras que las presunciones ya parten de hechos depurados por la acción de las reglas de la apreciación de la prueba. Es decir, tanto en los medios de prueba como en las presunciones se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, pero mientras en los medios de prueba el hecho conocido ha sido verificado en el proceso, en las presunciones el hecho conocido es un hecho pretérito, exterior al proceso, y que ha sido previamente fijado por el juez[1301].

De estas dos diferencias se deriva otra de fundamental, y es que los medios de prueba precisan de unas normas de procedimiento para ser actuados en el proceso, y que se traducen en la proposición por las partes, la admisión por el juez y práctica conforme a la ley, mientras que las presunciones, por el contrario, no precisan de normas de procedimiento en orden a su proposición, admisión y práctica[1302]. Si se admitiera que las presunciones son un medio de prueba, habría que reconocer la singularidad de una prueba que no se propone, no se admite y no se practica[1303].

No existe un procedimiento probatorio de las presunciones, ni los letrados proponen la presunción ni el juez preside su práctica, sino que resulta más acertado referirse a la construcción y utilización de un razonamiento presuncional en la sentencia a partir de una reglas legales[1304]. No siendo un medio de prueba, las presunciones no se proponen en la audiencia previa (del juicio ordinario) ni en la vista (del juicio verbal), pues como gráficamente expresa Muñoz Sabaté, «en los escritos de proposición de prueba no se expresan procesos pensantes»[1305]. Cuestión distinta es que en los escritos de alegaciones debe constar la afirmación base y también la afirmación presumida. Si se trata de una presunción legal, deberá identificarse la norma que recoge la presunción. Y es preciso fijar la afirmación base o indicio por admisión o a través de cualquiera de los medios de prueba[1306].

Las presunciones operan sobre los «resultados» de los medios de prueba, y consisten en un procedimiento lógico deductivo del tribunal, por lo que no precisan de un procedimiento probatorio, como, por el contrario, se prevé para todos y cada uno de los medios de prueba enumerados en el artículo 299 LEC. Ya la lejana STS de 11 de abril de 1947

1301 Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3-4, mayo-agosto 1962, p.499.

1302 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción*…, ob. cit., p.56; Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, ob. cit., p.500.

1303 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 385 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 643.

1304 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed. Thomson, Madrid, 2010, p.379.

1305 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial. LEC 1/2000*, ob. cit., p.411.

1306 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.667.

reconocía este distinto tratamiento procesal entre los medios de prueba y las presunciones al afirmar:

> «por la especial naturaleza de las presunciones judiciales basta para su admisión conforme al art. 1249 CC, que las partes afirmen el hecho de que han de deducirse, y que esté completamente acreditado, como es racional, por cualquiera de los demás medios admitidos por el art. 1.215 del CC, sin que se precise otra iniciativa ni distinta articulación procesal que no regula la Ley, *por tratarse de un proceso lógico-deductivo, que no exige formalización externa alguna*»[1307].

La presunción es una actividad deductiva del juez con trascendencia probatoria, en el que éste extrae una afirmación nueva a partir de una afirmación base y probada. En este sentido se expresa la STS de 20 de junio de 1991 al afirmar: «Las presunciones en su dimensión judicial, suponen un proceso lógico, mediante el cual, razonando sobre consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos y, un cuerpo de realidad cierta, se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no lo era, pero que indudablemente se produjo, si bien no dejó rastros exteriorizados necesarios, para su posible apreciación directa, sin necesidad de recurrir a la vía, siempre más fácil de la inducción»[1308]. La Exposición de Motivos de la LEC rechaza calificar a las presunciones como un medio de prueba, y prefiere considerarlas como «un método para fijar la certeza de los hechos»[1309], incidiendo en la idea que se trata de un instrumento para asentar determinados hechos en el proceso.

La inferencia del juez no es arbitraria, sino que está sometida a unas reglas internas –derivadas de los diferentes elementos [hecho base, hecho presumido y enlace] que constituyen su estructura (arts. 385.1 y 386.1 LEC) – y, en el caso de las presunciones judiciales, a unas reglas de forma –en cuanto el juez tiene el deber de explicitar el razonamiento presuncional (art. 386.1, párrafo segundo LEC)–.

Las presunciones constituyen un método judicial de inferencia con trascendencia probatoria por el que, partiendo de unos hechos admitidos o demostrados, se obtienen unos hechos nuevos y distintos a partir de un enlace establecido por la ley o por el propio juez en su actividad deductiva. Podemos desglosar la anterior afirmación del modo siguiente:

a) la presunción es un método, al operar sobre el resultado de los medios de prueba y carecer de un procedimiento de proposición, admisión y práctica. Se configura sobre la base del razonamiento judicial y exige unas reglas internas –los elementos configuradores de su estructura, consistentes en el hecho base, el hecho presumido y el enlace– y unas reglas formales –exteriorización del razonamiento presuncional–.

b) la presunción es un método de inferencia, en cuanto lo decisivo es la actividad de deducción, el razonamiento presuncional que permite la obtención de un hecho pre-

1307 Citada por Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, ob. cit., p.500, nota a pie núm. 17.

1308 STS, Sala 1ª, de 20 de junio de 1991, fto.jco.2º (RJ 1991/4527). En sentido similar, STS, Sala 1ª, de 18 de abril de 2001, fto. jco.1º (RJ 2001/6679).

1309 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo último.

sumido a partir de un hecho base admitido o acreditado. El elemento fundamental del razonamiento presuncional es la existencia de un enlace entre el hecho base y el hecho presumido, y que descansa en máximas de experiencia comunes que deben ser deducidas por el juez. El enlace constituye el elemento dinámico del método de inferencia que permite unir dos elementos estáticos (hecho base y hecho presumido).

c) la presunción es un método judicial, en cuanto que, aun cuando las partes deben acreditar el hecho base y aun cuando el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia unas veces lo establezca el legislador (presunciones legales) y otras veces lo fije el propio juzgador (presunción judicial), el protagonista de la actividad inferencial es siempre el juez en el momento de formar el juicio de hecho de la sentencia.

d) la presunción es un método con trascendencia probatoria, en cuanto que permite al juez formar su convicción sobre la existencia de un hecho (el hecho presumido) que será relevante para la configuración del juicio de hecho de la sentencia. El hecho presumido normalmente resultaría de difícil acreditación directa sin el recurso al razonamiento presuncional.

e) la presunción es un método que permite la acreditación de hechos nuevos (hechos presumidos), en cuanto que lo decisivo de la dinámica del razonamiento presuncional es que, partiendo de unos hechos admitidos o probados (y que son conocidos) se obtienen unos hechos distintos, nuevos y ocultos (que eran desconocidos). Los hechos conocidos, y fijados mediante la admisión o la prueba, son los hechos base y los hechos desconocidos, obtenidos mediante la actividad inferencial del juez, son los hechos presumidos o presuntos.

5. Elementos y dinámica de las presunciones

La estructura de la presunción se compone de tres elementos: afirmación (o hecho) base; afirmación (o hecho) consecuencia; y enlace entre ambos. Sintéticamente dicha estructura responde al siguiente modelo: Hecho indicio + Nexo lógico = Hecho presunto[1310]. Funcionalmente los hechos (base o presunto) son elementos estáticos y el enlace o nexo lógico el elemento dinámico. Veamos cada uno de los tres elementos separadamente:

1310 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, ed. Comares, 2007, p.11. Sobre los elementos que componen la estructura de la presunción pueden verse las SSAP Badajoz de 13 de noviembre de 2007 (La Ley 274699/2007) y AP Lleida, secc. 2ª, de 23 de abril de 2007, fto. jco.2º (La Ley 85697/2007). También puede verse Magro Servet, V., *La prueba de indicios en el proceso civil*, en rev. Jurisprudencia, núm.3, julio 2010, p.4, quien distingue entre: 1) Requisitos formales: a) expresión en la sentencia de los hechos base o indicios acreditados; b) expresión en la sentencia del razonamiento presuncional; 2) Requisitos materiales: a) que los indicios estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o

a) Afirmación base, identificada como el «hecho demostrado» en el derogado artículo 1249 CC y como «el hecho admitido o probado» en el artículo 386.1 LEC. Este hecho debe quedar completamente acreditado, sea mediante su admisión, sea mediante cualesquiera de los medios de prueba[1311]. Adviértase, además, que a diferencia del derogado art. 1249 CC, que exigía que el hecho indicio estuviera «completamente acreditado», pero soslayaba cualquier referencia a los medios de acreditación, el vigente art. 386.1 LEC, con mejor técnica legislativa, exige que hecho indicio «haya quedado establecido mediante admisión o prueba». También la necesidad de acreditación del hecho base aparece recogido en la regulación de las presunciones judiciales, al establecer que el juez podrá deducir un hecho presumido «a partir de un hecho admitido o probado […]» (art. 386.1 LEC).

Los mecanismos para la fijación de la afirmación (o hecho base) son, por tanto, la admisión y la prueba. Ambos confluyen en un mismo resultado, la fijación de la afirmación base, sobre la que descansa la solidez del razonamiento presuncional. Pero ambos presentan diferencias sustanciales, en cuanto la admisión deriva de la dialéctica de las partes en la fase de alegaciones del proceso, bastando que un hecho sea afirmado por una parte y aceptado, expresa o tácitamente, por la otra. Mientras que la prueba requerirá una actividad de verificación por parte del juez y una actividad de las partes en orden a alcanzar la convicción judicial.

Tiene un marcado carácter instrumental, en cuanto su finalidad se agota en la introducción de la afirmación consecuencia en el proceso, esto es, de una afirmación que está fuera del proceso y que constituye el objeto de la prueba[1312].

La afirmación base se ha llamado «indicio», expresión procedente etimológicamente de *inde dico*, «de allí digo», siquiera algunos autores sostienen que al término indicio se le ha otorgado un significado demasiado amplio, incluso identificado como una categoría especial de presunciones o como concepto opuesto a la genuina presunción, por lo que prefieren prescindir de éste término y utilizar el de afirmación base[1313].

La afirmación base puede consistir en uno (presunción monobásica) o varios indicios (presunción polibásica), puesto que la existencia de una presunción no depende

---

excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; d) que estén interrelacionados cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

1311 La jurisprudencia es constante en esta exigencia y entre otras muchas pueden verse las SSTS, Sala 1ª, de 18 de marzo de 1993, fto. jco.2º (RJ 1993/2024) y 8 de marzo de 1993, fto. jco.3º (RJ 1993/2014).

1312 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., ed. Temis, Bogotá, 1999, pp. 41 y 42, afirma «los indicios son hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se pueden concluir otros hechos que están fuera del proceso y que constituyen el objeto de la prueba».

1313 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.28.

tanto de la existencia de una pluralidad de indicios cuanto de la solidez de cada indicio o en expresión de Muñoz Sabaté, del «potencial semiótico de cada indicio»[1314]. Lo fundamental no es la existencia de uno o más hechos bases, cuanto que éstos estén realmente probados. Afirma acertadamente Onecha Santamaría que «de la conjugación de varios hechos básicos puede obtenerse un resultado concluyente, de la misma manera que una sola presunción grave y firme en su fundamento puede ser suficiente para dar crédito al hecho a probar»[1315].

Como ejemplo de una pluralidad de hechos base podemos citar la STS de 17 de junio de 2000 que, a los efectos de acreditar una simulación, razona:

> «[…] ya que a pesar de parecer claro que la voluntad manifestada en el contrato de 7 de marzo de 1987, de la venta de determinadas acciones, no se corresponde con el propósito verdadero del vendedor, y ello lo deduce la parte recurrente, de un elenco de presunciones que debieron tenerse en cuenta a tenor de lo dispuesto en el precepto que entiende violado la parte recurrente, tales como: a) la relación de familia entre los contratantes (sentencias de 23 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6352] y 15 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2656]; b) disposición de parte sustancial del patrimonio (sentencia de 14 de febrero de 1983 [RJ 1983, 964] y 7 de febrero 1992 [RJ 1992, 839]; c) proximidad del fallecimiento del dueño de los bienes (sentencias 22 febrero 1963, 26 junio 1979 [1979, 2549] y 31 diciembre 1999), y d) precio desproporcionado, pues aunque en el contrato se convino el pago del precio correspondiente el valor nominal de las acciones vendidas, lo que realmente ha entregado a cuento del mismo, fueron cuarenta millones de pesetas»[1316].

Corresponde también a Muñoz Sabaté el mérito la elaboración de un listado y una clasificación de indicios (taxonomía indiciaria). En el listado se recogen los siguientes:

Ad iuvantivus	Implicatio	Possesio instrumenti
Afectio	Impossibilitas	Prasentia
Alertas	Impulsus	Preconstitutio
Animus	Inalterum	Pretium
Character	Indocumentatio	Previssio
Cognitio	Innocuitas	Professionalitas
Colaboratio	Insidia	Publicitas
Comparatio	Interpositio	Receptum
Compensatio	Lessivitas	Reparatio
Coniunctus	Locus	Rerum física natura
Conseutudo	Magnitudo	Responsio
Contiguetas	Medium	Sequitur

1314 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.413.

1315 Onecha Santamaría, C., *Las presunciones judiciales*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1971, núm. 4, pp. 949-958.

1316 STS, Sala 1 ª, de 17 de junio de 2000, fto. jco.3º (RJ 4425/2000).

Conyuntura	Mendatio	Silentium
Cura	Metus	Similitudo
Damun	Missio	Solvo
Deliberatio	Movil	Subyacencia
Difusum Commercium	Mutatio	Tabulas
Disparitesis	Naturaliter	Tempus
Dominancia	Necessitas	Tonus
Evocatio	Nescientia	Transactio
Explanatio	Nomen	Ubicatio rei
Fama	Obstaculum	Umor
Fortuna	Ocultatio	Utilitas
Fruendi	Omnia bona	Vestigium
Habitus	Opportunitas	Vicinitas
Haesitatio	Optativitas	Vindicanti[1317]
Implementum	Perseveratio	

Se ha discutido si una presunción puede fundarse en otra presunción, esto es, a partir de una cadena de presunciones. Un sector doctrinal ha defendido la abolición de la máxima *praesumptio de praesumptiones non admititur* bajo el argumento fundamental que la exigencia que el hecho base haya de resultar acreditado mediante admisión o prueba, no excluye que también lo pueda ser mediante la presunción, pues ésta al igual que los medios de prueba, puede servir para formar la convicción[1318]. Otro sector doctrinal, por el contrario, vigente la regulación del Código Civil, argumentaba que la utilización en el artículo 1249 CC del adverbio «completamente» excluía toda posibilidad de que la fijación del indicio se realizara mediante una presunción, de tal manera que se pasara de un hecho indicio a otro indicio para llegar al último hecho presunto con una doble presunción[1319].Y algunos autores, aun tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, mantienen la vigencia del apotegma *praesumptio de praesumptione non admititur* bajo el argumento que los artículos 385 y 386 LEC

1317 Muñoz Sabaté, LL., *Taxonomía indiciaria*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J; Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 199-201, quien advierte que el listado parte siempre de una notable dosis de discrecionalidad y está sujeto a modificaciones, y agrupa del modo siguiente: a) indicios intimistas o de personalidad; b) indicios reaccionales; c) indicios de evasión; d) indicios situacionales; e) indicios utilitaristas; f) indicios dimensionales; g) indicios sociales; h) indicios materiales; i) indicios de relación (ob. cit., pp. 202-210).

1318 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit. pp. 613-616; Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, ob. cit., pp. 518-519; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., p.409, para quien el mantenimiento de esta máxima constituye uno de los siete errores hipovaluatorios de la presunción por la jurisprudencia; Álvarez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones*, ob. cit., pp. 15-18.

1319 Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en Rev. Jurídica de Catalunya, núm. 3-4, 1962, pp. 553-554.

exigen que el hecho base quede acreditado mediante admisión o prueba y que las presunciones han dejado de ser un medio de prueba[1320].

b) Afirmación consecuencia, también llamada afirmación presumida o hecho presunto. La dinámica del razonamiento presuntivo exige necesariamente dos hechos, ambos diferenciados, el hecho base y el hecho consecuencia, y de los cuales solo el hecho consecuencia tiene relevancia para el proceso[1321]. La presunción aporta una afirmación presumida o consecuencia, como afirmación nueva y distinta de la afirmación base, y que tiene relevancia probatoria. Esta afirmación consecuencia ha de reunir dos características: ha de ser un hecho controvertido, desconocido u oculto, y de ahí la necesidad de acudir a las presunciones; y ha de ser un hecho distinto de la afirmación base, pues a partir de la misma se obtiene un hecho nuevo[1322]. Resulta significativo que el artículo 2727 del Código civil italiano disponga que «las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez saca de un hecho conocido para elevarse a otro ignorado». En el juego o dinámica de las presunciones es preciso que se dé un doble supuesto, a saber, que el hecho base se halle totalmente acreditado (art. 385.1, II LEC y antes el derogado 1249 CC), y que el hecho presunto haya quedado improbado, es decir, que no pueda resultar probado sin acudir a la presunción.

La afirmación consecuencia o presumida debe tener relevancia probatoria y de cara a la formación del juicio de hecho de la sentencia. Además, la afirmación consecuencia necesariamente ha de ser distinta de la afirmación base. Como afirma Serra Domínguez si la afirmación base la señalamos con la expresión A + B, la afirmación consecuencia tiene que ser forzosamente distinta de A, de B y de A + B, pues en otro caso no existiría una nueva afirmación, sino un desglose de parte de la afirmación base[1323].

Se ha cuestionado en la doctrina el grado de certeza del juzgador para tener por acreditado el hecho presunto[1324]. Dado que la presunción es un método de inferencia judicial, la convicción judicial sobre la existencia del hecho presunto debe fundarse en algo más que un juicio de probabilidad, sin exigir una deducción inequívoca de los indicios, bastando que constituya una deducción razonable. En estos términos se pronuncia la STS 7 de julio de 2003 al afirmar:

> «[…] si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que reeliga el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los 'facta concludentia' que efectivamente han de ser conclu-

1320 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, 2004, pp. 381-384.

1321 Serra Domínguez, M., *Presunciones,* en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.668.

1322 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.361.

1323 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.31.

1324 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones*, ob. cit., p.29.

yentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia»[1325].

c) Enlace: la nota distintiva de la presunción, que ya recogía el derogado art. 1253 CC y reproduce el art. 386.1 LEC, es el «enlace formado judicialmente entre el hecho base y el presumido»[1326] e identificado con «las reglas del criterio humano», esto es, las reglas de la recta razón[1327]. Según el enlace se efectúe por el propio legislador o por el juez distinguiremos entre la presunción legal y la presunción judicial, clasificación recogida en los artículos 385 LEC (presunción legal) y 386 (presunción judicial). En las presunciones legales el nexo lógico opera como un mecanismo de facilitación de la carga de la prueba para una de las partes (la favorecida por la presunción), mientras que en las presunciones judiciales opera como un mecanismo de justificación de la presunción.

Del derogado art. 1253 CC y del vigente art. 386.1 LEC se deduce que para la existencia de la presunción se exige entre la afirmación base y la afirmación presumida (a) medie un «enlace preciso y directo» y (b) que el mismo pueda apreciarse «según las reglas del criterio humano».

El enlace no consiste en la vaga referencia de un hecho a otro, sino en la conexión y congruencia entre ambos, de suerte que la realidad del uno conduzca al conocimiento del otro. Ha sido definido como «un razonamiento lógico deductivo por medio del cual se afirma la realidad del hecho presunto a partir de estimar que los indicios llevan necesariamente a admitir tal conclusión con exclusión de cualquier otra»[1328]. Se ha afirmado que existen unos enlaces precisos y directos típicos y tipificados (los de las presunciones legales) y otros no tipificados (en las presunciones judiciales[1329]).

Las reglas del criterio humano son las de la lógica, esto es, de la recta razón o criterio racional o, en palabras de la STS de 13 de octubre de 1999, «las reglas del criterio humano, no son otra cosa que las que derivan de la lógica, de la recta razón, del criterio razonable, del sentido común o de la sana crítica»[1330].

El enlace es un elemento fundamental de la presunción, pues permite pasar de la afirmación base a la afirmación consecuencia, así como distinguir las presunciones de las apariencias de presunciones, y las presunciones legales y las judiciales. La fuente de la que procede el enlace son las máximas de experiencia que, en conocida

1325 STS, Sala 1ª, de 7 de julio de 2003, fto. jco. 3º (RJ 4331/2003).

1326 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.663.

1327 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.669.

1328 Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario a los arts. 385 y 386 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t.IV, ob. cit., p.943.

1329 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 386 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.649.

1330 STS, Sala 1ª, de 13 de octubre de 1999, fto. jco. 3º (RJ 1999/7325).

definición de Stein, son «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»[1331]. Una de las funciones de las máximas de experiencia es servir de instrumento para la valoración probatoria de determinadas circunstancias de hecho.

6. Presunciones legales

Las presunciones pueden ser objeto de variadas clasificaciones. Así, por ejemplo, atendiendo a la distinta naturaleza de la afirmación base y según la fuente de la misma se deriva del interrogatorio de las partes, documentos y testigos; o atendiendo a la pertenencia de la afirmación presumida a distintas ramas del Derecho, según pertenezca al Derecho Civil o penal, al derecho privado o público. Pero la clasificación relevante es la que distingue según el enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida, no tanto a atendiendo a la naturaleza del enlace, cuanto al sujeto que lo establece, y que permite distinguir las presunciones legales de las judiciales.

6.1. Concepto

Las presunciones legales son aquellas en las que el nexo entre la afirmación (hecho) base y la afirmación (hecho) consecuencia lo establece el legislador.

Así, por ejemplo, el art. 572 CC dispone «Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya título o signo exterior, o prueba en contrario: 1. En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación». En este caso la ley parte de dos hechos base (existencia de pared divisoria + existencia de edificio contiguo) y extrae un hecho presumido (existencia de una servidumbre de medianería)[1332].

A diferencia de las presunciones judiciales, el artículo 385.1 LEC no ofrece una definición de la presunción legal, sino que regula sus efectos (dispensa de prueba del hecho presunto a la parte favorecida por la presunción) y sienta los criterios de operatividad del razonamiento presuntivo (el hecho base ha de quedar acreditado mediante admisión o prueba).

Serra Domínguez ha fijado las notas distintivas de las presunciones legales y ha puesto de manifiesto la existencia de «falsas normas de presunción en el Código Civil» (entre otros, por ejemplo, el art. 33 presunción de conmoriencia, y arts. 116 y 117 presunción de legitimidad). Para la identificación de una presunción legal es preciso que concurran las siguientes notas:

1331 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, (traducc. De la Oliva), 2ª ed., ed. Temis, 1999, p.27.

1332 Ejemplo propuesto por Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., p.666.

a) Que la presunción se halle contenida en una ley positiva, siendo irrelevante que utilice o no el término presunción. La presunción no puede proceder ni de la voluntad de las partes, ni de la costumbre, porque no tendría poder para vincular al juez. Tampoco puede proceder del juez, pues en tal caso no nos hallaríamos ante una presunción legal, sino judicial.

b) Que la presunción se halle en una norma de carácter procesal, y que pueda ser actuada en un proceso concreto.

c) Que la presunción se halle en una norma con repercusión probatoria. Si el legislador utiliza el término presunción, pero la norma no permite la prueba en contrario o la excluye expresamente, no se trata de una presunción, sino de una norma legal expresa.

d) Es preciso que la presunción enlace dos afirmaciones, la afirmación base y la afirmación presumida, siendo éste el criterio distintivo entre las presunciones legales y las llamadas «verdades interinas». En éstas últimas existe una sola afirmación, y una previsión de prueba en contrario. El ejemplo paradigmático son las impropiamente llamadas presunciones de culpa (arts. 1183[1333] y 1769[1334] CC) o buena fe (arts 79[1335] y 434[1336] CC), que se presumen «mientras no se pruebe lo contrario». Las verdades

1333 Art. 1183 CC: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096». Como indica la STS de 2 de octubre de 1995, (RJ 1995/6977) en su fto. jco. 1º: «el artículo 1183 del Código Civil establece una presunción 'iuris tantum', en virtud de la cual se decreta que siempre que la cosa se pierda en poder del deudor, lo es por su culpa y no por caso fortuito, produciéndose en relación al precepto civil 1214 situación de inversión de la carga de la prueba y determina que el deudor ha de probar el cumplimiento correcto o la concurrencia de caso fortuito a efectos de liberar su responsabilidad, pues si no en caso contrario debe cargar con la indemnización de daños que el acreedor reclame y demuestre».

1334 Art. 1769 CC: «Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura sin su culpa. Se presume la culpa del depositario, salvo la prueba en contrario. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario». La STS de 27 de enero de 1994, fto. jco.2º (RJ 1994/569) razona que «es admisible imputar la responsabilidad de las pérdidas de los objetos desaparecidos a los demandados, en cuanto así resulta conjugando tales hechos con la norma del art. 1769 que establece una presunción 'iuris tantum' de culpa del depositario en supuesto de quebranto o pérdida de lo depositado, y las misma presunción se sienta en el párr. 3 del mismo artículo para determinar el valor de lo depositado cuando haya desparecido».

1335 Art. 79 CC: «La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe». Regula el llamado matrimonio putativo que exige, entre otros requisitos, la existencia de buena fe de parte, al menos, uno de los contrayentes.

1336 Art. 434 CC: «La buena fe del poseedor se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba». La STS de 16 de marzo de 1996 (RJ 1996/1222) afirma: «Constituye un verdadero postulado jurídico el que ampara la 'buena fe' del tenedor de una cosa o el titular de un derecho por medio de una presunción legal que, como tal ha de producir los efectos señalados

interinas son reglas de distribución de la carga de la prueba, siquiera adopten en ropaje legal de presunciones.

e) e) La afirmación base y la afirmación presumida han de ser cualitativamente distintas entre sí. La afirmación presumida no puede estar incluida dentro de la afirmación base, ambas deben situarse en un mismo plano, o bien la afirmación presumida debe ser de rango superior a la afirmación base.

f) f) La afirmación base debe ser distinta de todas las restantes afirmaciones que concurren con la afirmación presumida para integrar el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida[1337].

También desde la doctrina civilista se ha destacado que algunas normas del Código civil, pese a la denominación de presunción, no responden a su estructura, distinguiéndose entre «presunciones legales regulares» y «presunciones legales irregulares»[1338].

6.2. Reglas del razonamiento presuntivo

El apartado primero del art. 385 LEC dispone que «las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte favorecida por la presunción». Mejora sustancialmente la redacción del derogado art. 1250 CC que establecía que «las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas». De la redacción vigente se desprende que la presunción no es un mecanismo de dispensa o exoneración de prueba, sino en todo caso un mecanismo de facilitación de la prueba, pues el hecho presunto no debe ser probado, pero sí en cambio deberá acreditarse el hecho base. Ello se deduce del mismo apartado primero del art. 385 LEC que, a renglón seguido, establece «tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba». Ello significa que la parte favorecida por la presunción debe proponer la prueba conducente a la acreditación del hecho base.

El apartado segundo del art. 385 LEC regula de modo más extenso que el derogado artículo 1251 CC la prueba en contrario en las presunciones legales *iuris tantum*. Este

---

en los arts. 1250 y 1251 del CC, con su doble consecuencia de dispensar de toda prueba a los favorecidos por ella y de arrojar, por entero, la carga de la prueba en contrario a quien pretenda destruir la presunción, que sólo con el carácter de 'iuris tantum' se formula y como, en definitiva, la 'buena' o la 'mala fe' son estados de conciencia íntimos del sujeto, a los que no se puede llegar sino a través de sus manifestaciones externas, conforme al principio 'operari sequitur ese', a quien niegue la mala fe, corresponderá acreditar la realidad de los actos que se opongan a ella y evidencien la mala fe».

1337 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.617 y ss.; y del mismo autor *Comentario al art. 1250 CC*, en «Comentarios al Código Civil», t. II, ob. cit., p.417.; *Normas sobre presunción*…, ob. cit., pp. 89-95.

1338 Luna Serrano, A., *El concepto de presunción legal y las denominadas presunciones legales irregulares*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J.; Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, 2011, pp. 216-220.

último se limitaba a consignar que las presunciones legales *iuris tantum* «pueden destruirse por la prueba en contrario», mientras el art. 385.2 LEC admite que la prueba en contrario pueda referirse bien a la inexistencia del hecho presunto, bien a la inexistencia del enlace entre hecho base y hecho presunto. Se regula la prueba en contrario (la que permite impugnar la afirmación presunta), pero no la contraprueba (la que permite impugnar la afirmación base). Además, en el art. 385.2 LEC la prueba en contrario no solo se extiende a la afirmación presumida, sino también a la inexistencia del enlace entre hecho base y hecho presunto, tratándose éste de un supuesto de difícil realidad en la medida que dicho enlace lo estable el legislador. La prueba en contrario afecta al hecho consecuencia, pero no al enlace.

6.3. Las llamadas presunciones *iuris et de iure*

La LEC mantiene la falsa idea de la existencia de presunciones legales absolutas, que no admiten prueba en contrario. El art. 385.3 LEC dispone que «las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba». La prohibición expresa de prueba en contrario constituye la nota distinta de las llamadas presunciones *iuris et de iure*, que como se ha afirmado acertadamente constituyen una «errónea construcción doctrinal recogida por el legislador»[1339], pues «son puras disposiciones legales encubiertas bajo una fórmula más o menos aparatosa de presunción»[1340], por lo que la doctrina las ha considerado ajenas al ámbito de las de la teoría de las presunciones[1341].

En efecto, la existencia de una presunción requiere de dos hechos, uno conocido (hecho base) y otro desconocido (hecho presunto) que se deduce del primero a partir de un nexo legal. En los supuestos en que no se produce una deducción de un hecho a partir de otro, sino que lo se prevé es la deducción de una consecuencia jurídica a partir de un hecho, no estamos en el ámbito de las presunciones. Por otra parte, y como afirma Serra Domínguez, si se prohíbe la prueba de lo contrario, no estamos ante una presunción, ni tan siquiera ante una actividad probatoria, sino ante una disposición legal[1342].

Aun cuando las presunciones *iuris et de iure* se suelen conceptuar como una modalidad de presunción legal singularizada por la no admisión de prueba en contrario, existen diferencias entre las presunciones *iuris et de iure* y las presunciones legales, derivadas de su distinta na-

1339 Serra Domínguez, M., *Presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., pp. 645 y ss.

1340 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., p.667. En el mismo sentido la STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2009, fto. jco. 4º (RJ 2010\297) afirma que «las genuinas presunciones legales son las «iuris tantum», pues las «iuris et de iure» son disposiciones legales».

1341 Entre otros muchos, Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p.378, nota 9; Prieto-Castro, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.152. Defiende su utilidad Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, ob. cit., pp. 525-529.

1342 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1249 CC*, en «Comentarios al Código Civil», ob. cit., p.415.

turaleza jurídica, su función y su finalidad. En cuanto a su naturaleza jurídica, las presunciones *iuris et de iure* pertenecen al Derecho material y tienen su aplicación fuera del proceso, mientras que las presunciones legales pertenecen al Derecho Procesal y se aplican en un proceso concreto. En cuanto a su función, las presunciones *iuris et de iure* intervienen en la formación de las relaciones jurídicas, mientras que las presunciones legales intervienen en la formación de la prueba. Y en cuanto a su finalidad, mientras las presunciones *iuris et de iure* proporcionan al juzgador elementos jurídicos, las presunciones legales le proporcionan elementos fácticos[1343].

Ello no obstante, un sector doctrinal (Carreras Llansana) considera que las presunciones *iuris et de iure* son auténticas presunciones. Según este autor, las presunciones *iuris et de iure* son medios o técnicas de legislar, pero también verdaderas presunciones, en las que el legislador, considerando que el supuesto de hecho de la norma no podrá ser objeto de un juicio de certeza, utiliza una norma de experiencia para estimar que dándose otro hecho se dará el hecho presunto, pero a continuación prescinde del hecho presunto y se vinculan los efectos al hecho base. Añade el mismo autor, que para el procesalista las presunciones *iuris et de iure* resultan irrelevantes ya que la dinámica de la presunción descansa sobre la acreditación del hecho base, pero para el civilista las presunciones *iuris et de iure* son de gran interés en cuanto contribuyen a fundamentar el juicio de derecho, al determinar el sentido y alcance de las normas a aplicar[1344].

7. Presunción judicial

7.1. Concepto

La presunción judicial, también llamada presunción *hominis*, o presunción de hecho (*facti)*, es aquella en la que el enlace entre la afirmación base y la afirmación consecuencia lo establece el legislador.

Aparece definida en el artículo 386 LEC, en los términos siguientes: «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el hecho admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En parecidos términos se ha pronunciado la jurisprudencia: «la presunción *hominis*, o judicial, consiste en la apreciación a los efectos del proceso de la certeza de un hecho controvertido a partir de otro hecho admitido o probado, cuando entre ambos se da un enlace preciso y directo (inferencia) según las reglas del criterio humano» (STS de 13 de marzo de 2000[1345]). Algunas nociones enfatizan el protagonismo del juez: «sistema hermenéutico en

1343 Serra Domínguez, M., *Normas de presunción*…, ob. cit., p.69.

1344 Carreras Llansana, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, ob. cit., p.529.

1345 STS, Sala 1ª, de 13 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (RJ 1491/2000).

que *el propio juzgador* establece en cada caso concreto la relación existente entre la premisa base y la afirmación consecuente» (STS 14 noviembre 1997[1346]); otras resoluciones el uso de máximas de experiencias concretas: «la presunción judicial […] significa un juicio lógico, natural, razonable del Juzgador que, *en cada caso concreto*, establecerá la relación existente entre la premisa base y la afirmación consecuente, en el caso de que el hecho «dudoso» no tuviera demostración por los medios de prueba» (STS de 3 de marzo de 2010[1347]); y otras resoluciones subrayan la dinámica o estructura del razonamiento presuncional: «mediante la presunción –de hecho «hominis», o judicial– *se presume la certeza de un hecho controvertido partiendo de otro previamente fijado en virtud de prueba practicada o por haber sido admitido* (STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006[1348]).

A diferencia de las presunciones legales, que están reguladas por ley y no es posible extenderlas a otros casos por vía de analogía, las presunciones judiciales son indeterminadas en su número, porque su fijación corresponde al juez[1349].

7.2. Reglas del razonamiento presuntivo

El apartado primero del art. 386 LEC, ya transcrito, recoge todos los elementos que integran la estructura del razonamiento presuntivo: el hecho base –que ha de estar admitido o probado–, el hecho presunto –deducido a partir del hecho base– y el nexo lógico –enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano–. Además el citado art. 386.1 LEC establece las notas siguientes:

a) es al juez a quien corresponde efectuar el razonamiento presuntivo, y ésta es la nota distintiva entre las presunciones judiciales, en las que el enlace entre la afirmación base y la afirmación consecuencia, lo efectúa el juez, y las presunciones legales, en las que dicho enlace viene fijado por el legislador.

b) el recurso al razonamiento es potestativo («el tribunal podrá presumir la certeza»), pues de la literalidad del artículo 386.1 LEC se deduce que se confiere al tribunal una facultad –y así se deduce de la expresión «podrá–, pero no se obliga al tribunal a utilizar la prueba de presunciones, lo cual, por otra parte, ya había sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia (entre otras, SSTS, 30 de enero de 1995, 10 de septiembre de 1997, 23 de octubre de 1998, 7 de abril de 2004 y 3 de marzo de 2010[1350]).

1346 STS, Sala 1ª, de 14 noviembre 1997, fto. jco. 1º (RJ 7883/1997).

1347 STS, Sala 1ª, de 3 de marzo de 2010, fto. jco.4º (RJ 2010\3779).

1348 STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco.3º (RJ 4735/2006) (En la trascripción de las tres anteriores sentencias la cursiva es nuestra para destacar el elemento distinto –sujeto, máxima de experiencia o estructura– de la definición).

1349 Onecha Santamaría, C., *Las presunciones judiciales*, ob. cit., p.958.

1350 La STS, Sala 1ª, de 30 de enero de 1995, fto. jco.4º (RJ 1995/180) afirma: «[…] máxime al ser doctrina reiterada de esta Sala la de que el artículo 1253 faculta o autoriza, mas no obliga a utilizar la

De ahí que la jurisprudencia sea reacia a que la no aplicación del mecanismo de las presunciones pueda ser objeto de revisión en apelación o en casación bajo un doble argumento fundamental, por una parte, que las presunciones siempre han de partir de un hecho admitido o probado y esto es una cuestión de hecho que debe quedar declarada en la instancia, y por otra parte, que la especial naturaleza del razonamiento presuntivo –en cuanto deducción personal del juez– dificulta que pueda exigírsele al juzgador su aplicación[1351].

Ello no significa, por supuesto, que la presunción deba ser considerada como un medio de prueba supletorio o de segundo grado, en defecto de pruebas directas, pues como ya hemos razonado sobradamente se trata de un método de inferencia con eficacia probatoria y distinto de los medios de prueba. Y, en opinión de algunos autores, la obligatoriedad de la presunción se desprende de su propia estructura, antes contenida en el art. 1253 CC y ahora en el art. 386 LEC, de modo que el juez está obligado a declarar probado un hecho, siempre que esté relacionado con otro hecho probado de forma precisa y directa (enlace), según las reglas del criterio humano[1352].

c) la presunción así obtenida tiene carácter procesal («a los efectos del proceso»). Significa que las presunciones judiciales se aplican a un proceso concreto y sirven para formar el juicio de hecho de la sentencia.

d) la presunción exige un nexo entre el hecho base y el hecho presumido («enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»). La fórmula legal, heredera de su precedente el art. 1253 CC, que reproduce literalmente, debe reputarse más acertada que la utilizada en los Códigos civiles francés[1353] e italiano[1354], que exigían que las presunciones fueran «graves, precisas y concordantes»[1355].

A diferencia de las presunciones legales, en las que el litigante que se acoge a las mismas, solo tiene que probar el hecho base (dado que el hecho presumido viene establecido

---

prueba de presunciones por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas, obrantes en los autos, no resulta infringido dicho precepto». Y la STS de 3 de marzo de 2010, fto. jco.4º (RJ 2010\3779), en interpretación del vigente art. 386 LEC, afirma que «el propio precepto [en referencia al precitado art. 386 LEC] indica expresamente que se trata de una facultad del Tribunal, mediante la expresión «podrá»; es decir, faculta y autoriza, pero no obliga a utilizar la prueba de presunciones». Y en sentido similar, pueden verse las SSTS, Sala 1ª, de 10 de septiembre de 1997, fto. jco. 2º (RJ 1997/6401), 23 de octubre de 1998, fto. jco.3º (RJ 1998/7553) y 7 de abril de 2004, fto. jco. 4º (RJ 2004/2609).

1351 Entre otras muchas, SAP Lleida, secc. 2ª, de 9 de julio de 2003, fto. jco.2º (JUR 2003/219131).

1352 Serra Domínguez, M., en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.789; Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, ob. cit., p.512.

1353 Art. 1353 dispone «las presunciones que no están establecidas por la ley son dejadas al criterio y a la prudencia del magistrado que no debe admitir sino las presunciones graves, precisas y concordantes».

1354 Art. 2729 al referirse a los indicios exige que sean gravi, precisi e concordanti.

1355 Miranda Estrampes, M., *Las presunciones,* ob. cit., p.512.

por la ley) en las presunciones judiciales será necesaria la prueba (a) del hecho base y (b) de la existencia de un enlace entre el hecho base y el hecho presumido, de modo que será necesaria una actividad probatoria dirigida a probar la existencia de ese enlace.

El apartado segundo del art. 386 LEC dispone que «la sentencia en que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción». Esta exigencia, calificada como la «explicitación del razonamiento presuncional»[1356], comporta un deber de motivación reforzado, que para algunos autores no es más que una reiteración inútil de la exigencia del deber general de motivación de las resoluciones judiciales (art. 218 LEC), aun cuando también puede justificarse en atención, por una parte, a la propia dinámica de la presunción judicial en la que es el juez –y no la ley– quien establece el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia, y por otra parte, a la justificación de dicho enlace.

La exigencia de motivación ya venía reclamada por la jurisprudencia, particularmente en sede de prueba de indicios en el proceso penal, aun cuando también en el ámbito civil, resultando ilustrativa la STS de 4 de febrero de 1999, al afirmar que el enlace entre el hecho base y el hecho deducido «debe surgir de la lógica media, raciocinio lógico o buen criterio de cualquier juez, debiéndose formular en la sentencia […] el razonamiento en virtud del cual el tribunal establece la presunción». Y en sentido similar, se expresa la STC de 22 de diciembre de 1986 al expresar que «se considera que no existe tal prueba si no se exterioriza –razonándolo– en nexo causal, es decir, si aparece sólo como una apreciación en conciencia pero inmotivada o, mejor dicho, no explicitada por el Juzgador»[1357].

Dicha motivación comprende la exposición del hecho base y su admisión o acreditación; el hecho consecuencia que se deduce del mismo y el enlace lógico y racional existente entre los mismos. Este deber de motivación cumple la triple finalidad de facilitar la motivación de la presunción, permitir su impugnación por el litigante perjudicado y el control por el tribunal jerárquicamente superior[1358].

7.3. Prueba en contrario

Dispone el art. 386.2 LEC «Frente a la formulación de una presunción, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior».

Este precepto fue introducido en tramitación parlamentaria de la LEC, a modo de enmienda de aclaración, pero no hace sino proclamar una obviedad o introducir una contradicción interna en el sistema. Dado que la presunción judicial se muestra en la sentencia

1356 Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, ob. cit., p.522.

1357 STC, Sala 2ª, de 22 de diciembre de 1986, fto.jco.2º (RTC 1986/169).

1358 Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*…, ob. cit., p.363.

la prueba en contrario tendría que articularse bien a través de un incidente *post sententiae* –posibilidad legalmente no prevista, salvo que se pensara en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que esta pensado para defectos de forma que hubieran causado indefensión–, bien a través del recurso de apelación –de difícil encaje en los supuestos en que se prevé prueba en la segunda instancia (art. 460 LEC)-[1359].

Este precepto ha llevado a algún autor a plantear una doble cuestión, a saber, por una parte si es posible 'siempre' –y subrayamos el adverbio temporal– practicar una prueba en contrario en las presunciones judiciales; y por otra parte, sobre qué debe versar dicha prueba[1360]. Debe precisarse que la prueba de lo contrario no afecta al enlace, que consistiendo en un razonamiento no puede ser probado, sino únicamente a la afirmación presumida, que no sólo puede ser probada positivamente por el favorecido por ella, sino también negativamente por la parte perjudicada, mediante los medios de prueba normales. Por tanto, si por una de las partes se alega en conclusiones la existencia de una presunción no es precisa prueba alguna.Y mucho menos si el Juez funda su sentencia en una presunción. La impugnación no se fundará en la prueba relativa al enlace, sino pura y simplemente en no existir dicho enlace, por ser contrario a los principios de normalidad y causalidad.

7.4. La presunción judicial y la prueba indiciaria penal

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la validez de la prueba indiciara en el proceso penal y que el derecho a la presunción de inocencia puede ser destruido a través de una mínima actividad probatoria de cargo, también a partir de la prueba indiciaria, siquiera ésta requiere de la concurrencia de una serie de requisitos, que en palabras de la STC de 6 de mayo de 2002 son los siguientes:

> «De acuerdo con nuestra doctrina, para que la prueba indiciaria sea apta para desvirtuar la presunción de inocencia se han de cumplir los siguientes requisitos: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados, y b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental, razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia. El único modo de distinguir entre la verdadera prueba de indicios y las meras sospechas o conjeturas, es comprobar que el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido es coherente, lógico y racional. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano o, en otros términos, la irrazonabilidad, se puede producir, tanto por falta de lógica o de coherencia en la inferencia, cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, cuanto por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia»[1361].

1359 Vázquez Sotelo, J.L., *La «prueba en contrario» en las presunciones judiciales*, ob. cit., pp. 158-159.

1360 Escriva Rubio, M., ¿Resulta 'siempre' posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? Y por cierto, prueba ¿de qué?, en Diario La Ley, núm. 7660, de 27 de junio de 2011, pp. 1-5.

1361 STC, Sala 2ª, de 6 de mayo de 2002, fto. jco.6º (RTC 2002\109).

La referencia a la prueba indiciaria en el proceso penal –también llamada «indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas» (STS 30 abril de 2001)[1362]– exige, a los efectos de nuestro estudio, analizar dos cuestiones distintas, a saber, por una parte, si existe identidad entre la presunción judicial y la prueba indiciaria en el proceso penal, y por otra parte, si la prueba indiciaria en el proceso penal exige como presupuesto una pluralidad de indicios o, por el contrario, puede deducirse de un solo indicio.

Con respecto a la primera cuestión debe afirmarse que existe identidad sustancial entre la presunción judicial y la prueba indiciaria del proceso penal. A propósito de la presunción de inocencia y de la actividad probatoria necesaria para desvirtuarla, el Tribunal Constitucional ha ofrecido una noción de la prueba de indiciaria o prueba de indicios como aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar[1363].

La estructura de la prueba indiciaria y de la presunción es idéntica pues en ambas existe un indicio (o hecho base), un hecho nuevo (o hecho presumido, consistente en la acreditación de un delito y de la participación del acusado en el mismo) y un enlace (que es la inferencia que efectúa el juez para, partiendo de unos indicios acreditados, estimar acreditado un hecho constitutivo de un delito y la autoría del acusado). El juez civil al utilizar las presunciones y el juez penal al aplicar la prueba indiciaria utilizan un mecanismo que tiene una naturaleza, estructura y función idéntica, siquiera ambos mecanismos –presunciones y prueba indiciaria– se insertan en procesos –civil y penal– presididos por distintos principios[1364]. De ahí que en el proceso penal, y dada la vigencia de la regla *in dubio pro reo*, se destaque, por una parte, la subsidiariedad de la prueba de indicios –de modo que se acredite fehacientemente que se han buscado pruebas directas– y un plus de la carga probatoria a la acusación basada en indicios –la demostración que otras inferencias distintas no son las correctas–[1365].

La diversidad de los principios que inspiran el proceso civil y el penal no obsta a que la dinámica y la estructura del razonamiento presuntivo sea idéntica en ambos procesos, como también resulta idéntica su función probatoria, sea para fijar el juicio de hecho en la

1362 STS, Sala 2ª, de 30 de abril de 2001, fto. jco. único (RTC 2001\3586).

1363 Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, ob. cit., p.514.

1364 Delgado García, J., *Prueba de indicios*, en «La prueba en el proceso penal», II, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p.378, afirma que «el concepto es único y su aplicación en cada especialidad jurídica depende de los principios procesales aplicables en cada una de ellas»; Asencio Mellado, J. Mª, *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*, en «Los principios del proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 171, quien afirma que «la prueba indiciaria contiene los mismos elementos que la presunción judicial civil».

1365 Pastor Alcoy, J., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 183 y 184.

sentencia civil, sea para desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal. La jurisprudencia emanada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (Sala Penal) es constante y reiterada en la exigencia de que la prueba indiciaria penal se ha de basar en un enlace «preciso y directo según las reglas del criterio humano» (entre otras muchas, STS 21 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2002[1366]), que es la misma expresión utilizada en el derogado art. 1253 CC y en el vigente art. 386.1 LEC para la construcción de las presunciones judiciales en el proceso civil.

Con respecto a la segunda cuestión cabe afirmar que la pluralidad de indicios constituye la regla general de la prueba indiciaria penal, que admite excepciones. Los requisitos de la prueba indiciaria en el proceso penal los podemos extraer, entre otras muchas, de la STS de 29 de enero de 1997, que enumera los siguientes:

> «a) Pluralidad de los hechos-base; b) Precisión de que tales hechos base estén acreditados por una prueba de carácter directo; c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar… No en vano esta prueba ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare* implica estar alrededor y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionados con proximidad a ella; d) Interrelación de los indicios […] es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación; e) Racionalidad de la inferencia; f) Expresión en la motivación de cómo se llegó a la inferencia[1367].

Aun siendo deseable que la prueba indiciaria pueda exigir una pluralidad de indicios –y que sean concomitantes al hecho que se trate de probar y estén interrelacionados (entre otras muchas SSTS, de 30 de abril de 2001 y 22 enero de 2001[1368])– la anterior afirmación debe matizarse en un doble sentido: por una parte, la simple existencia de una pluralidad de indicios no autoriza, sin más y por sí sola, a tener por acreditado el hecho presumido, pues aun existiendo varios indicios los mismos pueden resultar insuficientes para construir

1366 SSTS, Sala 2ª, de 21 de diciembre de 2001, fto. jco.4º (RJ 2001/1213) y 21 enero de 2002, fto. jco.3º (RJ 2002/1321).

1367 STS, Sala 2ª, de 29 de enero de 1997, fto. jco.2º (RJ 1997\390).

1368 La STS, Sala 2ª, de 30 de abril de 2001, fto. jco. único (RJ 2001\3586) afirma: «Han de existir unos hechos básicos que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a ese medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de ella (esa pluralidad) depende su capacidad de convicción. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que pueden servir como indicios, han de estar completamente acreditados». Y con anterioridad, la STS, Sala 2ª, de 31 de enero de 1994 afirmaba: «La prueba indiciaria precisa la concurrencia acreditada, de dos o más indicios no constitutivos en sí de delito, de los que racional y lógicamente, no de manera arbitraria, puedan inferirse (la deducción no es suposición) la realidad de los hechos objeto de la correspondiente investigación». Puede verse también en sentido similar, las SSTS, Sala 2ª, de 1 de febrero de 1997, fto. jco.2º (RJ 1997\686) y 22 de enero de 2001, fto. jco.1º (RJ 2001/457).

el razonamiento presuntivo; y por otra parte, y en sentido contrario, un solo indicio puede servir de base suficiente para construir la prueba indiciaria. En definitiva, debemos descartar un criterio cuantitativo para la construcción de la prueba indiciaria y aplicar la máxima conforme a la cual los indicios no se cuentan, sino que se pesan[1369].

Ello nos debe conducir a la conclusión, ya expuesta, que la pluralidad de indicios, aun siendo deseable y constituyendo una sólida base para alcanzar una prueba indiciaria, no se erige en presupuesto ineludible. Excepcionalmente la prueba indiciaria podrá construirse sobre un único indicio pero de singular potencia acreditativa[1370], empezando la jurisprudencia a admitir excepciones, particularmente en supuestos de tráfico de estupefacientes[1371], como puede leerse en la ya citada STS de 30 de abril de 2001:

> «Excepcionalmente pueden existir supuestos concretos en que al efecto baste con un solo indicio por su especial valor de convicción, como ocurre en los casos en que, para el delito de posesión de drogas para el tráfico, es necesario acreditar ese destino (el tráfico), y se utiliza como hecho básico en la correspondiente prueba de indicios, el de la cuantía de la sustancia tóxica poseída que, cuando rebasa determinados límites, diferentes según la clase de droga y demás circunstancias concretas, vale por sí solo para dejar de manifiesto ese destino (veáse la reciente sentencia de esta sala de 21.11.2000).
>
> Podemos distinguir entre indicios fuertes y débiles (S. De 25.11.99) y entre ellos podemos establecer tantas categorías intermedias como diferente significación pudiera concederse a cada uno, pues se trata de una distinción meramente cuantitativa, y en esta valoración alguno puede ser tan importante que por sí solo valga como prueba de cargo, ello, repetimos, de modo excepcional»[1372].

También puede citarse a favor de la excepcional posibilidad del indicio único, la STS de 5 de marzo de 1998, al afirmar:

> «Sin embargo, esta regla general debe ser matizada. Existen supuestos en los que un solo hecho-base se puede diversificar en una pluralidad de indicios, pues como esclarecía ya un clásico alemán en materia penal, tal multiplicidad o pluralidad no necesariamente deriva de hechos distintos, sino de que todos recaigan sobre un mismo objeto, existiendo también el concurso cuando se completan y esclarecen unos por otros. Un solo ejemplo aclarará tal

1369 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.214.

1370 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., pp. 250-251, alude a este fenómeno como la «potencia sindrómica del indicio», esto es, su idoneidad para ser fuente de afirmaciones presumidas; Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 233-240, quien admite la viabilidad teórico-práctica de construir la prueba indiciaria sobre un único indicio, si bien matiza la excepcionalidad de su frecuencia práctica e insiste atender no tanto a la pluralidad de indicios cuanto a la racionalidad entre el enlace entre el indicio y la afirmación presumida.

1371 Pastor Alcoy, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, ob. cit., p.149, sostiene que la tenencia de una cantidad de droga susceptible de tráfico resulte ser un único indicio del delito contra la salud pública.

1372 STS, Sala 2ª, de 30 de abril de 2001, fto. jco. único (RJ 2001/3596).

matización. Es numerosa la doctrina legal tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo en orden a que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí solo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquél, pues son compatibles varias sesiones (entre ellas la de una receptación) y por ello no deben escogerse la menos favorable para el acusado. Sin embargo, cuando esta ocupación ocurre inmediatamente después de cometido el tipo de injusto de apoderamiento y a escasa distancia del lugar de éste, este único hecho-base de la ocupación o aprehensión se descompone en varios, como son las circunstancias de tiempo y lugar que conducen a que el hecho-base único se descomponga en varios»[1373].

Sea con una pluralidad de indicios, como es más frecuente y deseable, o excepcionalmente sobre un solo indicio de especial consistencia, es fundamental que en los razonamientos jurídicos de la sentencia se construya el llamado «juicio de inferencias», consistente en la exposición de los indicios acreditados y la motivación de la decisión adoptada (sea incriminatoria o absolutoria)[1374], para conjurar y aumentar el control judicial sobre todos los elementos que integran la prueba por indicios, y disminuir el riesgo de error judicial[1375]. También se ha defendido que, en aras a evitar inferencias sorpresivas en la sentencia, y dado que la mayoría de los indicios aparecen como tales en las fases iniciales de la investigación, los mismos aparezcan ya recogidos en los escritos de conclusiones provisionales y en el escrito de conclusiones definitivas[1376].

8. Referencia particular a algunas presunciones

Existen supuestos como puede ser la simulación de los negocios jurídicos o como pueden ser la prueba de los hechos negativos en los contratos de arrendamiento – esto es, el no uso, la no ocupación, o la no actividad– en los que resulta muy difícil efectuar una prueba directa de los hechos, siendo útil recurrir al razonamiento presuntivo.

8.1. La presunción de simulación de negocio jurídico

Tal como expresa la STS de 30 de julio de 1996 «es unánime la doctrina jurisprudencial admitiendo la eficacia casi única de presunciones en aquellos procesos en los que

1373 STS, Sala 2ª, de 5 de marzo de 1998, fto. jco.2º (RJ 1998\1768).

1374 Maza Martín, J. M., *La prueba indiciaria*, en «Conclusiones del Seminario la prueba en el proceso penal: especial referencia a la prueba indiciaria», Madrid, CGPJ, 2010, pp. 18 y 19.

1375 Climent Durnt, C., en «La prueba penal», 2ª ed., tomo I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 863.

1376 Pastor Alcoy, F., *Prueba de indicios*…, ob. cit., pp. 164.

se aducen problemas de simulación contractual»[1377].Y con posterioridad la STS de 18 de marzo de 2002 afirma que «son grandes las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad; lo que obliga, en la totalidad de los casos, a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones»[1378].Y en sentido similar se ha afirmado que se trata de una «materia *difficilioris probationes*, pues reúne la triple característica de hallarse constituida por unos hechos ocultos, psíquicos y generalmente ilícitos»[1379].

Siguiendo a Muñoz Sabaté constituyen indicios habituales de simulación de negocio jurídico los siguientes[1380]:

a) La *ocultatio*, referido al comportamiento ocultista de sus protagonistas, que se puede desprender de múltiples detalles, en función de la idiosincrasia de sus protagonistas y de el tipo de negocio jurídico, pudiendo ser uno de ellos el hecho que la escritura pública simulada no se inscribiera por su comprador en el Registro de la Propiedad hasta ocho años después de su otorgamiento (STS 24 de noviembre de 1998[1381]).

b) El *pretium vilis*, referido a un precio manifiestamente inferior al del mercado. Así se afirma que «la inexistencia de precio se deduce del conjunto probatorio a medio de la vía indirecta de la prueba de presunciones, pues si bien, según doctrina jurisprudencial, el supuesto precio, inferior al normal no es trascendental, y menos conforma prueba por sí sola, determinante para decretar simulación contractual (SS. de 25 de abril de 1981, 16 de septiembre de 1991 y 3 de febrero de 1992, entre otras), en el caso de autos sucede que el precio que dicen los compradores que abonaron y vendedores declaran recibido, fue menor al que [se] pagó por la parcela y la edificación. Esta circunstancia no se presenta aislada, sino en conjunción con otras pruebas que conducen a la circunstancia de darse ficción simulativa contractual absoluta» (STS 15 de junio de 1994[1382]). Como contrapunto también se ha estimado que no se ha aplica correctamente el método de las presunciones cuando se había acreditado que

1377 STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1996, fto. jco.3º (RJ 1996\5684). En sentido similar, las STS de 20 de marzo de 1996, fto.jco.2º (EDJ 1996/1359); y 13 de marzo de 1997, fto. jco.2 (EDJ 1997/2357).

1378 SSTS, Sala 1ª, de 18 de marzo de 2002, fto. jco.3º (RJ 2002\2663) y 21 de diciembre 2009, fto.jco.8º (RJ 2010\297).

1379 Muñoz Sabaté, LL., *Tratado de probática judicial*, t.I, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1992, p.322.

1380 Muñoz Sabaté, LL., *Summa de Probática Civil. Como probar los hechos en el proceso civil*, 2ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 643 y ss.; y del mismo autor y con mayor amplitud con respecto a los indicios concretos puede verse *Tratado sobre probática judicial*, t.1, ob. cit., pp. 359 y ss; Sobre las donaciones en particular, puede verse Durán Rivacoba, R., *Donaciones encubiertas*, ed.Bosch, Barcelona, 2009, pp. 21-33, con abundante cita jurisprudencial.

1381 STS, Sala 1ª, de 24 de noviembre de 1998, fto. jco.4º (RJ 1998\9230).

1382 STS, Sala 1ª, de 15 de junio de 1994, fto. jco.2º (RJ 1994\4922).

el precio de la compraventa se pagó efectivamente y que éste no era irrisorio o vil, sin que pueda deducirse la existencia de una simulación de compraventa por el hecho de ser hermanos los contratantes (STS 14 de mayo de 2010[1383]).

c) La *nescientia*, referida a la ignorancia o contradicción entre las versiones de los protagonistas en el negocio jurídico simulado cuando se les pide algún dato relacionado con la simulación. Por ejemplo, en el supuesto de venta del domicilio conyugal a un tercero se ha dicho «que el comprador no conociera que se trataba del domicilio familiar, que se supone visitó, es inverosímil» (STSJ Catalunya 25 de octubre de 1999[1384]).

d) La *affectio* entre protagonistas, referida a la relación de parentesco y/o afectiva entre los protagonistas en el negocio jurídico. Así se expresa que «en segundo lugar hay que tener en cuenta la relación de parentesco existente entre el comprador y quién actúa como representante de la vendedora, su hermano, así como el hecho importante de que el comprador es igualmente administrador solidario de la vendedora, nombramiento que consta en el Registro Mercantil, y lo pone de relieve la Tesorería, al indicar que el mismo figura de alta en la empresa apremiada con una calificación provisional de tarifa primera, la cual corresponde a la de Gerente o Administrador de la misma» (SAP Barcelona 9 de noviembre de 1999[1385]).

e) La *retentio possesionis* referida a la actuación del comprador que sigue apareciendo como dueño frente a tercero del bien enajenado. Buena muestra de ello cuando se afirma «la realización de actos inherentes al dominio de la vivienda por parte de la vendedora con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa, como pago de los plazos de la hipoteca, pago del impuesto de bienes inmuebles y pago del recibo de teléfono instalado en la misma» (STS de 1 de julio de 1999[1386]). Y también cuando se afirma «no obstante esa aparente venta (entre tío y sobrino), la vendedora continuó cobrando las rentas a los arrendatarios en calidad de propietaria, la que tampoco consta que hubiera recibido el precio que se dice pagado por la compraventa; tratándose, por consiguiente, de un precio ficticio, sobre cuyo pago ninguna prueba se hizo. Por lo tanto, esta Sala de casación, en su función de salvaguarda del ordenamiento jurídico […] ha de entender que en realidad no se efectuó contrato alguno de compraventa en escritura pública, sino de donación de inmuebles» (STS 19 noviembre de 1992[1387]).

Debe tenerse en cuenta que, a menudo estos indicios no aparecen aislados, sino que deben tenerse en cuenta conjuntamente. Y así lo recoge la STS de 27 de abril de 2000,

1383 STS, Sala 1ª, de 14 de mayo de 2010, fto. jco.3º (RJ 2010\3700).

1384 STJC Catalunya, de 25 de octubre de 1999, fto. jco.2º (RJ 2000\750).

1385 SAP Barcelona, secc.1ª, 9 de noviembre de 1999, fto. jco.3º (La Ley 157133/1999).

1386 STS, Sala 1ª, de 1 de julio de 1999. En este caso el comparador había sido un hijo de la vendedora convivente con ella. (citada por Muñoz Sabaté, LL., *Summa de probática civil*, ob. cit., p.654).

1387 STS, Sala 1ª, de 19 de noviembre de 1992, fto. jco.2º (RJ 1992\9417).

al expresar «[…], debiendo observarse que la presunción de simulación, normalmente, no surge de un solo hecho (indicio), sino de varios, de tal modo que, si bien tomados cada uno individualmente, puede caber contra-argumentación, o ser discutibles, o no especialmente indicativos, sin embargo junto a otros, –todos juntos o en conjunto–, pueden revelar una conclusión evidente, que es la realidad de la simulación , tanto más si se tiene en cuenta que la presunción no exige univocidad como los «facta concludentia», aunque obviamente sí, como ocurre sobradamente en el caso, la logicidad o razonabilidad»[1388].

Atendiendo a su concurrencia conjunta se enumeran como indicios de simulación contractual los siguientes: «negocio que se desarrolla en el ámbito familiar; falta de necesidad de los padres de vender; conveniencia […] de que los bienes salieran formalmente del patrimonio de los padres, al tener avaladas varias deudas del demandante; falta de acreditamiento de la entrega del precio; precio reducido en relación con el valor real de los bienes […]; el que el comprador no entrara en el disfrute y posesión de los bienes» (STS 19 de diciembre de 1988[1389]).

8.2. La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos

En materia de resolución de contrato de arrendamientos también es frecuente el recurso a la prueba de presunciones, puesto que, a efectos de la resolución del vínculo arrendaticio, deberán acreditarse hechos negativos, como la no ocupación, el no uso de una vivienda o la no actividad local de un negocio, o la falta de consentimiento en el subarriendo, la cesión o el traspaso[1390].

a) Prueba de la no ocupación de la vivienda

Constituye causa de resolución del contrato de arrendamiento la no ocupación de la vivienda durante un determinado periodo de tiempo, de seis meses en el curso de un año (art. 114.11 en relación con art. 62.3ª TRLAU 64) o cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial para satisfacer la necesidad de vivienda (art.27.2 f LAU 94).

Para la estimación de esta causa el actor debe probar: a) la desocupación, total o sustancial, por parte del arrendatario, aunque en la vivienda existan muebles o efectos; b) durante seis meses en el curso de un año, cuyo cómputo no necesariamente debe ser seguido, pudiendo computarse con o sin interrupción; c) que la desocupación, en su caso (si se alega), no obedece a «justa causa».Y el arrendatario demandado deberá probar la ocupación o que aquella desocupación obedece a justa causa.

1388 STS, Sala 1ª, de 27 de abril de 2000, fto. jco.3º (RJ 2000\2676).

1389 STS, Sala 1ª, de 19 de diciembre de 1988, fto. jco. 13ª (RJ 1968/9479).

1390 Cremades Morant, J.B., *La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos (no uso, no ocupación, no actividad)*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 6, Diario La Ley 7 de noviembre de 2011, pp. 1-8.

Con respecto a la desocupación de la vivienda la jurisprudencia menor tiene declarado que se trata de «un hecho negativo que, por su naturaleza, es siempre de difícil comprobación directa, debiendo acudirse la mayor parte de las veces o a vías indirectas o indiciarias, en definitiva a la prueba ex arts. 385 y ss. LEC, indicios que en cualquier caso, han de ser claros y precisos, aportando datos objetivos cuya interpretación más razonable los convierte, en función del contexto en que aparecen, en signos inequívocos de desocupación, al ser incompatibles, dentro del normal orden de las cosas, con el disfrute de la vivienda por el inquilino […]» (SAP Barcelona, 19 abril de 2011[1391]). Entre tales prueba indiciarias suele recurrirse a la facturación por consumos de suministros vitales e imprescindibles, de agua, luz, gas, entendidos como «mínimos» indispensables para una ocupar una vivienda con dignidad.

b) Prueba de la no actividad del local de negocio.

La LAU contempla como causa de resolución la no actividad en el local de negocio durante más de seis meses durante el curso de un año (art. 114.11 en relación con art. 62.3ª TRLAU 64). Para que pueda prosperar esta causa de resolución al arrendador le corresponderá la prueba del cierre –de la no actividad– y al arrendatario demandado corresponderá la prueba de la justa causa del cierre. Nuevamente aquí, y al igual que el supuesto anterior, la prueba puede ser indiciaria a partir de unos consumos mínimos de suministros, en función del horario o del tipo de negocio, de agua, luz, gas, etc., o de potencia eléctrica insuficiente para el desarrollo de la actividad (STS 4 de junio de 1993[1392]).

c) Prueba del no consentimiento en el subarriendo, la cesión o el traspaso.

También se prevé como causa de resolución de un contrato de arrendamiento es la introducción en la vivienda o local arrendado de una tercera persona en connivencia con el arrendatario, sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley previene para su validez. Son los supuestos de subarriendo, cesión o traspaso inconsentidos, esto es, sin observancia, del consentimiento escrito (arts. 114.2 y 5 TRLAU 64 y arts. 8 y 27.2 c LAU 94).

Para la estimación de esta causa el actor debe probar la existencia del subarriendo, cesión o traspaso, no exigiéndose una prueba directa, dado el carácter simulativo o clandestino en que desenvuelven estos negocios, bastando la introducción de un tercero en la vivienda, que es bastante para presumir y tener por probada la existencia de un subarriendo o cesión –existe una «presunción de subarriendo o cesión» jurisprudencial[1393]–, y con ello

1391 SAP, Barcelona, secc. 13ª, de 19 de abril de 2011, fto. jco.4º (JUR 2011/197696). Puede verse también SAP Barcelona, secc. 13ª, de 22 de febrero de 2011, fto. jco.1º (JUR 2011\181664)

1392 STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 1993, fto. jco.3º (RJ 1993\5262) en la que se afirma «Doctrina que aplicada al caso hace decaer el motivo pues no resultan desvirtuados por la vía procesal adecuada los hechos que sirven de base a la presunción combatida, y no resulta contrario a las reglas del criterio humano y, por ende, ilógica la deducción a que llega el Tribunal «a quo» del no uso de los locales arrendados a partir de la falta de consumo o consumos mínimos de los servicios de agua, luz y teléfono de que constan aquéllos».

1393 DE LA HAZA DÍAZ, P., *Comentario al art. 27 LAU*, en «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre», Lasarte Alvárez, C. (coord.), ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp.

la resolución, produciéndose una inversión de la carga de la prueba al tener que justificar el arrendatario demandado la legalidad de la introducción del tercero.

Así la STS de 30 de mayo de 1972 afirma que la ocupación «ha de ser satisfactoriamente justificada por el arrendatario para destruir la presunción de ilegalidad que lógicamente se deriva de aquella ocupación en la vivienda o local de negocio»[1394]. En parecidos términos se afirma que la presencia del tercero «ha de ser satisfactoriamente justificada por el arrendatario para destruir la presunción de ilegalidad que deriva de la misma pues la alteración de los elementos personales del contrato, para quedar legitimada, necesita fundarse en un título legal o contractual que lo autorice, título que debe estar plenamente justificado por la parte que lo invoque» (SAP Barcelona de 30 de marzo de 1999[1395]).Y también se ha dicho que «para la jurisprudencia la introducción en el objeto arrendado de una persona distinta del arrendatario sin la debida justificación del título que legitima su ocupación determina la posibilidad de resolución del contrato» añadiéndose que esa introducción de tercero «determina una presunción iuris tantum de la existencia de la causa resolutoria en virtud de la propia naturaleza en que dichos negocios contrarios a la Ley, suelen desenvolverse» (SAP de Las Palmas 27 octubre 1998[1396]).

No se requiere que el arrendador precise si se trata de un subarriendo o cesión, porque «hallándose interesados los que lo celebran en su ocultación, quedaría ineficaz tal causa si la demostración de tales circunstancias fuera exigida, bastando con la presunción de su existencia» (STS 18 de octubre de 1989[1397]) y debiendo «atribuirse al arrendatario la carga de acreditar que el acceso del tercero tuvo lugar con cumplimiento de los requisitos legales o mediando consentimiento» (STS de 4 de abril de 1991[1398])[1399].

748-749.

1394 STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1972, citada por Cremades Morant, J.B., *La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos (no uso, no ocupación, no actividad)*, ob. cit., p.8

1395 SAP Barcelona, secc. 4ª, de 30 de marzo de 1999, fto. jco.3º (AC 1999\4546), en la que también se afirma «el carácter simulativo o clandestino supone que no pueda normalmente acreditarse la situación antijurídica, mediante pruebas directas, por lo que es preciso acudir al medio indirecto de las presunciones».

1396 SAP de Las Palmas, secc. 1ª, de 27 de octubre de 1998, fto. jco.1º (AC 1998\2056).

1397 STS, Sala 1ª, de 18 de octubre de 1989, fto.jco.3º (RJ 1989, 6932), la cual, a su vez, cita las Sentencias de 14 de enero de 1952 (RJ 1952, 266), 19 de enero de 1952 (RJ 1952, 269), 20 de octubre de 1952 (RJ 1952, 1862), 25 de mayo de 1954 (RJ 1954, 1572), 10 de marzo de 1955, 19 de octubre de 1955 (RJ 1955, 2753), 8 de mayo 1987 (RJ 1987, 3388), 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 141), 21 abril de 1988 (RJ 1988, 3270), 17 de junio de 1988 (RJ 1988, 4936), 27 de junio de 1994 (RJ 1994, 6504) y 20 de junio de 1996 (RJ 1996, 5078).

1398 STS, Sala 1ª, de 4 de abril de 1991, fto.jco.1º (RJ 1991, 2635).

1399 FINEZ, J.M., en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pantaleón Prieto, F. (dir), ed. Civitas, Madrid, 1995, p.310; Ragel Sánchez, L.F., *Comentario al art. 27 LAU*, en «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos», Bercovitz-Rodriguez Cano, R. (coord.), ed. Aranzadi, 2ª ed., p.632.

9. Impugnación de las presunciones

Una reiterada doctrina del Tribunal Supremo afirma que la impugnación de la presunción a través de los recursos solo puede efectuarse por dos vías: la destrucción del hecho base (contraprueba) o bien que la deducción sea manifiesta y claramente errónea (prueba de lo contrario)[1400].

9.1. Impugnación en la primera instancia

No será frecuente la impugnación del razonamiento presuntivo en la primera instancia, dado que la presunción, en cuanto método lógico-deductivo para la formación de un hecho presumido a partir de la admisión o prueba de un hecho base, opera sobre el resultado de las pruebas practicadas, se construye en la formación del juicio de hecho de la sentencia y se exterioriza a través de la sentencia.

Ahora bien, no es menos cierto que el razonamiento presuntivo, tanto en las presunciones legales cuanto en las judiciales, exige que el hecho base resulte acreditado. Siendo el hecho base en sí mismo irrelevante a los efectos del proceso, puede que el juez deniegue un medio de prueba destinado a acreditar tal hecho base. Frente a la denegación del medio de prueba destinado a acreditar el hecho base, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición, de interposición, substanciación y resolución oral (art. 285.2 LEC).

Por otra parte, y aun cuando la presunción se exteriorice en la sentencia, es posible que en los escritos de alegaciones de las partes o en las fases de conclusiones se argumente por las partes en torno a su procedencia, por lo que la parte perjudicada puede perfectamente impugnar en la fase de conclusiones el razonamiento sobre el que se funda el enlance.

9.2. Impugnación en el recurso de apelación

La segunda instancia sigue el modelo de apelación limitada (*revisio prioris instantiae)*, por lo que la Audiencia Provincial podrá conocer y examinar la utilización de las presunciones siempre y cuando forme parte del objeto del recurso de apelación, a pesar de la existencia de algunas resoluciones que han afirmado la formación de una presunción es un «juicio de valor reservado al juzgador de instancia en tanto no se acredite su irracionalidad» (SAP Córdoba de 14 de enero de 1998)[1401].

Podrá impugnarse, por ende, en apelación la utilización por el juez de instancia del razonamiento presuntivo, y también por la no admisión en la primera instancia de una prueba destinada a acreditar el hecho base (art. 460.2.1ª y 285.2 LEC).

1400 Martínez de Moretín Llamas, Mª L., *El régimen jurídico de las presunciones*…, ob. cit., p.109.

1401 SAP Córdoba de 14 de enero de 1998, fto. jco. 3º (AC 2683/1998).

Se ha discutido si podría impugnarse la presunción por ser considerada un «hecho nuevo», al amparo del artículo 460.2.3º LEC, que permite la práctica de pruebas en segunda instancia respecto de hechos nuevos ocurridos después del plazo para dictar sentencia en la primera instancia e incluso con anterioridad si la parte justifica que no había tenido conocimiento de este hecho. Se argumenta que el art. 386.2 LEC permite «siempre» la prueba en contrario frente a la formulación de una presunción judicial y que, dado que la presunción se forma con la sentencia, esta posibilidad de prueba en contrario solo sería posible a través de un incidente *post sententiae* (no legalmente previsto) o través del núm. 3 del art. 460.2 LEC. Ahora bien, vemos difícil semejante posibilidad de impugnar la presunción en segunda instancia, dado que, por una parte, la presunción no es «un hecho nuevo», sino el resultado de un proceso de deducción o inferencia lógica, y, por otra parte, el hecho admitido o probado en el que se apoya ha tenido que producirse antes de la demanda y fuera del proceso en que tal hecho se afirma[1402]. Se añade, además, que el hecho base tiene que haber sido alegado por la parte que pretenda la utilización de la presunción, por lo que será un hecho ya introducido en el proceso, que no tiene el carácter de novedoso[1403].

Tampoco parece posible la invocación en el recurso de apelación de la omisión en la aplicación de la presunción. El uso de la presunción es una facultad del juez de instancia, pero no constituye un deber que sea exigible jurídicamente. El legislador ha establecido con claridad el uso potestativo de las presunciones («…, el tribunal podrá presumir la certeza,…» art. 386.1 LEC). Así lo recuerda también la jurisprudencia al afirmar que «es doctrina constante y reiterada que el art. 1253 CC, autoriza al juez, más no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y si de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en autos no resulta infringido dicho precepto» (STS 23 de julio de 1999[1404]).

9.3. Impugnación a través de los recursos extraordinarios

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 la impugnación de las presunciones podía tener acceso a casación por dos vías distintas, a saber, por impugnación del hecho base, alegando, con cita del artículo 1249 CC, error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1692.4 LEC 1881), o por impugnación del nexo lógico o enlace entre el hecho base y el hecho presunto, alegando, con cita del artículo 1253 CC, infracción de ley (art. 1692.5 LEC 1881)[1405], sin posibilidad de acumular ambos motivos.

1402 Vázquez Sotelo, J.L., *La «prueba en contrario» en las presunciones judiciales*, ob. cit., p.160.

1403 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones*, ob. cit., p.158.

1404 STS, Sala 1ª, de 23 de julio de 1999, fto. jco.2º (RJ 1999/6096).

1405 Una síntesis de doctrina jurisprudencial puede verse en la STS, Sala 1ª, de 31 de enero de 2005, fto. jco. 2º (RJ 1745/2005) en la que se afirma: «Sabido es, en efecto, que la presunción consta de un doble elemento, el hecho base y el hecho consecuencia entre los cuales ha de existir «un enlace preciso

La LEC desdobla el recurso de casación entre el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 y ss. LEC) y el recurso de casación (art. 477 y ss. LEC) y podemos distinguir una doble vía de control del razonamiento presuntivo. Como es sabido, y hemos dejado constancia, la estructura de la presunción exige acreditar el hecho base y el nexo lógico o enlace entre el hecho base y el hecho base. Podrá ser objeto del recurso de casación:

a) La inexistencia de razonamiento presuntivo, que se podrá impugnar por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, con invocación de la infracción de una norma reguladora de la sentencia (art. 469.1.2º LEC) o del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 469.1.4º LEC). En el caso concreto de las presunciones judiciales, hay un requisito formal, consistente en la explicitación del razonamiento presuntivo en la sentencia (art. 386.1, II LEC), por lo que el incumplimiento de esta norma específica sobre el contenido de la motivación es infracción de una norma reguladora de la sentencia y susceptible, por ende, de fundar un recurso extraordinario por infracción procesal[1406].

b) La existencia de un razonamiento presuntivo absurdo, ilógico o arbitrario, que se podrán impugnar por el recurso de casación, con invocación de la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio (art. 477.1 LEC)[1407], puesto que lo se somete al control casacional es «la sumisión a la lógica de la ope-

---

y directo según las reglas del criterio humano». Esta duplicidad de elementos determina distintos cauces para su impugnación casacional y, en este sentido, la jurisprudencia de esta Sala dictada bajo la vigencia del texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, estableció que el hecho base de la presunción había de imputarse en casación por el cauce procesal del número cuarto del artículo 1.692 (error de hecho en la apreciación de la prueba) con invocación del artículo 1.249 del Código civil, en tanto que el elemento lógico era atacable a través del número quinto del artículo 1.692 con cita del artículo 1.253 del mismo Código. Erradicado del texto legal por la Ley 10/1992, el motivo de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, el hecho base de la presunción sólo podrá ser combatido, al amparo del vigente número cuarto del artículo 1.692, por error de derecho en la valoración de la prueba con cita de los preceptos legales que contengan normas valorativas de prueba que se consideren infringidos, lo que no se hace en el presente motivo (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1996 [1996, 6410] y 31 de diciembre, entre otras).

1406 En este sentido Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed. Thomson, p.380, quien añade que «en ese recurso [por infracción procesal] no puede modificarse la presunción construida, pero sí anular la sentencia para que el tribunal «a quo» la formule expresamente». En el mismo sentido, Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones*, ob. cit., p.175.

1407 Un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre la revisión en casación lo constituye la STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 2007, fto. jco.8º (La Ley 193581/2007) al afirmar: «la fijación de los indicios constituye una «questio facti» denunciable mediante error en la valoración de la prueba. Y la determinación de la inferencia mediante la que se extrae la conclusión de si existe o no una actuación simuladora constituye función soberana de los Tribunales que conocen en la instancia, cuyo control en casación sólo es posible cuando se denuncie como arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano, correspondiendo a dichos tribunales la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles, cuando no contradicen el raciocinio lógico». La mencionada STS de

ración deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles» (STS 9 de mayo de 2011)[1408].

Si se trata de una presunción legal, se tendrá que invocar la concreta norma de presunción infringida. Y si se trata de una presunción judicial, se tendrá que invocar la infracción del art. 386.1 LEC, como regulador del proceso deductivo realizado por el juez o de la infracción de las máximas de experiencia, que era como la jurisprudencia admitía el acceso a la casación de la infracción del derogado art. 1253 CC[1409].

c) La inexistencia del enlace. También podrán impugnarse en casación los supuestos en los que notoriamente falte el enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho presunto, con vulneración de las reglas del criterio humano[1410].

Por el contrario, resulta muy restrictiva la invocación de la omisión en el recurso de casación del razonamiento presuntivo. Sirva a título de ejemplo la STS de 26 de diciembre de 1998, que en la parte que interesa, afirma:

> «La posibilidad de impugnar en casación la omisión o no utilización por los juzgadores de instancia de la prueba de presunciones sólo es permisible en supuestos muy excepcionales, cuando partiendo de un hecho claramente constatado o probado, el mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible»[1411].

La doctrina jurisprudencial derivada del recurso extraordinario de casación por no aplicación de presunciones puede resumirse del siguiente modo: a) no se impide el recurso a casación por omisión del razonamiento presuntivo, siquiera se trata de una posibilidad «excepcional»; b) es necesario que la presunción hubiera sido alegada expresamente, y que por razón del principio de congruencia y del deber de motivación, la sentencia tenga que

---

30 de noviembre de 2007, a su vez, cita las SSTS de 16 de junio de 2005, de 14 de julio de 2006, y de 26 de febrero y 2 de marzo de 2007.

1408 STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2011, fto.jco.6º (La Ley 62802/2011).

1409 Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, ob. cit., p.525. Entre otras muchas, la STS de 30 de julio de 1996, fto. jco.3º (RJ 1996/5684) razona «[…] con la alegación de haberse infringido el artículo 1253 del Código Civil, sólo se puede combatir el nexo o relación existente entre el hecho base y el hecho consecuencia, o dicho de otro modo, hay que demostrar que el juzgador ha seguido, al establecer el mencionado nexo, una vía o camino erróneo, no razonable o contraria a las reglas de la sana lógica o buen criterio».

1410 STS, Sala 1ª, de 22 de diciembre de 1993, fto. jco.6º (RJ 1993/10103) «el juicio lógico realizado por el Tribunal 'a quo', por vía de la llamada 'presumptio hominis' o 'presumptio facti', que regula el art. 1253 CC, sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el hecho que se trate de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio».

1411 STS, Sala 1ª, de 26 de diciembre de 1998 (RJ 10163/1998). En el mismo sentido las SSTS, Sala 1ª, de 1 de junio de 2011, fto. jco.4º (RJ 2011\244744); de 22 de febrero de 2007, fto. jco.5º (RJ 2007\1478) y de 20 de julio de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006\4735).

pronunciarse sobre la misma; c) es necesario que del hecho base o del hecho probado se deduzca «como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible», determinada conclusión; d) la actitud del tribunal de no recurrir a las presunciones puede quedar dispensada por el carácter contingente de las presunciones: la presunción no es una conclusión necesaria a la que haya de llegar de manera forzada[1412].

Un sector doctrinal (Serra Domínguez) sostiene que las máximas de experiencia probatorias, bien incidiendo en la carga de la prueba, bien en la valoración de los medios de prueba, bien en la formación de presunciones, pueden ser alegadas en casación alegando la infracción del precepto en que se contienen[1413]. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no admite la revisión en casación de las reglas de la sana crítica, pero admite la revisión de las máximas de experiencia contenidas antes en el artículo 1253 CC y ahora en el artículo 386 LEC.

Bibliografía

Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, ed. Comares, 2007; Asencio Mellado, J.M., *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*, en «Los principios del proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992; Carreras Llansana, J, *Naturaleza y tratamiento jurídico de las presunciones*, Rev. Jurídica de Catalunya, 3-4, mayo-agosto, 1962, pp. 491-569; Cremades Morant, J.B., *La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos (no uso, no ocupación, no actividad*), en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm.6, Diario La Ley, número 7730, de 7 de noviembre de 2011, pp. 1-8; Delgado García, J., *Prueba por indicios*, en «La prueba en el proceso penal», II, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996; Durán Rivacoba, R., *Donaciones encubiertas*, ed. Bosch, Barcelona, 2009; Escrivá Rubio, M., ¿Resulta 'siempre' posible practicar prueba en contario de una presunción judicial? Y por cierto, prueba ¿de qué?, en Diario La Ley, número 27 de junio de 2011, pp. 1-5; Luna Serrano, A., *El concepto de presunción legal y las denominadas presunciones legales irregulares*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J.; Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, 2011, pp. 215-223; Magro Servet, V., *La prueba de indicios en el proceso civil*, en rev. Jurisprudencia, núm.3, julio 2010, pp. 6-11; Martínez de Morentín Llamas, Mª. L., *Régimen jurídico de las presunciones,* ed. Dykinson, 2007; Maza Martín, J. M., *La prueba indiciaria*, en «Conclusiones del Seminario la prueba en el proceso penal: especial referencia a la prueba indiciaria», Madrid, CGPJ, 2010, p.17-21; Miranda Estrampes, M., *Las presunciones*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la

1412 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones*, ob. cit., p.184.

1413 Serra Domínguez, M., *El recurso de casación en la LEC,* en rev. Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, pp. 1148 y 1150.

Ley 1/2000», Alonso-Cuevillas Sayrol, J., ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 445-525; –*La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M.Bosch, Barcelona, 1997; Muñoz Sabaté, LL., *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, 2ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2001; *Taxonomía indiciaria*, en «La prueba judicial», ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 185-212; *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2009; –*Los indicios endoprocesales*, Diario La ley, núm. 6849, de 27 de diciembre de 2007, pp. 1-6; –*La presunción homini*, en «Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/200», J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001; –*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, ed. Temis, Colombia, 1997; –*Tratado de probática judicial*, t.I, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1992, pp. 289 y ss; –*Investigación de las variables intervinientes en la valoración de la prueba de presunciones por los jueces*, Revista Jurídica Cataluña, 1973, núm. 1, pp. 7-15; –*Del buen presumir, infirmar y motivar las pruebas*, Revista Jurídica Cataluña, 1975, núm. 2, p p.424-430; Onecha Santamaría, C., *Las presunciones judiciales,* R.D. P.IB, 1971, núm. 4, pp. 949-958; Pastor Alcoy, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Ruiz Vadillo, E., *Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias*, Poder Judicial, núm. 3, 1986, pp. 75-90; Seoane Spielgelberg, J. L., *El método de las presunciones*, en «La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones», 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 351-369; Serra Domínguez, M., *Las presunciones*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, pp. 573-679; *Comentarios a los artículos 1249-1253 Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil», t. II, Paz Ares Rodríguez; Bercovitz; Díez-Ponce de León; Salvador Coderch (dirs), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 414-428; *Comentarios al Código Civil y las compilaciones forales,* t.XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir), ed. Edersa, 1991, pp. 606-795; –*Normas de presunción en el Código Civil*, RJC, 1969, núm. 4, pp. 1129-1140; –*Normas de presunción en el Código civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Nauta, Barcelona, 1963;Vázquez Sotelo, J.L., *La 'prueba en contrario' en las presunciones judiciales*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, pp. 1091-1106.

CAPÍTULO X

La valoración de la prueba

1. Introducción. 2. Precisiones conceptuales. 2.1. La distinción entre interpretar y valorar. 2.2. La noción de valoración probatoria. 3. Los sistemas teóricos de valoración. 3.1. La prueba legal. 3.1.1. Prueba ordálica. 3.1.2. Prueba apriorística. 3.1.3. Las máximas de experiencia legales. 3.2. La prueba libre. 3.2.1. La íntima convicción. 3.2.2. Las máximas de experiencia judiciales (sana crítica). 3.3. Los sistemas mixtos de valoración. 4. Los enfoques en el estudio de la valoración de la prueba. 4.1. El enfoque estrictamente jurídico. 4.2. El enfoque epistemológico o gnoseológico. 4.3. El enfoque psicológico. 4.4. El enfoque probabilístico matemático. 4.5. El enfoque sociológico. 5. Premisas para la valoración probatoria. 5.1. La fijación de los hechos controvertidos. 5.2. La recopilación de la prueba. 5.3. La participación del juez durante la práctica de la prueba. 5.4. Las conclusiones. 5.5. La valoración judicial individual o colegiada. 6. La valoración de los distintos medios de prueba. 6.1. Del interrogatorio de las partes. 6.2. De los documentos. 6.3. Del interrogatorio de testigos. 6.4. De la prueba pericial. 6.5. Del reconocimiento judicial. 7. Colisión en la valoración de los medios de prueba. 7.1. Colisión entre medios de prueba de libre valoración. 7.2. Colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. 7.3. Colisión entre medios de prueba de carácter tasado. 8. La motivación de la valoración probatoria. 8.1. El deber de motivar las resoluciones judiciales. 8.2. La primacía de la motivación fáctica. 8.3. El relato de los hechos probados en la sentencia civil. 8.4. La apreciación conjunta de la prueba. 8.5. La motivación jurídica. 9. La impugnación de la valoración de los medios de prueba. 9.1. En la fase de conclusiones. 9.2. La impugnación en el recurso de apelación. 9.3. La impugnación en el recurso de casación. Bibliografía.

1. Introducción

La valoración de la prueba constituye la fase decisoria del procedimiento probatorio, la respuesta judicial al conflicto sometido a enjuiciamiento. Siguiendo una doctrina clásica precisaremos las nociones de apreciar y valorar la prueba, delimitando su contenido. A continuación expondremos los sistemas teóricos de valoración de la prueba, distinguiendo entre los de prueba legal o tasada, los de prueba libre y los mixtos, hoy más abundantes, que conservan algunos medios de prueba tasada y han ensanchado el campo de los medios de libre valoración. Seguirá el análisis de los distintos enfoques teóricos de valoración de la prueba, pues con frecuencia su estudio se reduce al enfoque estrictamente jurídico, con olvido de otras aportaciones, como pueden ser la epistemológica o gnoseológica, la psicológica, la probabilística matemática y la sociológica.

Serán objeto de análisis unas premisas que no se sitúan en la fase estrictamente decisoria, pero que contribuyen a una mejor valoración probatoria, como puede ser la correcta fijación de los hechos controvertidos, la selección de las pruebas, la participación del juez

en la práctica de la prueba o la formulación de las conclusiones por los abogados. Fijadas estas premisas, se descenderá al estudio de las características generales de los medios de prueba previstos en la LEC, así como de los supuestos en que se produce colisión entre los mismos.

Finalmente, se abordará la exteriorización de la valoración probatoria a través de la exigencia constitucional y legal de la motivación de la sentencia (arts. 120 CE y 218.2 LEC), partiendo de la primacía de la motivación fáctica de la sentencia e interpretando la exigencia del relato de los hechos probados en la sentencia civil (art. 209.2 LEC). El capítulo concluye con la impugnación de la valoración probatoria, que puede iniciarse ya en la fase de conclusiones, y adquiere su mayor amplitud en el recurso de apelación, y limitadamente –supuestos de arbitrariedad o irrazonabalilidad– en casación.

2. Precisiones conceptuales

2.1. La distinción entre interpretar y valorar

Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de «interpretar» y «valorar»[1414]. Se dice que «interpretar» una prueba significa otorgarle la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración –tasado o libre– establecido por el legislador.

Una primera operación mental del juez es la de «interpretar» el resultado de los medios de prueba, estos es, fijar qué ha dicho el testigo, cuáles son las máximas de experiencia aportadas por el perito o cuál es el contenido de un documento, por citar algunos ejemplos. Una vez verificada la «interpretación», el juez deberá proceder a su «valoración», aplicando bien una regla de libre valoración –caso de los testigos y peritos– o de valoración tasada –caso de los documentos–, y consistente en determinar la credibilidad del testigo, la razonabilidad de las máximas de experiencia aportadas por el perito y su aplicación al caso concreto, o si el documento es auténtico y refleja los hechos ocurridos en la realidad.

Para ilustrar el alcance de esta distinción podemos tomar el ejemplo del testigo. En la declaración del testigo sobre un determinado suceso (ej. vehículo demandado que rebasa semáforo en rojo y atropella peatón causando lesiones) deben distinguirse dos operaciones: a) la operación mental del juez por la que establece el significado de las palabras y expre-

1414 Esta distinción fue elaborada por Calamandrei, P. *La génesis lógica de la sentencia*, que puede consultarse en Sentís Melendo, S. en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1945, pp. 379 y ss. y ha sido seguido por otros autores, entre ellos: Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp. 421-424; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed. Thomson, Navarra, p.373; Montón Redondo, A., *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, en Revista de Derecho Procesal, 1978, pp. 384-385.

siones emitidas por el testigo. En esto consiste la interpretación; b) la operación mental por la que el juez otorga credibilidad al testigo, partiendo del sistema legal de valoración de la prueba testifical (reglas de la sana crítica, modalizadas por la razón de ciencia, las circunstancias concurrentes y, en su caso, la existencia de tachas del art. 376 LEC) y de los demás principios que rigen la valoración de la actividad probatoria (contradicción o corroboración por otros medios de prueba del art. 218.2 LEC). En esto consiste la valoración.

Por ejemplo: A la pregunta del Letrado de si el vehículo se saltó el semáforo en rojo, el testigo puede responder que el semáforo no estaba en su fase verde y que le parece que ya estaba en rojo, y que ello lo vió porque estaba esperando atravesar por el cruce de peatones, mientras que otro peatón, que se hallaba junto al primero, asegura con certeza que el semáforo aun no estaba en rojo. Ante ello el juez debe efectuar una doble operación: a) de interpretación: de las palabras y expresiones emitidas por ambos testigos se trata de establecer si el semáforo estaba o no en fase roja; b) de valoración: el juez deberá ponderar las versiones de cada uno de los testigos que, en principio no resultan coincidentes, pues ambos fueron testigos presenciales del atropello; deberá igualmente decidir si alguna de las declaraciones le resulta –por su asertividad, sus detalles, las circunstancias concurrentes en el testigo, etc. más creíble que la otra; y, finalmente, si la declaración de uno u otro testigo aparece corroborada o desvirtuada por otros medios de prueba.

2. La noción de valoración probatoria

La valoración probatoria es aquella actividad jurisdiccional en virtud de la cual el Juez, aplicando bien normas legales bien las reglas de la sana crítica sobre el resultado de las pruebas practicadas en el proceso, declara que determinados hechos han quedado, o no, probados, debiéndose explicitar en la sentencia el resultado de este proceso mental[1415].

1415 Se trata de una definición similar a la de otros autores: f) «Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido» (Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, en Revista de Derecho Procesal, 1966, núm.1, p.10). b) «La apreciación probatoria es la labor jurisdiccional en virtud de la cual el Juez determina, por mor de la aplicación de normas legales de valoración probatoria o mediante el análisis crítico de las pruebas practicadas bajo su inmediación, si a través de las mismas ha alcanzado la certeza de dichas afirmaciones fácticas, concluyendo que un hecho quedó o no probado» (Seoane Spielgelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, p.372); c) «Aquella actividad intelectual que ha de desplegar el juez unipersonal o los Magistrados integrantes de un tribunal colegiado a la hora de pronunciarse sobre el fondo del conflicto, actividad que han de exteriorizar debidamente en la resolución final que dicten, y que tiene por finalidad la de fijar cuáles son los hechos que, en concreto, consideran probados y cuáles no, mediante la aplicación, bien de reglas legales tasadas, o bien de criterios o máximas de experiencia o de la sana crítica en los casos autorizados por la Ley, a los distintos resultados obtenidos de la actividad probatoria desplegada por las partes en el proceso» (Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba en el proceso*

De la definición transcrita nos interesa destacar las siguientes notas:

a) la valoración probatoria es una actividad jurisdiccional fundamental, puesto que teniendo encomendada los jueces y tribunales la «función de juzgar y hacer ejecutar la juzgado» (art.117.3 CE) está función debe plasmarse sobre el resultado de las pruebas practicadas y constituye una manifestación por excelencia del enjuiciamiento. En palabras de Devis Echandía, se trata de «una función exclusiva del juez, quizá la más importante de las actividades probatorias y una de las principales del proceso»[1416].

b) la valoración probatoria versa sobre las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, únicas que pueden ser tenidas en cuenta por el juez, en virtud del principio de legalidad, pues solo las pruebas propuestas, admitidas y practicadas conforme al principio de legalidad pueden ser tenidas en cuenta en la sentencia, con exclusión de las pruebas ilícitas.

c) la valoración probatoria versa sobre el resultado de las pruebas practicadas, en el sentido que con anterioridad a la actividad estricta de valoración probatoria es necesario proceder a la actividad de interpretar la prueba, esto es, fijar el sentido y alcance de los distintos medios de prueba.

d) la actividad de valoración se realiza unas veces aplicando máximas de experiencia legales (prueba legal o tasada) y otras veces máximas de experiencia judiciales (prueba libre), siendo el legislador quien fija los medios de prueba que están sujetos a reglas tasadas y los que están sujetos a las reglas de la sana crítica. Se trata de un proceso

---

civil, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.108); d) «Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar la eficacia de los medios de prueba practicados respecto de la que es función de tales medios, función que puede ser, según el sistema de valoración que el ordenamiento establezca, originar convicción en el juzgador o permitirle fijar formalmente el hecho como establecido a los efectos de la resolución sobre el proceso. Dicho de otro modo: operación para determinar si se considera probado por el juzgador el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar» (Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed. Thomson, Navarra, 2010, pp. 372-373); e) «Podemos definir la apreciación de la prueba por el juez como aquel proceso mental externalizable (*motivación*) dirigido a obtener evidencia sobre determinado/s hecho/s operativo/s (*pertinencia*), partiendo de otros hechos percibidos *críticamente*, valiéndose de conocimientos ya aprendidos (*máximas de experiencia*) y estableciendo juicios sobre sus relaciones (*inferencias*). (Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p.425); f) «aquella actividad del juez, que se desarrolla después de la realización de un examen destinado a conocer el verdadero contenido de cada medio de prueba practicado (interpretación de la prueba), dirigida a confrontar globalmente todos los resultados de las pruebas practicadas en la causa, de modo que le permita fijar una jerarquía entre los resultados probatorios a fin de elaborar un relato de hechos probados» (Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2003, p.200); e) «Actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en el proceso» (Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010, p.175).

1416 Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial*, ob. cit., p.26.

mental variable, puesto que ni un juez decide siempre de la misma manera, y complejo, puesto que no es posible generalizar un único modelo de decisión[1417].

e) la actividad de valoración precisa de la exteriorización del proceso mental seguido por el juez a través de la motivación de la resolución judicial, exigencia elevada a rango constitucional (art. 120 CE) y que comporta apreciar los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito (art. 218.2 LEC). La motivación, plasmada en la sentencia, permite el control de la racionalidad del enjuiciamiento judicial por las partes y eventualmente por los tribunales jerárquicamente superiores. No debe confundirse el proceso mental de decisión (la convicción judicial) con la justificación de esa decisión (motivación).

f) la valoración de la prueba –o, más exactamente, la prueba en general– debe orientarse a la búsqueda de la convicción judicial sobre las afirmaciones de los hechos efectuadas por las partes. En este sentido, se ha afirmado que la prueba es el resultado de una actividad cognoscitiva «que se articula en pasos cognoscibles y controlables como la recolección de la información, la verificación de su admisibilidad, el análisis de su pertinencia y la formulación de inferencias válidas lógicamente que lleven a conclusiones racionalmente justificadas»[1418].

Cualesquiera que sea el sistema empleado –de prueba tasada o de prueba libre– el resultado de la valoración se traduce bien en la existencia de un hecho que ha resultado probado, bien en la existencia de la falta de prueba, sin que puedan existir situaciones intermedias. Si el hecho ha resultado probado, la resolución debe partir del mismo para aplicar la norma jurídica y el fallo. Y si el hecho no resultado probado, y dada la vigencia del *non liquet* (art. 1.7 CC), el juez tendrá que aplicar las reglas de la carga de prueba (art. 217 LEC).

3. Los sistemas teóricos de valoración

3.1. La prueba legal

Aun cuando la denominada «prueba ordálica» no es un sistema de valoración de la prueba, en un estudio dogmático de los sistemas de valoración de la prueba resulta imprescindible

1417 Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial*, ob. cit., pp. 12-15, señala que los tres aspectos o fases básicas de la función valorativa consisten en la percepción de los hechos, la representación o reconstrucción histórica de los hechos y el razonamiento, no siendo fases separadas y mucho menos sucesivas, aun cuando las dos últimas no pueden darse sin la primera.

1418 Taruffo, M., *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 533 y 534, quien añade «la función de la prueba es, entonces, una función *racional* en cuanto se ubica en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de 'juicios de verdad' basados en una justificación racional».

una referencia, siquiera sucinta, a la misma, así como a la prueba apriorística y a las máximas de experiencia legales, estos dos últimos verdaderos sistemas de valoración de prueba legal.

3.1.1. Prueba ordálica

Etimológicamente el término ordalía procede de la palabra germánica «Urheil» –o, en alemán moderno, «Urteil»– y significa juicio o sentencia. Posteriormente este término fue latinizado como «ordalium» y significa juicio o sentencia, pasando a ser juicio de Dios. No deja de resultar curioso que en alemán la prueba ordálica se conozca como «Gottesurteil», que literalmente significa juicio de Dios.

Como ejemplos conocidos de ordalías podemos citar las del duelo, del fuego, de la suerte o de la cruz. Se trata de un sistema de resolución de conflictos en el que Dios se manifestaba haciendo que venciera quien tuviera la razón o haciendo que no tuviera quemaduras –o, cuando menos, no fueran graves– quien caminaba sobre las brasas, o que sostuviera más tiempo con los brazos en alto quien tuviera la razón, por citar algunos supuestos[1419].

Se ha cuestionado la validez científica de las ordalías como sistema de valoración de la prueba, en cuanto que no existe una actividad valorativa por parte de un juez, ni se verifica ninguno de los hechos que dieron lugar a la ordalía. Es un sistema para declarar la razón a favor de una u otra persona o para declararla culpable o inocente, pero sin que exista actividad procesal ni valorativa. Más bien parece que las ordalías constituyen el antecedente remoto de ciertas formas de juramento, especialmente de testigos[1420].

3.1.2. Prueba apriorística

Es un sistema de prueba basado en un conjunto de reglas que tasan el valor de todos y cada uno de los medios de prueba. Se ha afirmado que tiene varios fundamentos, pero pueden reducirse a dos: a) por una parte, de carácter filosófico, en el influjo de la filosofía escolástica, que primaba lo abstracto y general sobre el racionamiento individual del juez; b) por otra parte, de carácter político, en la desconfianza del titular del poder frente a los jueces, a los cuales no se dejaba en libertad para establecer qué hechos debían ser declarados probados[1421].

Como manifestación de prueba apriorística, que refleja el conjunto de valores y creencias de una determinada sociedad, puede citarse las leyes destinadas a la regulación de la prueba testifical en las Partidas. Así en la Partida III, Título XVI se contenían: a) Normas

1419 Cabañas García, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, ed. Trivium, Madrid, 1992, p.75, nota a pie núm.150, recoge entre las ordalías que tuvieron mayor difusión: a) el duelo; b) la prueba de la suerte; c) el fuego; d) el agua fría; e) el denominado *iudicium feretri o juicio de la bara;* f) *el iudicium offre (o panis adiurati)*; g) el *iudicicium crucis*; y h) el juicio con eucaristía.

1420 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2009, p.45.

1421 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., pp. 429 y 430.

que regulaban la incapacidad para testificar: 1) Siervo contra señor; 2) Moro o judío o hereje contra cristiano, pero no entre ambos; 3) La mujer de buena fama podía ser testigo en todo pleito, salvo en el de testamentos; y b) Normas legales de valoración: 1) Un solo testigo es bastante para probar; 2) Dos testigos de buena fama y sin tacha son bastantes para probar; 3) Para probar la extinción de una deuda que provenga de escritura pública se precisan por lo menos cinco testigos de presencia; y 4) En los pleitos de testamentos son precisos siete testigos, si se trata de nombramiento de herederos, y cinco para mandas o legados, pero si el testador era ciego hacen falta ocho testigos[1422].

3.1.3. Las máximas de experiencia legales

Es frecuente distinguir entre un sistema de prueba legal (o tasada) y un sistema de libre valoración. En los primeros se atribuye a la prueba un efecto determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica. Como apunta Taruffo, la prueba legal consiste «en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba»[1423], de manera que las reglas constituyen, según DEVIS ECHANDIA, «mandatos legales imperativos que el juez debe aceptar y aplicar sin valoración subjetiva o personal»[1424]. Y, entre nosotros, Serra Domínguez afirma que en el sistema de prueba legal «el legislador establece unas reglas que fijan taxativamente el valor a asignar a cada uno de los medios de prueba»[1425] y Seoane Spielgelberg afirma que en un sistema de prueba tasada «es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales»[1426]. La denominación de prueba tasada significa, por tanto, que el el legislador atribuye el valor probatorio de la prueba, por lo que deben excluirse cualesquiera otros resultados probatorios en relación con el mismo hecho[1427].

Ambos sistemas, el de prueba legal o tasada y el de prueba libre, han sido reconocidos en la jurisprudencia, como puede leerse, entre otras muchas, en la SAP Madrid de 29 de enero de 2000 al afirmar:

> «Pues bien, de entre los distintos sistemas que la doctrina propone en torno a la prueba de los hechos constitutivos del derecho alegado por las partes contendientes en un proceso, deben

1422 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., p.429, nota a pie núm. 17.

1423 Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002, p.387.

1424 Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, ob. cit., p.24.

1425 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, t.XVI, 2ª, 1991, ob. cit., p.17.

1426 Seoane Spielgelberg, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones,* ob. cit., p.374.

1427 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.109.

destacarse el de la prueba legal o tasada, que impone al Juzgador un determinado criterio de valoración, aun en contra de su convicción, y el de la libre apreciación de la prueba a tenor del cual el Juez pondera el conjunto de las pruebas practicadas por los litigantes sobre los hechos objeto del debate extrayendo aquellos que le merezcan la calificación de ciertos a los efectos de dictar sentencia. Formalmente la ley establece la valoración tasada en la prueba de documentos (arts. 1218 y 1225 CC) y en la confesión (art. 1232 CC) dejando libertad en la valoración al Juez en las pruebas de peritos testigos y reconocimiento judicial. En todo caso que la valoración de la prueba sea libre no significa que sea arbitraria ni que por ello no existan reglas de valoración sino que éstas no están contenidas en la ley[1428]».

Para comprender el alcance y el funcionamiento de las máximas de experiencia legales debemos partir, siguiendo a Montero Aroca, de las siguientes premisas[1429]:

1º) La valoración de la prueba es un proceso mental del juez que responde a la estructura de un silogismo, en el que (a) la premisa menor es la fuente-medio de prueba (ej. el testigo y su declaración, el documento y su presentación); (b) la premisa mayor es una máxima de experiencia; y (c) la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar.

2º) Las máximas de experiencia, según conocida definición de Stein, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»[1430].

3º) En el sistema de prueba legal la máxima de experiencia, en cuanto premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, de modo que el juez tendrá que aplicar la máxima de experiencia fijada por el legislador al caso concreto. Las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de experiencia legales, esto es, máximas de experiencia que el legislador ha objetivado con la finalidad de proporcionar seguridad jurídica en las relaciones entre particulares y seguridad jurídica en la previsibilidad de la valoración judicial de la prueba. Con ello se pretende, como afirma Ramos Méndez, racionalizar la convicción judicial y eliminar la arbitrariedad[1431].

Veámoslo con un ejemplo que propone el mismo Montero Aroca[1432]. Si dos personas celebran un contrato mediante escritura pública persiguen una doble finalidad, por una parte, conferir certeza a la relación jurídico material acordada, y por otra parte, conferir previsibilidad a la valoración judicial de cualquier discrepancia que pueda surgir de

1428 SAP Madrid, secc. 10ª, de 29 de enero de 2000, fto. jco.5º (AC 2000\681).

1429 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., p.431.

1430 Stein, F., *El conocimiento privado del juez* (traducc. De la Oliva, A.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p.22.

1431 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento civil*, ob. cit., p.652.

1432 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., p.432.

la relación material. Las partes conocen que una escritura pública, en cuanto documento público, hace prueba de los hechos que motivaron su otorgamiento, de la identidad de los intervinientes y de la fecha de la misma (art. 319.1 LEC).

Desde un punto de vista histórico, arrancando desde el Código Hammurabi y pasando por la época romana hasta la edad moderna, se advierte una tendencia por someter la libre valoración de la prueba a un sistema de control mediante el aumento de las normas de prueba legal, pero también cabe constatar que el sistema de prueba legal no se ha llegado a imponer por completo, y siempre han existido normas de libre valoración de la prueba. Tal vez un ejemplo paradigmático pueda ser el de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros de nuestro entorno –Italia, Portugal y Grecia– en el que subsisten pruebas de valoración tasada –p.ej. los documentos no impugnados hacen prueba plena contra su autor[1433]– junto con un número creciente de pruebas de libre valoración[1434].

Las normas de prueba legal recogen criterios de experiencia condensados a lo largo de los años y más que una traba, pretenden ser una ayuda al juzgador[1435]. Como ventajas del sistema de prueba tasada o legal se ha señalado que aportan la garantía de seguridad y certidumbre en el tráfico jurídico, de manera que incita a las partes a buscar el desarrollo del medio de prueba adecuado y permite conocer su resultado de antemano, llegándose a afirmar que la prueba legal privilegia las exigencias de certeza frente a las exigencias de justicia[1436]. Otra ventaja es la estereotipación de la máxima de experiencia más idónea, en

1433 Art. 326 LEC Fuerza probatoria de los documentos privados. 1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319 LEC, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

Art. 2702 Eficacia della scrittura privata. La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi lha sottoscritta, se colui il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottosscrizione, overo se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Art. 376 (Força probatória). 1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declaraçoes atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguiçao e prova da falsidade do documento.

2. Os factos compreendidos na declaraçao consideram-se provados na medida em que forem contrários aos intereses do declarante; mas a declaraçao é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissao.

3. Se o documento contiver notas marginais, palabras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar libremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento.

1434 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., pp. 46-65, para una visión histórica sobre las reglas legales de valoración tasada.

1435 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.19. En sentido contrario, puede verse Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración*, ob. cit., p. 11, quien se muestra partidario de la abolición del sistema de prueba legal.

1436 Colomer Herández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.207.

la medida que las reglas de prueba legal elevan una determinada regla de experiencia a la fuerza de ley, de manera que la máxima de experiencia legalizada resuelve satisfactoriamente todos los casos particulares en que se aplica[1437]. Así, por ejemplo, la máxima de experiencia subyacente en el interrogatorio de las partes es que nadie declara mendazmente contra sí mismo. Como inconvenientes o crítica se ha llegado a afirmar que el legislador sustituye al juez en la valoración de la prueba, por lo que más que un sistema de valoración probatoria constituye un «sucedáneo de prueba»[1438].

3.2. La prueba libre

La libre valoración de la prueba no significa que el juez pueda apreciar los medios de prueba a su arbitrio, sino que deberá efectuarlo, en palabras de Seoane Spielgelberg, «conforme a principios o pautas seguros de enjuiciamiento de acciones, conductas y hechos de relevancia procesal, depurándolos conforme a las máximas de experiencia»[1439]. Para Taruffo, la libre valoración «presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón»[1440].Y en sentido similar, Serra Domínguez afirma que «el valor de cada uno de los medios de prueba es fijado libremente, con arreglo a su conciencia o su íntima convicción, por el Juez, caso por caso, sin necesidad de ajustarse a reglas establecidas anticipadamente por el legislador»[1441].

Como sistemas de prueba libre podemos referirnos a la íntima convicción y a las máximas de experiencia judiciales (reglas de la sana crítica) que obedecen a postulados muy diferentes, pues mientras el primero se basa en la voluntad discrecional del juez, el segundo persigue una voluntad motivada.

3.2.1. La íntima convicción

El sistema de la íntima convicción, también llamado del libre convencimiento, aparece vinculado al proceso penal, es obra de los ideólogos de la Revolución Francesa y se introduce en el *Code d'instruccions Criminelle* francés de 1808.

La primera referencia a la *intime conviction* se recoge en el art. 342 del *Code d'instrucción criminelle* francés de 1808, en el que se desarrollan las instrucciones a los jurados en los tér-

1437 Cabañas García, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil,* ob. cit., p.94.

1438 Sentís Melendo, S., *Valoración de la prueba*, en Revista de Derecho procesal iberoamericano, 1976, núm. 2-3, pp. 270, 271 y 282.

1439 Seoane Spielgelberg, J. L., *La Prueba*…, ob. cit., p.376.

1440 Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.387.

1441 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, t.XVI, 2º, ob. cit., p.17.

minos siguientes: «Antes de comenzar la deliberación, el jefe de los jurados dará lectura a la instrucción siguiente, que será, además, colocada en caracteres gruesos en el lugar más destacado de la sala: La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales llegan a convencerse; no les impone regla alguna de la que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; la ley sólo les ordena interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice: tendréis por verdadero todo hecho declarado por tal número de testigos; ella no les dice tampoco: no consideraréis suficientemente establecida toda prueba que no haya sido formada por tales documentos, de tales piezas, de tantos testigos o de tantos indicios; la ley no les hace más que una sola pregunta, que encierra toda la medida de sus deberes: ¿tenéis una íntima convicción?».

El término de la íntima convicción fue reproducido en leyes francesas posteriores, aun cuando a veces con la expresión «convicción personal» (art. 206 Código de los delitos y de las penas de 1795) o el de «íntima y profunda convicción» (art. 343 del Código de los delitos y las penas). El sistema de la íntima convicción constituye el contrapunto al sistema de las reglas tasadas de valoración de la prueba, pues se libera al juez de cualquier sujeción a un razonamiento motivado, para hacer descansar la decisión judicial sobre su libre y soberana voluntad, aun legalmente cobijada bajo una genérica y vaga apelación a la conciencia. El sistema de la íntima convicción, basado en la voluntad discrecional del juzgador, constituye una reacción frente a las ataduras de la prueba legal, y parte del hecho que la motivación puede ser considerada como una manifestación de desconfianza hacia esa convicción o voluntad judicial, siquiera no se libera de las críticas de quienes consideran que se fundamenta y constituye una concepción irracionalista de la decisión sobre los hechos, radicalmente distinta de la concepción racional de la decisión judicial, puesto que se fundamenta y basa en un acto de intuición subjetiva del juez[1442], carente de motivación o con una motivación ficticia[1443].

Frente al sistema de la íntima convicción, se alza la concepción de valoración racional de la prueba, distinguiéndose, simplificadamente, entre dos grandes sistemas de valoración de la prueba, que responderían a las siguientes secuencias sintetizadas por Taruffo: a) Sistema basado en la racionalidad: prueba como instrumento epistémico – decisión como fruto de inferencias lógicas – verdad/falsedad de los enunciados de hecho –motivación como justificación racional – controlabilidad – concepción democrática del poder; b) Sistema basado en la irracionalidad: prueba como instrumento retórico – decisión como fruto de una decisión subjetiva incognoscible – verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad/falsedad de los enunciados de hecho) – motivación como discurso retórico o

1442 Taruffo, M., *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., p.529 y 534.

1443 *Ibid.,* p.538.

justificación ficticia – imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión – concepción autoritaria del poder[1444].

La influencia de este sistema de la íntima convicción aun se proyecta en textos positivos posteriores, y buena prueba de ello es el art. 741 de la Lecrm. de 1882 que, al regular el sistema de valoración, establece que «el tribunal, apreciando en conciencia las pruebas practicadas en juicio…», siquiera la jurisprudencia, en una interpretación correctora, viene exigiendo una motivación[1445]. Así en la STS de 4 de diciembre de 2001 se afirma:

> «El Tribunal superior realiza una valoración racional de la prueba, dirigida a preservar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consistente en comprobar la estructura racional de la prueba, tanto en su acomodación a los criterios de la lógica, ciencia o experiencia, como para comprobar el carácter de prueba de cargo que permite la inferencia sobre la culpabilidad de una persona, lo que constituye una garantía del ciudadano frente al ejercicio arbitrario del Poder Judicial, porque el Juez libre de un sistema de prueba legal, no lo esté de una valoración racional de la prueba (ver arts. 717, 741 Ley Procesal y 24 y 120 CE)»[1446].

3.2.2. Las máximas de experiencia judiciales (sana crítica)

El sistema de las máximas de experiencia judiciales, basado en las reglas de la sana crítica, se fundamenta en una valoración motivada. La expresión reglas de la sana crítica, calificada como «elegante»[1447] y «frase genuina española»[1448], fue introducida, por vez primera,

1444 *Ibid.,* p.538;Y del mismo autor (con Andrés Ibáñez, P., y Candau Pérez, A.), *Consideraciones sobre la prueba judicial,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 43-46. Puede verse también, Nieva Fenoll, J., «Inmediación» y valoración de la prueba, inédito, quien advierte que la llamada «inmediación» no puede convertirse en un pretexto para que el juez eluda la motivación racional de la sentencia, ni para que la valoración del juez de primera instancia pueda ser controlada por el sistema de los recursos.

1445 Rifá Soler;Valls Gombau; Richard González, M., *Proceso Penal Práctico*, 6ª ed., ed La Ley, Madrid, 2009, p.1513.

1446 STS, Sala 2ª, de 4 de diciembre de 2001, fto. jco.1º (RJ 2002/1523).Y con anterioridad y en sentido similar la STS, Sala 2ª, de 19 de enero de 1988, fto. jco.2º (RJ 1988\383) afirmaba: «La observancia de las reglas de la lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical que sólo es posible al Tribunal de Instancia en virtud de la inmediación y la oralidad. La posibilidad de revisión casacional de la estructura lógica del razonamiento mediante el que el Tribunal de instancia deduce de la prueba practicada la autoría del acusado no encuentra obstáculo alguno en el art. 741 LECrim., porque sólo de esta manera es posible mantener una adecuada diferenciación entre libre convicción y arbitrariedad».

1447 Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1979, p.430.

1448 Gómez Colomer, J.L., en AAVV, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.340.

en la LEC de 1885 (art. 317[1449]) y ha sido exportada a otros Códigos Procesales Civiles[1450]. Con antecedentes en el Reglamento del Consejo Real (arts. 147 y 148), ha sido recogida tanto en la LEC de 1881 (arts. 632 y 659)[1451] cuanto en la vigente LEC (arts. 316.2, 334.1, 326.2, II, 348, 376, 382.3 y 384.3 LEC). Constituye un sistema de valoración de la prueba cuyo alcance resumimos en los siguientes apartados:

1º) La sana crítica permite ajustarse a las circunstancias «cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto»[1452]. La reglas de la sana crítica no son estáticas, conceptos inamovibles, sino que están sujetas al dinamismo que imponen las nuevas observaciones y al enriquecimiento personal de la experiencia del tribunal[1453]. Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno[1454], de ahí su adaptabilidad. Con frecuencia se identifican con las máximas de experiencia que, según clásica definición de Stein, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos»[1455].

En la jurisprudencia se han ofrecido pluralidad de nociones «aunque en definitiva [se] las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia» (SAP Madrid, 28 noviembre 2006)[1456], siendo muy extendida la noción que constituyen «el ca-

1449 Del tenor literal siguiente: «Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos».

1450 Sentís Melendo, S., *La prueba,* ob. cit., p.259, ver nota a pie núm. 42. Por citar algunos ejemplos, puede verse en el Código Judicial de Panamá (art. 770), en el Código de Procedimiento Civil de Colombia (art. 187) y en el Código boliviano (art. 397).

1451 Art. 632 LEC 1881: «Los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de peritos». Y art. 659 LEC 1881: «Los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurran».

1452 Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. II, ob. cit., pp. 23-26; y del mismo autor, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, en «Libro Homenaje a Jaime Guasp», ed. Comares, Granada, 1984, pp. 583-585.

1453 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ed. Atelier, 2009, p.650.

1454 Entre otras muchas: SSTS de 19 febrero 2007, fto. jco.2º (EDJ 200/8523); de 17 de octubre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/288696) y de 19 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/225536).

1455 Stein, F., *El conocimiento privado del juez* (traducc. De la Oliva, A.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p.22.

1456 SAP Madrid, secc.10ª, de 28 de noviembre de 2006, fto. jco.5º (EDJ 2006/414368), con cita de numerosa jurisprudencia. Del mismo ponente pueden verse también SSAP Madrid, secc.10ª, de 27 de septiembre de 2006, ftos. jcos. 12º y 13º (EDJ 2006/322315); de 27 de septiembre de 2006, ftos. jcos,

mino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba» (SAP Guipúzcoa 15 mayo 2006)[1457], añadiéndose también «que no están codificadas, [y] han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana» (STS 16 de octubre de 1998[1458]).

2º) La sana crítica es un sistema de libre valoración motivada y las reglas de la sana crítica deben exteriorizarse a través de la motivación[1459]. No se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial, puesto que como se ha dicho acertadamente «el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón»[1460] o «valoración libre no significa valoración arbitraria, sino sólo valoración no sometida a reglas jurídicas»[1461].

Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el porqué otorga credibilidad al testimonio, al perito o la parte, en observancia del deber (constitucional y legal) de motivación de las resoluciones judiciales (arts. 120.3 CE y 218 LEC). Las reglas de la sana crítica constituyen el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial en la valoración de la prueba. Se ha dicho con precisión que «frente a otros ordenamientos en los que, como reacción a la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración»[1462]. Esa racionalidad «exige necesariamente que la decisión sea explicada y sujeta, a su vez, a la crítica de un tribunal superior»[1463] y exige también la primacía del juicio fáctico en la motivación de la resolución judicial, pues solo desde la correcta formación del juicio de hecho se evita la discrecionalidad judicial.

19º y 20º (EDJ 2006/326880); de 13 de septiembre de 2006, ftos.jcos 8º y 9º (EDJ 2006/385785); de 19 de abril de 2006, ftos. jcos 8º y 9º (EDJ 2006/100692).

1457 SAP Guipúzcoa, secc. 3ª, de 15 de mayo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398652). En términos similares, SAP Sevilla, secc. 5ª, 3 de junio de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/163980).

1458 STS, Sala 1ª, de 16 de octubre de 1998, fto. jco.3º (RJ 1998\7564).

1459 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones*, 2ª ed., ob. cit., p.26.

1460 Taruffo, M., *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, núm. 52, marzo 2005, p.67. En sentido similar, la SAP Cáceres de 31 de mayo de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/90032) apunta que «[…] la libertad de apreciación no quiere decir apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica, […]».

1461 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.376.

1462 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., p.434.

1463 Zubiri de Salinas, F., ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, núm. 50, julio 2004, pp. 55-56, afirma que el concepto de sana critica debe propiciar una valoración probatoria sujeta a criterios de racionalidad y sometida al control de un órgano superior, destacando la necesidad de la motivación sobre las cuestiones fácticas con parámetros alejados de la íntima convicción.

3º) La sana crítica supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin. Con acierto se ha dicho que «la sana crítica es un *medio*; la libre convicción es un *fin* o un *resultado*»[1464]. Tal vez el acierto y la pervivencia de la expresión, ya centenaria, de la sana crítica consista en haber desplazado la noción de la valoración probatoria desde la perspectiva del resultado a la de los medios, pues con ella se resalta y destaca el instrumento –la racionalidad o buen criterio judicial– de motivación[1465].

4º) A partir de la propia terminología legal, y de modo pedagógico, Guasp explicaba que las «reglas de la sana crítica» «son los criterios normativos ('reglas', pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva ('sana') para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: 'crítica' acerca de una cierta realidad)»[1466].

5º) Suelen distinguirse entre unas reglas de la sana crítica comunes o generales que posee cualquier ciudadano y también el juez, y unas reglas de la sana crítica particulares o especiales, y que poseen las personas que han estudiado específicamente una ciencia, un arte o una actividad práctica, y que por eso se llaman peritos[1467].

3.3. Los sistemas mixtos de valoración

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos no siguen un sistema de prueba legal o un sistema de prueba libre, sino que pueden considerarse mixtos, pues conviven reglas de valoración tasada con las de la sana crítica, con una creciente predominio de éstas últimas, de lo que constituye buen exponente la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento, de 7 de enero.

La LEC establece normas de valoración tasada: art. 316.1 LEC –para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en los que intervino personalmente–; arts. 319 LEC, 1218, 1219, 1220 y 1221 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos públicos–; arts. 326.1 LEC, 1225 y 1227 a 1230 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos privados–.

Y otras basadas en la sana crítica: art. 316.2 LEC –para el interrogatorio de las partes cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba–; art. 326.2

1464 Sentís Melendo, S., *La prueba*, ob. cit., p.431.

1465 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., p.439, afirma que «esa fórmula [en referencia a la sana crítica] expresa que en la resolución judicial deben expresarse los motivos o razones por las que se acepta o rechaza el valor de convicción de cada medio de prueba».

1466 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, vol. 1º, 2ª parte, M. Aguilar, editor, Madrid, 1947, p.647.

1467 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.650; Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., p.379.

LEC –para los documentos privados no adverados–; art. 334.1 LEC –para las copias reprográficas–; art. 348 LEC –para la prueba pericial–, art. 376 LEC –para el interrogatorio de testigos–; arts. 382.3 y 384.3 LEC –para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes y para los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso–.

En realidad, el legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba, pues a salvo de las transcritas reglas de prueba tasada (interrogatorio de las partes –y en los términos acotados– y valor de los documentos públicos y privados), existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (interrogatorio de las partes –en los términos ya precisados–, interrogatorio de testigos, prueba pericial, reconocimiento judicial y medios de filmación, grabación y semejantes)[1468].

4. Los enfoques en el estudio de la valoración de la prueba

El estudio científico de la valoración de la prueba requiere, sin prescindir de la inestimable experiencia individual que atesora el juez en su cotidiana labor profesional, analizar diversos enfoques que permitan objetivar y estandarizar unos modelos de valoración. En la valoración de la prueba, como recuerda Devis Echandía, resulta fundamental la lógica, pero también actúa la imaginación, la psicología y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos[1469]. Siguiendo a Nieva Fenoll podemos sistematizar cinco grandes enfoques en el estudio de la valoración de la prueba.

1468 Sobre las reglas de la sana crítica: en relación con el interrogatorio de las partes ver Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», (Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau; coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1509-1511; en relación con la prueba pericial ver Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Albaladejo,M. (dir.), t.XVI, vol. 2ª, pp. 529-539 y, más recientemente, Seoane Spielgelberg, J.L. , *La prueba…*, ob. cit., pp. 414-421; en relación con el reconocimiento judicial ver Serra Domínguez, M., *De la inspección personal del Juez*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Albaladejo,M. (dir.), t.XVI, vol. 2ª, Madrid, 1991, pp. 424-426 y 438-444; y más recientemente López Yagüez, V, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, pp. 285 y ss.; en relación con los testigos, ver Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Albaladejo,M. (dir.), t.XVI, vol. 2º, Madrid, 1991, pp. 589-594 y más recientemente Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 176-181; en relación con los medios de filmación, grabación y semejantes ver Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donet, E. A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 176-186; y de Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 56-61.

1469 Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial de la prueba,* ob. cit., pp. 18 y ss.

4.1. El enfoque estrictamente jurídico

Este enfoque parte de dos grandes sistemas de valoración de la prueba, el de prueba tasada y el de libre valoración de la prueba, ya analizados, aun cuando, en la realidad lo más habitual es encontrar sistemas mixtos de valoración.

Es el enfoque que habitualmente predomina en los manuales de derecho procesal en el que se enuncian los sistemas, tasado y libre, de valoración probatoria, se explicitan sus diferencias y aun sus ventajas y desventajas. Mientras el sistema de prueba tasada ofrece una pauta legal al juez, el sistema de libre valoración (motivada) confía en la discrecionalidad del juez.

El enfoque estrictamente jurídico aporta elementos valiosos, a partir del análisis de la jurisprudencia, la resolución de los casos, su recopilación en tratados, manuales y monografías, en cuanto nos ilustra la manera cómo resuelven los jueces.

Veámoslo con un ejemplo. El legislador establece que la prueba pericial se valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC). Y a partir del análisis de la llamada «jurisprudencia menor» se pueden sistematizar unos criterios orientadores de la valoración judicial, tal como hemos efectuado en el capítulo de esta obra correspondiente a la prueba pericial, con la siguiente clasificación: 1) Criterios personales: a) la cualificación del perito; b) la vinculación del perito con las partes; c) la concurrencia de algún motivo de tacha en el perito; 2) Criterios relativos al objeto del dictamen: a) la clase de dictamen pericial; b) la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen; c) la correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen pericial; 3) Criterios relativos a las operaciones periciales: a) la intervención de las partes en las operaciones periciales; b) el método empleado por el perito; c) las condiciones del reconocimiento; d) la práctica conjunta de la prueba pericial con otras pruebas; 4) Criterios relativos a la emisión y al contenido del dictamen: a) la proximidad con los hechos; b) la concurrencia de varios dictámenes periciales y el criterio mayoritario; c) el carácter detallado y la solidez de las conclusiones del dictamen; d) la conclusividad del dictamen; e) la revisión de las máximas de experiencia técnicas empleadas por el perito; 5) Criterios relativos a la contradicción del dictamen, derivados de la intervención del perito en el acto del juicio o de la vista: a) la ratificación o rectificación del perito; b) la posibilidad de careo entre peritos; 6) Criterios derivados del Derecho Probatorio y de la doctrina jurisprudencial: a) valoración conjunta de los criterios orientadores; b) principio de apreciación conjunta de la prueba[1470].

A partir de un análisis jurisprudencial, se sistematizan las reglas de la sana crítica y se ofrecen pautas para, por poner un ejemplo, la defensa de un dictamen pericial en la fase de conclusiones de un juicio, dotando de sistemática y coherencia a la exposición del letrado. Sin embargo, este enfoque no puede ignorar que los criterios de clasificación son siempre

1470 Puede verse en esta misma obra el capítulo destinado al estudio de la prueba pericial.

relativos y, lo que es más importante, soslaya consideraciones piscológicas y sociológicas que suelen estar en la base de cualquier motivación judicial[1471].

4.2. El enfoque epistemológico o gnoseológico

El enfoque epistemológico o gnoseológico se ha nutrido fundamentalmente de las aportaciones de la filosofía del derecho. Se pretende ordenar y sistematizar el proceso mental de la decisión judicial.

Dentro de este enfoque destaca el sistema silogístico, que explica la sentencia como la combinación de una premisa mayor (el derecho) con una premisa menor (los hechos). También el sistema silogístico ha permitido conocer la lógica del método de las presunciones, en el que la premisa menor es un hecho base o indicio, la premisa mayor una máxima de experiencia –legal o judicial–, y el resultado un hecho presunto.

La principal crítica que se ha dirigido a este sistema es que no explicita el sistema en función del cual se eligen los elementos que componen la premisa menor, sea los hechos del juicio jurisdiccional, sea los indicios del razonamiento de las presunciones. Y tampoco se detalla como se construye la máxima de experiencia.

Dentro del enfoque epistemológico destacan las aportaciones de Gascón Abellán, Ferrer Bertrán y Taruffo. Así Gascón Abellán ha establecido lo que denomina «reglas epistemológicas o garantías de la verdad», que no son sino unas reglas a tener en cuenta por el juez para la aceptación de hipótesis probatorias, y en defecto de las reglas, acudir a las normas sobre la carga de la prueba[1472]. Ferrer Beltrán, por su parte, se ha preocupado por buscar un estándar de prueba para la condena en el proceso penal, buscando la formulación de una hipótesis que explique los datos disponibles y permita descartar hipótesis alternativas que, con esos mismos datos, permitan inferir la inocencia del acusado[1473]. Y Taruffo ha propuesto el sistema llamado de la «probabilidad prevaleciente», que es un sistema de confirmación de hipótesis sobre los hechos que permite tener por acreditado un hecho si el juez, en una escala del 0 al 1, le confiere racionalmente un porcentaje superior al 0.5 de probabilidades de que el hecho haya sucedido[1474], y es un sistema que corresponde sustancialmente al estándar de la *preponderance of evidence* del Derecho angloamericano[1475].

1471 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.97.

1472 Gascón Abellán, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales para la prueba*, Madrid– Barcelona, 2004, p.115.

1473 Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba,* Madrid, 2007, p.147.

1474 Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002, p.303.

1475 Taruffo, M., *Probabilidad y prueba judicial*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., p.437, afirma que el criterio de la probabilidad prevaleciente se asienta en dos reglas: 1ª) Es racional elegir, con respecto a un enunciado de hecho, la hipótesis que esté confirmada por un grado mayor que la contraria (criterio del 'más probable que no'); 2º) En el caso que con respecto a un mismo hecho existan varias

Las aportaciones del método epistemológico tienen un doble destinatario. Al juez le permite optimizar la motivación de la resolución, en la medida que ofrece pautas o enfoques para pueda confirmar cada una de las hipótesis que ha dado por probadas, y le permite abandonar las apreciaciones conjuntas. Y al abogado, esas mismas pautas le permiten verificar las carencias del juicio inferencial del juez y, en definitiva, impugnar las conclusiones del juez ante un tribunal superior. El método epistemológico permite o, al menos intenta, que las premisas de los esquemas de razonamiento estén bien construidas o, cuando menos, que se sepa porqué se han elegido una premisas y no otras[1476], esto es, ayudan al juez a motivar ordenada y lógicamente el juicio sobre la prueba[1477].

4.3. El enfoque psicológico

La mayoría de los juristas llega a la conclusión de que el uso de las máximas de experiencia depende del criterio psicológico del juez, que permite explicar porqué se utilizan unas u otras máximas de experiencia en la valoración de la prueba, llegándose incluso a afirmar que la síntesis final en la formación del convencimiento judicial es «un acto propiamente psicológico»[1478] y reclamándose para el juez conocimientos de derecho y de psicología[1479]. Para explicar el razonamiento probatorio, desde el enfoque psicológico, debemos referirnos a la teoría de los «modelos mentales» y los «modelos heurísticos».

El enfoque de los modelos mentales pretende fundamentalmente determinar la corrección de la máxima de experiencia, descartando la existencia de contextos alternativos en los que una hipótesis probatoria puede tenerse por probada. Si en la mayoría de los modelos mentales la hipótesis es una y la misma, la versión de los hechos será muy creíble, pero si difiere en cada uno de los modelos mentales y resulta confirmada solo en uno, tendrá muchas posibilidades de ser falsa.

Veámoslo con un ejemplo del proceso penal. Si se encuentra un cadáver sin signos de violencia en un casa, en el suelo, es posible que sea una muerte natural o un asesinato. Es posible imaginar que el sujeto haya padecido un infarto de miocardio, o que haya resbalado y se haya golpeado la cabeza, o un infarto cerebral, o que se haya mareado y se haya ahogado con su propio vómito. Y también es posible imaginar que se trate de un homicidio sin signos de violencia, pero en este ejemplo la hipótesis de los modelos mentales juega a favor de una muerte natural[1480], pues se fundamenta en el *id quod plerumque accidit*.

---

hipótesis diferentes, debe elegirse la hipótesis que resulte sustentada por un grado de confirmación probatoria relativamente superior al de cualquier otra hipótesis.

1476 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.112.

1477 *Ibid.*, p.128.

1478 Gorphe, F., *La apreciación judicial de las pruebas*, ed. Temis, Colombia, 2004, pp. 45, 48, 55.

1479 Devis Echandía, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial de la prueba*, ob. cit., p.22.

1480 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.117.

El enfoque de los heurísticos explica las razones por las que un juez le concede un grado de confirmación mayor o menor a una hipótesis[1481]. Se han enunciado diversos heurísticos: a) el heurístico de la representatividad –para decidir cómo resolver una situación determinada, se recuerda lo sucedido en una situación similar–; b) el heurístico de la accesibilidad –para decidir la probabilidad que se produzca un acontecimiento se atiende a la facilidad para recordar un acontecimiento similar–; c) el heurístico del anclaje y ajuste –referido a la posibilidad de formarse un juicio con una primera declaración o prueba, dejando pasar por alto otras pruebas que conducen a un juicio contrario–; d) el heurístico de la utilidad subjetiva esperada –las personas prefieren adoptar una decisión arriesgada si el resultado final está asegurado, antes que una decisión que no genera riesgo, pero no asegura el resultado–; y e) el heurístico de la necesidad de justificar la decisión –ante la necesidad de motivar públicamente una decisión, el sujeto toma la decisión que la parece socialmente más defendible-[1482].

Si la utilidad del enfoque epistemológico consistía en ordenar debidamente la reflexión probatoria del juez, la utilidad del enfoque psicológico consiste en permitir descubrir el grado de corroboración de las hipótesis que se dan por probadas y determinar las razones subjetivas del juez para la elección de las hipótesis[1483].

Dentro del enfoque psicológico podemos referirnos también a los llamados indicios endoprocesales. Para aproximarnos a la noción de indicio endoprocesal es preciso partir de una doble premisa, a saber, en el complejo universo del Derecho Probatorio la prueba recae, como norma general, sobre hechos, y que la conducta procesal de las partes puede tener trascendencia probatoria. Hasta ahora, la conducta procesal de las partes ha sido normalmente ignorada por el legislador procesal civil en orden a su trascendencia probatoria, y a lo sumo, ha sido considerada como un argumento (art. 116 Código Procesal italiano).

También podemos partir de algún ejemplo. En el interrogatorio de las partes, la respuesta evasiva de la parte es un hecho distinto del hecho alegado y preguntado y esa evasiva puede ser considerada como un indicio que permite inferir que el hecho preguntado sea cierto. Otro indicio puede ser la negativa a la exhibición de un documento incriminatorio bajo la alegación de su destrucción. En uno y otro supuesto, la evasiva (a la respuesta) o la negativa (a la exhibición documental) son conductas que se han producido en el proceso, que pueden conceptuarse como indicios, y que pueden tener relevancia probatoria.

El fundamento de los indicios endoprocesales radica en la propia dinámica del proceso y esa lucha antagónica –también llamada «esgrima procesal»[1484]– entre dos partes procesales en orden a hacer prevalecer la verdad de la cuestión de hecho y que genera distintas

1481 *Ibid.*, p.127.

1482 *Ibid.*, pp. 120-128.

1483 *Ibid.*, p.129.

1484 Muñoz Sabaté, LL., *Los indicios endoprocesales*, en Diario La Ley, núm. 6849, de 27 de diciembre de 2007, pp. 1.

conductas –ora evasivas, ora adaptativas– para evitar un perjuicio. Esa dialéctica procesal comporta que las partes encubran los hechos que les puedan perjudicar, adopten narrativas incoherentes u ofrezcan respuestas contradictorias, por citar algunos ejemplos.

Los indicios endoprocesales se diferencian de otros indicios en el hecho que se producen dentro del proceso –o su fase preparatoria– y porque se exteriorizan a través de la conducta de una parte que debe, por así decirlo, «defenderse» de un alegato de contrario.

No podemos recoger todos los indicios endoprocesales, pero si destacar los más relevantes, siguiendo las nociones y ejemplos propuestos por Muñoz Sabaté[1485]:

a) La mendacidad: se produce cuando se detecta mentira en uno de los extremos importantes de las alegaciones y que arroja incertidumbre sobre el resto de los alegatos. Así en la STS de 24 de marzo de 1942 se afirma «Ha negado hechos demostrados por el resultado de las pruebas como son la existencia de los vales y estados de cuentas, y con ello ha mermado el crédito de sus aseveraciones, aun en lo que parezca dudoso».

b) La omisión: se produce cuando en los escritos de alegaciones se soslayan afirmaciones con relevancia probatoria o se explicitan afirmaciones anormales, se abusa de las negativas genéricas o de la invocación de la normativa de la carga de la prueba o no se cumple la prueba propuesta. Así en la SAP Lleida de 12 de febrero de 1985 se afirma: «Aunque no sea propiamente prueba, no deja de estimarse como significativo que en vez de asumir la posición de demandante, la copropietaria que practica el requerimiento de desalojo y que parece que tuvo los tratos directos con el demandado […] decida no litigar, lo que le evitaría las cargas procesales, entre ellas la de someterse a la prueba de confesión y contestar a las posiciones que pudiera formularle de contrario».

c) La oclusión: se produce cuando se destruyen pruebas, se dan conductas antiexhibitorias de documentos o se obstaculiza la audiencia de testigos o peritos. Así en la STS 24 de marzo de 1942 (RA 332) se afirma: «El demandado se opuso al recibimiento a prueba, con lo que si bien obraba legalmente, dio ocasión a presumir en él una actitud reacia al esclarecimiento de la cuestión».

d) La hesitación: se produce cuando de la alegaciones o de los interrogatorios se revelan incoherencias o contradicciones. Así en la SAP Las Palmas Gran Canaria de 7 de marzo de 1964 en la que se estima como una de las inferencias de la presunción de precario «la incertidumbre de la oposición del demandado a la pretensión de desahucio, que basa unas veces en su derecho hereditario y otras en la existencia de una relación arrendaticia».

e) El tono: se refiere a la modulación del alegato. Así en la SAP Audiencia Santa Cruz de Tenerife de 2 de febrero de 1970 se afirma «produce en realidad una pobre im-

1485 Muñoz Sabaté, LL., *Los indicios endoprocesales*, ob. cit., pp. 5; y del mismo autor *Curso de probática judicial*, ob. cit., pp. 150-151, de quienes hemos extraído la mayoría de las sentencias citadas en los distintos clases de indicios endoprocesales.

presión las ramplonas dudas acerca de si el documento es o no auténtico, que no coinciden con la postura psicológica de la persona de cuya buena fe se sorprende con un contrato amañado».

f) La coyuntura: consiste en aprovechar la interposición de la demanda para plantear como defensa contra el ataque acciones o excepciones que debieron interponerse con anterioridad a dicho ataque. Así en la SAP de Madrid de 19 de abril de 1971 se afirma: «Resulta anómalo y extraño que la demandante, que no sólo vive en la misma casa, sino en el piso contiguo en que las obras se realizan y del que le separa unos débiles tabiques, haya esperado casi dos años para ejercitar la acción resolutoria del contrato, y precisamente, cinco meses después de la fecha en que el demandado se negó a satisfacer otra renta diez veces superior a la consignada en el contrato».

4.4. El enfoque probabilístico matemático

Este enfoque se basa en las estadísticas y juega con el concepto de probabilidad para verificar hipótesis. El máximo exponente es el llamado teorema de Bayes, de frecuente invocación en los Estados Unidos, que se traduce en una fórmula matemática cuya finalidad es la confirmación de una hipótesis y, en definitiva, la racionalización matemática de una intuición judicial en materia probatoria.

Para explicarlo Nieva Fenoll propone el siguiente ejemplo. En un restaurante existen cuatro comensales: A, B, C y D. Se desea averiguar si A robó la cámara fotográfica de B, cuando éste la dejó encima la mesa y se ausentó momentáneamente para ir al servicio. En ese interín C y D contemplaban un espectáculo en el restaurante y estaban de espaldas a la mesa, mientras A permanecía de frente la mesa. Con estos datos no resulta posible averiguar quien robó la cámara fotográfica, pero sí que se puede calcular teóricamente la probabilidad que fuera el que, a primera vista, parece ser el principal sospechoso: A[1486].

En el ejemplo propuesto, el razonamiento intuitivo del juez funcionaría de la manera siguiente: «si nadie se ha acercado a la mesa ¿es verosímil que el comensal que estaba sentado enfrente robara la cámara?» La utilidad del teorema de Bayes es que sirve para que un juez valore el grado de confirmación matemática de una hipótesis que ha declarado probada, esto es, es una fórmula matemática para calcular el grado de probabilidad de un acontecimiento aleatorio.

4.5. El enfoque sociológico

Este enfoque parte de la influencia de la ideología moral o política del juez en la toma de decisiones. Así, por ejemplo, el juez tenderá a otorgar mayor credibilidad a un testigo o a un perito que pertenezca a su mismo círculo social, antes que a otro que no

1486 *Ibid.*, p.131.

pertenezca. No puede negarse que el juez, como ciudadano de una sociedad y como un individuo formado, posee una determinada ideología y creencias, y que ese modo de entender la sociedad y su entorno puede tener una proyección, más o menos mediata, en el juicio jurisdiccional y en la valoración de la prueba, pues no se puede pretender, ni resulta posible imaginar que el juez es un ser aséptico o ideológicamente neutro.

La gran dificultad del enfoque sociológico es que, estando presente en el juez, raramente se exterioriza en las resoluciones judiciales e incluso aquellas sentencias en las que el juez ha dejado entrever su ideología (ej. pensemos en las sentencias sobre agresiones sexuales en las que ha justificado o atenuado la culpabilidad por la indumentaria de la mujer que ha sido sujeto pasiva de la misma) ha sido, no sin razón, criticado.

Para evitar que la ideología penetre en la valoración probatoria el juez debe efectuar un autocontrol a través de la motivación en el juicio de hecho. Esa misma motivación ha de permitir, eventualmente, que el letrado impugne una valoración probatoria impregnada de connotaciones sociológicas y que se aparte de la aplicación de la norma jurídica.

5. Premisas para la valoración probatoria

La valoración de la prueba no se circunscribe a la fase final del proceso cuando el juez dicta la sentencia que resuelve el conflicto. Se ha afirmado acertadamente el juez valora desde que tiene el primer contacto con el medio de prueba, aunque sea simplemente admitiendo su práctica[1487]. A continuación enumeramos algunas premisas para una correcta valoración probatoria.

5.1. La adecuada fijación de los hechos controvertidos

En el proceso civil puede distinguirse una fase de alegaciones –con el relato de los hechos y fundamentos de derecho por el actor y la contestación por el demandado–, una fase probatoria –de proposición, admisión y práctica de las pruebas–, una fase decisoria –de emisión de la sentencia– y una fase de ejecución –de cumplimiento, voluntario o forzoso, de lo decidido–.

El punto culminante de la fase de alegaciones es la fijación de los hechos controvertidos (arts. 414.1 y 428.1 LEC), en cuanto que éstos constituyen el presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba[1488]. La fase de alegaciones tiene, entre otras finalidades, determinar los hechos sobre los que existe conformidad entre las partes

1487 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.108.

1488 Recuerda Gimeno Sendra, V., en «El proceso civil práctico», t.IV, ed. La Ley, Madrid, 2010, p.476, que «el objeto de esta fijación, y de conformidad con la teoría de la sustanciación, son los hechos y no los fundamentos de derecho».

–y que, como tales, están exentos de prueba– y los hechos sobre los que existe disconformidad entre las partes –y que, como tales, serán objeto de prueba–. Todo ello, con fundamento en el principio de economía procesal[1489], aparece perfectamente reflejado en la LEC, que dentro de la función delimitadora de la audiencia previa, dedica un artículo a la fijación de los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC) y dentro de las disposiciones generales sobre la prueba fija el criterio de dispensa de la prueba de los hechos sobre los que existe plena conformidad de las partes, salvo que se trata de procesos no disponibles (art. 281.3 LEC). Con la fijación de los hechos controvertidos queda delimitado *thema decidendi* y el *thema probandi*[1490].

La inadecuada fijación de los hechos controvertidos –sea por incluir hechos sobre los que exista conformidad de las partes, sea, inversamente, por excluir u omitir hechos controvertidos– produce el indeseable efecto de alargar el período de práctica de las pruebas –al admitirse pruebas sobre hechos que no la precisan– y el de no centrar adecuadamente el *thema probandi* –con las subsiguientes dudas y vacilaciones del juez al emitir el juicio sobre la admisión de los medios de prueba–.

Por el contrario, la adecuada fijación de los hechos controvertidos, sobre racionalizar la duración del acto del juicio, va a permitir al juez, siquiera *prima facie*, comenzar a estructurar correctamente el juicio de hecho. A menudo los hechos fijados como controvertidos se convierten en el esquema del juicio de hecho de la sentencia. En todo caso, y como se ha afirmado acertadamente, la fijación de los hechos facilita el dictado de la futura sentencia, al disponer los hechos probados y fijar los hechos que deben ser acreditados por las pruebas que finalmente se practiquen[1491]. Además, en algunas ocasiones la fijación de los hechos controvertidos permitirá constatar que las partes están conformes en los hechos y la discrepancia se reduce a una cuestión jurídica, en cuyo caso se puede obviar la fase de proposición y práctica de las pruebas, y el tribunal puede dictar sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente al de la audiencia previa (art. 428.3 LEC)[1492].

1489 Banacloche Palao, J., en «El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2005, p.330.

1490 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *La audiencia previa*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil», vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.166, precisa que «se trata en definitiva de concretar el *thema decidendi*, o sea el conjunto de extremos relevantes de entre todos los consignados por ambas partes en sus respectivas alegaciones, y dentro del mismo, el *thema probandi*, es decir la relación de puntos fácticos relevantes verdaderamente controvertidos, que constituirán el objeto de la prueba».

1491 Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión de los medios de prueba*, J.M.Bosch, Barcelona, 2006, p.82.

1492 La SAP A Coruña, secc. 4ª, de 13 de julio de 2004, fto. jco.2º (AC 2005/1774) consideró que no existía nulidad de actuaciones cuando el juez omitió el trámite probatorio, de conformidad con el art. 428.3 LEC, por considerarse suficientemente ilustrado con las pruebas documentales y dictámenes periciales, que expresamente admitió, lo cual comportó la «innecesariedad de prolongar la contienda e incrementar los gastos procesales de las partes».

5.2. La correcta recopilación de la prueba

A diferencia del proceso penal, en el que el juez instructor participa en la recopilación de las pruebas, en el proceso civil –y dejando a salvo los procesos dispositivos– las pruebas son aportadas por las partes, a través de sus proposiciones de prueba, y en observancia del principio de aportación de parte (arts. 216[1493] y 282 LEC). Ello suscita una doble cuestión, por una parte, si el juez puede participar en la fase de proposición de las pruebas, proponiendo pruebas de oficio, y por otra parte, la trascendencia del juicio de admisión sobre los medios de prueba.

Con respecto a la primera cuestión, y como punto de partida, es conocida la realidad procesal española, en la que rige el principio de aportación de parte, con limitadas concesiones a la iniciativa probatoria de oficio –arts. 429.1, II y III LEC y 435.2 LEC– en la fase de proposición de prueba. A partir de aquí debe razonarse si es o no posible la proposición de pruebas de oficio y dentro de qué límites. Siendo cierto que el proceso civil está inspirado en el principio de aportación de parte, no es menos cierto que la prueba es la actividad encaminada a la convicción judicial sobre la realidad de unos hechos afirmados por las partes, y que el juez es el destinatario de toda la actividad probatoria. Por ello hemos sostenido que, existiendo una actividad probatoria de las partes, puede existir una actividad judicial complementaria de proposición de las pruebas, preferentemente situada una vez las partes han propuesto y practicado sus pruebas[1494]. Sorprenden los vivos debates doctrinales en torno a los peligros de la normativa del art. 429.1, II LEC cuando no se había cuestionado el fundamento de las derogadas diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881. Una limitada iniciativa probatoria de oficio –que no introduzca hechos distintos de los alegados por las partes, no utilice fuentes de prueba no obrantes en las actuaciones y se practique con contradicción– no empaña la imparcialidad judicial ni destruye la normativa de la carga de la prueba. No se empaña la imparcialidad judicial porque el juez ejercita sus poderes de oficio para integrar la actividad probatoria de las partes cuando esta se revela como insuficiente y lo hace de forma objetiva o neutral, desconociendo si va a favorecer a una u otra parte[1495], y no se destruyen las reglas de las carga de la prueba, porque si tras la

1493 El art. 216 LEC, erróneamente rubricado «principio de justicia rogada», recoge manifestaciones propias del principio de aportación de parte –la introducción por las partes de los hechos y las pruebas– y del principio dispositivo –la introducción por las partes de las pretensiones–.

1494 Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 401-405.

1495 Taruffo, M., *La cultura de la imparcialidad en los países de common law y de derecho constitucional*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, p.51, rebate las críticas frente a la pérdida de imparcialidad de las pruebas acordadas por iniciativa judicial argumentando: «Esto no implica, sin embargo, que al ordenar tal prueba el juez pierda su imparcialidad: por un lado, debe ordenar de oficio una prueba cuando esto se derive de la pertinencia de llegar a una determinación más completa de los hechos de la causa, y debe ordenarla en cuanto responda a los criterios normales de relevancia y admisibilidad. Por otra parte, el juez no conoce *ex ante* el resultado que dicha prueba podrá tener y por lo tanto es difícil sostener que la ordena con el fin de favorecer a una de las partes en lugar de la otra».

práctica de las prueba de oficio, subsisten aun hechos inciertos, se deberá igualmente acudir a las reglas de la carga de la prueba[1496], puesto que la normativa del artículo 429.1, II LEC ni transfiere la carga de la prueba de las partes al tribunal (SAP Navarra, 16 de abrir 2002[1497]), ni constituye presupuesto para la aplicación de la normativa de la carga de la prueba (SAP Madrid 27 de octubre de 2005 y SAP Alicante de 11 de noviembre de 2010[1498]).

Una segunda cuestión es la relativa a la trascendencia del juicio sobre la admisión de los medios de prueba, sobre cuya relevancia algún autor ha señalado que aún nos falta una auténtica pedagogía[1499]. Ha sido definido como el «acto del tribunal por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso»[1500]. Se trata de un acto procesal decisivo dentro del proceso –y de ahí que a su estudio le hallamos dedicado un capítulo específico–, bastando ahora recordar que la admisión de los medios de prueba, sobre el presupuesto de la correcta fijación de los hechos controvertidos, no debe atender a criterios cuantitativos, sino más bien a lo que podríamos denominar criterios «cualititativos» de ponderación de los parámetros legales de pertinencia y utilidad (art. 283 LEC) y, que en caso de duda, y en aplicación de la máxima *favor probationis* es preferible incurrir en un exceso en la admisión que en la inadmisión (entre otras muchas, SSTS de 27 de junio de 1991 y 28 de junio de

1496 Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1996, p.240; y del mismo autor, *El juez y la prueba*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2009, p.109.

1497 La SAP Navarra, secc. 2ª, de 16 de abril de 2002, fto. jco.5 (JUR 2002/142806), acota en sus justos términos la normativa del art. 429.1, II LEC al afirmar: «no puede sostenerse, […], que el artículo 429.1 imponga al tribunal obligación alguna, otorgando a las partes, de modo correlativo, un derecho subjetivo por el que pudieran exigirle imperativamente el cumplimiento de aquélla (como si las partes pudieran liberarse de la carga y responsabilidad de probar los hechos alegados, transfiriéndolas al tribunal), ni que consagre una verdadera iniciativa probatoria del tribunal (entendida como facultad de practicar de oficio las pruebas que considere convenientes) […]».

1498 La SAP Madrid, secc. 14ª, de 27 de octubre de 2005, fto. jco.2º (AC 2005/2138) apunta: «la nueva normativa introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la fase inicial de la audiencia previa, ni existe garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del art. 217 LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429 LEC». En el mismo sentido SAP Alicante, secc. 8ª, de 11 de noviembre de 2011, fto. jco.1º (EDJ 2010/314498).

1499 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*, ob. cit., p.238, afirma: «Tengo para mí que no se ha destacado suficientemente ni se ha propulsado una auténtica pedagogía en torno a la trascendencia del acto de admisión o inadmisión de una prueba. Toda una serie de viejos apotegmas: *non ius déficit sed probatio; idem est non ese et non probare o probare o soccombere* evidencian, con literal dramatismo incluso, que la relación lógica entre medios y resultado se traduce la mayor parte de las veces en el proceso en una relación de causa a efecto 'prueba-sentencia'. El éxito de la acción o de la excepción dependen mayoritariamente de la prueba».

1500 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., ed. Civitas, Madrid, p.195.

1994[1501]), debiéndose añadir que la inadmisión de los medios de prueba, que deberá ser siempre motivada para tutelar adecuadamente el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), no puede quedar subordinada a otros intereses, igualmente dignos como el de celeridad o economía procesal, pero de rango inferior al derecho a la prueba (entre otras, STC de 10 de abril de 1985[1502]).

5.3. La participación del juez durante la práctica de la prueba

La participación del juez durante la práctica de la prueba suscita varias cuestiones que, en orden a la valoración probatoria, podemos formular del modo siguiente. En primer lugar, si dicha participación empaña su imparcialidad. En segundo lugar, el alcance de dicha intervención. Y en tercer lugar, las ventajas e inconvenientes de la misma.

No puede afirmarse que la pasividad judicial durante la práctica de la prueba sea sinónimo de imparcialidad judicial, como tampoco puede afirmarse que toda intervención judicial durante la práctica de la prueba quiebre la debida imparcialidad judicial. Si partimos del concepto de prueba como actividad generalmente a cargo de las partes para convencer al juez de unas afirmaciones de hecho sobre una realidad, y si partimos de que el juez es el destinatario de toda la actividad probatoria, parece incongruente apartarle, sin más, de toda intervención durante la práctica de los medios de prueba, y parece razonable otorgarle cierto margen de intervención dentro de los límites permitidos por la legalidad. Frente a quienes bajo la invocación de la imparcialidad judicial, en realidad, abogan por un juez pasivo, simple espectador de la contienda judicial, me parecen oportunas las palabras de Sentís Melendo, quien no dudaba en afirmar que «la actividad, el dinamismo, no están en pugna con la naturaleza, ni con la figura, de la función juzgadora. Al contrario, solo el juez activo y dinámico, el juez que se interioriza intensamente de la sustancia de lo que se controvierte, puede juzgador bien»[1503].

En segundo lugar, el alcance de la intervención judicial está regulada, particularmente en materia de los interrogatorios de las partes[1504] y de los testigos[1505], así como en la

1501 STS, Sala 1ª, de 27 de junio de 1991, fto. jco.1º (RJ 1991/4630) y de 28 de junio de 1994, fto. jco.2º (RJ 1994/7242).

1502 STC, Sala 2ª, de 10 de abril de 1985, fto. jco. 9º (RTC 1985/51).

1503 Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJEA, 1979, p.13; y del mismo autor puede verse la *Valoración de la prueba*, ob. cit., p.316, donde afirma que «cuando se habla de 'neutralidad' de los jueces se está considerando que esa neutralidad es compatible con la función directora del juez en el proceso».

1504 Art. 306.1 LEC: «Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declare podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar».

1505 Art. 372.2 LEC: «Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo».

contradicción del dictamen pericial[1506]. Se trata de una intervención subordinada y complementaria de la actividad probatoria desplegada por las partes[1507], como lo acredita, por una parte, el hecho que la facultad de interrogar a las partes, al testigo o al perito se prevé una vez han intervenido las partes actora y demandada, y por otra parte, el hecho que dicha intervención no puede dirigirse a formular nuevas preguntas, sino a pretender aclaraciones y adiciones sobre las preguntas previamente formuladas por las partes[1508]. Así se deduce de una interpretación literal de los artículos 306.1, II y 372.2 LEC y particularmente de la supresión del último inciso del art. 357.1 ALEC («…y se lo creyera necesario, formulará nuevas preguntas»)[1509]. Con todo hay que admitir, con Taruffo, que en la práctica el uso de los testigos y las partes como medio de prueba, no solo precisa de una activa participación del juez, sino de «un juez que conozca los aspectos fácticos del caso y que desee gastar tiempo y energía en la utilización de sus facultades para un minucioso interrogatorio del testigo»[1510].

Y, en tercer lugar, la intervención judicial durante la práctica de la prueba, en el ámbito acotado de las aclaraciones y adiciones a las partes y a los testigos, así como en el de las explicaciones a los peritos, contribuye a la mejor formación de la convicción judicial. Si el juez, ante una respuesta de las partes o del testigo, o una explicación del perito, permanece con dudas, lo más probable es que en el momento de motivar la sentencia le falten elementos de convicción y tenga que recurrir bien a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, bien al expediente de una apreciación conjunta de la prueba o a argumentaciones similares que encubren una desinformación que pudo paliarse en su momento. Se trata que el juez mantenga, en palabras de Muñoz Sabaté, una firme intervención aclaratoria en las pruebas de los interrogatorios de las partes, de los testigos y en la pericial, lo que constituye una manifestación del *favor probationes*[1511].

1506 Art. 347.2 LEC. «El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre los que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 339».

1507 Taruffo, M., *La recolección y presentación de las prueba en el proceso civil*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., p.357, quien además apunta que una de las principales críticas que se dirigen a menudo en muchos países del *civil law* es que precisamente los jueces no hacen uso de sus poderes probatorios.

1508 En sentido distinto Asencio Mellado, J.M., en «El proceso civil práctico», t. IV, ed. La Ley, 2010, pp. 329 y 846, para quien la intervención del tribunal en el interrogatorio de las partes y de los testigos alcanza la facultad de «formular cualquier pregunta que consideren apropiada para alcanzar incluso adiciones», lo que incluye la facultad de nuevas preguntas a los efectos de ampliar el interrogatorio.

1509 Como afirmamos en un trabajo anterior: «La iniciativa judicial, por ende, puede contribuir a precisar las respuestas del declarante, completar las inconcluyentes, evidenciar las ambiguas, evitar las evasivas o resaltar las contradictorias» (*Iniciativa probatorio de oficio*, ob. cit., p.386).

1510 Taruffo, M., *La recolección y la presentación de las prueba en el proceso*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., p.361.

1511 Muñoz Sabaté, LL., *Cuadernos de Probática I y II*, ed. Banco Santander Central Hispano, 1997, p.113, afirma que el *favor probationes* «no es propiamente una regla de prueba, sino una pauta de conducta

Veámoslo en un sencillo ejemplo, por otra parte no infrecuente en los juicios matrimoniales. A la hora de calcular el importe de las prestaciones por alimentos o pensiones compensatorias –y amén de la documental que conste aportada en las actuaciones– es frecuente que una parte pregunte a la adversa por sus ingresos mensuales con una pregunta del estilo «Que sus ingresos mensuales son superiores a XXX €» y si la parte interrogada se limita a responder que no es cierto o que son inferiores, al juez le queda un importante interrogante, que podría suplir interviniendo para aclarar una cifra aproximada y reconocida por la parte de ingresos mensuales.

5.4. Las conclusiones

Una vez terminado el acto del juicio o la vista, los letrados deben efectuar oralmente un trámite de conclusiones sobre el alcance de las pruebas practicadas en ese acto (art. 433.2 LEC)[1512], tratándose de un trámite imperativo, cuya omisión puede determinar una nulidad de actuaciones (entre otras, STS 5 de noviembre de 1999[1513] y SAP Murcia 10 de febrero de 2011[1514]).

Las conclusiones, cuando menos en la redacción legal, se contemplan con amplitud de contenido, comprensivo de: a) la relación de hechos admitidos («si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos», art. 433.2, I LEC); b) la relación de hechos que han resultado probados o, por el contrario, no probados («y, en su caso, probados o inciertos», art. 433.2, I LEC); c) el resumen de cada una de las pruebas en relación con los hechos probados («harán un breve resumen de cada una de las pruebas sobre aquellos

motivada por un sentimiento de justicia experimentado por el juzgador, que le hace salir de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de la prueba».

1512 De manera incoherente en la Exposición de Motivos de la LEC se afirma: «en el juicio se práctica la prueba y se formulan conclusiones sobre ésta, finalizando con informes sobre los aspectos jurídicos, salvo que todas las partes prefieran informar por escrito o el tribunal lo estime oportuno» (Epígrafe XII, párrafo 11º). Se trata, en palabras de DE LA OLIVA SANTOS, de un «desajuste» motivado porque en las versiones primitivas de la LEC se permitían las conclusiones escritas, pero una vez modificado este extremo en tramitación parlamentaria, no se produjo la correspondiente modificación en la Exposición de Motivos (*Comentario al art. 433 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, 2001, p. 732).

1513 La STS, Sala 1ª, de 5 de noviembre de 1999, fto. jco.2º (JUR 1999/8003) califica el trámite de conclusiones con respecto al derogado juicio de menor cuantía como «fundamental». Y la STS, Sala 1ª, de 31 de marzo de 1989, fto. jco.2º (JUR 1989/2288), que declara la nulidad de actuaciones por evacuar el trámite de conclusiones después de unas diligencias para mejor proveer razona: «han de respetarse cuantas normas garanticen la defensa contradictoria en juicio de los intereses de los litigantes, oyéndoles en los supuestos que la ley establece, dejándoles intervenir en la delimitación de los hechos, exponer su particular versión de los mismos y concretar las consecuencias jurídicas que les atribuyen, aunque su valoración y efectos correspondan al titular de la potestad jurisdiccional».

1514 SAP Murcia, secc. 4ª, de 10 de febrero de 2011, fto. jco.2º (JUR 2011/115683). Y de igual modo SAP Murcia, secc. 5ª, de 21 de febrero de 2006, fto. jco.1º (JUR 2006/141379) y SAP Badajoz, secc. 3ª, de 30 de enero de 2004, fto. jco. 2º (JUR 2004/111502).

hechos [los probados o inciertos], con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio», art. 433.2, II LEC); d) los hechos que resulten acreditados por el método del razonamiento presuntivo («Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio», art. 433, 2, II LEC); e) la aplicación de la normativa de la carga de la prueba y, por ende, determinación de la parte que debe sufrir el perjuicio de la falta de prueba de los hechos («Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos», art. 433,2, II proposición final LEC). En definitiva, las conclusiones se traducen en un resumen sobre los hechos relevantes y el resultado de las pruebas sobre tales hechos[1515].Y solo pueden ser consideradas como alegaciones en sentido amplio o impropio, pues se ha afirmado acertadamente mediante las conclusiones las partes hacen «algo que el juez puede y debe hacer de oficio (apreciar la prueba e investigar el Derecho adecuado al caso»)[1516].

Es un acto complejo para el Letrado porque exige una buena dosis de oratoria, capacidad de síntesis y exposición convincente del resultado de la actividad probatoria, en un breve período de tiempo. Algunos letrados formulan las conclusiones mediante la lectura de un escrito redactado previamente al acto del juicio, bien con escasa referencia a las pruebas practicadas en el acto del juicio, bien «anticipando» el resultado de las pruebas. Y aun cuando no hay reparo a que el letrado prepare una minuta escrita que sirva de apoyo a sus alegaciones, no parece que se acomode a la previsión legal la simple lectura de la misma, mayormente cuando se trata de reproducir las alegaciones iniciales[1517], tal y como ya se ha reprochado en alguna resolución judicial (SAP Madrid, de 13 de junio de 2006[1518]).

El juez puede optimizar el trámite de conclusiones, puesto que le permite efectuar varias constataciones, tales como: a) los hechos que las partes consideran como admitidos y que, por otra parte, deberían coincidir con los fijados en la audiencia previa (art. 428.1 LEC); b) los medios de prueba a través de los cuales los letrados tienen por acreditados –o, en su caso, no acreditados– los hechos controvertidos, pudiendo en ese momento el letrado efectuar una valoración probatoria que hubiera podido pasar desapercibida al juez;

1515 López-Fragoso Alvárez, T. y Reverón Palenzuela, B., en «Proceso Civil Práctico», t.V, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.515.

1516 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed. Aranzadi, 2010, p. 431.

1517 Rodríguez Achútegui, E., *Comentario al art. 433 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Sepín, Madrid, 2008, p.2671.

1518 La SAP Madrid, secc. 12ª, de 13 de junio de 2006, fto. jco.3º (AC 2007\276) contiene el siguiente reproche: «Sin embargo, la parte había iniciado su intervención abordando la lectura de tan densos como genéricos argumentos jurídicos, vinculados, desde luego, a su demanda, pero que nada tenían que ver con el resultado de las pruebas practicadas, que era el objeto específico del acto procesal; y mantenía la lectura cuando fue advertida de su inadecuación, indicándole las pautas de su intervención, a las que, de momento, se adaptó, pero para reincidir seguidamente en la lectura de sus argumentos jurídicos, otra vez relacionados con las pretensiones deducidas en la demanda, pero sin conexión con el resultado de la prueba».

c) la formulación de algún razonamiento presuntivo, pues dado que las presunciones no se proponen, ni se practican, los letrados pueden aprovechar el trámite de conclusiones para intentar acreditar la existencia de un hecho presumido a partir de algún hecho indicio acreditado o demostrado; y d) los hechos que los letrados tienen por no probados y cómo distribuyen las reglas de la carga de la prueba.

No han faltado autores que han sugerido flexibilizar el trámite de conclusiones, de modo que el juez pueda interpelar a los abogados, o exponer sus dudas e intentar disiparlas[1519]. Para evitar que el trámite se limite a la exposición de las conclusiones por los letrados y concluya con el formulismo de un «visto para sentencia», no veo inconveniente en que el juez solicite de los letrados que le ilustren sobre el resultado probatorio de un hecho sobre el que tenga particular interés, y tal facultad encuentra amparo en el art. 433.4 LEC, que confiere al tribunal la facultad de «conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que se le indique», y ello es coherente con la activa participación del juez durante la fase de la práctica de la prueba[1520].

5.5. La valoración individual o colegiada

En los órganos unipersonales la valoración de la prueba se confía a un solo juez que, tras la práctica de los medios de prueba, dicta la sentencia. De modo distinto sucede en los órganos colegiados, en los que existe un Magistrado ponente, encargado, por una parte, de examinar la proposición de los medios de prueba que las partes presentan e informar sobre su pertinencia y utilidad (art. 181.2º LEC) y de redactar las resoluciones que el Tribunal dicte (arts. 181.5º LEC y 205.5 LOPJ).

Aun cuando la redacción de las resoluciones se confía al Magistrado ponente, existe una fase de deliberación en el que todos los Magistrados integrantes de la Sala pueden participar en la motivación del juicio de hecho y del juicio de derecho. La votación para la aprobación de los autos y de las sentencias de los tribunales colegiados debe hacerse por mayoría absoluta de votos (art. 255.1 LOPJ). El Magistrado ponente debe motivar la propuesta de resolución que presenta al tribunal colegiado, el cual debe prestar conformidad por mayoría absoluta. El principio de colegialidad impone que la voluntad de la Sala de Apelación sea distinta de la de sus miembros, y quede fijada a través del complejo debate que comporta la deliberación, votación y fallo[1521].

1519 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.195.

1520 Ramos Méndez, F., en «Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., pp. 1345-1346, se lamenta del poco uso que los tribunales suelen hacer de la facultad del art. 433.4 LEC, por un prejuicio infundado de descubrir sus dudas, afirmando que el tribunal «debía preguntar claramente sobre los hechos controvertidos, de hecho o jurídicos, sin prejuzgar la solución final».

1521 Quecedo Aracil, P., *Comentario al art. 181 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», ed. Atelier, 2000, p.726.

La efectividad de una deliberación motivada entre todos los miembros del tribunal colegiado –como debe ser la aspiración de todo órgano colegiado– o la pasiva aceptación depende del funcionamiento interno de cada tribunal, resultando éste un aspecto que no trasciende al exterior. De ahí que *de lege ferenda* se hayan formulado propuestas de reforma legislativa, en el sentido de reforzar las disposiciones legales que regulan la deliberación y votación de las propuestas de resolución efectuadas por el ponente, encaminadas a la necesidad de motivar los votos de los magistrados no ponentes tanto si difieren de la propuesta presentada por el ponente cuanto si la aceptan[1522].

Si se acuerda alguna prueba en segunda instancia, debe practicarse en presencia de todos los miembros de la Sala, y no únicamente ante el Magistrado ponente. Ello ha sido particularmente relevante en los supuestos de los juicios de incapacitación, en los que, de existir un recurso de apelación, debe procederse al examen del presunto incapaz ante todos los magistrados de la Sala de Apelación (art. 759.3 LEC)[1523].

6. La valoración de los distintos medios de prueba

El análisis específico de la valoración de los distintos medios de prueba será objeto de estudio en el capítulo correspondiente a cada uno de ellos, anticipándose aquí algunas consideraciones de carácter general.

6.1. Del interrogatorio de las partes

El interrogatorio de las partes, heredero de la antigua confesión en juicio, constituye el ejemplo por antonomasia de una prueba de valoración mixta, pues conserva en parte su carácter de prueba tasado, siquiera se ha ensanchado el ámbito de su libre valoración, y aun puede estimarse la *ficta admissio.*

El carácter de prueba tasada se atenúa, tal como anticipa la Exposición de Motivos, al señalar:

> «la confesión, en exceso tributaria de sus orígenes históricos, en gran medida superados y, por añadidura, mezclada con el juramento, es sustituida por una declaración de las partes que se

1522 Aliste Santos, T.J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, ed Marcial Pons, 2011, p.386.

1523 La SAP Barcelona, secc. 18ª, de 26 de marzo de 2008, fto. jco. 2º (JUR 2008/181787) afirma: «Partiendo de lo hasta aquí expuesto en relación con el conjunto de los medios probatorios obrantes en las actuaciones y singularmente de las pruebas practicadas en esta alzada, *y en particular de la exploración del presunto incapaz realizada por los Magistrados de esta Sección –especializada en materia de incapacidades–*, con asistencia y presencia del Ministerio Fiscal, en la que se ha podido comprobar con absoluta claridad, el desinterés total de D. Jose Pedro –de 19 años de edad en la actualidad– para cualquier acto de la vida, al manifestar que «sólo hace que dormir prácticamente todo el día» y que no hace nada […]». (La cursiva es nuestra para destacar el carácter colegiado de la práctica de la exploración).

> aleja extraordinariamente de la «absolución de posiciones» […]. En cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de la fijación de los hechos, el dato que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas viene afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen»[1524].

Tendrá el carácter de prueba tasada la declaración que verse sobre hechos personales del declarante, le resulte enteramente perjudicial y que no resulte contradicha por otros medios de prueba (art. 316.1 LEC), de manera que solo es prueba legal o tasada respecto de los hechos perjudiciales para el confesante cuando constituya la única prueba relativa a los mismos, pues si existen otros medios de prueba que la contradicen el tribunal puede llegar a una convicción diferente (STS de 29 de noviembre de 2007[1525]). La exigencia que la declaración sea «enteramente perjudicial» para la parte recoge la jurisprudencia, ya recaída en interpretación de los derogados arts. 580 LEC/1881 y 1232 y 1233 CC, que exigía que la declaración resultara clara, precisa y contundente, esto es, cuando la parte de modo inequívoco realizase una confesión contra sí[1526], no pudiendo desplegar eficacia probatoria tasada cuando la confesión fuera imprecisa, vaga o poco expresiva (STS, 17 de mayo de 2002[1527]). Igualmente, se precisa que la fuerza tasada del interrogatorio ha de referirse al conjunto armónico de la declaración de la parte, sin que sea admisible la estimación fragmentaria de las respuestas (STS, de 17 de mayo de 2002[1528]).

Será prueba de libre valoración, cuando la declaración verse sobre hechos no personales del declarante, cuando le resulte favorable o cuando resulte contradicha por otros medios de prueba (art. 316.2 LEC). La dicción legal del apartado segundo del art. 316 LEC

1524 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafos 7º y 8º.

1525 STS, Sala 1ª, de 29 de noviembre de 2007, fto.jco.6º (RJ 2007\8429), la cual, a su vez, cita las STS de 21 de noviembre y 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9893), y 19 de febrero (RJ 2007\2793), 27 de abril (RJ 2007\2400) y 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5080).

1526 En palabras de Gorphe, F., *Apreciación judicial de la pruebas,* ob. cit., p.169, la confesión como prueba plena precisa «declaraciones suficientemente precisas y detalladas, ya sea espontáneamente, o –y resulta lo más frecuente– como consecuencia de un interrogatorio: solo entonces es instructiva y demostrativa de lo ocurrido y es posible, de acuerdo con su contenido, darse cuenta si se ajusta a la verdad».

1527 STS, Sala 1ª, de 17 de mayo de 2002, fto. jco.4º (RJ 2002\5343) la cual, a su vez, cita las SSTS 27 de junio de 1995 (RJ 1995\5307), 2 de julio (RJ 1996\5550) y 5 de noviembre de 1996 (RJ 1996\9276) y 22 de mayo de 1999 (RJ 1999\3478), 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8904), y 26 de mayo (RJ 1999\4255) y 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999\9049); y 21 (RJ 2000\7126) y 26 de julio de 2000 (RJ 2000\6199).

1528 STS, Sala 1ª, de 17 de mayo de 2002, fto. jco.4º (RJ 2002\5343), la cual, a su vez, cita las SSTS de 16 de marzo de 1993 (RJ 1993\2285), 27 de junio (RJ 1996\4794) y 5 de noviembre de 1996 (RJ 1996\9276), 21 de julio 1997 (RJ 1997\218), 8 de mayo de 1998 (RJ 1998\3187) 28 junio 2000 (RJ 2000\5721) y 1 febrero (RJ 2001\1684) y 10 de marzo de 2001.

comienza señalando «en todo lo demás», lo que significa que será de libre valoración en todos los casos en que no tenga fuerza tasada, y dadas las estrictas condiciones del apartado primero del art. 316 LEC, será habitualmente una prueba de libre valoración[1529]. En concreto, y respecto a las declaraciones favorables a la parte interrogada, se ha estimado que pueden ser consideradas como elementos aclaratorios o complementarios de otros medios de prueba (STS, 20 de octubre de 2004[1530]).

Se regula también la *ficta admissio*, tanto en los supuestos de incomparecencia de la parte interrogada, cuanto en los supuestos de negativa a declarar o respuestas evasivas, y en ambos casos se trata de una apreciación facultativa del juzgador de instancia que no puede ser revisada en casación (entre otras, SSTS de 19 de octubre de 2004[1531], 3 de julio de 2003[1532] y 5 de diciembre de 2002[1533]). En los supuestos de incomparecencia (art. 304 LEC) la *ficta admissio* está sujeta al requisito de la citación en legal forma a la parte, la inexistencia de justa causa que justifique la incomparecencia[1534], el previo apercibimiento en la citación y la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente y puedan deducirse de la demanda, contestación y reconvención. Por lo que respecta al apercibimiento no basta la expresión «haciendo los apercibimientos legales», siendo necesario un apercibimiento específico y expreso (SAP Valencia de 27 de mayo de 2002)[1535].

En los supuestos de negativa a declarar o respuestas evasivas o inconcluyentes de la parte interrogada (art. 307 LEC), la *ficta admissio* requiere el apercibimiento en el acto de las consecuencias de su actuación, que la negativa a declarar sea injustificada –puesto que se excluyen de este precepto los supuestos en que el declarante tuviera la obligación legal de guardar secreto–, y la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente.

El problema fundamental de la valoración de la declaración de las partes –al igual que la declaración de los testigos– es la ponderación de la credibilidad que cabe otorgar no tanto a la parte (o al testigo), cuanto a su testimonio. Dentro de las circunstancias controlables por el juez se han enumerado la coherencia de los relatos –esto es, la ausencia de contradicciones en

1529 Asencio Mellado, J. Mª, en «El proceso civil práctico», t.IV, ob. cit., p.316.

1530 STS, Sala 1ª, de 20 de octubre de 2004, fto.jco.3º (RJ 2004\6081).

1531 STS, Sala 1ª, de 19 de octubre de 2004, fto. 2º (RJ 2004\6078)

1532 STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 2003, fto. jco.2º (RJ 2003\4322), la cual, a su vez, cita las SSTS de 18 de abril (RJ 1995\3137) y 1 de junio de 1995 (RJ 1995\4590), 1 abril (RJ 1996\2876), 29 de octubre (RJ 1996\7747) y 17 de diciembre de 1996; 1 de febrero de 1999 (RJ 1999/332) y 15 de julio de 2000 (RJ 2000\6692).

1533 STS, Sala 1ª, de 5 de diciembre de 2002, fto.jco. 11º (RJ 2002\10431).

1534 Rodríguez González, C., *La 'ficta confessio' en el proceso civil español*, en «Información Jurídica», núm. 312, enero-marzo, 1972, p.55, con respecto a la LEC de 1881, efectúa una enumeración de justas causas para la incomparecencia.

1535 SAP Valencia, secc. 11ª, de 27 de mayo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43468).

la declaración–, la contextualización del relato –esto es, el ofrecimiento de detalles del marco en que se desarrollan los hechos–, las llamadas «corroboraciones periféricas» –por ejemplo, y en el ámbito penal, el hecho que dos o más testigos declaran lo mismo que el imputado–, y la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante –esto es, detalles innecesarios aportados por el declarante y que confirmar la verdad o falsedad de su declaración–[1536].

6.2. De los documentos

En la valoración de la prueba documental es necesario efectuar dos operaciones diferentes y sucesivas en el tiempo, cual es, en primer lugar, y siguiendo a Serra Domínguez, la verificación documental, esto es, la prueba de la autenticidad del documento y, acto seguido, la atribución de su eficacia probatoria, distinguiendo la eficacia probatoria común a todo documento, la eficacia probatoria privilegiada del documento público y la eficacia del documento privado no impugnado[1537]. Como se ha dicho acertadamente «a la prueba documental propiamente dicha o prueba por el documento, ha de preceder la prueba de la autenticidad del documento»[1538].

La distinción entre autenticidad del documento y eficacia probatoria se recoge con precisión en la STS de 25 de noviembre de 2002, en los términos literales siguientes:

> «Una cosa es la autenticidad de un documento y otra la eficacia probatoria. La primera se refiere a la legitimidad del continente, es decir, a la proveniencia de su autor, por lo que concurre cuando hay concordancia del autor aparente con el autor real. La declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. Sólo el documento auténtico es idóneo para poder probar 'por sí solo', mientras que el documento que, impugnado o no reconocido, no conste su autenticidad o inautenticidad puede valorarse 'conjuntamente con otras pruebas', según viene manteniendo la jurisprudencia. Cosa diferente es la eficacia probatoria, que se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento (que no haya sido declarado carente de autenticidad). En un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta de éstos. Sólo queda vinculado en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o tasada, la cual se circunscribe (arts. 1218 y 1225) al hecho y la fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no a la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba (SS 21 de noviembre 2000 [RJ 2000,9238] y 19 abril 2002 [RJ 2002, 3307])»[1539].

1536 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., pp. 222-230; y del mismo autor «Inmediación» y valoración de la prueba el retorno de la irracionalidad, inédito, p.7.

1537 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. dijusa, Barcelona, 2000, pp. 256-261 y 262-268.

1538 Gómez Orbaneja, citado por Serra Domínguez, *La prueba documental*, ob. cit., p.256.

1539 STS, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2002, fto.jco.5º (RJ 2002\10275).

La verificación documental consiste en la determinación de la autoría del documento, esto es, que ha sido formado por la persona a quien se atribuye su autoría. A tal efecto, la LEC establece un régimen de verificación distinto para los documentos públicos que para los privados.

El documento público, en la medida en que en su autor es un funcionario público[1540], goza de una presunción de autenticidad[1541] y la parte que impugnante deberá acreditar su falta de autenticidad (art. 318 LEC), a cuyo efecto deberá solicitar un cotejo o comprobación, normalmente circunscrito a verificar si la copia aportada del documento público coincide con la matriz (art. 320.1 LEC). La impugnación de la autenticidad del documento público es poco frecuente, como también lo es que tal verificación ofrezca un resultado negativo.

Por el contrario, resulta más habitual la impugnación del documento privado, en cuyo caso, y al no gozar de la presunción de autenticidad del documento público, la parte aportante del documento –no la parte impugnante– deberá acreditar su autenticidad, a cuyo efecto podrá solicitar el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio pertinente al efecto (art. 326.2 LEC). Acreditada la autenticidad, se identifica su fuerza probatoria con la del documento público (art. 326.1 LEC).

Una vez verificada la autenticidad del documento, debemos proceder a determinar el alcance de su eficacia probatoria. Siguiendo al mismo Serra Domínguez existe una eficacia común a todo documento, que comprende el hecho mismo de su existencia, bien sea documento público, bien sea documento privado[1542] y que no puede ser ignorada por el juez.

A partir de esta eficacia común, el documento público goza de una eficacia privilegiada, teniendo el valor de prueba legal en los extremos relativos al hecho de su otorgamiento, de su fecha y de los intervinientes (art. 319.1 LEC), debiéndose extender también el ámbito de la prueba tasada al lugar en que se produjo esa documentación, salvo que se demuestre la falsedad material del documento. Reiterada y constante jurisprudencia ha sostenido que el ámbito cubierto por la fe pública no se extiende a la «veracidad intrínseca» de las afirmaciones contenidas en el documento público, las cuales deberán ser valoradas libremente por el juez en una apreciación conjunta con el resultado de las demás pruebas[1543].

1540 Ver Rodríguez Adrados, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)* en «Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial», Fairén Guillén, V. y Gómez Colomer, J.L. (coords.), Universitat Jaume I, col·lecció «Estudis pràctics», núm.8, Castellón, 2004, pp. 78 y ss., sobre clases de documentos, públicos, privados y oficiales.

1541 Serra Domínguez, M., *La prueba documental,* ob. cit., p.265, apunta que las dos notas diferenciales del documento público con respecto al privado son la de su «autenticidad intrínseca» y «su eficacia probatoria privilegiada en cuanto al hecho del otorgamiento y su fecha».

1542 Serra Domínguez, M., *La prueba documental,* ob. cit., pp. 262-264.

1543 Ver, entre otras muchas, las SSTS, de 6 de mayo de 1993, fto. jco. 1º (RJ 1993/3445) y de 26 de enero de 2001, fto. jco. 5º (RJ 2001/528). Así la STS de 7 de julio de 1989, fto. jco. 6º (RJ 1989/5414) mantiene que «el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no

La eficacia del documento privado no impugnado o cuya autenticidad haya resultado acreditada se equipara, por disposición legal, a la del documento público (art. 326.1 LEC). No obstante, tal equiparación solo se produce en los extremos relativos al hecho de su otorgamiento y la identidad de los intervinientes, en la medida que la fecha del documento privado solo tendrá valor de prueba legal respecto de terceros cuando se acredite fehacientemente por alguna de las formas previstas en el art. 1227 CC o por otros medios de prueba.

La eficacia de un documento privado impugnado, y cuya autenticidad no se ha podido acreditar o sobre la que no se ha propuesto prueba alguna, queda sometida a las reglas de la sana crítica (art. 326.2, II LEC).

6.3. Del interrogatorio de testigos

El interrogatorio de los testigos ha sido por excelencia la prueba de libre valoración y así el legislador, siguiendo el precedente del art. 659 LEC 1881[1544] y de los artículos 539 y 546 del Proyecto de Profesores de 1974 remite a las reglas de la sana crítica[1545], que aparecen modalizadas por tres parámetros legales: la razón de la ciencia, las circunstancias concurrentes y la tacha de los testigos[1546].

a) La razón de ciencia viene referida a la fuente de información del testigo y ha sido definida, a nivel doctrinal, como «las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho»[1547] y, a nivel jurisprudencial, como «una justificación de la declaración, es decir, la expresión del cómo, cuándo, y dónde se percibió lo que se declara»

---

basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo respecto del hecho de su otorgamiento y de la fecha de éste, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas». Y con posterioridad la STS, de 31 de mayo de 2006, fto. jco. 3º (RJ 2006/3176) recuerda que el valor tasado del documento público no se extiende a su contenido, de modo que «la veracidad intrínseca del documento público puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando tan sólo al órgano judicial su otorgamiento y fecha». Ver también Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 66-67.

1544 de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, 1968, pp. 188-192, describe la evolución histórica de la valoración de la prueba testifical hasta la LEC de 1881 y califica la sana crítica, contenida en el art. 659 LEC 1881, como «estándar jurídico»; esto es, «un concepto límite saturado de contenido, cuyo desarrollo queda a cargo de la doctrina jurídica».

1545 Una síntesis de la noción jurisprudencial de las «reglas de la sana crítica» puede verse en la SAP Madrid, secc.10ª, de 13 de diciembre de 2005, fto. jco.13ª (JUR 2006/129523).

1546 Una síntesis de los parámetros de valoración del interrogatorio de los testigos puede verse en la SAP Valencia de 25 de julio de 2008, fto. jco.4º (La Ley 325866/2008).

1547 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t.II, ob. cit., p.122.

(SAP Santa Cruz de Tenerife 19 de junio de 2006)[1548]. Alude a la cercanía del testigo con el hecho y a la fiabilidad de su fuente de conocimiento.

b) Las circunstancias concurrentes se refieren a «las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara» (SAP Córdoba, de 13 de enero de 1997)[1549], que han sido objeto de variadas clasificaciones doctrinales[1550].

c) La tacha y su resultado que, como es sabido, no comporta la inhabilidad del testigo para declarar (art. 379.3º LEC), pero funcionan «como una advertencia de sospecha de parcialidad» (STS 10 de febrero de 2004[1551]), exigiendo un mayor esfuerzo en la motivación del juicio fáctico por parte del juez, quien deberá razonar porqué otorga credibilidad al testigo, no obstante concurrir unas circunstancias que *a priori* disminuyen su credibilidad[1552], habiendo declarado la jurisprudencia que «el testimonio de un testigo susceptible de ser tachado, puede inducir válidamente a formar el convencimiento del juez sobre la veracidad de sus datos, objeto de prueba, tanto más cuanto que la Sala explicita los criterios que dentro de las reglas de la sana crítica le conducen a formar su convicción» (STS de 17 de noviembre de 1998)[1553].

En la valoración del testigo tachado –o en terminología de Muñoz Sabaté del «testigo suspectus»– será oportuno tener en cuenta: 1º) la motivación del resultado de la tacha, esto es, de la circunstancia objetiva de tacha que concurre en el testigo y de la afectación a su declaración; 2º) la relativa al motivo de tacha, pues por poner un ejemplo, la circunstancia de parentesco no puede tener la misma trascendencia en una reclamación de cantidad que en un proceso de familia; y 3º) la actitud de la parte adversa –en cuanto a la admisión o contradicción de la tacha– y el resultado que sobre la misma se haya practicado[1554].

La declaración del testigo es un proceso mental complejo en el que confluyen tres elementos: 1º) la percepción sensible de la cosa o del hecho, variable según los individuos y las circunstancias en que se encuentran; 2º) la memoria, en la que se integran la conservación de la impresión sensible, la reproducción del recuerdo, su evocación y localización

1548 SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 19 de junio de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/280524).

1549 SAP Córdoba, sección 2ª, de 13 de enero de 1997 (La Ley 1997\ 3810).

1550 Entre otras, Gorphe, F., *La crítica del testimonio* (traducc. Ruiz Funes, M), ed. Reus, Madrid, 2003, pp. 288-289.

1551 STS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 2004, fto. jco.3º (RJ 2004\456), la cual, a su vez, cita las SSTS de 20 de julio de 1995 (RJ 1995\6194); 19 (RJ 1998\9561) y 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9562) y 11 de octubre de 2000 (RJ 2000\9193).

1552 En este sentido, Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, ob. cit., p.368, alude a «la explícita necesidad de motivación» para valorar al testigo tachado.

1553 Véase el fto. jco.2º, (RJ 9317/1998).

1554 Quintana Ferreiro, F., *La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo perito*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», J.M.Bosch, 2008, pp. 101-102.

en el tiempo; y 3º) la deposición, o declaración ante el juez, de la que se ocupan la mayoría de los ordenamientos para garantizar su veracidad, y que varía también en función de la capacidad de expresión del declarante y de su voluntad de reproducir fielmente sus percepciones[1555].

6.4. De la prueba pericial

En redacción más escueta que su precedente (art. 632 LEC/1881[1556]), y en términos prácticamente idénticos al art. 505 del Proyecto de Profesores de 1974, el art. 348 LEC dispone que «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica». Siguiendo en lo sustancial a Seoane Spielgelberg son parámetros de valoración de la prueba pericial los siguientes[1557]:

a) La cualificación profesional del perito, y por ende, su especialización sobre la materia del dictamen. Aun cuando la LEC admite, en orden a la capacidad del perito, que pueda rendir dictamen tanto el perito con título oficial en la materia, cuanto, de tratarse de materias no comprendidas en titulaciones oficiales, la «persona entendida en la materia» (art. 340 LEC), debe entenderse que opta preferentemente por el perito con titulación oficial y, dentro de la titulación oficial, por aquel que reúna mayor grado de especialización, pues, por citar algún ejemplo, en una pericial para determinar las lesiones en las vértebras de un sujeto a raíz de una accidente de circulación parece razonable otorgar prevalencia al dictamen del traumatólogo que al del médico general.

b) El método observado. Si junto con el dictamen pericial, se pueden aportar «los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer lo que haya sido objeto de la pericia» (art. 336.2 LEC) y si para la emisión del dictamen puede requerir «algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas» (art. 345 LEC), deberá atenderse a las operaciones previas del perito y a la documentación acompañada. Así, en un supuesto de reclamación de vicios ocultos en el que se alegan defectos en la superficie del terreno, puede resultar más creíble aquel dictamen que se acompañe de un informe geotécnico que el que carezca del mismo.

1555 Gorphe, F., *Apreciación judicial de las pruebas*, ob. cit., p.292.

1556 Cuyo tenor literal era: «Los jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos».

1557 Seoane Spielgelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., pp. 407-414.; Nieva Fenoll, J., «Inmediación» y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad, inédito, p.9, alude a tres parámetros: a) la cualificación profesional del perito; b) la calidad expositiva de su dictamen; y c) los indicios objetivos de calidad de la labor realizada, referidos éstos últimos a los procedimientos aceptados por la comunidad científica.

c) Las condiciones de observación o reconocimiento. En ejemplo que propone el citado Seoane Spielgelberg, parece lógico dar «mayor valor a un informe psiquiátrico basado en la valoración clínica de un paciente ingresado en un centro durante meses, que quien lo elabora basado en una entrevista de poco o escaso tiempo, o el del arquitecto que efectúa el reconocimiento un día en que llueve y comprueba las filtraciones de agua a través de la cubierta»[1558].

d) Vinculación del perito con las partes. Este criterio debe ser muy matizado, pues cierta orientación doctrinal y algunas resoluciones judiciales sancionan, con mayor o menor intensidad, la superioridad del dictamen de designación judicial sobre el emitido por las partes, por entender que concurre «una mayor presunción de objetividad» (SSTS 28 de enero de 1995 y 31 de marzo de 1997[1559]) y que los dictámenes a instancia de parte están «dotados de menor grado de objetividad e imparcialidad» (SAP Pontevedra, 5 de febrero de 2003[1560]). Las reglas de la sana crítica se aplicarán tanto en la valoración del dictamen emitido por perito a instancia de parte cuanto al dictamen emitido por perito de designación judicial, sin que necesariamente deba prevalecer este último sobre el primero, pues aun siendo cierto que el perito de designación judicial goza, en su origen, de mayor objetividad sobre el perito de parte, en la medida que éste es escogido por la propia parte, quien puede controlar el resultado, lo decisivo es «la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia» (SAP Baleares, de 3 de octubre de 2006[1561]) y la mayor o menor fundamentación del dictamen, y todo ello debe ponderarse en el momento de dictar sentencia. El artículo 348 LEC somete la valoración del dictamen pericial a las reglas de la sana crítica, sin distinguir entre el dictamen de parte y el de designación judicial, por lo que dichas reglas se deben aplicar a ambos dictámenes, sin que entre ellos exista ningún tipo de jerarquía.

e) Proximidad en el tiempo y carácter detallado del dictamen. Es siempre un criterio fundamental que el dictamen se haya realizado con cierta proximidad respecto al hecho objeto de dictamen, a los efectos de evitar una modificación en el estado de las cosas, lugares o personas. También es fundamental la lógica interna del dictamen y su razonabilidad.

1558 *Ibid.*, p. 409.

1559 Entre otras, SSTS, Sala 1ª, de 28 de enero de 1995; de 31 de marzo de 1997, fto.jco.4º (EDJ 1997/2111); AAP Vizcaya, secc.3ª, de 6 de abril de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/97606); SAP Barcelona de 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/195769).

1560 De manera conclusiva la SAP Pontevedra de 5 de febrero de 2003, fto. jco.2º (RJ 2003/179088) afirma: «Desde un punto de vista formal es irrebatible la superior valoración que merece el informe del perito judicial por ser el único que ha sido practicado en este juicio de acuerdo con las normas procesales en cuanto al nombramiento del profesional adecuado y sobre todo con sometimiento a la contradicción de todas las partes, requisito esencial de toda prueba. Por el contrario el recurso se fundamenta en lo que se califica como informes de parte, dotados de menor grado de objetividad e imparcialidad».

1561 SAP Baleares, secc.3ª, de 3 de octubre de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/312402).

f) El criterio de la mayoría coincidente, conforme al cual el dictamen conteste de varios técnicos es racional que prevalezca sobre el contradictorio de uno de ellos[1562]. Sin embargo, ello no implica aplicar automáticamente un criterio de mayorías, pues debe prevalecer la lógica interna y conclusividad del dictamen pericial sobre el número de dictámenes presentados. O, dicho en otros términos, el juez puede otorgar mayor credibilidad al dictamen discrepante sobre el de la mayoría coincidente, siquiera deberá motivar el porqué se aparta de las conclusiones de los dictámenes mayoritarios. E incluso puede tener en cuenta una parte y desestimar otra parte del dictamen, pues nada impide que el juez «tome en cuenta una parte de la pericial y no la restante, pues nada obliga en términos lógicos a tener que acoger la totalidad, so pena, en otro caso, de tener que rechazarla en su integridad» (STS 14 de junio de 2011[1563]).

Además, podemos atender a otros factores, como los siguientes:

a) La concordancia entre el contenido y el objeto del dictamen. El juez también deberá ponderar si el perito ha emitido el dictamen sobre los extremos objeto del dictamen o se ha extralimitado[1564], bien por extenderse a extremos distintos de los del encargo, bien por emitir conclusiones jurídicas.

b) Los razonamientos que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos. Tanto a instancia de parte (art. 338.2 LEC) cuanto de oficio (art. 346 LEC) y tanto respecto a los dictámenes de parte cuanto a los de designación judicial (art. 346 LEC), se puede solicitar la contradicción del dictamen pericial en el acto del juicio. La prueba pericial «no solo alcanza la emisión escrita de su informe, sino su intervención [del perito] en el juicio con explicaciones y respuestas a las preguntas de las partes y del juez (art. 347 LEC)» (SAP Cantabria, 19 de septiembre de 2005)[1565].

El juez debe evitar tanto del sometimiento incondicional al parecer del perito, cuanto el prescindir injustificadamente del dictamen[1566], coincidiendo con Díaz Fuentes al

1562 SAP A Coruña, de 27 de septiembre de 2006, fto.jco.6º (EDJ 2006/307404).

1563 STS, Sala 1º, de 14 de junio de 2011, fto.jco. 3º (RJ 2011\4528).

1564 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.321.

1565 SAP Cantabria, secc.3ª, de 19 de noviembre de 2005, fto. jco.4º (EDJ 2005/169663). Y, en sentido similar, la SAP Toledo, secc.1ª, de 19 de septiembre de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/286091) recuerda que «la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporte a los autos, sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a las preguntas u objeciones de las partes y del Tribunal (art. 347 LEC)».

1566 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.323; Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.285.

afirmar que «la afinación del instrumento de la prueba pericial no radica en la libertad con que el tribunal ha de enfocarla, sino en la capacidad crítica para su acertada valoración»[1567].

Dado que la prueba pericial está sometida a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), y tales reglas no están catalogadas o predeterminadas, la jurisprudencia sostiene que la valoración de la prueba pericial no es revisable en casación, salvo en supuestos de error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad, por impedirlo el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), admitiéndose con carácter excepcional su impugnación: «a) Cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) Cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o se conculquen los más elementales criterios de la lógica o se adopten criterios desorbitados o irracionales; c) Cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y d) Cuando se efectúan apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia» (STS de 29 de abril de 2005[1568]).

6.5. Del reconocimiento judicial

A diferencia de lo que sucede con los restantes medios de prueba enumerados en el apartado primero del art. 299 LEC, y siguiendo la tradición de la LEC de 1881 y del Código Civil, así como del Proyecto de Profesores de 1974, no existe previsión legislativa sobre cuál deba ser la apreciación de la prueba de reconocimiento judicial por parte del juez, ni siquiera una remisión genérica a las reglas de la sana crítica, llegándose a afirmar por algunos autores que el reconocimiento judicial «se encuentra al margen de la clasificación en prueba legal o libre»[1569].

La jurisprudencia recaída con anterioridad y posterioridad a la LEC, viene aplicando criterios similares a los de valoración conforme a las reglas de la sana crítica[1570] y tiene declarado, en acertada síntesis de Font Serra: 1) Que la prueba de reconocimiento judicial no es prueba tasada o legal (STS 27 de julio de 1996. AC 899/1996); 2) Que, por su naturaleza –por el hecho de su percepción directa por el tribunal–, la prueba de reconocimiento judicial no es una prueba privilegiada, de modo que deba prevalecer sobre los demás medios de prueba (STS 8 de noviembre de 1982. RAJ 1982/6533); 3) Que es un medio de prueba de libre valoración, de apreciación discrecional por el juez (STS 31 de diciembre de 1993, RJ

1567 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, p.279.

1568 STS, Sala 1ª, de 29 de abril de 2005, fto.jco.4º (RJ 2005\3647), con abundante cita de sentencias para cada uno de los supuestos excepcionales en los que se admite la impugnación en casación.

1569 Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p.348 y Gómez Colomer, J.L., *Derecho jurisdiccional*, ob. cit., p.321.

1570 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, 2005, p.286; Rifá Soler, J.Mª., *Comentario al art. 358 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Atelier, 2000, p.1665; Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.335.

1993\9919[1571]); 4) Que la libre valoración de la prueba de reconocimiento judicial no supone arbitrariedad, sino aplicar los criterios de la lógica, el sentido común y la experiencia, conforme a las reglas de la sana crítica (STS 24 de diciembre de 1987. AC. 215/1988); 5º) Que las reglas de la sana crítica sólo se vulnerarán en la valoración de la prueba de reconocimiento judicial, cuando no se haya tenido en cuenta o se contradiga algún dato claro y terminante (que conste en el acta de reconocimiento judicial) apreciado por el tribunal en el reconocimiento judicial (STS 25 de febrero de 1988. AC 459/1988)[1572].

En orden a la valoración debemos distinguir si el mismo juez que practica el reconocimiento es el que dicta la sentencia o si es un juez distinto. Si el mismo juez que practica el reconocimiento debe dictar sentencia –aspiración del art. 194 LEC–, se pueden confundir las operaciones de interpretación y valoración de la prueba, cuando menos respecto a los datos objetivos del reconocimiento –ej. existencia o no de un objeto, medición del mismo, etc.–, en la medida en que no existiendo normas tasadas de valoración, difícilmente el juez podrá sustraerse a la impresión recibida durante la práctica del reconocimiento, resultando aconsejable, en cuanto a los datos subjetivos –apreciaciones o juicios de valor del juez y demás asistentes– que se contrasten con el resultado de los demás medios de prueba, en una operación netamente de valoración[1573].

Mayor dificultad suscita la apreciación del reconocimiento judicial dentro del mismo proceso por juez o tribunal distinto. Ello puede suceder bien en supuestos de reconocimiento practicado por auxilio judicial, bien en supuestos de cambio de juez (fallecimiento, jubilación, recusación o suspensión), bien en supuestos de entrada de la causa en la segunda instancia. Aun siendo cierto que «el cambio de juez no puede perjudicar a las partes ni alterar el resultado del proceso» y siendo deseable que el juez que dicte sentencia se encuentre en mismo lugar que el juez que practicó reconocimiento[1574], no es menos cierto que ningún juez puede quedar vinculado por el resultado de una percepción ajena –salvo que se

1571 La STS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1993, fto. jco. 2º (RJ 1993\9919) afirma: «[…] b) reiteradamente tiene declarado esta Sala que la apreciación de la prueba pericial es contenido del Tribunal de instancia quien en tal tarea no tiene otro límite que las reglas de la sana crítica, no recogidas en ningún precepto legal que pueda citarse como vulnerado en casación; por principio general, la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el Juzgador según su prudente criterio; y c) ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen norma alguna sobre valoración de la prueba de reconocimiento judicial, por lo que es de apreciación discrecional por el órgano jurisdiccional de instancia, sujeta a su criterio y, por tanto, no impugnable en casación».

1572 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 270-274.

1573 Sobre la distinción entre los datos extrínsecos o formales –día, hora, lugar, personas concurrentes, firma de los asistentes– y los datos intrínsecos de carácter objetivo –relativos al objeto sobre el que versa el reconocimiento– y los datos intrínsecos de carácter subjetivo – relativos a las apreciaciones y juicio de todo tipo que emiten los concurrentes al acto– ver Ordoño Artes, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 277 y 278.

1574 Serra Domínguez, M., *De la inspección personal del juez*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. II, (dir. Albaladejo, M.), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.442.

trate de un dato objetivo irrefutable–, resultando posible que, en los supuestos de actas confusas o de contradicción entre los juicios de valor del juez que practicó el reconocimiento y el juez sentenciador, este último opte por desvincularse motivadamente de los juicios de valor del juez «del reconocimiento» o bien opte por practicar, a modo de diligencia final de oficio (art.435.2 LEC), un nuevo reconocimiento judicial.

Si el reconocimiento se ha practicado por medios técnicos –lo cual es facultativo, a pesar de la imperatividad de los términos legales– (art. 359 LEC)–, estimamos que puede ser útil recoger acta detallada de todas las percepciones y apreciaciones del tribunal (art. 358 LEC)[1575]. El hecho que el juez se dirija al Secretario judicial haciendo constar sus percepciones le obliga a efectuar una primera elaboración intelectual de sus percepciones y delante del lugar, del objeto o de la persona que es examinada por primera vez y en el mismo momento del examen. Todo ello permite al juez racionalizar sus percepciones en el acto del reconocimiento con una inmediatez que no ofrece la posterior valoración en sentencia, en la que deben conjugarse los datos probatorios extraídos de otros medios de prueba.

En cualquier caso, la apreciación del reconocimiento puede efectuarse, por el mismo juez que lo practicó u otro distinto, a partir de la observación del sistema de grabación, que sitúa al juez sentenciador, si no en una posición idéntica al juez que practicó el reconocimiento –pues no elige las imágenes que graba–, cuando menos muy similar.

7. Colisión en la valoración de los medios de prueba

Como supuestos de colisión entre medios de prueba pueden distinguirse tres supuestos[1576].

7.1. Colisión entre medios de prueba de libre valoración

La colisión entre medios de prueba de libre valoración se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio. Son los supuestos de colisión entre el interrogatorio de testigos con la prueba pericial, con el reconocimiento judicial y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

1575 En sentido distinto, Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.353.

1576 Seguimos la sistematización efectuada por Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 346-352. Más recientemente, y del mismo autor, un resumen en *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 182 y 183.

No es fácil establecer la prioridad entre el reconocimiento de la parte y las declaraciones del testigo o las conclusiones del perito[1577]. En principio, y siempre que el reconocimiento reúna los requisitos del art. 316.1 LEC, y atendiendo a las reglas de la experiencia, prevalecerá sobre la declaración de un testigo, que no deja de ser un tercero en los hechos objeto de discusión, y prevalecerá sobre las conclusiones del perito, siempre que el objeto del juicio no fuera excesivamente técnico.

En caso de contradicción entre la declaración de las partes o terceros con las percepciones judiciales en el reconocimiento judicial, deberá prevalecer lo constatado por el juez, en cuanto si los demás medios de prueba se orientan a convencer al juez, por el reconocimiento judicial el juez se convence[1578]. Ello a salvo que se advierta error en la percepción judicial en el acto del reconocimiento.

Un supuesto particular es la declaración de un testigo que entra en contradicción con la de otros testigos, e incluso la existencia de contradicciones en la declaración de un mismo testigo. Respecto a las declaraciones contradictorias de varios testigos, y con extraordinaria cautela, podemos otorgar mayor credibilidad: a) a la declaración del testigo directo –que ha presenciado personalmente los hechos– sobre la declaración del testigo de referencia –que tiene conocimiento de los hechos a través de un tercero[1579]; b) a la declaración del testigo libre de tacha sobre la declaración del testigo tachado (*testigo suspectus*[1580]); c) a la declaración del testigo cuyas respuestas abordan directamente las cuestiones formuladas sobre las declaraciones del testigo cuyas respuestas inciden en detalles periféricos y soslayan el tenor de las preguntas; d) a la declaración del testigo-perito (art. 370.4 LEC) sobre la declaración del mero testigo, en todo aquello que precise conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos[1581].

1577 Con respecto a la normativa derogada, la «colisión de la confesión judicial con otras pruebas» es estudiada por Serra Domínguez, M., *De la confesión*, ob. cit., pp. 306-313.

1578 En el reconocimiento judicial el juez es protagonista y destinatario de la prueba. Sobre el particular: Serra Domínguez, M., *De la inspección personal del Juez*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Albaladejo, M. (dir.), t.XVI, vol. 2º, Madrid, 1991, p.412; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», ob. cit., p.338; López Yagües, M., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.44.

1579 En este sentido Garberí Llobregat, J., y Buitrón Ramírez, G., *La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 476-477; Gutiérrez Sanz, Mª R., *Comentario al art. 376 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1258; Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 376*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler y Valls Gombau (coords), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1734.

1580 La terminología es de Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., p.358.

1581 Fernández Seijo, J. Mª, *Comentario al art. 370 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.2651, los califica como «testigo de carácter privilegiado en razón de su conocimiento».

Reitero que las anteriores reglas deben tomarse con extrema prudencia, y atendiendo siempre a las circunstancias del caso. Por citar un ejemplo, un testigo de referencia puede tener un recuerdo perfecto de un hecho o situación lejana en el tiempo (ej. facilidad de retención y de memoria remota), mientras que un testigo directo puede tener su percepción deteriorada de situaciones muy próximas en el tiempo (ej. déficit de agudeza visual). U otro ejemplo: la declaración discrepante del testigo presencial de un accidente de circulación puede merecer mayor credibilidad sobre la declaración de otros dos testigos, también presenciales pero confabulados, para ofrecer una versión de los hechos que favorezca a una de las partes.

Con respecto a la valoración de relatos contradictorios de un mismo testigo se han propuesto varios criterios. Así, partiendo de la premisa que uno de los relatos responde a la realidad, se ha sugerido atender otorgar credibilidad al último relato, cuando el testigo fue renuente a responder inicialmente; o, por el contrario, atender a la primera descripción por ser más espontánea y cercana al momento de la percepción de los hechos. También atender al origen o causa de la rectificación, si procede del propio testigo o a raíz de una admonición[1582]. Pero los anteriores criterios carecen de validez universal, y lo más prudente será neutralizar las declaraciones contradictorias y prescindir de la fuerza probatoria de su declaración, salvo que una de las versiones de los hechos aparezca ratificada por otros medios de prueba.

7.2. Colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada

En el supuesto de colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada, y por su propia naturaleza tasada, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre el interrogatorio de testigos y la prueba pericial con el contenido de un documento y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

Deberá prevalecer el contenido de un documento público o privado no impugnado sobre lo declarado por la parte, el testigo y el perito, y en cuanto al ámbito de eficacia tasada del documento, esto es, «el hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (art. 319 LEC).

7.3. Colisión entre medios de prueba de carácter tasado

En el supuesto de colisión entre medios de prueba de carácter tasado se neutralizan las pruebas y deben ser valoradas libremente por el juez.

1582 Dóhring, E, *La prueba,* Valetta ediciones, Argentina, 2003, pp. 135-136.

Un supuesto particular es el del reconocimiento (interrogatorio de la parte) que entra en contradicción con otras declaraciones de la propia parte, sea en el mismo proceso o en otro anterior. La existencia de declaraciones contradictorias de una misma parte durante un mismo proceso deberá ser valorada conforme a la sana crítica. Si la contradicción se produce con declaraciones vertidas por la misma parte fuera del proceso o en anterior proceso, deberá prevalecer la prestada en el mismo proceso, siempre que reúna los requisitos del art. 316.1 LEC.

8. La motivación de la valoración probatoria

8.1. El deber de motivar las resoluciones judiciales

La motivación de la resolución judicial debe ser entendida como una garantía constitucional, sancionada en el artículo 120 CE, y como una obligación legal, recogida en los artículos 218.2 y 386.1 LEC que en sintética expresión de la STC de 8 de marzo de 2004, implica «dar la razón del porqué de la decisión» y «ser razonada en términos de Derecho»[1583] o, en términos similares, «la expresión suficiente de un juicio lógico que lleva a tener por acreditados determinados hechos a partir de determinadas pruebas»[1584].

El art. 120.3 CE dispone que «las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». La motivación de la resolución judicial es, ante todo, una garantía constitucional, entendida ésta, con Lucas Verdú, como «el conjunto de medidas técnicas e institucionales que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciados por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración en la convivencia de los individuos y grupos sociales»[1585]. Como garantía constitucional la motivación de la

1583 STC de 8 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/6834). En el mismo sentido la STC de 23 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/10852) indica que la motivación implica expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y debe contener una fundamentación en Derecho.Y con anterioridad la STC de 12 de junio de 1987, fto. jco.4º (RTC 100/1987) afirmaba que el deber de motivar «exige al juez o tribunal una descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido». También el Tribunal Supremo se ha pronunciado de modo parecido, como es de ver, entre otras, en STS de 1 de febrero de 2010, fto. jco.2º (RJ 162/2010) cuando afirma que «el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo».

1584 García Casas, J., *La valoración conjunta de la prueba*, en Tribunales de Justicia, 2002, 7, p.11. En términos similares, Aliste Santos, T. J. describe la motivación como la «descripción o explicitación del proceso mental que lleva al juez a la toma de su decisión» (en *La motivación de las resoluciones judiciales,* ob. cit., p.155).

1585 Lucas Verdú, P., Voz «garantías constitucionales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t.X, Barcelona, 1960, p.546.

resolución judicial –que, según la literalidad positiva debe producirse «siempre»– constituye una manifestación por excelencia de la vinculación del juez a la ley.

Dicha garantía comporta: a) el derecho a obtener una respuesta fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso; b) no comprende el derecho al acierto en las resoluciones judiciales; c) el derecho a que el proceso siga su curso y finalice con una resolución fundada en Derecho, sea favorable o contraria a las pretensiones deducidas; d) el derecho a la proscripción de la arbitrariedad en la aplicación de las normas jurídicas; e) el derecho a una motivación suficiente, no necesariamente una motivación completa, pues como razona la STC de 12 de abril de 2005, «el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide» añadiendo, a reglón seguido, que basta una motivación suficiente, entendida como la referencia a «los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho»[1586]/[1587].

El aspecto más complejo es el relativo a la delimitación del concepto de «motivación suficiente», que puede ser entendido como la necesidad de expresar los hechos probados y los medios que han llevado a su fijación, exponiendo el juez las razones por las que otorga credibilidad a determinados medios de prueba en detrimento de otros. Ello comporta que el juez ha de justificar «qué decidió y por qué decidió, pero no cómo lo hizo»[1588].

La motivación como garantía constitucional cumple una doble función, por una parte, como garantía que permite el conocimiento por las partes y por un tribunal superior de los razonamientos de la sentencia (función endoprocesal), y por otra, de control generalizado y difuso mediante la publicidad de la decisión que puede ejercerse «desde el exterior del proceso, es decir, para utilizar una fórmula sintética pero expresiva, por el pueblo en cuyo nombre se pronuncia la sentencia (función extraprocesal)[1589].

El art. 218.2 LEC establece «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas […]. La

1586 STC, Sala 1ª, 12 de diciembre de 2005, fto. jco.4º (RTC 314\2005).

1587 Miranda Estrampes, M., *El estándar constitucional de suficiencia en la motivación fáctica de la sentencias y la valoración de la totalidad de las pruebas*, en Diario La Ley, 15 de septiembre de 2009, p.7, insiste en la necesidad de «completud» de la motivación, esto es, «la necesidad de analizar la totalidad de las pruebas admitidas y practicadas en un proceso siempre que las mismas resulten relevantes para resolver las cuestiones planteadas, salvo que su omisión pueda interpretarse de forma razonable como una respuesta tácita a esa exigencia justificativa».

1588 Cabañas García, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, ob. cit., p.247.

1589 Taruffo, M., *La motivación de la sentencia*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., pp. 516-519; y del mismo autor *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., pp. 535-536.

motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en su conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». Como se ha afirmado acertadamente la novedad de este precepto legal radica en establecer el contenido mínimo de la motivación legalmente exigible y en fijar cual ha de ser la forma de actuar del juzgador en el momento de ir a justificar sus decisiones[1590]. Tres son los aspectos fundamentales: a) la motivación comprende tanto la fáctica como la jurídica; b) la motivación considera los hechos y el derecho en su individualidad y en su conjunto; c) la motivación debe ajustarse a los dictados de la sana crítica. La sentencia civil no debe limitarse a resolver la controversia entre las partes, sino que debe aspirar a que la resolución sea percibida como «justa», lo cual, comporta –además de la imparcialidad del procedimiento– otros dos factores: a) la interpretación correcta y precisa y la aplicación de las disposiciones jurídicas sustantivas que rigen el caso (adecuada motivación jurídica); y b) la reconstrucción precisa, completa y verídica de los hechos del caso (adecuada motivación fáctica)[1591].

El art. 386.1 II LEC establece que «la sentencia en que se aplique el párrafo anterior [referido al uso de la presunción judicial] deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción». Este artículo recoge una doctrina del Tribunal Constitucional, posteriormente asumida por el Tribunal Supremo, que insiste en la necesidad de motivar las presunciones, porque no siendo un medio de prueba, sino una pura actividad intelectual es, como recuerda Muñoz Sabaté, «un campo muy sensible a cometer ciertas irregularidades»[1592] y de ahí que el razonamiento presuntivo constituya el cauce adecuado para el control sobre la discrecionalidad en la presunción[1593]. El proceso mental en que consiste la motivación suele resultar más sencillo cuando se trata de apreciar y fijar pruebas directas que cuando se trata de un proceso lógico-deductivo que parte de indicios para fijar hechos presumidos, siendo necesario –y de ahí la exigencia legal de motivación– que al recurrirse a las presunciones se explicite el razonamiento y la lógica de la inferencia deducida, eliminando la sombra de la arbitrariedad[1594].

1590 Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias*, ob. cit., p.111.

1591 Taruffo, M., *La recolección y la presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., pp. 342-346.

1592 Muñoz Sabaté, LL., *La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil*, La Ley, núm.3355, septiembre 1993, p.1040.

1593 Alvárez Sánchez de Movellán, P., *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, ed. Comares, Granada, 2007, p.26.

1594 La STC de 22 de diciembre de 1986, fto. jco.2º (RTC 1986\199) afirma: «Hay, sin embargo, en la prueba de presunciones –llamada impropiamente indiciaria– un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base (propiamente el indicio) en cuanto que éste ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la inferencia, la operación que lleva al hecho consecuencia, a la presunción rectamente entendida, que será tanto más correcta cuanto más llano y coherente sea el camino del hecho base a la conclusión. Se habla en este sentido, negativamente, del rechazo de la incoherencia,

La falta de motivación de la resolución judicial se traduce en un triple defecto, ya denunciado por Serra Domínguez. En primer lugar, respecto del propio juez, que a través de la motivación podría descubrir los defectos o errores de su propio razonamiento que pueden haberle pasado desapercibidos. En segundo lugar, respecto a las partes, pues la motivación puede convencerles de la corrección del razonamiento y con ello evitar la interposición de un recurso. Y en tercer lugar, respecto a los tribunales superiores que podrán resolver con mayor acierto los recursos si conocen la motivación del tribunal inferior[1595].

8.2. La primacía de la motivación fáctica

La motivación fáctica, también recogida *expresis verbis* en el precitado art. 218.2 LEC («la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos…»), exigirá determinar qué hechos han resultados probados y en virtud de qué pruebas[1596]. De esta manera, y como indica Taruffo, la motivación del juicio de hecho «satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas»[1597].

Así lo recuerda, entre otras muchas y con rotundidad, la STS de 12 de junio de 2000 al afirmar que «[…] no basta como calificar un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis»[1598]. Y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de abril de 1999 al afirmar:

> «Ahora bien, la doctrina viene declarando que la exigencia constitucional de motivación de las sentencias, según deriva del artículo 120.3 de la Constitución, expresión del sometimiento de la función jurisdiccional al imperio de la ley y garantía del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, no se limita al juicio de derecho, sino que alcanza también al juicio de hecho, mediante la puntual determinación de los hechos controvertidos que el Tribunal considera probados, con las particularidades que ello representa en el orden jurisdiccional civil, con indicación precisa de las fuentes y medios de prueba que le han conducido a fijarlos como tales y la exposición de las razones que han inspirado su decisión»[1599].

---

de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba. Se considera que no existe tal prueba si no se exterioriza –razonándolo– el nexo causal, es decir, si aparece sólo como una apreciación en conciencia, pero inmotivada o, mejor dicho, no explicada o no explicitada por el Juzgador».

1595 Serra Domínguez, M., *Comentario al Código Civil y las Compilaciones*, ob. cit., p.26.

1596 En este sentido, y entre otras muchas, STS 23 de septiembre de 1997 y STC de 13 de julio de 1986.

1597 Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.436.

1598 STS de 12 de junio de 2000, fto. jco. 2º, (EDJ 2000/15182).

1599 STSJ Navarra, Sala Civil y Penal, de 30 de abril de 1999, fto. jco.3º (RJ 1999\5602).

A menudo se reduce la motivación al juicio de derecho, con olvido que el juicio fáctico, y la selección de los hechos probados, es la que predetermina la fundamentación jurídica[1600], resultando bastante frecuente que los tribunales se ocupen desmesuradamente de las cuestiones jurídicas y olviden justificar adecuadamente el relato de los hechos probados[1601]. La sentencia es la respuesta a un conflicto singular, distinto de cualquier otro, y a menudo el ciudadano –que, en definitiva es el centro merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia–, tendrá un contacto puntual, a veces único, con dicha Administración, a la que medirá por la calidad de la respuesta, esto es, por el conocimiento que tuvo quien resolvió del problema planteado.

Tampoco debe olvidarse que la legitimidad del juez radica en la motivación de la resolución judicial. Tanto más se habrá satisfecho el mandato constitucional al derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) cuanto la sentencia sea más rigurosa en la selección y determinación de los hechos probados que integran el juicio fáctico. De ahí que resulten a menudo insatisfactorias, aun cuando formalmente ajustadas a derecho, aquellas sentencias que, tras una recopilación exhaustiva de jurisprudencia sobre la cuestión jurídica, que se reitera invariablemente en una y otra resolución, despachan la cuestión fáctica en unas escuetas líneas, reveladoras, en ocasiones, de una escasa sensibilidad probatoria. La sobreabundancia en la motivación jurídica esconde, a veces, una ignorancia de los hechos y, lo que resulta más grave, propicia una sentencia que formalmente es congruente con las pretensiones deducidas por las partes –en cuanto da respuesta a las mismas–, pero que no satisface al justiciable –sea o no la parte favorecida por la decisión– en cuanto éste percibe que el juez no ha atendido a los hechos, aun los más relevantes, del caso enjuiciado.

Si bien es cierto que los jueces y tribunales, en cuanto integrantes del Poder Judicial, tienen la función exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), no es menos cierto que esta función alcanza toda su plenitud cuando el juez ha penetrado en el análisis de los hechos particulares e individuales de cada caso y les da una respuesta razonada en derecho. En el mayor reconocimiento de esa legitimidad juegan un papel relevante, en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces de instancia en cuanto de ellos depende la primera respuesta motivada al conflicto de hecho y, además, ante ellos se practican una serie de pruebas bajo el principio de la inmediación (arts. 137, 194.1 y 289.2 LEC).

La deficiente motivación fáctica ha llevado en ocasiones al Tribunal Supremo a estimar el recurso por infracción procesal y declarar la nulidad de actuaciones, con reposición de las actuaciones a la Audiencia Provincial para dicte «nueva sentencia con motivación fáctica suficiente, todo ello con absoluto respeto a la función soberana y plenitud jurisdiccional de dicho órgano para la valoración de las pruebas y la adopción de la decisión

1600 Chamorro Bernal, F., *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, p.212.

1601 Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constituciones y legales*, ob. cit., p.241.

jurídica que corresponda» (STS de 6 de mayo de 2009). Se trata de un caso paradigmático, pues la sentencia de instancia había estimado una demanda que versaba sobre propiedad intelectual, propiedad industrial –diseño industrial y marcas– y competencia desleal, denunciando un industrial la conducta de otro por comercializar unos diseños o modelos de bicicletas que constituían un plagio o imitación de las comercializadas por el denunciante. En la instancia, y tras una valoración probatoria clara y amplia, se estima la demanda precisando las bicicletas del demandado que incurrían en la imitación. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación del demandado, desestimando la demanda pero carece de motivación fáctica acerca de la hipotética imitación, limitándose a señalar que «no concurre condicionante alguno de los referenciados en el caso que enjuiciamos». Y la sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal, recordando el alcance del deber de motivación y la primacía de la motivación fáctica, en los términos siguientes:

> «Es cierto que, en ocasiones, la declaración de no haberse probado los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones y excepciones de las partes no requiere una especial exégesis dada la propia impronta negativa de la declaración, sin embargo lo que no cabe es hacer caso omiso de las pruebas obrantes en autos [y valoradas por el juzgador de instancia] sin explicar por qué no se toman en cuenta. Y, finalmente, no resulta admisible pasar una valoración tan minuciosa, precisa y concreta (con independencia de si es o no acertada) como la de la sentencia del Juzgado, sin dar una explicación por la que no se toma en consideración. La apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud de jurisdiccional para la valoración de la prueba, pero la *revisio prioris instantiae* en que consiste el recurso no le autoriza para prescindir de las apreciaciones del juzgador *a quo* sin dar otras razones distintas, o decir por qué se rechazan, lo que se conculca cuando se efectúan afirmaciones apodícticas sin razonamiento alguno (STC 6/2002, de 14 de enero), o se elude cualquier referencia a los concretos hechos que está llamado a juzgar y hurta cualquier motivación que permita al recurrente una determinada decisión sobre cada uno de ellos»[1602].

La primacía de la motivación fáctica exige una adecuada selección de los hechos que se declararan probados y una adecuación valoración. La selección de los hechos probados, y siguiendo a Colomer Hernández, es un procedimiento psicológico del juez en el que deben distinguirse las siguientes operaciones: 1º) Examinar la fiabilidad de cada medio de prueba, consistente en el examen y verificación de los requisitos requeridos por cada uno de los medios de prueba; 2º) Interpretar la prueba practicada, para determinar y fijar el contenido que se ha querido transmitir por la parte proponente de la prueba; 3º) Examinar la verosimilitud del contenido de las pruebas practicadas; 4º) Comparar los hechos acreditados por los medios de prueba con los hechos alegados por las partes;

1602 STS, Sala 1ª, de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009\2913). Ponente Excmo. Dº Jesús Corbal Fernández. En ella se afirma que «el deber de motivación no se cumple […] en aquellos supuestos en los que el juzgador se limita a apreciaciones «in genere», *sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto exigente de una mayor explicación*, dando lugar con tal deficiencia argumentativa a una conclusión arbitraria, caracterizada por la apariencia de ser voluntarista –«simple expresión de la voluntad»–. (La cursiva es mía).

5º) Formar el relato de los hechos probados[1603]. En esta formación del relato fáctico será conveniente que el juez justifique los hechos probados atendiendo no solamente a las pruebas que ha valorado positivamente, esto es, que confirman el relato de hechos probados, sino también atendiendo a las pruebas que son contrarias a la reconstrucción de los hechos elaborada por el juez. La adecuada valoración, como se deduce del art. 218.2 LEC, exige un examen individual y conjunto del resultado de todas las pruebas legales y libres practicadas en las actuaciones.

La primacía de la motivación fáctica resulta decisiva para quienes sostienen que la función única de la sentencia –y del proceso civil, por extensión– no se puede limitar a la simple resolución de una controversia, sino que tiene en cuenta la eficiencia y calidad de la decisión judicial, de manera que ésta tiene que fundarse en sentencias justas y en una concepción racional de la actividad probatoria. Esa aspiración a la sentencia justa, presupone no solamente la legalidad de la decisión, esto es, la correcta aplicación de las normas jurídicas, sino también la veracidad de la decisión, es decir, la determinación de la verdad de los hechos relevantes. En palabras de Taruffo, ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una determinación falsa o errada de los hechos[1604].

8.3. El relato de los hechos probados en la sentencia civil

Conforme al art. 209.2 LEC, regulador de las reglas sobre la forma y contenido de las sentencias, en los antecedentes de hecho deben consignarse «las pruebas que se hubieran propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso», pudiendo sintetizarse tres orientaciones doctrinales en torno a la exigencia del relato de los hechos probados.

Una interpretación finalista, para la que la declaración de hechos probados puede deducirse de la fundamentación jurídica. Un sector doctrinal y jurisprudencial sostiene la no necesidad de un relato de hechos como antecedente o fundamento jurídico autónomo o separado. Esta determinación de los hechos probados en el proceso civil que, a diferencia del proceso penal o laboral no exige necesariamente un relato separado de los hechos probados en un antecedente o fundamento separado, si que exige, por el contrario, determinar cuáles de los hechos controvertidos han resultado acreditados y la relación entre los medios de prueba practicados y los hechos que han sido declarados probados[1605]. Lo verdaderamente decisivo no es la necesidad de un relato de «hechos probados» autónomo, sino que los enunciados fácticos resulten probados[1606].

1603 Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ob. cit., pp. 192-196.

1604 Taruffo, M., *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., p.531.

1605 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., pp. 444-445.

1606 Aliste Santos, T.J., *La motivación de la resoluciones judiciales*, ed. Marcial Pons, 2011, p.297.

Desde este sector se afirma, resumidamente, a) que la LEC tiene una vocación de generalidad y carácter supletorio respecto al orden jurisdiccional penal, contencioso-administrativo, laboral y militar (art. 4 LEC)[1607]; b) que el art. 209.2 LEC no contiene un mandato imperativo, a diferencia de los artículos 142 Lecrm y 97 LJS[1608]; c) que no existe indefensión, que es el presupuesto de la declaración de la nulidad de actuaciones, cuando en los argumentos jurídicos se consigna qué hechos han quedado probados y en virtud de qué medios de prueba[1609]; d) que la redacción de la regla 2ª del art. 209 es la misma que la contenida en el art. 248.3 LOPJ[1610].

En este sentido, y entre otras muchas, puede leerse la STS de 11 de enero de 2007 que en la parte que interesa afirma:

> «El motivo se desestima porque es constante y reiterada la doctrina de esta Sala la de que en las sentencias civiles no existe obligación de expresar los hechos que se declaren probados (STS 16 de enero de 2002 [RJ 2002, 2875] y las que cita); basta que los mismos resulten aportados con suficiencia como conclusiones fácticas decisivas a través de los fundamentos jurídicos de la resolución (STS 8 de julio de 2002 [RJ 2002, 5902] y las que cita)»[1611].

1607 La SAP de A Coruña, secc. 3ª, de 16 de junio de 2006 (JUR 2006\220522) afirma: «Pese a que aparentemente el artículo 209.2º de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil menciona que la sentencia deben contender los «hechos probados», no puede interpretarse que las sentencias civiles, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, deban expresar en un apartado separado los hechos que el Juzgado estime como acreditados. Se omite que la mención se modula por la expresión «en su caso». La razón de nombrarse, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la necesidad de «hechos probados, en su caso», debe ponerse con el artículo 4 del mismo texto legal. La Ley de Enjuiciamiento Civil nació con una pretendida finalidad de texto guía procesal supletorio de las demás jurisdicciones; por lo que algunas de sus prescripciones no son necesariamente aplicables a la civil».

1608 La STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2004 (RJ 2004/4086) afirma: «El motivo ha de ser rechazado, por cuanto, según ha declarado repetidamente esta Sala, la exigencia de una declaración expresa de hechos probados no se hace en forma terminante en el artículo 248 LOPJ según se desprende de la locución «en su caso» que el precepto utiliza y realmente sólo viene impuesta para las sentencias penales y las del orden jurisdiccional social, por los artículos 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 97 de la de Procedimiento Laboral, sin que la de Enjuiciamiento Civil contenga disposición semejante a las de los preceptos mencionados». La referencia del art. 97 LPL debe entenderse al art. 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que mantiene la misma exigencia de un relato separado y expreso de hechos probados.

1609 La SAP Madrid, secc. 20ª, de 19 de septiembre de 2005 afirma: «En relación ya al primer punto controvertido se hace necesario resaltar que no es suficiente para declarar la nulidad de la sentencia de instancia que en ella no exista un apartado específico de «hechos probados», cuando éstos están integrados por los elementos de hecho consignados en la fundamentación jurídica y son los que sirven de soporte precisamente a la misma».

1610 Villarino Moure, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil,* en «Objeto y carga de la prueba», J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 424-429.

1611 STS, Sala 1ª, de 11 de enero de 2007 (RJ 2007/1502).Y con anterioridad SSTS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2004 (RJ 2004/4086) y 16 de octubre de 2006 (RJ 2006/6629).Y con posterioridad la STS, Sala 1ª, de 16 de noviembre de 2010, fto. jco. 3º (RJ 2010/105) afirma: «Es reiterada la jurisprudencia de

Y en lo que respecta al alcance de la expresión «en su caso» del art. 209.2 LEC, la STS de 27 de diciembre de 2010 precisa:

> «[…] en las sentencias civiles no hay obligación de un relato autónomo de «hechos probados»; conclusión que puede mantenerse incluso tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que, en su artículo 209, regla 2ª , establece que en los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, entre otros extremos «los hechos probados, en su caso». Se cita en tal sentido la sentencia de 25 de noviembre 2008 (RJ 2008, 6934), en la cual se razona sobre la dificultad que comportaría en la mayoría de los casos la concreción de tales hechos en un relato único y singular, como por el contrario resulta posible en el ámbito de otras jurisdicciones; y se añade que «en realidad la regla 2ª del artículo 209 no impone con carácter general la obligación de consignar separadamente los hechos probados en las sentencias civiles, sino que importa del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la expresión «en su caso» para precisar que si tal relato se formula en la sentencia –lo que, en determinados casos, resulta muy conveniente– el mismo ha de figurar en los «antecedentes de hecho « y no, como sucede con frecuencia, en la fundamentación jurídica. Si la formulación de tal relato fuese obligatoria en todos los supuestos sería absolutamente superfluo el empleo de la locución «en su caso»»[1612].

En segundo lugar, una interpretación literal, que considera que el art. 209.2 LEC exige una declaración expresa y separada de los hechos probados en los antecedentes de hecho[1613]. Se argumenta que la expresión «en su caso» debe referirse a aquellos supuestos que, en contra de la regla general –exigencia de relato de hechos probados–, no exigen tal relato y que serían los siguientes: a) Cuando la controversia se limita a una cuestión jurídica y no fáctica (art. 428.3 LEC); b) Cuando la sentencia es un efecto inmediato y automático de un determinado comportamiento procesal: 1º) Supuesto del desahucio por falta de pago cuando no comparece el demandado a la vista (art.440.3 LEC); 2º) Supuestos de allanamiento (art. 21 LEC); 3º) Supuesto de los números 10º y 11º del art. 250.1 LEC, en relación con el art. 441.4, II LEC, al establecer este último que cuando se ejerciten las pretensiones recogidas en aquellos preceptos si el demandado dejarse transcurrir el plazo de cinco días sin anunciar su oposición

---

esta Sala que no es necesario que la sentencia contenga un detallado relato de hechos probados con la salvedad de que la motivación incluya los hechos que le sirven de fundamento y el Juzgador estima probados con expresión de la valoración de la prueba, desde la perspectiva jurisprudencial de que la sentencia judicial constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho, de derecho o normativos, sus conclusiones previas y predeterminantes y el fallo o consecuencia de éstas (SSTS de 25 de febrero de 1980; 25 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6934)».

1612 STS, Sala 1ª, de 27 de diciembre de 2010, fto. jco.2º (RJ 2010\19).

1613 Garberí Llobregat, J., *Los procesos civiles,* t.2, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p.369; Gimeno Sendra, V., *Proceso Civil Práctico*, t.III, 4ª ed., ed. La Ley, p.39, para quien «[…] el conocimiento de los hechos probados es un requisito que permitirá, sobre todo a las partes procesales, conocer uno de los elementos esenciales de la motivación de la sentencia que quedará reflejada en el fallo del asunto, mostrando el íter lógico seguido por el Tribunal para la resolución del litigio, facilitándose de este manera y garantizándose, en su caso, el derecho de defensa en cuanto a la utilización y fundamentación de eventuales recursos frente a la sentencia definitiva».

o si la pretendiera fundar en causa distinta de las fundadas en el apartado 3 del art. 444 LEC, «se dictará, sin más trámites sentencia estimatoria de las pretensiones del actor»; 4º) Supuesto del número 7º del art. 250.1 LEC, en relación con el art. 440.2 LEC, de los que resulta que para el caso de no comparecer el demandado se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor o si comparecido al acto de la vista no presta caución; c) Cuando lo que se resuelva mediante sentencia sea algún medio de impugnación donde no es posible la prueba –por ejemplo casación e infracción procesal–; y d) Para el caso que no existan hechos probados[1614].

Y en tercer lugar, puede añadirse una interpretación ecléctica que sostiene que el relato de hechos probados no es un requisito obligatorio de toda sentencia, sino en aquellos supuestos en que resulta posible y conveniente para la mayor claridad de la sentencia[1615]. Esta posición puede verse reflejada en la STS de 12 de junio de 2000 al afirmar:

> «[…] la expresión «en su caso» del art. 248.3 LOPJ no significa que quepa prescindir de las apreciaciones fácticas en las resoluciones del orden jurisdiccional civil, lo que sólo es posible admitir cuando el litigio haya quedado reducido a una mera cuestión de derecho, si bien aquella exigencia debe entenderse sin perjuicio de que en ciertos casos sea factible, y a veces incluso oportuno, consignar los hechos probados a propósito de la motivación jurídica»[1616].

8.4. La apreciación conjunta de la prueba

La apreciación conjunta de la prueba –al decir de algún autor uno de los términos «más odiados y vilipendiados por la doctrina científica»[1617] y una «práctica viciosa y condenable» (STS 5 de junio de 1988[1618])– significa establecer los hechos probados, no a partir de cada uno de los medios de prueba individualmente considerados, sino de todos en ellos

1614 Fraga Mandián, A., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, Diario La Ley, núm. 6436, de 8 de marzo de 2006, pp. 5 y 6.

1615 Ribelles Arellano, J. Mª, *Comentario al art. 209 LEC*, en «Comentarios a la nueva LEC», ed. Atelier, Barcelona, 2001, p.789.

1616 STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 2000, fto. jco.2º (La Ley 8742/2000).

1617 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.443.

1618 La STS, Sala 1ª, de 5 de junio de 1988, fto. jco.3º (RJ 1988\4275) afirma: «Pero ocurre que en la sentencia de la Audiencia se incurre en la práctica viciosa y condenable, productora de autentica indefensión, de no valorar las pruebas, supliendo esta omisión con una remisión al conjunto de todos los medios probatorios aportados. Así, en el fundamento jurídico sexto, que constituye sustancialmente la «ratio decidendi» del fallo, se exponen los datos de los historiales clínicos, y dice en su párrafo último: «hechos que se estiman probados además por el conjunto de todos los medios probatorios aportados». Pero repetimos, brilla por su ausencia un análisis previo de los mismos antes de hacer una valoración de conjunto, con lo cual sumerge a la recurrente en una patente indefensión, pues no puede comprobar qué norma valoratoria de cada una de las pruebas según su naturaleza se ha seguido, o dejado de seguir, en esa labor…».

en general. Esta práctica produce efectos perniciosos como el omitir la motivación real de la sentencia, eludir las reglas legales de valoración de la prueba de prueba[1619] y negar la posibilidad de control de la valoración a través de los recursos[1620].

Es un expediente judicial que cumple formalmente la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales –y de ahí su invocación frecuente con la sucinta expresión de «apreciadas o valoradas en conjunto las pruebas»[1621]– pero materialmente permite al juez ahorrarse el esfuerzo de apreciar el resultado de las pruebas. Se invoca una apreciación, aun conjunta –esto es, de todas las pruebas–, cuando en realidad se prescinde de la interpretación de cada uno de los resultados probatorios –a veces incluso de los tasados–, para revestir la decisión tomada por el juez.

Es una figura de creación jurisprudencial que no aparece sancionada de forma expresa ni en la vigente LEC, ni lo estuvo en Textos Procesales Civiles anteriores, aun cuando subyace en la redacción legal de algunos de sus preceptos. Tal sucede con el art. 316 LEC al disponer: 1. «Si no lo contradice el resultado de los demás preceptos, en la sentencia se considerarán como ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. 2. En todo lo demás, los Tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el artículo 301.2 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que dispone se dispone en los artículos 304 y 307». Ello significa que el interrogatorio de las partes conserva el carácter de prueba tasada, si concurren tres requisitos, a saber, (1º) que el reconocimiento sea enteramente perjudicial para la parte; (2º) que verse sobre hechos en los que la parte haya intervenido; y (3º) que no resulte contradicho por el resultado de las demás pruebas. La concurrencia de este último requisito nos remite al expediente de la apreciación conjunta de la prueba, pues para apreciar el carácter tasado de la declaración de la parte, es necesario poner en relación la declaración perjudicial de la parte sobre hechos en los que haya intervenido con el resultado de los demás medios de prueba.

Otro tanto sucede con el artículo 326 LEC, que regula la fuerza de los documentos privados en los términos literales siguientes: «1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. 2. Cuando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil o pertinente al respecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá

1619 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.618.

1620 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.655.

1621 Igartúa Salaverría, J, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p.149, apunta que con dicha expresión «la valoración versa sobre un *objeto innominado* (ya que no hay ni rastro identificatorio de las pruebas valoradas) y de conformidad con un método *ignoto* (pues tampoco se indica cúal es el modo con el que se valoran conjuntamente las pruebas, como no sea valorarlas a bulto)».

conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 320. Cuando no se pudiera deducir su autenticidad o no se hubiera propuesto prueba alguna, el Tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica». Ello significa que el documento privado no impugnado tiene el mismo valor probatorio que el documento público. Ahora bien, si se impugnare la autenticidad del documento privado, la parte aportante puede interesar el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio útil para demostrar su autenticidad, lo cual comporta una apreciación conjunta del contenido del documento impugnado con el resultado del cotejo pericial o de otro medio de prueba. La autenticidad del documento privado impugnado requiere una operación de apreciación conjunta, en cuanto es necesario apreciar el documento impugnado junto con el resultado de otro medio de prueba (cotejo pericial u otro).

La apreciación conjunta de la prueba también subyace en el artículo 218.2 LEC, ya comentado, al disponer que la motivación debe incidir en los aspectos fácticos y jurídicos del pleito, «considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la razón y la lógica», en alusión clara a la necesidad que los resultados probatorios de las pruebas practicadas se aprecien todos ellos, sean para confirmar el resultado de un medio de prueba con otro (confirmación entre medios de prueba), sea, en sentido contrario, cuando el resultado de un medio de prueba aparezca contradicho por otro (colisión entre medios de prueba) y fijar si debe prevalecer el uno sobre el otro o ambos deben ser valorados libremente.

La apreciación conjunta de la prueba es un expediente de creación jurisprudencial y ha sido objeto de atención tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin ánimo exhaustivo, interesa aquí dejar constancia de algunos de sus pronunciamientos[1622]. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interesa destacar: a) que es deber de los órganos de instancia motivar la resolución razonando el resultado de la valoración conjunta de la prueba realizada (STC de 18 de junio de 2001[1623]); b) que la valoración conjunta de la prueba es una potestad exclusiva del juzgador (STC de 29 de septiembre de 1997)[1624].

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo interesa destacar los siguientes pronunciamientos: a) la valoración conjunta es una potestad del tribunal (entre otras, SSTS 30 de enero de 1997[1625] y 31 de diciembre de 1998[1626]); b) el interrogatorio de las partes, antigua

1622 Con mayor amplitud García Casas, J., *La valoración conjunta de la prueba*, en rev. Tribunales de Justicia, 2002, 7, pp. 15-23.

1623 STC, Sala 2ª, de 18 de junio de 2001 (RTC 138/2001).

1624 STC, Sala 2ª, de 29 de septiembre de 1997 (RTC 148/1997).

1625 La STS, Sala 1ª, de 30 de enero de 1997 (RJ 1997/151) afirma: «En cuanto a la prueba, la jurisprudencia nunca ha exigido su valoración conjunta, sino en todo caso la ha permitido, en el bien entendido que es más correcto analizar y valorar cada uno de los medios de prueba practicados para llegar así al resultado de los hechos que se consideren probados y constituye la base de los fundamentos de derecho».

1626 La STS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9777) afirma: «Porque no existe precepto legal que obligue a valorar todas y cada una de las pruebas de cada parte, sino que el fallo sea motivado,

confesión en juicio, no tiene valor probatorio superior al de otros medios probatorios, en una valoración conjunta de todos ellos (entre otras, STS de 2 de julio de 1996[1627]); c) el valor de la prueba documental no es superior al de los otros medios de prueba, en virtud de la apreciación conjunta (entre otras muchas, SSTS de 9 de diciembre de 1997[1628] y 28 de junio de 1999[1629]); d) es inadmisible el recurso a la fórmula 'valoración conjunta de la prueba' como razonamiento exclusivo de la sentencia (STS de 6 de mayo de 1998[1630]); e) la Sala de Apelación tiene facultades para revisar toda la prueba practicada en la instancia, y decantarse por la más ajustada a derecho, valorando en conjunto todo el material probatorio (STS 16 de octubre de 1995[1631]).

Tras un amplio estudio de la apreciación de la prueba Jiménez Conde, alcanza las siguientes conclusiones, resumidas por Serra Domínguez:

1. La apreciación en conjunto no excluye la necesidad de razonar y motivar adecuadamente el juicio de hecho de la sentencia.
2. La apreciación en conjunto puede significar la concurrencia entre varios medios de prueba que se complementan o la incidencia de unos medios de prueba sobre otros, en cuyo caso es perfectamente lícita.

---

es decir, que exprese de forma más o menos extensa, el proceso lógico seguido para llegar al mismo, siempre que no se asiente en la estereotipada frase 'valorando conjuntamente la prueba' de modo exclusivo, sin demostrarse en la sentencia que se ha llevado a cabo».

1627 La STS, Sala 1ª, de 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5550) afirma: «[…] de ahí que el párrafo primero del art. 1232 CC, según el cual la confesión hace prueba plena contra su autor, precepto que ha sido interpretado por la doctrina de esta Sala en el sentido que la fuerza probatoria de la confesión en juicio no es superior a la de los demás elementos de prueba, y debe apreciarse en conjunto con las otras pruebas, y no con independencia […]».

1628 La STS, Sala 1ª, de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9414) afirma: «[…] los artículos 1218 y 1225 CC, en su íntima relación, lo único que establecen es la prueba, aun contra terceros, del documento privado reconocido legalmente, respecto del hecho que motiva su otorgamiento y su fecha, pero ni el documento público ni el privado, legalmente reconocido, tienen prevalencia sobre otras pruebas, y por sí solos no bastan para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo del hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas».

1629 La STS, Sala 1ª, de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/5605) afirma que: «[…] necesario será recordar la inconcusa jurisprudencia dictada en su aplicación [del art.1218.1 CC], y en concreto cuando declara, que esta prueba no es superior a los restantes medios probatorios, que por sí solo el documento público no basta para enervar una valoración probatoria conjunta».

1630 La STS, Sala 1ª, de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998/3703) afirma que «[…] es reprobable la práctica judicial de situar en la sentencia, con exclusivo razonamiento, la expresión genérica de la 'valoración conjunta de la prueba', sin desvelar los argumentos del posicionamiento adoptado […]».

1631 La STS, Sala 1ª, de 16 de octubre de 1995 (RJ 1995/7540) apunta que «[…] no se altera el principio de distribución de la carga de la prueba cuando se realiza una apreciación de la aportada por las partes y se valora luego en conjunto su resultado (Sentencias, entre otras, de 25 de mayo de 1983, 6 de noviembre de 1987 y 29 de septiembre de 1989) […]».

3. Igualmente es posible la apreciación conjunta de la prueba en el supuesto de conflicto o contradicción entre los resultados de varios medios de prueba de libre valoración, o entre los resultados de varios medios de prueba tasada. En el primer caso, no se plantean problemas; en el segundo, el conflicto de reglas legales, las hace totalmente inaplicables.
4. En cambio, no es posible la apreciación conjunta de la prueba cuando el conflicto se produce entre las pruebas libres y las pruebas legales, en cuyo caso estas últimas deben prevalecer en todo caso. Admitir que el resultado de una prueba de libre valoración pueda desvirtuar el resultado de una prueba legal equivale a infringir y dejar inoperantes los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la eficacia probatoria de dichas normas[1632]/[1633].

La apreciación conjunta de la prueba es susceptible de un uso censurable, cuando se utiliza como subterfugio para justificar la omisión de toda motivación probatoria o para ignorar las normas de prueba legal, pero también es susceptible de un uso positivo y útil, que le confiere su verdadero significado, cuando se utiliza para valorar resultados probatorios contradictorios entre sí o cuando las pruebas son complementarias entre sí. Como afirma Gorphe «todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por tanto, solo debemos formar una conclusión luego de haberlos considerado todos y de haber pesado el valor de cada uno. Es preciso no omitir ninguno de sus aspectos parciales, ni estimarlos en exceso, ni juzgarlos despreciables, a fin que la conclusión resulte digna de fe y la convicción conforme a los hechos»[1634].

8.5. La motivación jurídica

La motivación jurídica es el proceso lógico de subsunción en la norma de los hechos jurídicamente calificados como probados[1635]. Dentro de este proceso pueden distinguirse dos fases, a saber, la selección de la norma y su aplicación a los hechos probados. Este proceso de subsunción de la norma suele operar a través de un análisis inductivo entre el supuesto de hecho previsto en la norma y los hechos del caso concreto, siendo necesario que la norma reúna las condiciones de vigencia y validez.

1632 Jiménez Conde, F., citado por Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, ob. cit., p.28.

1633 En sentido contrario, Casas García, J., *La valoración conjunta de la prueba*, en rev. Tribunales de Justicia, 2002, 7, p.12, quien manifiesta discrepar «abiertamente en la afirmación de que 'la apreciación conjunta de la prueba no puede prevalecer sobre un medio de prueba legal'. Antes al contrario, y a pesar del mandato legal de valoración en los preceptos que se refieren a la prueba legal, el Tribunal puede encontrar en otros medios de prueba diferentes e incluso diferidos a sistemas de valoración contrapuestos, motivos más que suficientes para fundamentar el juicio de hecho definitivo».

1634 Gorphe, F., *La apreciación judicial de la prueba*, ed. Temis, S.A., Colombia, 2004, p.40.

1635 Aliste Santos, T. J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob. cit., p.376.

La motivación de la *questio iuris* exige que la justificación de la decisión sea consecuencia de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento. Ello comporta la selección de la norma jurídica a aplicar, de modo que la norma seleccionada sea vigente y válida y, además, adecuada a las circunstancias del caso. La vigencia y validez de la norma supone un control de legalidad del material normativo aplicable que se extiende a comprobar que el precepto aplicable no haya sido derogado (validez formal) y por otra parte a verificar su constitucionalidad y legalidad (validez material)[1636]. La selección de la norma adecuada al caso comporta que la norma aplicable sea concorde con el objeto del proceso tal como lo han delimitado las partes.

Seguidamente se deberá procurar la correcta aplicación de la norma, lo cual comporta un control de legitimidad de manera que la norma aplicable esté interrelacionada con las demás normas del ordenamiento jurídico y no vulnere las reglas de aplicación previstas por el propio ordenamiento jurídico (ej. ley especial prevalece sobre ley general, el principio de jerarquía normativa, ley posterior deroga ley anterior[1637]). Y, finalmente, será necesario la válida interpretación de la norma, lo cual exige la adecuada utilización de criterios hermenéuticos y la interpretación con respeto al principio de legalidad[1638], sin que la motivación jurídica pueda convertirse en una «palestra para la exposición de teorías propias o ajenas»[1639].

La selección de la norma aplicable al caso comporta, entre otras operaciones, verificar la existencia y alcance de un acuerdo de voluntades que constituya ley para las partes; el carácter imperativo o potestativo de la norma legal; la discusión sobre su interpretación (gramatical, lógica, sistemática y finalista); la resolución de contradicción entre leyes o la ambigüedad de la norma y la forma de salvar las lagunas de la ley[1640].

Se ha destacado la importancia que el juez o tribunal no se aparte arbitrariamente de los previos criterios jurídicos en que basó sus decisiones anteriores[1641], recogiendo la doctrina constitucional conforme a la cual «un mismo juez o tribunal no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una justificación suficiente y razonable» (STC 14 de mayo de 1994[1642]).

1636 Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ob. cit., p.246.

1637 *Ibid.*, p.257.

1638 *Ibid.*, pp. 242 y ss.

1639 Peces Morate, *La sentencia. Técnica de redacción*, Poder Judicial, núm.36, diciembre 1994, p.185.

1640 Sancho Gargallo, I., *Iuris prudentia del juez civil*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 26 octubre 2010, p.24.

1641 Peces Morate, E., *La sentencia. Técnica de redacción*, ob. cit., p.183.

1642 STC 14 mayo de 1994.

Coincido con Sancho Gargallo cuando afirma que la motivación, sea fáctica o jurídica, es siempre posterior al enjuiciamiento y difícilmente reproduce el *iter* mental seguido por el juez, siquiera en alguna ocasión la motivación permite verificar la irrazonabilidad de la decisión adoptada y favorece su modificación[1643]. Debe distinguirse entre el razonamiento decisorio (*context of discovery*) y el discurso justificativo (*context of justification* u *of explanation*), pues mientras el primero persigue alcanzar la decisión, el segundo persigue justificar la decisión[1644]. Ello significa que no puede identificarse el proceso mental de decisión (esto es, el proceso complejo y heterogéneo por el cual el juez selecciona los hechos y el derecho) y el discurso justificación de tal decisión (esto es, la motivación posterior plasmada en la sentencia). Ni existe un único proceso «ideal» de decisión, ni siquiera un mismo juez decide aun los asuntos similares conforme a un mismo proceso mental. Ni el discurso justificativo es idéntico, aun tratándose del enjuiciamiento de materias similares, ni su plasmación en la sentencia obedece a un estereotipo cerrado y uniforme. En palabras de Taruffo, la psicología de la decisión y la estructura de la sentencia son cosas cualitativamente diferentes, y al justiciable no le interesa saber *cómo y cuándo* el juez ha formado su convicción, sino que le interesa saber *cúales son las razones que justifican la decisión*[1645].

Me parece oportuno cerrar estas líneas dedicadas a la motivación con unas acertadas palabras de Couture: «la sentencia no es una operación de lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y ciudadano»[1646].

9. La impugnación de la valoración de los medios de prueba

Con carácter general, y prescindiendo de las particularidades de cada medio de prueba, la impugnación de la valoración probatoria puede efectuarse en la fase de conclu-

1643 Sancho Gargallo, I., *Iuris prudentia* del juez civil, ob. cit., p.23.

1644 Taruffo, M., *La motivación de la sentencia civil*, ed. Trotta, Madrid, 2011, p.206; y del mismo autor *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., p.537.

1645 Taruffo, M., *La motivación de la sentencia*, en «Páginas sobre justicia civil», ob. cit., pp. 519 y 520, quien además de señalar la complejidad y heterogeneidad del razonamiento judicial apunta que está integrado por tres elementos: a) el razonamiento decisorio, por medio del cual el juez llega a la formulación (o 'descubrimiento') de la decisión; b) la formulación de la decisión de hecho y de derecho; c) la justificación de la decisión por medio de argumentos racionales».

1646 Couture, E. J., *Estudios*, tomo I, citado por Devis Echandía, D., en *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial*, ob. cit., p.30.

siones, en el recurso ordinario de apelación y en los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

9.1. En la fase de conclusiones

Siendo la finalidad de las conclusiones valorar la actividad probatoria en relación con los hechos controvertidos y argumentar sobre las normas jurídicas aplicables al caso (art. 433.2 LEC), cada parte puede efectuar un breve resumen de las pruebas practicadas, tanto a instancia propia cuanto de la adversa o de oficio, a los efectos de precisar qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de prueba o, por el contrario, cuáles resultan huérfanos de sustrato probatorio, resultando de aplicación la normativa de la carga de la prueba (art. 217 LEC). Ello supone que, en esta fase, se puede efectuar una valoración individualizada y conjunta de cada uno de los medios de prueba practicados, no obstante las dificultades derivadas de la oralidad y de la instantaneidad[1647].

En la fase de conclusiones el letrado podrá, por citar algunos ejemplos, argumentar que las respuestas de la parte en el interrogatorio han resultado contradichas por el contenido de un documento público, o que el contenido de un documento público o privado aportado extemporáneamente resulta desvirtuado por la declaración concorde y convincente de varios testigos sin interés en el asunto, o que la declaración de un testigo tachado resulta poco creíble porque ha incurrido en contradicciones y tiene evidente interés en el resultado del pleito, o que la contundencia de las máximas de experiencia aportadas por el perito en su dictamen escrito quedan en entredicho ante las respuestas vacilantes (o los silencios) del perito en el acto del juicio o la vista, o el eventual error del juzgador en cuanto a un dato objetivo apreciado en el acto de reconocimiento y del que se dejó constancia en el acta de reconocimiento judicial.

9.2. La impugnación en el recurso de apelación

El tribunal de apelación goza de plenas facultades para revisar todo el material probatorio practicado en la primera instancia. La apelación se ha configurado tradicionalmente como una *revisio prioris instantiae*, en la que el tribunal *ad quem* puede controlar la actividad desarrollada por el *juez a quo* y la corrección de la sentencia tanto en lo que afecta a la *questio iuris* como a la *questio facti*. Así la STS de 6 de mayo de 2009 afirma «la apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba»[1648].

1647 Sobre el alcance de las conclusiones y sus dificultades puede verse 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», J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 572-575.

1648 STS, Sala 1ª, 6 de mayo de 2009, fto. jco.2º (RJ 2009/2913).

La llamada «quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil»[1649], no debe llevar, por supuesto, a privar a los tribunales de apelación de sus facultades revisoras, sino a extremar su prudencia, pues obviamente el juez *a quo* no goza de la posición privilegiada del juez de primera instancia, no obstante la fidelidad de los sistemas de grabación de las actuaciones judiciales. La valoración de la prueba en la segunda instancia no puede limitarse a corregir errores manifiestos o valoraciones ilógicas, absurdas o irracionales de los jueces de primera instancia, sino que debe extenderse también a la valoración de las pruebas personales –practicadas bajo inmediación–, siempre que exista la oportuna grabación, y sin que ello signifique una vulneración de la garantía de la inmediación[1650].

La inmediación puede ser entendida en sentido amplio, como necesidad de presencia judicial en las actuaciones judiciales y en sentido estricto, como exigencia que dicte sentencia el mismo juez ante el que se ha practicado la prueba. En la primera instancia se cumplen las exigencias de la inmediación en sentido amplio y en sentido estricto, mientras que en la segunda instancia quiebra el sentido estricto, pues el tribunal colegiado resuelve sobre una prueba no practicada ante sus integrantes, lo cual no debe impedir una nueva valoración de todo el material probatorio, no limitado a razonamientos ilógicos, y comprensivo también de aquellas pruebas personales cuya inmediación estricta solo tiene lugar ante el juez de instancia[1651]. En ningún caso la inmediación debe servir para que el juez de primera instancia eluda la motivación fáctica ni debe impedir su juicio sea revisado a través de los recursos[1652].

Buen exponente de esta postura equilibrada es la SAP Segovia de 13 de abril de 2000 al razonar que «[…] respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para calibrar la forma y seguridad con que han sido emitidas las manifestaciones de partes y testigos que han determinado su apreciación, pero sin que ello impida su nueva valoración por esta Sala, y la modificación de lo por él objetivado, cuando sea expuesto el error cometido por dicho juzgador, y así se aprecie»[1653]. Estas facultades revisoras serán tanto más extensas cuanto se revisen pruebas –léase documentos o dictámenes– en las que el «plus» de la inmediación suele ser irrelevante.

1649 Así Herrera Abián, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006, p.66.

1650 Picó i Junoy, J., *Valoración de la prueba y segunda instancia: hacia la búsqueda del equilibrio necesario*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 2009, p.63.

1651 Pérez Asenjo, A.I., *La valoración de la prueba en la segunda instancia*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, pp. 141 y ss.

1652 Nieva Fenoll, J., «Inmediación» y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad, inédito, p.8.

1653 SAP Segovia, sección única, de 13 de abril de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 13168/2000).

9.3. La impugnación en casación

Frente a la negativa reiterada del Tribunal Supremo a revisar en casación la infracción de las reglas de la sana crítica, salvo que se trate de valoraciones absurdas o ilógicas, bajo el argumento que tales reglas no aparecen recogidas en precepto alguno y, por ello, no podían fundar la casación en el error de derecho (art. 1.692.5º LEC/1881 y art. 447.1º LEC), algunos autores, ya desde la vigencia de la LEC/1881, han venido afirmando la posibilidad de revisar en casación la revisión de las reglas de la sana crítica por infracción de las máximas de experiencia probatorias (con fundamento en el art. 1692.5º LEC/1881 y art. 447.1º LEC).

Desde esta postura se razona que «existía una manifiesta contradicción en la doctrina jurisprudencial al permitir la censura en casación de las reglas del criterio humano del art. 1253 CC, y prohibir la revisión de las reglas de la sana crítica, pese a que unas y otras pertenecieran a la misma categoría de máximas de experiencia comunes».Y se concluía que «no debería existir por tanto inconveniente alguno en que si el Tribunal de instancia no hubiera efectuado labor crítica alguna de la *prueba testifical* [u otras de libre valoración, añadimos nosotros], o la realizara con manifiesto error, pudiera denunciarse en casación la infracción cometida, sin que ello supusiera convertir la casación en una tercera instancia»[1654].

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la disconformidad con la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de Apelación debe impugnarse, cuando sea posible su presentación, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y no por la vía del recurso de casación, con fundamento en el artículo 469.1.4º LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitucional»), y todo ello en supuestos muy excepcionales. Por su claridad expositiva, transcribimos la STS de 1 de octubre de 2010, en cuyo fundamento jurídico 3º se razona:

> «Las razones por las el motivo debe desestimarse son las siguientes:
>
> A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2º LEC, que fue el alegado por la entidad recurrente en el escrito de preparación del recurso. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.

1654 Serra Domínguez, M., *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm.4, pp. 1149-1150. En el mismo sentido, Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t.XVI, vol. 2º, ob. cit., pp. 600-601, y Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, ed. Ariel, Barcelona, 2003, pp. 176-178.

> La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469. 1, 4.º LEC, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005)»[1655].

Para entender la argumentación del Tribunal Supremo es necesario distinguir entre la motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.2º LEC –como infracción de una norma reguladora de la sentencia–, y la motivación entendida como valoración probatoria errónea, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.4º LEC, pero únicamente en unos supuestos concretos. En este último caso, y según la sentencia transcrita, la errónea valoración probatoria se reduce a los siguientes supuestos: a) un error patente, que significa un error notorio en el juicio de hecho de la sentencia; b) una valoración arbitraria, que significa una valoración voluntarista, al margen de las normas de valoración probatoria, sean libres o tasadas; y c) una valoración con infracción de las normas de prueba tasada, por ser normas que se imponen a la voluntad del juzgador[1656].

Bibliografía

Abel Lluch, X., *El error de valoración probatoria, con carácter excepcional, puede fundarse en el artículo 469.1.4º Ley de Enjuiciamiento Civil*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 4, en Diario La Ley, núm. 7564, de 8 de febrero de 2011, pp. 22-23; Aliste Santos Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ed. Marcial Pons, 2011; Cabañas García, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, ed. Trivium, Madrid, 1992; Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales*, Valencia, 2003; de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, 1968; Devis Echandía, H, *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, Revista de Derecho Procesal, 1966, núm.1, pp. 9-63; Dóhring, E., *La prueba,* Valetta ediciones, Argentina, 2003; Fraga Mandián, A., *El relato de hechos probados en la sentencia*

1655 STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010, fto. jco. 3º (CENDOJ 28079110012010100613).

1656 Véase nuestro comentario a la sentencia transcrita, *El error de valoración probatoria, con carácter excepcional, puede fundarse en el artículo 469.1.4º Ley de Enjuiciamiento Civil*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 4, en Diario La Ley, núm. 7564, de 8 de febrero de 2011, pp. 22 y 23.

civil, Diario La Ley, núm.6436, de 8 de marzo de 2006, pp. 1-9; Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000; García Casas, J., *La valoración conjunta de la prueba*, en Revista Tribunales de Justicia, 2002, 7, pp. 9-25; Gargallo Sancho, I., *Iuris prudentia* del juez civil, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 26 d'octubre de 2010, y también en Revista Jurídica de Catalunya, 2011, núm.3, pp. 669-704,; Gorphe, F., *Apreciación judicial de las pruebas*, ed. Temis, S.A., Colombia, 2004; Igartua Salaverría, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; Jiménez Conde, F., *La apreciación conjunta de las pruebas*, en AAVV, «Escritos en homenaje al Profesor Prietro-Castro», t.II, Madrid, 1979, pp. 207 y ss.;-– *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978; Miranda Estrampes, M., *El estándar constitucional de suficiencia en la motivación fáctica de las sentencias y la valoración de la totalidad de las pruebas*, La Ley, 7241, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2009, pp. 6-7; Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp. 421-449; Montón Redondo, A., *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, en Revista de Derecho Procesal, 1978, núm. 2-3, pp. 381-397; Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso,* 3ª ed., editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1993; –*La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil*, La Ley, núm. 3355, septiembre 1993, pp. 1.011-1.108; Nieva Fenoll, J., «Inmediación» y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad, artículo inédito; –*La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010; Ordoño Artes, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987; Pérez Asenjo, A. I., *La valoración de la prueba en segunda instancia*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2008, pp. 139-161; Picó i Junoy, J., *Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2009, núm.3, pp. 51-64; Quintana Ferreiro, F., *La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo perito*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J. M. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 93-117; Sentís Melendo, S., *Valoración de la prueba*, en «Revista de Derecho procesal iberoamericana», 1976, nº 2-3, pp. 267-367; *La prueba*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1947; Seoane Spielgelberg, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones,* 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 371-449; Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. II, Albaladejo, M. (dir.), 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991; –*La prueba pericial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. dijusa, Barcelona, 2000, pp. 277-329; –*El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm.4, pp. 1.136-1.159; Stein, F., *El conocimiento privado del juez* (traducción De la Oliva, A.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990; Taruffo, M., –*La motivación de la sentencia civil*, ed. Trotta, Madrid, 2011; –*La cultura de la imparcialidad en los países de common law y de derecho*

constitucional, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 39-54; –*La recolección y la presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 335-364; –*Probabilidad y prueba judicial*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 427-438; –*La motivación de la sentencia*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 515-526; *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 527-539; –con Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 17-46; –*Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, núm. 52, marzo 2005, pp. 63-73; –*La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002; Uriarte Cordón, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión de los medios de prueba*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), Barcelona, 2006, pp. 73-104; Villarino Moure, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, en «Objeto y Carga de la Prueba», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2007; pp. 419-443; Zubiri de Salinas, F., ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, núm. 50, julio 2004, pp. 52-61.

CAPÍTULO XI

El interrogatorio de las partes[1657]

1. Introducción. 2. De la confesión en juicio al interrogatorio de las partes. 2.1. La opción terminológica. 2.2. El interrogatorio escrito de la LEC de 1881. 2.3. El interrogatorio oral de la LEC de 2000. 3. Concepto. 3.1. Elementos subjetivos, objetivos y formales. 3.2. Caracteres. 4. Sujetos del interrogatorio. 4.1. Presupuestos para interrogar y ser interrogado. 4.2. Parte proponente. 4.3. Parte interrogada. 4.3.1. Especial referencia a los terceros y a las personas jurídicas privadas como partes interrogadas. 5. Proposición, admisión y citación. 5.1. Momento y forma de la proposición. 5.2. El juicio de pertinencia. 5.3. La citación. 6. Práctica. 6.1. Lugar. 6.2. Contenido. 6.2.1. Las preguntas. 6.2.2. Las respuestas. 6.3. Facultades de las partes. 6.4. La dirección judicial del interrogatorio. 6.5. Práctica conjunta del interrogatorio de las partes y el reconocimiento judicial. 7. Valoración. 7.1. Valoración como prueba tasada. 7.2. Valoración como prueba libre. 7.3. Valoración como ficta admissio. 7.4. Valoración en la segunda instancia. Bibliografía.

1. Introducción

El interrogatorio de las partes, antigua confesión en juicio, ha experimentado un profundo cambio con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y la introducción de la oralidad en el proceso civil, alejándose del encorsetamiento y rigidez de las pliegos de preguntas y repreguntas para convertirse en un interrogatorio oral y ágil, en el que los letrados pueden modular sus preguntas a la vista de las respuestas de la parte interrogada y todo ello bajo la inmediación del juez sentenciador. Buena muestra de todo ello es la sustitución de la expresión «confesión en juicio» por la del «interrogatorio de las partes».

Tras analizar la evolución legislativa y el tránsito de la antigua confesión en juicio al nuevo interrogatorio de las partes, se estudiaron los sujetos, proponentes y parte interrogada, con particular referencia al interrogatorio de las personas jurídicas, objeto de regulación más detallada en el art. 309 LEC, con la finalidad de que preste la declaración aquel sujeto que, en nombre de la persona jurídica, hubiera tenido intervención en los hechos.

Seguiremos con el procedimiento de proposición, admisión y citación de las partes, así como con su práctica, prestando particular atención, al ser un medio de prueba

1657 Publicado en la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, núm. 1, J.M.Bosch, Barcelona, 2007, y revisado para esta obra.

esencialmente personal, en los requisitos que deben reunir las preguntas y las respuestas. Debe advertirse ya desde esta introducción que la apuesta por la oralidad y la integridad de una declaración aparece aún lastrada en la redacción legal por la exigencia que las preguntas sean en sentido afirmativo (art. 302 LEC), requisito que ha sido suprimido en el interrogatorio de los testigos, con la reforma de la Ley 3/2009, de 13 de noviembre, para la implatación de la Oficina Judicial, y que afortunadamente la práctica forense se ha encargado de mitigar.

Concluiremos con un análisis de la valoración del interrogatorio de las partes, destacando que la regulación positiva, si bien conserva –parcialmente el carácter de prueba tasada–, ha incorporado los requisitos de la doctrina jurisprudencial, y reconoce al interrogatorio de las partes su carácter de prueba de libre valoración, por lo que, en la actualidad, nos hallamos ante una prueba de valoración mixta.

2. De la confesión en juicio al interrogatorio de las partes

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) ha sustituido la centenaria confesión en juicio (arts. 579 a 595 LEC/1881 y 1231 a 1239 CC) por un interrogatorio de las partes (arts. 301 a 316 LEC) que «se aleja extraordinariamente de la rigidez de la 'absolución de posiciones'», con la finalidad de «garantizar la espontaneidad de las respuestas, la flexibilización en la realización de las preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada»[1658].

2.1. La opción terminológica

La sustitución de la expresión «confesión en juicio» por la de «interrogatorio de las partes», reclamada ya por el Proyecto de los Profesores de 1974[1659], resulta acertada. El término «interrogatorio de las partes» alude al medio de prueba, a través del cual accede al proceso la declaración de conocimiento de las partes; a diferencia de la expresión «confesión en juicio», tributaria del origen y concepción histórica del instituto, en el que confluye el juramento[1660].

1658 Exposición Motivos LEC, apartado XI, párrafo 7º.

1659 Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II, Madrid, 1974, pp. 59 y 61. También se empleaba la expresión «interrogatorio de las partes» en la Base 10ª del Anteproyecto de Bases para un Código Procesal Civil de la Comisión General de Codificación, según cita de Muñoz Sabaté, LL., *Los medios de prueba en el proceso civil (Comentarios a la reforma de la L.E.C)*, en Revista General de Derecho, año XXXV, núm. 416, mayo 1979, p.450.

1660 de la Oliva Santos, A. con Díez-Picazo Giménez, I., (*Derecho Procesal Civil. El proceso declaración,* 3ª ed., ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004, p.312) la tilda de «'residuo histórico'

El «interrogatorio de las partes» alude tanto a uno de los sujetos de la prueba (en este caso, a la fuente de prueba que representa la parte interrogada) cuanto al cauce de su declaración (esto es, el medio de prueba que constituye el interrogatorio); mientras la «confesión en juicio» aludía imprecisamente tanto a la práctica del medio de prueba (la absolución de posiciones) cuanto al resultado de la misma (la *contra se declaratio*)[1661].

Se ha sustituido incluso el término *ficta confessio*[1662], tan arraigado en la legislación[1663], doctrina[1664] y jurisprudencia[1665], por el de reconocimiento de los hechos (arts. 304 y 307 LEC), por lo que, en los supuestos de incomparecencia (art. 304 LEC), de negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307 LEC), será más acertado referirse a una *ficta admissio*.

Sistemáticamente, la doble regulación de la confesión en juicio en el Código Civil (arts. 1231 a 1239) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 579 a 595), objeto de no pocas contradicciones legislativas[1666], ha sido sustituida por una regulación única, al derogarse las normas relativas a la confesión en juicio (DDU 2.1º LEC) y regularse exclusivamente el interrogatorio de las partes en la LEC (arts. 301 a 316).

2.2. El interrogatorio escrito de la LEC de 1881

Bajo la vigencia de la LEC de 1881, la declaración de las partes accedía al proceso mediante un interrogatorio escrito (pliego de posiciones) en el que una de las partes con-

---

por la mezcla de dos medios de prueba distintos, confesión y *juramento*, aunque con claro predominio de la primera». Sobre la «indebida unificación del juramento y la confesión en juicio» puede verse Serra Domínguez, M., *De la confesión*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», 2ª ed., Albaladejo, M. (dir), t. XVI, vol. 2º, ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 239-241.

1661 Guasp, J., con Aragoneses, P., *Derecho Procesal Civil,* t. I, 6ª ed, ed. Civitas, Madrid, 2003, p.374.

1662 Así lo afirma Planchadell Gargallo, A., *La prueba de interrogatorio de partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista de Derecho Procesal, núm. 2, 2000, p.432.

1663 Pueden verse, con respecto de la LEC\1881: arts. 583, III (incomparecencia sin causa justificada de la parte interrogada y apercibimiento de ser tenido por confeso); 586, II (negativa a declarar y apercibimiento de ser tenido por confeso) y III (respuestas evasivas e idéntico apercibimiento); y 593 (incomparecencia injustificada a la segunda citación, negativa a declarar o respuestas no afirmativas ni negativas).

1664 Sobre su concepto ver Rodríguez González, C., *La «ficta confessio» en el proceso civil español*, en Información Jurídica, núm. 312, enero-marzo 1972, Madrid, p.43.

1665 Ya entrada en vigor la LEC, la jurisprudencia aun se refiere a la *ficta confessio*: entre otras muchas, SAP Madrid, secc. 21ª, de 1 de octubre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/65329) y SAP Coruña, secc. 3ª, de 22 de febrero de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/22049).

1666 A título de ejemplo: art. 1231 CC, es requisito de validez de la confesión en juicio que verse sobre hechos personales del confesante; y art. 587 LEC\1881, con respecto a los hechos no personales de la parte interrogada permitía la absolución de posiciones por medio de tercero.

testaba a las preguntas (posiciones) formuladas a instancia de la adversa. La confesión en juicio respondía a un interrogatorio escrito, de carácter formal y asertivo, prestado bajo el ritual de un juramento (decisorio o indecisorio)[1667].

La proposición de los medios de prueba era escrita. El interrogatorio se presentaba en un pliego –que incluso podía ser cerrado (art. 582, I LEC\1881)– y contenía, numeradas y ordenadas, las posiciones sujetas al juicio de pertinencia del juez.

La formalidad del interrogatorio radicaba no solo en que la pregunta debía ser escrita y se encabezaba con una fórmula rituaria («confiese ser cierto que...»), sino en que

1667 Tancredi, citado por Serra Domínguez, M., en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», t. XVI, vol, II, Albaladejo, M. (dir), Edersa, 1991, p.263, recoge como elementos de la confesión los siguientes: «major, sponte, sciens, contra se, ubi ius fit et hostis certum, litisque, favor, ius nec natura repugnet».Son numerosas las definiciones doctrinales de la confesión en juicio bajo la LEC de 1881: Bonet Navarro, A., *La prueba de confesión en juicio*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p.34: «es el testimonio prestado en juicio ante el juez competente, por una parte o extraordinariamente por tercero a instancia de la otra sobre hechos personales y perjudiciales al confesante para conocer de la certeza de los mismos o de otros que dependan de ellos y fijarlos definitivamente en la sentencia»; de la Oliva Santos, A., con Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., p.312: «la actividad procesal necesaria para obtener, a petición de una parte, que otra prestase declaración ante el Juez, bajo juramento o promesa de decir la verdad, sobre la certeza de unos hechos personales y perjudiciales para el sujeto declarante»; Devis Echandía, H., *Declaración de parte y prueba de confesión*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1966, p.652: «confesión es un medio de prueba judicial que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyen la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorable a la contraparte en ese proceso»; Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, 4ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2002, p.221: «la confesión en juicio era un medio de prueba que consistía en la actividad procesal por la que una parte, bajo juramento o promesa, contestaba a las preguntas que la otra le formulaba, relativa a hechos personales de aquella, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos»; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 1.231 CC*, en «Comentarios del Código Civil», t. II, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz, Díez-Picazo Ponce de León, Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.372: «las declaraciones que se prestan ante la autoridad judicial y en el curso del proceso civil donde se pretende que surtan efecto, a instancia de la parte contraria u ordenada de oficio por el Juez, con finalidad probatoria y siguiendo el procedimiento establecido para este medio de prueba»; Prieto Castro, L., *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre confesión judicial*, en Revista de Derecho Procesal, 1949: aun sin ofrecer una definición, apunta que «lo que la ley regula es un interrogatorio de la parte sin consecuencias penales algunas, con fines netamente probatorios, no formalistas, de averiguar la verdad» (p.501) y añade también que «en el pensamiento de nuestra ley ni regula una confesión ni un juramento en sentido primitivo ni en el de los Códigos italiano o francés, sino –digámoslo una vez más– un medio de interrogatorio de las partes con fines de averiguación de la verdad» (p.502); Silva Melero, V., *Confesión en juicio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F.Seix editor, Barcelona, 1968, p.932: «declaración de conocimiento con eficacia de prueba legal».En el derecho histórico, en las Partidas se las conocía como «conocencia» y era «la respuesta de otorgamiento que faze una parte a la otra en juyzio» (Ley 1, Título XIII, Partida III).

se debían observar los requisitos de claridad, precisión y sentido afirmativo (art. 581, I LEC\1881) y la exigencia legal de que versaran sobre hechos personales del interrogado (art. 587 LEC\1881).

El interrogatorio era asertivo. Cada posición, para superar el juicio de pertinencia, debía contener una aseveración a responder afirmativa («es cierto») o negativamente («no es cierto») (art. 586, I LEC\1881), bajo el apercibimiento de ser tenido por confeso si «sus respuestas no fueren categóricas o terminantes» (art. 586, III LEC\1881). La parte interrogada no podía ofrecer «respuestas precisas y concretas» (art. 305.2 LEC), de no ser posibles las respuestas afirmativas o negativas, según el tenor de las preguntas.

Y todo ello adornado de solemnidad, pues la absolución de las posiciones se prestaba bajo juramento, que podía ser decisorio o indecisorio, a elección de la parte proponente (arts. 579, I y 580, II y III LEC\1881). Se trataba, en suma, de un interrogatorio escrito, formal, asertivo y solemne, cuya «pesadez técnica» denunciaba la doctrina, reclamando una declaración «nuda de toda formalidad no exigida por los modernos principios de la prueba civil»[1668].

2.3. El interrogatorio oral de la LEC de 2000

La LEC, sin renunciar al carácter formal y asertivo del interrogatorio, abandona la escritura y prescinde del juramento[1669]. Sin embargo, el tránsito de la escritura a la oralidad fue progresivo y no exento de controversia, pues tuvo que sortear las previsiones del ALEC (art. 353) y del PLEC (art. 303), que aun contemplaban un «escrito con las preguntas iniciales» que debía entregarse «al tribunal, en sobre cerrado, inmediatamente antes de practicarse la prueba» (art. 303, II PLEC).

El PLEC reemplaza las centenarias «posiciones» (art. 581 LEC\1881) por las «preguntas iniciales del interrogatorio escrito» (art. 306 PLEC), que una vez admitidas, debían ser formuladas por el juez[1670]. Acto seguido, los letrados de las partes podían formular, oralmente y por sí mismos, nuevas preguntas (art. 307.1 PLEC). El texto definitivo de la LEC sustituye «las preguntas iniciales del interrogatorio escrito» (art. 306 PLEC) por la previsión que las «preguntas del interrogatorio se formularan oralmente...» (art. 302 LEC),

1668 Bonet Navarro, A., *La prueba de confesión en juicio*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1979, p.330.

1669 Serra Domínguez, M., *De la confesión*, ob. cit., pp. 345-347, ya con respecto a la derogada confesión en juicio, postulaba diferenciar el juramento decisorio y el juramento indecisorio como instituciones separadas y prescindir del juramento indecisorio por cuanto dicha exigencia «resulta contraproducente para la igualdad de las partes en el proceso y carece de toda sanción, religiosa o jurídica» (p.351).

1670 Muñoz Sabaté, LL., (*Sobre el texto de posiciones y preguntas*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1997, IV, p.190) calificaba de «servidumbre» el «rito de las posiciones» y apunta que, cuando eran prestadas bajo juramento indecisorio, que era lo más habitual, «no tiene absolutamente ningún sentido mantener las posiciones, o sostener la estrechez procedimientalista que adoptan algunos jueces».

sin distinguir entre preguntas iniciales y nuevas preguntas. Es, en definitiva, el triunfo de la oralidad sobre la escritura.

El interrogatorio se propone y las preguntas se formulan oralmente. Desaparece, con carácter general, el pliego de posiciones[1671], de modo que se permite modular una nueva pregunta a la vista de la respuesta a la anterior, aportando espontaneidad y frescura a las declaraciones de las partes. Se ha convertido en un ágil «combate dialéctico» entre Letrado interrogador y parte interrogada, sin el límite temporal de un número conocido de preguntas contenidas en un pliego escrito.

Con todo, el interrogatorio aun peca de cierto encorsetamiento, como la necesidad del sentido afirmativo de las preguntas (art. 302 LEC), criticado por la doctrina y la praxis judicial. Autores como DE LA OLIVA evidencian la contradicción entre la aspiración de innovar el régimen de esta prueba hacia un interrogatorio libre y, a la vez, mantener el sentido afirmativo de las preguntas[1672]. Otros como GUASP manifiestan que se trata de una reminiscencia de los antiguos pliegos de posiciones y que tal formalismo no debe aplicarse rigurosamente[1673]. Y desde foros judiciales se ha censurado «la imposición legal de esta exigencia formal»[1674] o se ha refrendado la validez de las preguntas que no se formulen en sentido afirmativo[1675].

3. Concepto

Advierte FERNÁNDEZ URZAINQUI que, pese a la rúbrica del artículo 301 LEC («Concepto y sujetos del interrogatorio»), dicho precepto «no contiene en rigor un concepto del interrogatorio de las partes, pero sí los elementos subjetivos, objetivos y formales precisos para su definición»[1676].

1671 Se mantiene la exigencia de una relación escrita de preguntas en el interrogatorio domiciliario –y cuando no es aconsejable, a juicio del tribunal, la presencia de las partes y de los abogados– (art. 311.2 LEC); en el interrogatorio por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC) y en el interrogatorio de las Administraciones y Organismos Públicos (art. 315 LEC).

1672 DE LA OLIVA SANTOS, A. con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*, ob.cit., p. 314.

1673 GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civi*, t. I, 6ª. ed, ed. Thomsom-Civitas, Madrid, 2003, p.383.

1674 FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *Comentario al art. 302 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler y Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1423.

1675 FERRER BARRIENDOS, A. *Interrogatorio de partes,* en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.147; y RIBELLES ARELLANO, J.Mª., *La prueba*, en «La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia», López López, E. y Alegret Burgués, Mª. E. (dirs), Estudios de Derecho Judicial, núm. 44/2003, CGPJ, Madrid, 2004, p.352.

1676 FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentario al art. 301 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1404.

A diferencia de lo que sucede con la regulación de los restantes medios de prueba –que se refieren a las clases de documentos (arts. 317 y 324 LEC), o al objeto y finalidad del dictamen de peritos o del reconocimiento judicial (arts.335 y 353 LEC), o al contenido del interrogatorio de testigos (art. 360 LEC)–, el legislador rubrica el artículo con que encabeza la sección destinada al interrogatorio de partes bajo el rótulo de «concepto».

Es sabido que los textos positivos no suelen incluir conceptos, y el legislador, con buen tino, ha eludido ofrecer una noción legal del interrogatorio de testigos, de los documentos, del dictamen de peritos o del reconocimiento judicial. Resultaría preferible suprimir el término «concepto» en la rúbrica del artículo 301 LEC, dado que sus dos apartados no contienen todos los elementos para una definición legal completa y es necesario relacionar dicho artículo con otros –como por ejemplo el art. 302.1 LEC, referido a la oralidad, o los arts. 308, I y 309.2 LEC, referidos al interrogatorio en la persona de terceros– para comprender el alcance conceptual de este medio de prueba.

Sobre las anteriores premisas, podemos definir el interrogatorio de las partes como una declaración oral que efectúan las partes –o, en su caso, un tercero en los supuestos legalmente previstos (art. 301.2, 308, I y 309.2 LEC)– «sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio» (art. 301.1 LEC).

Más precisamente, es una declaración oral de conocimiento sobre hechos controvertidos prestada, durante el proceso, por una parte –o por un tercero en los supuestos previstos por la ley–, a instancia de la adversa o de un colitigante con intereses contrapuestos[1677].

1677 También son numerosas las definiciones doctrinales del interrogatorio de las partes:A) En obras colectivas o comentarios a la LEC: Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 301 LEC,* en «Proceso Civil Práctico», t. IV, Gimeno Sendra, V. (dir.), ed. La Ley, Madrid, 2002, p.301: «es un medio de prueba a través del cual una parte solicita, normalmente de la contraria aunque ello no siempre es así, que declare respecto de hechos que guarden relación con el objeto del proceso (arts. 301 y 281.1) que sean personales de quien declara, perjudiciales para su posición y relevantes para el proceso»; Cremades Morant, J., en AAVV., «Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Martínez-Pardo, J.M. y Loscertales Fuertes, D. (coords.), 2ª ed., ed. Sepin, Madrid, 2001, p.727: «declaración de las partes (o incluso de los terceros en determinados casos) con finalidad probatoria, sobre '*hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del litigio'* (art. 301)»; de la Oliva Santos, A., con Díez-Picazo, I., *El proceso de declaración*, ob. cit., p.313: «las declaraciones de las partes sobre hechos relevantes del proceso, de los que tenga noticia, sean o no personales del declarante (es decir, los haya o no protagonizado), a preguntas formuladas por otro litigante: la parte contraria, de ordinario, pero también un litisconsorte («colitigante») si, como no es infrecuente, existe oposición o conflicto entre ellos»; Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 301 LEC*, en «El Proceso Civil», Escribano Mora, F. (coord.), vol. III, 1º ed, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2288: «un medio de prueba por el cual una parte interroga a las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio, a efectos de acreditar los hechos afirmados por ella, y controvertidos por las demás»; Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 301 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob.cit., p.1410: «declaración recabada judicialmente por una parte litigante de otra opuesta a ella o del titular de la relación controvertida sobre hechos de su conocimiento personal relacionados con el objeto del proceso con el fin de fijar a efectos probatorios su certeza o falsedad»; Gadea Soler,

E., *Comentario al art. 301 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Lledó Yagüe, F. (dir.), ed. Dykinson, Madrid, 2000, p.329: «es un medio de prueba con el que se intenta aportar al proceso el conocimiento que sobre hechos controvertidos tienen los mismos litigantes o, en su caso, el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en virtud del cual se acciona»; Garberí Llobregat, J., *Comentarios arts. 301-316 LEC*, en «Los Procesos Civiles», obra coordinada por el mismo autor, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p.91 y también en «La Prueba Civil», con Buitrón Ramírez, G., ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 345-346: «declaración en fase probatoria de alguna de las partes procesales que se formula a preguntas de la parte contraria o de un litisconsorte, sobre hechos, personales o no, que tengan relación con el pleito con el fin de reconocer o negar su existencia o realidad, reconocimiento o negativa que serán valorados por el órgano judicial, bien de forma legal o tasada, o bien conforme a las reglas de la sana crítica, según concurran o no determinados requisitos o condiciones»; Gómez Colomer, J. L., *La prueba (III). Interrogatorio de las partes y prueba documental*, en AAVV. «El nuevo proceso civil», 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.340: «es la declaración que efectúan las partes, o los terceros en los casos que veremos (lo que implica entre otras cosas que la denominación de prueba no sea muy precisa), sobre hechos y circunstancias de los que se tengan noticia y que guarden relación con el objeto del litigio (art. 301.1 LEC)»; Guasp, J. y Aragoneses, P., *Derecho Procesal Civil*, ob.cit., pp. 374-375: «mediante el interrogatorio se tiende a obtener una declaración de las partes que desempeñe una función probatoria dentro del proceso»; Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 301*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Lorca Navarrete, A.Mª. (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p.1809: «la prueba del interrogatorio de las partes es aquella en virtud de la cual una de las partes declara en un proceso sobre hechos y circunstancias de los que tenga noticia y guarden relación con el objeto litigioso»; Rueda López, J.C., *Comentario al art. 301*, en «Ley de Enjuiciamiento 1/2000», Suárez Robledano, J.M. (coord.), ed. Dijusa, Madrid, 2003, p.1004: «declaración de las partes con la finalidad de obtener la prueba de determinados hechos alegados en la demanda o contestación»; Samanes Ara, C., *Comentario al art. 301*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernández (coords.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p.1069, «declaración de la parte –[...], en ocasiones también pueden ser sujetos de la prueba personas distintas de las partes– sobre hechos relevantes al proceso».B) En monografías sobre la prueba o el interrogatorio de las partes, o artículos de revista: Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 345-346; Lorca Navarrete, A.Mª., (*La prueba del interrogatorio de las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en rev. La Ley, 2000-6, pp. 2073-2074), aun sin ofrecer una noción doctrinal, evidencia las diferencias entre la extinta confesión en juicio y el vigente interrogatorio de las partes, hasta el punto de considerar que el interrogatorio tiene una «caracterización técnica inédita en nuestras leyes procesales civiles» y que «no posee ninguna afinidad conceptual con la denominada 'confesión judicial'»; Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil,* ob., cit., p.223: «es un medio de prueba y consiste en la declaración que presta una parte (y en algún caso un tercero), sin juramento alguno, a petición de la otra parte, sobre hechos y circunstancias de los que aquélla tenga noticia y que guarden relación con el objeto del proceso (art. 301.1)»; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 271-274: aun sin ofrecer una noción lo califica como «el interrogatorio formal asertivo»; Planchadell Gargallo, A., *La prueba de interrogatorio de las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista de Derecho Procesal, núm. 2, 2000, p.419: «se trata de un auténtico medio de prueba, mediante el cual se produce, por las partes y en algunos casos los terceros, una espontánea declaración de conocimiento sobre hechos y circunstancias relevantes en el proceso, sobre los que son preguntados, tendente a conformar la convicción judicial»; Verger Grau, J., *Un interrogatorio*

3.1. Elementos subjetivos, objetivos y formales

La noción legal combina elementos subjetivos, objetivos y formales. Entre los subjetivos, identifica quienes deberán prestar el interrogatorio, en su condición de parte proponente o de parte interrogada. Serán las partes (actor/es y demandado/s), y algún tercero cualificado (el titular de la relación controvertida –art. 301.2 LEC–, el tercero con conocimiento personal de los hechos –art. 308, I LEC– o la persona que intervino en los hechos en nombre de la persona jurídica –art. 309.2 LEC–).Y se prestará por cada parte a instancia de la adversa, y también a instancia del colitigante con intereses contrapuestos.

Entre los objetivos, precisa que la declaración versará sobre hechos conocidos por la parte declarante («de los que tenga noticia») y sobre hechos controvertidos («que guarden relación con el objeto del juicio»), a tenor de las previsiones del ya citado art. 301.1 LEC. En cuanto a los hechos conocidos, no se exige la intervención personal del declarante, pues la parte interrogada –a diferencia del art. 587, I LEC\1881 y del art. 1232.1 CC[1678]– puede declarar sobre hechos no personales de los que tenga noticia (art. 308 LEC). El interrogatorio, por ende, podrá versar sobre hechos personales y sobre hechos no personales del interrogado (SAP Ourense 30 de abril de 2002)[1679], recobrando con ello la mejor tradición jurídica, pues según Prieto Castro, «el carácter personal de los hechos nunca fue requisito de la confesión, pues podía referirse a noticias sobre hechos»[1680].

En cuanto a los hechos controvertidos, la referencia a «que guarden relación con el objeto del juicio» resulta superflua, pues los hechos admitidos están dispensados de prueba (art. 281.3 LEC), con la única salvedad de los procesos no dispositivos, en que la conformidad de las partes no vincula al juzgador (arts. 281.3 y 752.2 LEC).

Y entre los formales, la exigencia que la declaración de la parte se preste oralmente en el curso de un proceso y a instancia de la parte adversa o, en algunos supuestos, a instancia del colitigante. La solicitud en tiempo y forma en el curso del proceso por las

cruzado y mágico, en rev. Justicia, año 2000, núm. 1, pp. 8-14, tampoco ofrece una definición conceptual pero describe la institución a partir del modelo diseñado por el legislador.

1678 Serra Domínguez, M., *De la confesión*, ob. cit., pp. 268-271, había criticado ya la exigencia de la «personalidad» del hecho (art. 1231 II CC), señalando su contradicción con el art. 587 LEC/1881 que permitía que el confesante difiera la confesión sobre hechos no personales por medio de un tercero y postulando que fuera de libre apreciación judicial.

1679 La SAP Ourense, secc.2ª, de 30 de abril de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/23238) precisa que «el alcance que pueda darse a la expresión de hechos en que la parte haya intervenido personalmente, que son los que solamente pueden tenerse por reconocidos, es más amplio del que pudiera entenderse como reducidos aquellos en que hubiese tenido una intervención física la parte. Su verdadero significado es el de que han de tratarse de hechos propios de la parte, de los que pueda tener personal y necesario conocimiento, sin necesidad de tener que acudir a un tercero para su constatación».

1680 Prieto Castro, L., *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre confesión judicial*, en Revista de Derecho Procesal, 1949, pp. 500 y 503.

partes al juez permite excluir la denominada «confesión extrajudicial»[1681]. La declaración de la parte, durante un proceso presidido por la inmediación y la concentración en la práctica de las pruebas, comporta la oralidad, siquiera aun persiste la forma de respuestas escritas para la práctica del interrogatorio de Administraciones y Organismos Públicos (art. 315 LEC).

3.2. Caracteres

Como notas, y a partir de su configuración legal, destacamos las siguientes:

a) Es un medio de prueba, y así se recoge –y en primer lugar– en la enumeración que de los mismos se efectúa en los artículos 299 y 300 LEC.

b) Es una declaración de la parte y, por ende, un acto personalísimo, sin posibilidad de delegación o apoderamiento, y a salvo los supuestos, ya apuntados, de declaración de tercero[1682].

c) Es una declaración de conocimiento, y no una declaración de ciencia.

d) Es una declaración sobre hechos controvertidos, pues cronológicamente la proposición del interrogatorio de las partes –al igual que los restantes medios de prueba– sucede a la fijación del *thema probandi*.

e) Es una declaración provocada, pues no se presta de modo espontáneo, sino a instancia de la adversa o de un colitigante.

f) Es una declaración desvinculada del juramento.

g) Es una declaración formal, puesto que accede a las actuaciones a través de un interrogatorio, y con la exigencia de que las preguntas se formulen con determinados requisitos legales (sentido afirmativo, claridad y precisión, y desprovista de calificaciones y valoraciones).

h) Es una declaración oral, prestada en un acto (juicio o vista) presidido por la oralidad.

i) Es una declaración en el curso del proceso, por lo que se excluyen las declaraciones prestadas fuera o con anterioridad al proceso.

1681 Sobre la distinción entre confesión judicial y extrajudicial puede verse Bonet Navarro, A., *La prueba de confesión en juicio*, ob. cit., p.78.

1682 La SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 18 de julio de 2003, fto. jco. 3º (EDJ 2003/191269) la califica como la «prueba personal por excelencia».

4. Sujetos del interrogatorio: parte proponente y parte interrogada

4.1. Presupuestos para interrogar y ser interrogado

Son presupuestos para interrogar la condición de parte, la personación en el proceso –de modo que se excluye el interrogatorio que pueda proponer el demandado rebelde– y, obviamente, la previa solicitud del interrogatorio.

Son presupuestos para poder ser interrogado la previa solicitud de la parte adversa (o, en su caso, de tercero), la condición de parte o de tercero en el sujeto interrogado, y la capacidad para responder. A diferencia del derogado art. 1231 CC, que condicionaba la validez de la confesión en juicio a la «capacidad legal» del confesante, la LEC no se pronuncia sobre este extremo, razón por la que será suficiente la capacidad procesal (art. 7 LEC), siendo necesario recurrir al mecanismo de la representación en ausencia de capacidad procesal[1683].

4.2. Parte proponente

Pueden ser parte proponente el actor y el demandado, el colitigante y, en los supuestos que diremos, el juez y el Ministerio Fiscal. El actor y el demandado son, por antonomasia y por imperativo legal, parte proponente y parte interrogada, pues «cada parte podrá solicitar […] el interrogatorio de las demás» (art. 301.1 LEC). Y constituyen, sin duda y por lo general, la fuente más caudalosa de información. Cada parte puede asumir la iniciativa probatoria y proponer el interrogatorio de la adversa, de modo que se practicará simultáneamente el interrogatorio del actor y el del demandado y ambas ostentarán, recíprocamente, la condición de parte proponente y parte interrogada. Ello excluye que se pueda proponer como interrogatorio la declaración de la propia parte[1684].

Los letrados proponen el interrogatorio, por lo general, en el acto de la audiencia previa (o, en su caso, en la vista del juicio verbal), pero ello no excluye la solicitud del propio actor o del demandado, en aquellos supuestos en que no hayan comparecido con abogado y procurador (art. 306.2 LEC), por no ser preceptiva su intervención.

Muy distintas son las facultades del juez y del ministerio fiscal en orden a la proposición de la prueba. El juez podrá efectuar una «sugerencia» de prueba del interrogatorio de las partes (art. 429.1, II y III LEC), casi a modo de recordatorio de la prueba no propuesta por las partes, o acordar el interrogatorio de las partes como diligencia final de oficio (art.

1683 En este sentido Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 301 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Lorca Navarrete A. Mª. (dir), ed. Lex Nova, Valladolid, p. 1812.

1684 SSAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 4ª, de 7 de julio de 2003, fto. jco. 3º (EDJ 2003/191269) y AP Girona, secc. 1ª, de 15 de abril de 2004, fto. jco. 4º (EDJ 2004/35560), entre otras.

435.2 LEC), en supuestos excepcionales, sin perjuicio de las facultades probatorias en los procesos no dispositivos del Libro IV (art. 752 LEC)[1685].

A título de ejemplo: a) interrogatorio no practicado en el día del juicio o de la vista por indisposición de la parte interrogada; b) interrogatorio practicado por auxilio judicial y cuyo exhorto, debidamente cumplimentado, se ha extraviado y no ha llegado al juzgado exhortante; c) interrogatorio en el que la parte interrogada precisaba de documentos para auxiliar la memoria (art. 305 LEC) y no disponía de ellos en el acto del juicio o de la vista; d) interrogatorio en el que el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad no ha intervenido personalmente en los hechos, e identifica a la persona que, en nombre de la parte, ha intervenido en aquellos hechos (art. 309.2 LEC)[1686].

En los procesos no dispositivos (Libro IV), en aras a la existencia de un interés público, se reconoce una iniciativa probatoria *ex officio iudicis* ilimitada, en cuanto a número y clase de pruebas a acordar. Así se desprende de la dicción literal del art. 752.1, II LEC («Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio *cuantas* estime pertinentes»[1687]).

El Ministerio fiscal, cuya intervención es preceptiva en los procesos no dispositivos (Libro IV) siempre que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art.749.2 LEC), podrá también, de conformidad con lo previsto en el precitado art. 752.1, II LEC y atendiendo a la directrices de la Circular 1/2001, de 5 de abril de la Fiscalía del Estado, «proponer a su vez su propia prueba». El Ministerio Fiscal podrá proponer el interrogatorio de las partes, aun cuando ni las partes lo hubieran solicitado, ni el juez lo hubiera acordado *ex officio iudicis*[1688].

4.3. Parte interrogada

Pueden ser interrogadas las personas físicas y las personas jurídicas. Entre las personas físicas, el actor, el demandado, el colitigante y algún tercero. Entre las personas jurídicas, las personas jurídicas privadas y las entidades públicas.

1685 Guasp, J. y Aragonés, P., *Derecho Procesal Civil*, t. I, ob. cit., p.376, admiten como «sujeto activo» (parte proponente) del interrogatorio, y con carácter excepcional, al Juez en los supuestos de los arts. 435.2 y 752 LEC.

1686 La SAP Barcelona, secc. 11ª, de 4 de noviembre de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/20310) parece exigir la previa instancia de parte, para el supuesto de acordar una diligencia final con fundamento en el art. 309.2 LEC.

1687 La cursiva es mía para enfatizar las facultades probatorias ilimitadas del juez en los procesos sobre familia, capacidad y menores.

1688 Sobre las facultades del juez y del Ministerio Fiscal en los procesos no dispositivos ver mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 189-191.

Actor y demandado no solamente ostentan la condición de parte proponente, sino también la de parte interrogada. Son, recíprocamente, sujetos interrogadores y sujetos interrogados, pues, como se ha dicho, el interrogatorio lo puede solicitar cada parte respecto de la adversa.

Ello excluye que el interrogatorio pueda ser prestado por el Letrado[1689], no obstante algunas resoluciones judiciales aún lo continúen admitiendo[1690], o por el Procurador de la parte[1691], aun cuando disponga de poderes específicos para contestar al interrogatorio de la parte, puesto que es un acto personalísimo de la parte, llamada a responder por sí misma (art. 305.1 LEC)[1692].

Y ello permite el interrogatorio del actor, en los supuestos de desistimiento y si el demandado interesa la continuación del juicio, y permite también el interrogatorio del demandado rebelde, pues la rebeldía no despoja al demandado de la condición de parte, ni el demandado, por el solo hecho de su no personación, puede privar al actor de un medio de prueba como el interrogatorio de las partes.[1693]

Como parte interrogada, el actor y/o el demandado tienen la carga de comparecer y de contestar de modo preciso, y de no hacerlo (art. 304 LEC) –o hacerlo de modo evasivo o inconcluyente– pueden sufrir los perjuicios de la *ficta admissio* (arts. 304 y 307 LEC) e incluso de la multa (art. 304, I LEC).

Superando el carácter restrictivo del art. 579 LEC\1881, que limitaba la confesión en juicio a la solicitada por la parte adversa[1694], la LEC admite como parte interrogada los colitigantes, como ya reclamaba la mejor doctrina[1695], siquiera se exigirá que entre ambos

1689 SAP Granada, secc.4ª, de 9 de diciembre de 2004, fto. jco. 1º (EDJ 2004/263458).

1690 SAP Madrid, secc.10ª, de 14 de enero de 2005, fto. jco. 3º, (EDJ 2005/2508) y AAP LLeida, secc. 2ª, de 22 de julio de 2003, fto. jco. 1º (EDJ 2003/97828).

1691 De modo concluyente la SAP Córdoba, secc. 2ª, de 26 de junio de 2002, fto. jco. 4º (EDJ 2002/32645) razona que «es la parte y no su representación procesal quien ha de prestar declaración y ello porque esta prueba versa sobre hechos personales del declarante, siendo así que el Procurador es un sustituto sin intervención en los mismos».

1692 Con unanimidad doctrinal: Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p.147; Fernández Seijó, J.Mª., *Comentario al art. 301 LEC*, en «El Proceso Civil», ob. cit., p.2293; Garberí Llobregat, J y Buitrón Ramírez, G, *La prueba civil,* ob. cit., p.347; Montero Aroca, J., *La prueba…*, ob. cit., p.228; Ribelles Arellano, J. Mª., *La prueba*, ob. cit., pp. 354-355; Samanes Ara, C., *Comentario al art. 309 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1094.

1693 A favor de esta posibilidad, ya con referencia a la derogada confesión en juicio, puede verse DÍAZ, C., *Confesión judicial del demandado voluntariamente rebelde*, en Revista de Derecho Procesal, 1952, pp. 373-374.

1694 SSTS de 26 de enero de 1990, fto. jco. 3º (RJ 1990\9047) y de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984\811) sostienen que la confesión no puede hacer prueba contra un colitigante.

1695 Serra Domínguez, M., *De la confesión*, ob. cit., pp. 274-276, enumeraba hasta ocho razones jurídicas diferentes a favor de la admisibilidad de la confesión del codemandado.

exista conflicto de intereses, para evitar que el interrogatorio de las partes se pueda solicitar y admitir en fraude de la parte adversa. El conflicto de intereses consiste en que las partes colitigantes persigan los mismos objetivos en perjuicio de la otra parte, sea o no idéntica la pretensión o resistencia que formulen[1696].

El legislador no se ha limitado a obtener la declaración de conocimiento de las partes –actor y demandado– y de los colitigantes con intereses contrapuestos, sino que ha ampliado el círculo de los sujetos susceptibles de ser interrogados, mediante la admisión del interrogatorio de ciertos terceros (en el interrogatorio de las personas físicas) y de la persona que intervino personalmente en los hechos en nombre de la persona jurídica (en el interrogatorio de las personas jurídicas privadas y entes sin personalidad).

En el caso de las personas jurídicas públicas (interrogatorio de la Administración y demás Organismos Públicos) el art. 315 LEC no resuelve la cuestión relativa a la identificación de la persona que contesta por escrito el informe, a diferencia de lo previsto en el art. 462 I del Proyecto de Profesores de 1974 y en el art. 366 del ALEC que, con mayor acierto, preveía que dicho interrogatorio fuera contestado «por vía de informe por el jefe del departamento o dependencia a quienes concernieran los hechos».

4.3.1. Especial referencia a los terceros y a las personas jurídicas privadas como partes interrogadas

El tercero puede ser interrogado en los supuestos de ser el titular del derecho o relación jurídica controvertida (art. 301.2 LEC)[1697], de ser la persona que tuvo conocimiento personal de los hechos (art. 308, I LEC) o de ser la persona que intervino personalmente en los hechos en nombre de la persona jurídica (art. 309.2 LEC).

En los supuestos del art. 301.2 LEC y del art. 309.2 LEC se produce un llamamiento *ex lege* del tercero, a diferencia del supuesto del art. 308, I LEC, en los que la parte interrogada llama *ex voluntate* a un tercero con conocimiento personal de los hechos. Además, en los supuestos del art. 301.2 LEC es facultad de la parte proponente solicitar la declaración del tercero, mientras que en los supuestos del art. 308 LEC es facultad de la parte interrogada.

En los supuestos del art. 301.2 LEC se opera una sustitución de la parte legitimada por el tercero titular del derecho o relación jurídica controvertida, de modo que, en prin-

1696 Más ampliamente Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 301 LEC,* en «Proceso Civil Práctico», ob. cit., p.306.

1697 Posibilidad ya contemplada por el art. 448-2 del Proyecto de Profesores de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1974: «En los casos en que la parte legitimante actuante en el juicio no sea el titular de la relación jurídica controvertida se podrá solicitar también el interrogatorio de dicho titular».

cipio, la parte legitimada puede quedar exonerada de declarar[1698]. Por el contrario, en los supuestos del art. 308 LEC, el llamamiento del tercero con conocimiento personal de los hechos no opera una «sustitución» –pese a la terminología empleada por el legislador en el segundo párrafo del art. 308 LEC– pues la parte actora/demandada no queda exonerada de declarar («…habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de estos,…»).

Por otra parte, y en los supuestos del art. 309.2 LEC, el llamamiento del tercero que intervino en los hechos en nombre de la persona jurídica, no es una facultad del representante en juicio, sino que constituye un deber, bajo la sanción de la *ficta admissio* (art. 309.3 LEC). Y, al igual que en el supuesto del art. 308 I LEC, el representante en juicio de la persona jurídica o ente sin personalidad no queda exonerado de responder («…éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos…»).

El distinto origen del llamamiento del tercero (*ex lege* – arts. 301.2 y 309.2 LEC y *ex voluntate* –art. 308, I LEC–) y del motivo de su declaración (la titularidad de la relación controvertida –art. 301.2 LEC–, el conocimiento personal de los hechos –art. 308 I LEC– o la intervención personal en los hechos en nombre de la persona jurídica –art. 309.2 LEC–), diversifica el tratamiento procesal de la carga de su comparecencia y la eficacia de su declaración.

a) Tercero del art. 308 LEC.

Ha sido llamado voluntariamente por la parte inicialmente interrogada y tiene la carga de comparecer y responder de modo preciso (arts. 304 y 305 LEC). Los efectos de su incomparecencia dependerán en función si la parte proponente acepta la sustitución (comparece como un tercero ex art. 308 LEC)[1699] o no acepta la sustitución (puede comparecer como testigo, si el juez lo estima pertinente).

En el primer caso –compareciente como tercero ex art. 308 LEC–, si no comparece, o se niega a responder, o responde con evasivas o de modo inconcluyente, se le podrán aplicar los efectos de la *ficta admissio* y de la multa (art. 304 LEC)[1700], pues se trata de un tercero llamado por la parte y con un régimen jurídico similar al de la parte. En el segundo caso –compareciente como testigo–, los efectos de su incomparecencia son lo propios de

1698 A título ejemplificativo pensemos en supuestos de reclamación de una compañía de seguros contra el causante del siniestro o de reclamación de un Colegio de Arquitectos de los honorarios profesionales de un colegiado.

1699 La SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 4ª, de 7 de julio de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/191269) recuerda expresamente que «el art. 308, en su párrafo segundo, supedita precisamente la sustitución a que sea aceptada por la parte que haya propuesto la prueba», al razonar que solo con la aceptación de la parte proponente del interrogatorio puede operarse la impropiamente llamada «sustitución».

1700 En sentido distinto, Díaz Fuentes, A., *La prueba…*, ob. cit., p.155. y Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario a los arts. 302-307 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», ob. cit., pp. 324 y 386-387, aun cuando éste último admite la imposición de la multa para los terceros no comparecidos.

cualquier testigo, y está sujeto al régimen de sanciones de los testigos (art. 292.1 LEC). Y la negativa a declarar, las respuestas evasivas o inconcluyentes serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica.

En orden al reconocimiento de los hechos, deberemos nuevamente distinguir según el tercero comparezca con la aceptación de la parte proponente –tercero ex art. 308 LEC– o sin ella –compareciente como testigo–.

En el primer caso– compareciente como tercero ex art. 308 LEC–, la declaración de este tercero es de valoración tasada en aquello que perjudique a la parte inicialmente interrogada y que lo ha llamado a declarar, siempre que concurran los requisitos del art. 306.1 LEC (esto es, no contradicción con el resultado de las demás pruebas, intervención personal del declarante en los hechos y fijación enteramente perjudicial)[1701].

A favor de esta tesis pueden esgrimirse dos argumentos. En primer lugar, que la dicción del art. 308 LEC ya establece que cuando la parte inicialmente interrogada propone que conteste las preguntas un tercero con conocimiento personal de los hechos, ya es conocedora de que efectúa esta propuesta de sustitución, «aceptando las consecuencias de la declaración». Más llanamente, la declaración del tercero con conocimiento personal de los hechos tiene la misma eficacia probatoria que la de la propia parte interrogada.

Y, en segundo lugar, el art. 306.2 LEC remite la valoración de «la declaración de las partes y de las personas a que se refiere el apartado segundo del art. 301» a las reglas de la sana crítica. Y resulta obvio que el tercero con conocimiento personal de los hechos del art. 308 LEC, ni tiene la condición de parte, ni tiene la condición de sujeto o titular de la relación jurídica controvertida.

En el segundo supuesto –compareciente como testigo– serán de aplicación las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC), siendo irrelevante que la declaración del tercero sea o no perjudicial para la parte.

b) Tercero del art. 301.2 LEC.

El sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho tiene el deber de comparecer y responder de modo preciso (arts. 304 y 305 LEC), pero las negativas o las respuestas evasivas o inconcluyentes no pueden ser valoradas como una *ficta admissio* (art. 307 LEC). La razón fundamental de distinguir entre la carga de comparecer y la carga de declarar radica en que el llamamiento –y, por ende, la carga de comparecer– tiene su origen en una previsión específica del legislador (art. 301.2 LEC).

1701 En este sentido se pronuncian: Díaz Fuentes, A, *La prueba*…., ob. cit., p.155, para quien, además, el tercero del art. 308 LEC «no está excusado de juramento o promesa de decir verdad, no exento de la sanción de perjurio, se le preguntará por las generales de la ley, será posible la tacha…»; Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1506; Medina Cepero, J.R., *La valoración judicial del interrogatorio de partes en el proceso civil*, en Repertorio Jurisprudencia núm. 18/2003. En sentido contrario, Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.281.

Por el contrario, con respecto a la declaración –y, por ende, la carga de declarar– no existe una previsión específica –como la del art. 308, I LEC– que obliga al sustituido –parte actuante en juicio– a aceptar la declaración del sustituto –titular de la relación jurídica controvertida o titular del derecho–.

La eficacia probatoria de su declaración, por imperativo del art. 316.2 LEC, será conforme a las reglas de la sana crítica.

c) Tercero del art. 309.2 LEC.

En la regulación del art. 309 LEC podemos distinguir hasta tres supuestos distintos:

1º) El del representante en juicio que no intervino personalmente en los hechos. Tiene la doble carga procesal de alegar su no intervención en los hechos en la audiencia previa y de facilitar la identidad de la persona que intervino en los hechos en nombre de la persona jurídica (art. 309.1 LEC)[1702].

2º) El del representante en juicio que, no obstante haber intervenido en los hechos, es sometido a una pregunta en la que no intervino personalmente (art. 309.2 LEC). Tiene la doble carga de responder según su conocimiento personal y de identificar a la persona que, en nombre de la persona jurídica, intervino en los hechos. Si la identificación del tercero se produce en el curso del acto del juicio, deberá declarar como diligencia final (art. 309.2 LEC)[1703].

3º) El del sujeto identificado por el representante en juicio y que ya no forma parte de la persona jurídica (art. 309.1, II LEC). El representante en juicio puede proponer su citación en calidad de testigo.

A partir de esta clasificación podemos distinguir al compareciente en calidad de tercero ex art. 309 LEC (primer y segundo supuesto) y al tercero compareciente en calidad de testigo (tercer supuesto).

En el primer y segundo supuesto –compareciente en calidad de tercero ex art. 309 LEC–, esto es, el compareciente en los hechos en nombre de la persona jurídica y que ha sido designado por el representante en juicio tiene la carga de comparecer y responder de

1702 La SAP La Rioja, secc.1ª, de 15 de mayo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/284094) expresamente indica que «no se impone a la parte interrogante la carga de señalar quien ha de ser interrogado sobre los hechos y de citarlo con antelación como testigo, sino que señala que ha de ser el interrogado, representante de la parte, quien ponga de manifiesto esta circunstancia…». En el mismo sentido la SAP Castellón, secc.3ª, de 19 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/300574).

1703 La SAP Barcelona, secc.11ª, de 4 de noviembre de 2004, fto.2º (EDJ 2004/201310) parece exigir la previa instancia de parte para la declaración del sujeto con conocimiento personal de los hechos como diligencia final.

modo preciso[1704]. Se trata de un llamamiento de un tercero *ex lege*, al que se le aplicarán las cargas de comparecer y contestar de modo preciso.

Tampoco podrán ser valoradas como *ficta admissio* las negativas, o las respuestas evasivas o inconcluyentes del sujeto que intervino personalmente en los hechos. Pero si que podrá ser valorada como *ficta admissio* la negativa por el representante en juicio a facilitar la identidad de la persona que, en nombre de la persona jurídica, intervino personalmente en los hechos (art. 309. 3 LEC).

La eficacia probatoria de su declaración gozará de los efectos de prueba tasada, siempre que concurran los requisitos del art. 316 LEC. Como razona acertadamente Medina Cepero «aunque en estos supuestos no concurra la voluntad de la parte a los efectos de que el tercero preste la oportuna declaración, sí que debió existir esa voluntad al momento en que autorizó a dicho sujeto a realizar en su nombre los hechos ahora objeto del proceso civil»[1705].

En el tercer supuesto –compareciente en calidad de testigo– el tercero ha dejado de formar parte de la persona jurídica (art. 309.1, II LEC) y su declaración será valorada conforme a las reglas de la sana crítica, lo mismo que su incomparecencia dará lugar a las sanciones del art. 292 LEC.

5. Proposición, admisión y citación

5.1. Momento y forma de la proposición

La proposición del interrogatorio de las partes tendrá lugar en la audiencia previa del juicio ordinario o, en su caso, en la vista del juicio verbal. Existe, en principio, una fase única y concentrada de proposición de prueba, a diferencia de la derogada confesión en juicio, que gozaba de un ámbito temporal de proposición excepcional, pudiéndose solicitar «desde que se reciba el pleito a prueba hasta la citación para sentencia» (art. 579 LEC\1881). Sin embargo, ello no impide la proposición como prueba anticipada (art. 293 LEC), a raíz de una sugerencia probatoria (art. 429.1 II y III LEC) o como diligencia final (art. 435 LEC).

1704 La STS, Sala 1ª, de 3 de enero de 2010, fto. jco.3º (RJ 2010\293) razona que no existe indefensión cuando se ha practicado el interrogatorio en la persona designada como representante de la persona jurídica por la misma demandante. Puede verse nuestro comentario a esta sentencia, *Interrogatorio de persona jurídica. Carga de indicar por el interrogado las personas intervinientes en los hechos*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 6, Diario La Ley, núm. 7730, de 7 de noviembre de 2011, pp. 17 y 18.

1705 Medina Cepero, J.R., *La valoración judicial del interrogatorio de partes en el proceso civil*, en Repertorio de Jurisprudencia, núm. 18/2003. También reconoce el carácter tasado de la declaración: Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, ob. cit., p.1506.

Como prueba anticipada se propondrá bien con anterioridad al inicio del proceso, en cuyo caso será necesario que el actor designe a la persona que se propone demandar (art. 295.1 LEC), bien pendiente ya el proceso (art. 295.2 LEC), pues, a diferencia de la LEC de 1881 que limitaba la prueba anticipada a la testifical (art. 502 LEC\1881), no existe limitación en cuanto a los medios de prueba cuya práctica anticipada se interesa (art. 293 LEC).

Como «sugerencia» efectuada por el juez al amparo del art. 429.1, II y III LEC, puesto que aquí el legislador tampoco establece limitación alguna respecto de los medios de prueba que puede «proponer» el juez. Adviértase, por una parte, que la facultad de «sugerencia» de los medios pruebas para paliar la insuficiencia probatoria se formula en términos abiertos («Al efectuar esta manifestación, el tribunal […], podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente») [1706]; y, por otra parte, que no basta la mera «sugerencia» del juez, sino que es necesario que alguna de las partes atienda dicha indicación y proponga el interrogatorio de las partes («En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal»).

Si las partes desatienden la indicación de insuficiencia probatoria, el juez no podrá acordar el interrogatorio de las partes, ni ninguna otra prueba, de oficio[1707]. En realidad, la normativa del art. 429.1, II y III LEC produce una suerte de inversión de la iniciativa probatoria, que gráficamente podría condensarse en la siguiente expresión: «yo [juez] le propongo, para que Vd. [abogado] me proponga, y yo [juez] pueda acordar».

Como diligencia final, y fuera de los supuestos de la prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1 regla 3ª LEC)[1708] y de los supuestos del interrogatorio de las personas jurídicas en los que el representante en juicio, por no haber intervenido personalmente en los hechos, designe al tercero que intervino personalmente en los hechos en nombre de la persona jurídica (art. 309.2 LEC), será muy excepcional.

Por otra parte, y en cuanto a la forma, la proposición será oral, siquiera en la práctica forense, y especialmente cuando son varios los medios de prueba, suele entregarse una «minuta de proposición de prueba», que facilita el juicio de pertinencia. La parte proponente podrá solicitar

1706 Ello no obstante, es muy discutible que con fundamento en la normativa del art. 429.1, II y III LEC el juez pueda sugerir un medio de prueba cuyo estadio procesal ya ha precluido (ej. documentos fundamentales y dictámenes). Ver sobre este particular Chico Fernández, t. , *La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del art. 429.1, II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Aspectos Prácticos de la Prueba Civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2006, pp. 254-271.

1707 Más ampliamente y, con una síntesis de los argumentos favorables y contrarios a la práctica de la prueba de oficio, al amparo de la normativa del art. 429.1, II y III LEC, en mi trabajo *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 155-159.

1708 Sobre el particular puede verse de la Rúa Navarro, J., *La prueba de los hechos nuevos*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J. (dirs.), Barcelona, 2007, p.303.

en tal momento el interrogatorio domiciliario o por vía de auxilio judicial. Para el supuesto que la parte proponente no pudiera acudir al interrogatorio por vía de auxilio judicial, dispone del plazo de tres días para presentar la lista de preguntas (arts. 313 y 429.5.2º LEC).

En el supuesto del interrogatorio de personas jurídicas, la parte proponente podrá identificar al sujeto que, en nombre de la persona jurídica, debe ser interrogado, por haber intervenido personalmente en los hechos[1709], solución que puede encontrar apoyo normativo en el art. 309.2 LEC, y recoge una vieja aspiración de la práctica forense[1710].

5.2. El juicio de pertinencia

Propuesto el interrogatorio de las partes, el juez tiene el deber de admitirlo o denegarlo. Por lo general, el juez admitirá el interrogatorio de las partes, dado que las partes son, las más de las veces, la fuente más caudalosa de información. La admisión (o, en su caso, la inadmisión) se traduce en una resolución oral, instantánea, individualizada, expresa y motivada, sin audiencia de la parte adversa, ni posibilidad de diferirla en el tiempo, ni de supeditarla a la práctica de otros medios de prueba[1711].

En realidad el juicio de pertinencia sobre el interrogatorio de las partes se ha desplazado al juicio de pertinencia sobre las concretas preguntas del interrogatorio, debiendo velar el juez porque las preguntas se formulen con observancia de los requisitos del art. 302 LEC, y que luego examinaremos. Ordinariamente la admisión tendrá lugar en el propio acto de la práctica de la prueba (vista o acto del juicio), pero cuando la prueba se practique por escrito, el juez que conoce del asunto deberá declarar la pertinencia o impertinencia de las preguntas contenidas en el pliego de preguntas que se remitirá por auxilio judicial al juez exhortado (art. 313 LEC) o mediante oficio para ser respondido por las Administraciones y Organismos Públicos (art. 315 LEC).

La inadmisión será poco frecuente y, en todo caso, como apunta Muñoz Sabaté, deberá tratarse de supuestos «muy diáfanos», como siguiendo el ejemplo propuesto por el mismo autor, la proposición del «interrogatorio del director de una aseguradora de responsabilidad civil demandada, cuando el único *thema probandi* sea como se produjo el accidente»[1712].

1709 En el mismo sentido, Ferrer Barriendos, A., *Interrogatorio de las partes*, ob. cit., p.132.

1710 Serra Domínguez, M., *De la confesión*, ob. cit., p.291 y nota a pie 78, recoge los resultados de una Encuesta sobre la prueba entre abogados, realizada en 1975 por la Sección de Derecho Procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona, en el que un 76 por 100 de los encuestados se inclinaba por la carga de la comparecencia del «representante concreto de la persona jurídica que haya intervenido en el asunto litigioso».

1711 A diferencia de lo que sucede con el interrogatorio de las partes, en los procesos de familia en algunas ocasiones se efectúa una admisión condicionada del dictamen de especialistas a la vista del resultado del interrogatorio de las partes y de los testigos, que tiene lugar en la misma vista.

1712 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.276.

En supuestos específicos el juicio de admisión puede revestir mayor dificultad, no tanto en cuanto a la pertinencia y utilidad del interrogatorio de las partes, cuanto al lugar –interrogatorio domiciliario– o al modo de su práctica –interrogatorio por vía de auxilio judicial–. La regulación legal del interrogatorio domiciliario (art. 311 LEC) exige ponderar la concurrencia de una enfermedad, que debe entenderse como persistente, o de otra grave circunstancia que impida a la parte interrogada desplazarse hasta la sede del órgano judicial. La «circunstancia grave» es un concepto jurídico indeterminado de apreciación casuística.

Otro tanto sucede con el interrogatorio por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC), cuya pertinencia está sujeta al doble requisito de la residencia de la parte interrogada fuera de la demarcación judicial y de alguna de las circunstancias del párrafo segundo del apartado 4º del art. 169 LEC[1713]. Algunos autores, como Muñoz Sabaté, han defendido una interpretación restrictiva del interrogatorio por auxilio judicial, con la finalidad de no subvertir el principio de inmediación, dado que las partes son la fuente más caudalosa de prueba y es preferible que su declaración se preste ante el juez que conoce del asunto[1714].

La dificultad del juicio de pertinencia puede radicar en las propias circunstancias del caso. Así, en el supuesto en el que una parte solicita el interrogatorio de un colitigante y del escrito de alegaciones no se deduzca con claridad si sostienen, o no, posiciones contrapuestas. O en el supuesto que figuren como actores y demandados una pluralidad de sujetos. De manera ilustrativa, Montero Aroca cita la SAP Murcia de 16 de junio de 2003 en la que la parte demandada propuso el interrogatorio de los 172 actores y el Juzgado admitió el interrogatorio de doce al azar, y concluye que si bien el legislador no limita el número de partes que pueden declarar como parte interrogada, parece razonable inadmitir, por inútil, la declaración de todos los demandantes, «si son unos mismos hechos los que les afectan a todos, sin que existan los propios de cada uno de ellos»[1715].

1713 Art. 169.4 LEC: «El interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará en la sede del Juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente». «Solo cuando por razón de la distancia, dificultad de 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 para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior».

1714 Para el citado autor, la circunstancia de la distancia no puede ser justificativa del recurso al auxilio judicial, «ya que si el problema compete al actor, éste debería soportarlo como una incomodidad de su opción a litigar, y por lo que atañe al demandado generalmente no le afectará, al constituir el *forum rei domicili* la regla general de competencia territorial». Y añade, «en todo caso deberá atenderse a la cuantía del asunto y a la idoneidad de los hechos controvertidos respecto de la prueba que se trate» (*Fundamentos de prueba*…, ob.cit., pp. 285-286).

1715 Montero Aroca, J., *La Prueba*…, ob. cit., p.227. Ver también la SAP Murcia, secc.3ª, de 16 de junio de 2003, fto. 1º (EDJ 2003/160592).

En el juicio ordinario, y frente a la resolución de admisión o inadmisión del interrogatorio de las partes, cabe un recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral, y frente a la desestimación del recurso de reposición, cabe formular protesta a los efectos de que la parte perjudicada pueda hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285.2 LEC). En el juicio verbal, por el contrario, solo cabe protesta frente a la inadmisión del interrogatorio de la parte (art. 446 LEC)[1716].

En cuanto a las preguntas, las partes podrán impugnar la admisibilidad de las preguntas (art. 303 LEC), sin que exista –a diferencia de lo que sucede con el interrogatorio de testigos (art. 369 LEC)– previsión legal en cuanto a la inadmisibilidad de las preguntas, debiéndose entender que probablemente se trata de un olvido del legislador, pues no existe razón suficiente para tratar de modo distinto la indamisión de las preguntas a la parte y al testigo[1717].

5.3. La citación

Una vez admitida la prueba, se deberá citar a las partes para la práctica del interrogatorio. En el juicio ordinario, la citación se puede efectuar personalmente en el propio acto del juicio, si las partes han asistido al mismo, o a través de procurador, en caso de inasistencia de las partes.

En el juicio verbal, dado que la proposición de las pruebas se efectúa en el mismo acto de la vista, existe una aparente contradicción entre los párrafos segundo[1718] y tercero[1719] del art. 440.1 LEC en orden a que la incomparecencia de la parte cuyo interrogatorio se proponga pueda comportar una *ficta admissio*.

Se plantea la duda de si basta con el apercibimiento en la citación para la vista de que la incomparecencia puede comportar una *ficta admissio* (art. 440.1, párrafo segundo LEC) o, además, es necesario que la parte proponente del interrogatorio solicite expresamente

1716 Resulta difícil imaginar un supuesto de admisión de un interrogatorio de la parte efectuado con violación de derechos fundamentales, hipótesis en la que, a tenor del art. 446 LEC, también es posible formular una protesta.

1717 En este sentido también Villagómez Cebrián, M., en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.), ed Tecnos, Madrid, 2000, p.81.

1718 Del siguiente tenor literal: «En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el art. 304 LEC. Asimismo, se prevendrá a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieran a la vista».

1719 Que literalmente prescribe: «La citación indicará también a las partes 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. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación».

la citación de la parte interrogada dentro de los tres días siguientes a la citación (art. 440.1, párrafo tercero LEC).

Aun sin desconocer la existencia de opiniones doctrinales contrarias[1720] e incluso de resoluciones judiciales[1721], entendemos que ambos párrafos, el segundo y el tercero, del art. 440.1 LEC contemplan realidades distintas. El párrafo segundo regula, con carácter general, el supuesto que las partes en el juicio verbal deben concurrir a la vista con los medios de prueba de que intenten valerse, por ser un juicio con una fase concentrada de alegaciones y prueba, de modo que, la consecuencia natural es que si una parte no comparece y la adversa propone su interrogatorio, la parte incomparecida pueda sufrir el perjuicio de la *ficta admissio*.

El párrafo tercero, por el contrario, se refiere a dos supuestos particulares, el de aquellas personas cuya citación se interesa en el acto de la vista para que declaren como testigos y el de aquellas personas cuya citación se interesa para que declaren como partes, aun no siéndolo. Este último supuesto, habida cuenta de la norma general prevista en el párrafo segundo del mismo art. 440.1 LEC, va referido a aquellos terceros que, no siendo partes, pueden ser interrogados en sustitución de la parte, como el supuesto del art. 301.2 LEC (el titular del derecho o relación jurídica controvertida), el supuesto del art. 308, I LEC (el tercero con conocimiento personal de los hechos) o el del art. 309.2 LEC (la persona que, en nombre de la persona jurídica, intervino personalmente en los hechos)[1722].

En todo caso, y en el curso de un juicio ordinario o de un verbal, será preciso que en la citación conste el apercibimiento expreso que la incomparecencia injustificada de una parte, para el supuesto que llegue a practicarse el interrogatorio, puede determinar una *ficta admissio*, sin necesidad de efectuar una segunda citación (arts. 583.3 y 593 LEC\1881). El contenido de la citación deberá extenderse a la doble consecuencia de la inasistencia, referida «por una parte a la admisión tácita de los hechos y por otra parte a la imposición de la multa» (SAP Madrid 12 de julio de 2005)[1723].

1720 Banacloche Palao, J., *Presencia y ausencia de las partes en la vista del juicio verbal a efectos de su posible interrogatorio*, en la «Ley», t. 2, 2002, p.1840.

1721 SSAP Valencia, secc. 8ª, de 26 de abril de 2005, fto. jco. 1º (EDJ 2005/95653); AP Valencia, secc. 11ª, de 27 de septiembre de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/2111078) y AP Córdoba, secc. 1ª, de 9 de julio de 2003, fto. jco. 2º (AC 2004\253), entre otras.

1722 En sentido similar, y descartando la necesidad de una segunda citación, aparte de la contenida en el auto de admisión de la demanda: Ferrer Barriendos, A., *Interrogatorio de las partes*, en «La Prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, num. 7/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.139; Garnica Martín, J. F., *El juicio verbal común y sus especialidades*, en «La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia», López López, E. y Alegret Burgués, Mª.E. (dirs.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 44/2003, p.483; Pleiteado Mariscal, P., *El interrogatorio de las partes*, en «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil», AAVV, ed. Colex, Madrid, 2004, p.67.

1723 En la jurisprudencia pueden verse, entre otras, las SSAP Madrid, secc.21ª, de 1 de octubre de 2002, fto. jco. 2º, (EDJ 2002/65329) y AP Madrid, secc.10ª, de 22 de noviembre de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/297485). SAP Madrid, secc. 10ª, de 12 de julio de 2005, fto. jco. 4º (EDJ 2005/141175).

En tales supuestos no parece necesario formular un interrogatorio concreto de preguntas para que el juez pueda apreciar la *ficta admissio* de la parte que, injustificadamente, no ha asistido a la vista del juicio verbal[1724], no obstante alguna resolución judicial lo haya exigido «a fin de posibilitar su fijación como ciertos [en referencia a los hechos] por el tribunal» (SAP Málaga de 2 de febrero de 2006)[1725].

6. Práctica

6.1. Lugar

El interrogatorio de las partes, al igual que la declaración de testigos y la ratificación de peritos, se practica ante el juez que conoce del asunto (arts. 129.1 y 169. 4 LEC).

Esta regla general quiebra en los supuestos del interrogatorio domiciliario (art. 311 LEC), del interrogatorio por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC) –impropiamente rubricado «interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial«[1726]– y del interrogatorio de Administraciones y Organismos Públicos (art. 315 LEC) –también impropiamente rubricado como «interrogatorio en casos especiales»[1727]–. En estos tres supuestos quiebra el principio de concentración (art. 290 LEC) y también puede quebrar el principio de oralidad, cuando menos, siempre en el interrogatorio del art. 315 LEC.

El interrogatorio domiciliario se practica en la residencia de la parte interrogada, a la cual deberán desplazarse el juez, el secretario y, eventualmente, las partes y los abogados. La dicción legal, con loable prudencia, circunscribe el lugar del interrogatorio al «domicilio o residencia» de la parte interrogada (art. 311.1 LEC), pero debe ser objeto de una interpretación amplia, de modo que también podrá practicarse fuera del domicilio, como puede ser un centro sanitario en el que la parte interrogada se halla ingresada con carácter más o menos permanente, si las condiciones de salud del sujeto interrogado lo hacen posible.

1724 En este sentido Ribelles Arellano, J. Mª., *La prueba*, ob. cit., p.353.

1725 SAP Málaga de 2 de febrero de 2006, fto. jco. 3º (EDJ 2006/95788).

1726 El término «domiciliario» es superfluo e induce a confusión, por cuanto la práctica del interrogatorio por vía de auxilio judicial tendrá lugar, por regla general, en la sede del Juzgado o Tribunal exhortado, pero no en el domicilio o residencia de la parte interrogada. Excepcionalmente podrá tener lugar en el domicilio o residencia de la parte interrogada si concurriese alguna grave enfermedad o cualquier otra circunstancia que hiciera gravosa la comparecencia de la parte interrogada en la sede del Juzgado o Tribunal exhortado (art. 311 LEC).

1727 Como acertadamente apuntan Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La Prueba Civil*, ob. cit., p.361, bajo el calificativo de especiales deberían incluirse todos aquellos que no discurrren durante el juicio o la vista, esto es, también el interrogatorio domiciliario (arts. 311 y 312 LEC) y el interrogatorio por la vía del auxilio judicial (art. 313 LEC).

La dualidad empleada por el legislador respecto al lugar de la práctica, al referirse, de modo disyuntivo, «al domicilio o residencia», –técnicamente más perfecta que la mención a «en la casa» (art. 591, I LEC\1881)–, permite afirmar que el interrogatorio también se podrá practicar en aquella residencia en la que la parte interrogada permanezca con carácter más o menos estable, aun cuando no constituyan su domicilio en los términos del art. 40 CC[1728], como podría ser el caso de una persona de edad avanzada, que no residiera en su «domicilio oficial», sino en el de un familiar cercano o en una residencia para personas de la tercera edad[1729].

El interrogatorio por vía de auxilio judicial está sujeto al doble requisito, que debe concurrir cumulativamente, de la residencia de la parte interrogada fuera de la demarcación del tribunal y de la concurrencia de alguna de las circunstancias del párrafo segundo del apartado cuarto del art. 169 LEC («razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte, […], o por cualquier otra causa de análogas características»). La residencia fuera de la demarcación judicial es un dato objetivo. Las circunstancias del art. 169.4, II LEC constituyen unos conceptos jurídicos indeterminado, de apreciación casuística, sin posibilidad de apriorismos, que deben ser mínimamente razonadas por la parte proponente del auxilio[1730]. De concurrir ambos requisitos el interrogatorio se practicará, por vía de auxilio judicial, ante el juez donde radique el domicilio de la parte interrogada[1731].

El interrogatorio de las Administraciones y los Organismos Públicos (art. 315 LEC), de modo distinto a las previsiones del ALEC[1732], se practicará en la sede donde radiquen los servicios jurídicos de tales personas jurídicas, a las que se remite una relación de preguntas, siquiera, con posterioridad y a raíz de las respuestas, se prevé un trámite aclaratorio, de dudosa efectividad, con la representación procesal de la persona jurídica y en la sede del juzgado que conoce del asunto (art. 315.2 LEC).

1728 En cuyo tenor literal se lee: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

1729 A favor de una interpretación amplia del término domicilio también Samanes Ara, C., *Comentario al art. 311 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1101.

1730 Sobre la necesidad de justificar la imposibilidad o el carácter muy gravoso de la comparecencia ante el juez que conoce del juicio puede verse la SAP Girona, secc. 1ª, de 13 de julio de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/48706).

1731 La SAP Valencia, secc. 11ª, de 27 de mayo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43468) admite el recurso a la vía judicial, por razón de la distancia, al tramitarse el juicio en Valencia y residir la parte interrogada en Dos Hermanas (Sevilla).

1732 El art. 366.1 ALEC, en términos muy similares al art. 462.I del Proyecto de Profesores de 1974 establecía: «Cuando sean partes en un juicio el Estado o una Comunidad Autónoma, o una Provincia, Municipio u organismos de Derecho Público, a las preguntas que se admitan habrá de contestar, en la forma prevista en los precedentes artículos de este capítulo, el jefe del departamento o dependencia a quien conciernan los hechos a que se refiera la correspondiente proposición de prueba».

6.2. Contenido

No obstante su aspiración a la espontaneidad, el legislador ha sujetado las preguntas (art. 302 LEC) y las respuestas (art. 305 LEC) a una serie de requisitos, y alguno de ellos –en particular la exigencia de sentido afirmativo– lo alejan de los bienintencionados propósitos de la Exposición de Motivos[1733].

6.2.1. Las preguntas

Deben formularse de modo oral, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, y prescindiendo de calificaciones y valoraciones (art. 302 LEC). A ello hay que agregar que deberán versar sobre hechos y deberán guardar relación con el objeto del juicio (art. 301 LEC).

a) Oralidad

Fue introducida definitivamente en el texto vigente, no obstante las previsiones del art. 303 PLEC[1734]. Permite al Letrado modular cada pregunta a raíz de la respuesta a la anterior, lo que vedaba la formulación de preguntas escritas a través de un «pliego de posiciones» (arts. 581 y 582 LEC\1881) y ampliar o suprimir las preguntas inicialmente previstas o adaptar su formulación a las características de la parte interrogada.

Permite al juez flexibilizar el juicio de pertinencia, de modo que si una pregunta no reúne alguno de los requisitos formales del art. 302 LEC, y tal requisito se entendiera que fuera subsanable, el juez podría invitar al Letrado a reformular la pregunta, antes que declararla impertinente. También permite al juez solicitar aclaraciones y adiciones en cualquier momento, pues si bien es cierto que, como regla general, es más prudente que el juez espere su turno aclaratorio a que hayan preguntado los letrados, no hay obstáculo legal para solicitar una aclaración puntual a una respuesta concreta.

Excepcionalmente, las preguntas se presentarán mediante una relación escrita en tres supuestos: en el interrogatorio domiciliario, si el juez no considera oportuna la presencia de los letrados y las partes (art. 311.2 LEC); en el interrogatorio por vía de auxilio judicial, si la parte proponente no desea concurrir a la práctica del interrogatorio ante el juzgado

1733 En el apartado XI, párrafo 7º de la Exposición de Motivos de la LEC se lee: «Esta declaración [en referencia a las respuestas de la parte interrogada] ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas,…».

1734 Según cuyo tenor literal: 303.1. «Las preguntas iniciales del interrogatorio serán formuladas por escrito,…». Y en el apartado 2º: «El escrito con las preguntas iniciales se entregará al tribunal, en sobre cerrado, inmediatamente antes de practicarse la prueba. Abierto el sobre, el tribunal comprobará que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido y decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio».

exhortado (art. 313, II LEC); y siempre en el interrogatorio de la Administración o de un Organismo Público (art. 315 LEC).

En el interrogatorio domiciliario, si se autoriza la presencia de las partes, y en el interrogatorio por vía de auxilio judicial, si los letrados desean concurrir ante el Juzgado exhortado, y no obstante el silencio legal, entiendo que las preguntas se pueden formular oralmente –aun cuando en el interrogatorio domiciliario el juicio de pertinencia correspondiera al juez exhortado– por cuanto la oralidad es el principio que debe inspirar la práctica de la prueba (art. 289.1 LEC), salvo previsión en contrario del legislador[1735].

La presentación de una relación escrita de preguntas se circunscribe, en la dicción legal, al interrogatorio domiciliario sin la presencia de letrados (art. 311.2, proposición final LEC) y al interrogatorio por vía de auxilio judicial en que los letrados no acudan al juzgado exhortado (art. 313, párrafo segundo LEC)[1736].

b) En sentido afirmativo.

Ya se contemplaba en el derogado art. 581, I LEC\1881 y es la exigencia que mayores reparos ha suscitado a nivel doctrinal[1737], aun cuando, según Prieto Castro, no se trata de una exigencia de nuestro derecho histórico, y advino al texto de la LEC de 1881 por una inadecuada mezcla de los elementos propios de dos instituciones distintas, como el juramento y la confesión[1738].

Debe ponerse en relación con la necesidad de que las respuestas sean afirmativas y negativas (305.2 LEC). Debe interpretarse como sentido asertivo, de modo que también puede referirse a hechos negativos (ej. diga ser cierto que Vd. no conducía un vehículo Peugot, modelo 309), aun cuando en la práctica forense se ha dulcificado el rigor y se admiten, en la mayor parte de los juzgados, las preguntas interrogativas. Expresamente se ha razonado «ello no significa que el requisito de la formulación afirmativa excluya e impida

1735 En sentido contrario la SAP Girona, secc. 1ª, de 13 de julio de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/48706) al razonar que «el interrogatorio domiciliario se efectúa solo con las preguntas de la parte proponente, sin que puedan formular preguntas las demás».

1736 Más ampliamente sobre el particular puede mi respuesta a la cuestión 13ª en la obra «El interrogatorio de partes», J.M.Bosch, 2007, pp. 215-225. La parquedad de la dicción del art. 313 LEC hace de ello una cuestión muy discutible. En el mismo sentido, Samanes Ara, C., *Comentario al art. 313 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1105. En sentido contrario a lo expuesto, puede verse Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 313 LEC*, en «El Proceso Civil», ob. cit, pp. 2337-2338 y Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario a los arts. 311-313 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», ob. cit., p.429., quienes atribuyen al juicio de pertinencia al juez exhortante y que conoce del caso.

1737 Vide, per omnia, Verger Grau, J., *Un interrogatorio cruzado y mágico*, en rev. Justicia, año 2000, núm. 1, pp. 8-12.

1738 Prieto Castro, L., *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre la confesión judicial*, en Revista de Derecho Procesal, 1949, pp. 499-500.

efectuar preguntas abiertas, siempre que no sugieran la respuesta, engañen al declarante o le pidan una valoración del hecho»[1739].

En un supuesto de reclamación de daños y perjuicios derivados por accidente de circulación, en el que el actor atribuye la culpabilidad al demandado por conducir a velocidad excesiva, es más fácil preguntar «A qué velocidad circulaba Vd.», que preguntar, sucesivamente, «Circulaba Vd. a 170 Km/h» y ante la negativa del conductor interrogado, «Circulaba Vd. a 160 km/h» y ante la segunda negativa, volver a formular una nueva pregunta afirmativa.

La formulación de preguntas en sentido afirmativo reduce el campo de las respuestas, en la medida en que la parte interrogada responderá afirmativa o negativamente a la aseveración contenida en la pregunta. Por el contrario, una pregunta formulada en sentido abierto ensancha el especto de conocimiento de la parte interrogada.

c) Claridad y precisión.

Esta exigencia, también recogida en el derogado art. 581, I LEC\1881, comporta que las preguntas se formulen de modo comprensible y que cada pregunta incluya un solo extremo o hecho. En el caso que la pregunta comprenda varios hechos, entiendo posible y esta es una de las ventajas de la oralidad, que se permita reformular la pregunta al Letrado.

Así, en una demanda de divorcio contencioso, posterior a una separación consensual en la que ya se ha acordado un régimen de visitas muy reducido a favor del padre no custodio, y el actor pretende ampliar el régimen de visitas acordado inicialmente en la sentencia de separación, el Letrado de la parte actora puede formular a la esposa demandada una cuestión que comprenda varios extremos, del tenor literal siguiente: «Diga ser cierto que su marido paga el importe de la pensión por alimentos desde la firmeza de la sentencia de separación, siquiera lo hace en mano y no en la cuenta corriente fijada en el convenio regulador, y a pesar de ello Vd. no le deja ver a su hijo».

En tal supuesto, el juez puede invitar a desglosar la pregunta, del modo siguiente: «Diga ser cierto que su marido paga el importe de la pensión por alimentos», «Diga ser cierto que su marido paga el importe de la pensión en mano»; «Diga ser cierto que su Vd. no le deja ver a su hijo». Las preguntas, así formuladas, responden a la prescripción legal de claridad y precisión.

d) Sin calificaciones y valoraciones.

Las preguntas se formularán sin calificaciones ni valoraciones y, en caso de efectuarse, «se tendrán por no realizadas» (art. 302.1 LEC). Las calificaciones se tienen por no puestas, pero en el momento de ser formuladas han sido ya escuchadas por la parte interrogada, y le han podido sugerir ya la posible respuesta.

1739 SAP Almería, secc.1ª, de 3 de diciembre de 2002, fto. jco .2º (JUR 2003\20445).

Algún autor, como Muñoz Sabaté, ha sostenido la admisibilidad de las preguntas con «estimativas», referidas, por ejemplo al olor, el brillo o la velocidad, por poner algunos ejemplos[1740].

e) Preguntas relativas a hechos y al objeto del juicio.

Las preguntas deberán ser relativas a hechos (art. 301 LEC), lo que excluye solicitar de la parte interrogada cuestiones jurídicas[1741] o juicios técnicos[1742], salvo que la parte interrogada sea técnica en la materia. Y deberán ser relativas al objeto del juicio (art. 301 LEC), exigencia que, en realidad, ya queda subsumida en el parámetro de la pertinencia (art. 283.1 LEC).

6.2.2. Las respuestas

Las respuestas también se supeditan a requisitos legales. Desprovistas de la necesidad del juramento o promesa de decir verdad, y presupuesto el requisito de la oralidad, en lógica correspondencia con el mismo carácter de las preguntas, las respuestas deberán prestarse por la propia parte interrogada, de modo afirmativo o negativo – «y, de no ser ello posible, según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas»– y con la posibilidad de consultar documentos y notas o apuntes para auxiliar la memoria (art. 305 LEC).

a) Por la parte interrogada.

Siendo el interrogatorio de las partes una declaración de conocimiento a instancia de una parte, provocada por la parte adversa, es razonable que la parte interrogada deba responder «por sí misma» (art. 305.1 LEC)[1743], sin posibilidad de apoderamiento a favor de terceras personas.

Ello permite, excluir, como se ha dicho, la declaración prestada por un Letrado o Procurador en el lugar de la parte. En el supuesto no infrecuente, y que a veces ha merecido

1740 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.275 y *Cuadernos de Probática*, edición Banco Santander Hispano, Madrid, 1999, p.102.

1741 STS de 27 de septiembre de 1962: «Ha de interrogarse sobre un hecho personal de la confesante y no sobre una calificación jurídica para la que es incompetente una persona no letrada». STS, Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2008, fto. jco.2º (EDJ 2008\209717): «De aquí que no pueda aplicarse la regla de valoración establecida en el art. 316 LEC, que aquí se cita como infringida, porque ésta se refiere a los hechos que una parte haya reconocido como tales, no a las calificaciones jurídicas, que corresponden al tribunal sentenciador».

1742 STS de 25 de enero de 1966: «La confesión en juicio ha de recaer sobre hechos personales, y nunca acerca de problemas y aspectos técnicos que tienen su marco más adecuado en otra clase de prueba».

1743 Insisten en este carácter, entre otras, la SAP Santa Cruz Tenerife, secc. 4ª, de 16 de junio de 2005, fto. jco. 2º (EDJ 2005/118468) y la SAP Córdoba, secc. 2ª, de 26 de junio de 2002, fto. jco. 4º (EDJ 2002/32645).

refrendo jurisprudencial[1744], del Letrado de una persona jurídica que comparece al interrogatorio con poderes específicos para responder al interrogatorio de parte, es concluyente la argumentación de la SAP Madrid de 12 de mayo de 2005 al sostener que el interrogatorio de la persona jurídica previsto en el art. 309 LEC «gira en torno al conocimiento de los hechos y no sobre las facultades del sujeto para reconocerlos según la amplitud de sus poderes en la estructura interna de la empresa»[1745].

b) En sentido afirmativo o negativo.

El carácter afirmativo o negativo de la respuesta debe ponerse en relación con el carácter asertivo de la pregunta y cobra sentido en un medio de prueba, como el interrogatorio de la parte que conserva, en parte, su carácter de prueba tasada (art. 316.1 LEC).

Es novedoso que se permita que las respuestas «sean precisas y concretas», en función del tenor de las preguntas (art. 305. 2 LEC), recogiendo una experiencia de práctica forense que enseña que, a veces, las respuestas no admiten un sentido (afirmativo o negativo) terminante. Exigencia de precisión y concreción que algunos autores identifican con la brevedad[1746].

c) Facultad de consultar documentos y notas o apuntes.

Para responder la parte interrogada podrá consultar documentos y notas o apuntes, para auxiliar la memoria (art. 305.1 LEC), sin necesidad de que tales documentos, notas o apuntes sea previamente examinados por la parte proponente de la prueba[1747] y sin perjuicio de que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, efectúe dicho examen, en uso de sus facultades directivas durante la práctica de la prueba, y con la finalidad de preservar «la integridad de una declaración no preparada»[1748], esto es, la garantía de la espontaneidad de las respuestas.

1744 Ver, bajo la vigencia de la LEC de 1881, las SSTS de 11 de diciembre de 1987 (RAJ 9419); de 26 de noviembre de 1992 (RAJ 9591); y de 8 de junio de 1994 (RAJ 4902); y bajo la vigente LEC, la SAP Valencia, secc. 9ª, de 9 de septiembre de 2005, fto. jco. 2º (EDJ 2005/204567); SAP Madrid, secc. 10ª, de 14 de enero de 2005, fto. jco. 3º (EDJ 2005/2508) y SAP LLeida, secc. 2ª, de 22 de julio de 2003, fto. jco. 1º (EDJ 2003/97828).

1745 SAP Madrid, secc.14ª, de 12 de mayo de 2005.

1746 Samanes Ara, C., *Comentario al art. 305 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1082, entiende que la exigencia de respuestas «precisas y concretas» «implica que sea breve» y «tiene carácter subsidiario según la ley, pues se reserva para cuando el tenor de las preguntas no haya de determinar la respuesta afirmativa o negativa».

1747 En sentido distinto Fernández Seijó, J. Mª., *Comentario al art. 305 LEC*, en «El Proceso Civil», ob. cit., p.2309, quien sostiene, con fundamento en el art. 303 LEC y en el principio de la oralidad, que la parte proponente también puede acceder a la consulta de documentos, notas y apuntes.

1748 Propósito enunciado por el legislador en la Exposición de Motivos de la LEC (apartado XI, párrafo 7ª).

6.3. Facultades de las partes

A lo largo de la regulación del interrogatorio de las partes se reconocen una serie de facultades a la parte proponente del interrogatorio y a la parte interrogada que, sin ánimo exhaustivo, pasamos a detallar.

Son facultades de la parte proponente:

a) formular preguntas oralmente (art. 302.1 LEC), bien a través de Letrado (art. 306.1 LEC), bien por sí mismas en aquellos juicios en que no es preceptiva la intervención de Letrado (art. 306.2 LEC).

b) formular preguntas por escrito, en caso del interrogatorio domiciliario en el que se priva la asistencia de las partes (art. 311.2 LEC), en el caso de interrogatorio por auxilio judicial en el que la parte proponente no acude ante el juzgado exhortado (art. 313 LEC) y en el caso del interrogatorio a la Administración y los Organismos Públicos (art. 315 LEC).

c) impugnar la admisión de las preguntas. El art. 303 LEC restringe, injustificadamente y a diferencia del interrogatorio de los testigos (art. 368.2, II LEC), la impugnación a la admisión de las preguntas. Pero la parte proponente –mejor, la parte interrogadora, sea o no proponente de la prueba– deberá formular la oportuna protesta, si desea que la pregunta denegada en la primera instancia, pueda volver a reiterarse en la segunda instancia (art. 460.2.1º LEC).

d) solicitar el apercibimiento de *ficta admissio* en caso de respuesta evasiva o inconcluyente (art. 307.2 LEC), extensible también al supuesto de negativa a declarar (art. 307.1 LEC).

e) aceptar la sustitución de la parte por el tercero con conocimiento personal de los hechos (art. 308, I LEC).

f) designar y proponer a la persona que, en nombre de la persona jurídica, intervino personalmente en los hechos (art. 309.2 LEC).

g) solicitar la incomunicación de los declarantes, incluidos los litisconsortes (art. 310 LEC), así como las medidas a adoptar para garantizar la incomunicación.

h) acudir ante el juez exhortado para la práctica del interrogatorio por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC).

Son facultades de la parte interrogada:

a) impugnar las preguntas que se formulen (art. 303 LEC), con fundamento en la inobservancia de los requisitos generales de admisión de la prueba –impertinencia o inutilidad (art. 283 LEC)– o los específicos del interrogatorio de las partes –básicamente, la falta de claridad o precisión o la inclusión de valoraciones o calificaciones (art. 302 LEC)–.

b) consultar documentos y notas o apuntes para auxiliar la memoria (art. 305.1 LEC), que deberán ser traídos al acto de la vista o del juicio, debiendo apreciarse restric-

tivamente la posibilidad de suspender, interrumpir o acudir a las diligencias finales por tal motivo, pues puede convertirse en instrumento adecuado para dilatar innecesariamente el proceso.

c) añadir explicaciones a las preguntas, siempre que guarden relación con las cuestiones planteadas (art. 305.2 LEC), sin posibilidad de alterar el sentido y alcance de las preguntas[1749].

d) proponer que el tercero con conocimiento personal de los hechos cuya «sustitución» no ha sido aceptada por la parte proponente declare como testigo (art. 308, II LEC).

e) solicitar el interrogatorio domiciliario (art. 311.1 LEC)[1750].

f) leer el acta extendida con ocasión del interrogatorio domiciliario (art. 312 LEC)[1751].

6.4. La dirección judicial del interrogatorio

El juez deberá velar por la observancia de una serie de deberes y podrá ejercitar algunas facultades durante la práctica del interrogatorio de las partes. El juez deberá admitir (o en su caso, denegar) las preguntas formuladas[1752], entendiéndose que el silencio equivale a la admisión, y deberá velar para que las preguntas, así como las respuestas, se ajusten a los requisitos legales, ya comentados.

En el Informe al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil del CGPJ se reivindicaba una intervención judicial «para esclarecer todos aquellos puntos que pudieran resultar oscuros en el interrogatorio, bien para aclarar su respuesta o para complementarla con aquellas preguntas que, a la vista del desarrollo de la prueba, pudiesen completar adecuadamente los datos de interés para la resolución del pleito»[1753].

También con amplitud de miras, en el preceptivo dictamen del Consejo de Estado a la LEC se concedían al juez unas amplias facultades, en concreto, «unas amplias y enérgicas facultades de los Juzgados y Tribunales para encauzar los interrogatorios, permitiéndoles

1749 En este sentido Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 305 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1822.

1750 Reconoce esta posibilidad la SAP Barcelona, secc. 4ª, de 27 de enero de 2005, fto. jco. 3º (EDJ 2005/5569) para un supuesto en que la parte interrogada presentaba limitación de movilidad en la extremidad inferior izquierda.

1751 La SAP Las Palmas, secc. 5ª, de 19 de mayo de 2003, fto. jco. 5º (EDJ 2003/124556) recuerda que, en los supuestos del interrogatorio domiciliario, no es necesario la grabación del interrogatorio, pero sí la extensión del acta con las preguntas y respuestas.

1752 Sobre el deber de repeler preguntas inútiles «porque ya estaban formuladas o constan acreditados por otros medios de prueba» ver la SAP Zamora de 18 de febrero de 2002, fto. jco. 4º (EDJ 2002/14988).

1753 Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su sesión de 11 de mayo de 1998, en «Reforma del Proceso Civil», CGPJ, Madrid, 1998, p.172.

declarar la impertinencia de preguntas, limitar los tiempos de intervenciones, acotar las cuestiones ya suficientemente tratadas, llamar al orden a quienes incidan en cuestiones ya aclaradas»[1754].

Más limitadamente, la LEC faculta al juez para[1755]:

a) interrogar con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones (art. 306.1 LEC), sin que, por tanto pueda formular preguntas nuevas o distintas de las formuladas por las partes[1756], como se deduce del hecho de que, durante la tramitación parlamentaria se suprimiera el último inciso del art. 357.1 ALEC («…y si lo creyera necesario, le formulará nuevas preguntas»)[1757].

b) apercibir, de oficio o a instancia de parte, de *ficta admissio* en caso de respuesta evasiva o inconcluyente (art. 307.2 LEC), extensible también al supuesto de negativa a declarar, previsto en el art. 307.1 LEC.

c) decidir si el tercero con conocimiento personal de los hechos podrá declarar en calidad de testigo de no aceptarse por la parte proponente la sustitución propuesta por la parte interrogada (art. 308, II LEC), a cuyo efecto el juez podrá ponderar los motivos, expuestos por la parte interrogada, relativos «a las relaciones con el asunto» (art. 308, II LEC) del tercero cuya declaración se propone.

1754 Del dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 17 de septiembre de 1998.

1755 La mayoría de las facultades relacionadas tienen lugar durante el mismo acto de la práctica de la prueba, aun cuando algunas de ellas, como decidir si la persona que intervino en los hechos en nombre de la persona jurídica debe declarar en calidad de parte o de testigo (art. 309 LEC) o acordar de oficio el interrogatorio domiciliario (art. 311 LEC) normalmente se adoptarán con anterioridad a su práctica.

1756 En sentido crítico: Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.274, censura la limitación de la facultad judicial de interrogar a la «solicitud de aclaraciones y adiciones» por considerarlo una exageración del principio dispositivo; Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 306 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1824, entiende que tal limitación es contradictoria con la iniciativa probatoria de oficio ex art. 429.1, II y III LEC; Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario a los arts. 302-307 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», ob. cit., p.353, para quien el art. 306.1 LEC autoriza al juez para formular «nuevas preguntas que sirvan a los efectos de ampliar el interrogatorio».

1757 El art. 357.1 (interrogatorio de las partes) y el art. 424.2 (interrogatorio de testigos) del ALEC, en línea similar con los arts. 454. II y 533.II, pfo.2º del Proyecto de Profesores de 1974, parecían recoger, a la vista de sus términos imperativos, un deber judicial, antes que una facultad, al disponer: «Una vez que se haya respondido a las preguntas contenidas en el pliego del interrogatorio, el tribunal exigirá al declarante las aclaraciones y adiciones que repute conducentes para determinar los hechos y, si lo creyera necesario, le formulará nuevas preguntas». En sentido distinto, puede verse Samanes Ara, C, *Comentario al art. 306 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1084, para quien la finalidad de obtener adiciones «significa que el juez puede formular preguntas nuevas, de contenido diverso a las enunciadas por las partes».

d) decidir si la persona que intervino en los hechos en nombre de la persona jurídica debe declarar en calidad de parte o de testigo (art. 309 LEC), a cuyo efecto deberá ponderar si dicha persona sigue ostentado algún cargo representativo en la persona jurídica.

e) acordar la incomunicación de los declarantes (art. 310 LEC), superando la limitación existente en la derogada legislación (art. 590 LEC\1881) que circunscribía tal facultad a la instancia de parte. A tal efecto el legislador prevé unas innominadas «medidas necesarias» (art. 310 LEC) que, en la práctica forense, suelen traducirse en que la parte interrogada declare en la Sala de Vistas, mientras el resto de partes permanezcan fuera de ella. La omisión de esta medida no comporta la nulidad de actuaciones, cuanto la necesidad de valorar que la declaración se ha prestado con menos espontaneidad (SAP Pontevedra de 16 de mayo de 2006)[1758].

f) acordar *ex officio* el interrogatorio domiciliario (art. 311 LEC), con una regulación técnicamente más perfecta que el derogado art. 591 LEC \1881, que deja sin lugar a dudas claro que la decisión sobre la práctica domiciliaria puede proceder a instancia de cualesquiera de las partes –sin distinción en la dicción legal si es la parte proponente o la parte interrogada, aun cuando normalmente procederá de ésta última– o del propio juez de oficio.

g) autorizar la presencia de letrados y partes en el interrogatorio domiciliario (art. 311.1 LEC), a cuyo efecto deberá primar la ponderación de «las circunstancias de la persona», esto es, el estado de salud de la parte interrogada sobre las «del lugar», no obstante en la dicción legal sea aluda, acertadamente, a ambas[1759].

h) acordar *ex officio* el careo entre partes y testigos (art. 373.2 LEC), superando la limitación del art. 376 PLEC que limitaba el careo entre partes y testigos a la previa instancia de parte, el art. 373.2 LEC permite acordarlo de oficio. Así se puede deducir del uso del adverbio «también», que encabeza el apartado segundo del art. 373 LEC, seguido de la forma impersonal «podrá acordarse».

Adviértase que el apartado primero del art. 373 LEC permite acordar el careo entre testigos y explícitamente en la dicción legal se prescribe que podrá adoptarse «de oficio o a instancia de parte». *Ergo* el adverbio «también», encabezando el párrafo destinado a re-

1758 La SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 16 de mayo de 2006, fto. jco. 1º (EDJ 2006/69542) califica la inobservancia de la incomunicación como «irregularidad en la práctica de la prueba», sin suponer la nulidad de lo actuado «cuando a la vista de ambos interrogatorios no se aprecia influencia decisiva del primero en el segundo, ni se ha producido indefensión alguna, al menos que se haya acreditado».

1759 A favor de una aplicación restrictiva del precepto que impide la presencia de las partes: Fernández Seijó, J.Mª., *Comentario al art. 311 LEC*, en «El Proceso Civil», ob. cit., p.2332, y Asencio Mellado, J.Mª., *Comentario a los arts. 311-313 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», ob. cit., p.426.

gular el careo entre partes y testigos, significa que podrá igualmente acordarse *ex officio* o mediando solicitud de parte[1760].

De modo más general, y fuera de la regulación específica del interrogatorio de las partes, el juez podrá alterar el orden en la práctica de esta prueba (art. 300.1 LEC) que, por lo general, se practica en primer lugar durante el acto del juicio (ordinario) o la vista (juicio verbal).

6.5. Práctica conjunta del interrogatorio de las partes y reconocimiento judicial

En sede del reconocimiento judicial (sección 6ª, Capítulo IV, Título I, Libro II) se admite la posibilidad de la práctica conjunta del reconocimiento judicial junto con algún otro medio de prueba. En particular, se regula la práctica conjunta del reconocimiento con el dictamen pericial (art. 356 LEC); con el interrogatorio de testigos (art. 357.1 LEC) y con el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC).

Adviértase que, no obstante la rúbrica del artículo 357 LEC –«concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba por testigos»–, en el contenido del precepto se prevé tanto la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de testigos (art. 357.1 LEC), cuanto –pese al silencio de la rúbrica– con el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC).

Muy probablemente la omisión en la rúbrica del art. 357 LEC la concurrencia del reconocimiento judicial con el interrogatorio de las partes se deba a una doble razón. Primera, a la tradición –o inercia histórica– pues la LEC de 1881 únicamente contemplaba la práctica conjunta del reconocimiento con el dictamen pericial (art. 635 LEC 1881) y con la prueba de testigos (art. 636 LEC 1881), sin referencia a la práctica conjunta del reconocimiento y el interrogatorio de las partes. Lo mismo sucedía con los arts. 514 y 515 del Proyecto de Profesores de 1974 que, respectivamente, preveían la práctica conjunta de reconocimiento con dictamen de peritos y con prueba por testigos. Y segunda razón, ni el art. 406 del ALEC ni el art. 357 del PLEC regulaban la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de las partes, pues en ambos artículos únicamente se contemplaba la práctica conjunta con el interrogatorio de testigos[1761].

Merece dejar constar de algunas particularidades del régimen jurídico de la práctica conjunta. En orden a su proposición, únicamente se podrá acordar la práctica de ambos

1760 Sobre los requisitos para acordar de oficio el careo entre partes y testigos vide mi trabajo *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 389-390.

1761 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.256, en nota a pie núm. 206, explica la tramitación parlamentaria del art. 375 LEC desde el Proyecto de LEC, donde no existía la previsión de la práctica conjunta de reconocimiento e interrogatorio de las partes, hasta la enmienda (núm.368 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso) que justificaron su introducción.

medios de prueba «a petición de parte» (art. 357.2 LEC), por lo que se excluye que la práctica conjunta pueda ser acordada *ex officio iudicis*, a diferencia de lo que sucede con la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el dictamen de peritos, que puede ser acordado de oficio o a instancia de parte (art. 356.1 LEC). Ello no obstante, y en la línea de lo razonado por la SAP Zamora de 21 de septiembre de 2004, no vemos inconveniente en que el juez pueda acordar la práctica conjunta, por facilitarlo las circunstancias del lugar, cuando ambas pruebas han sido solicitado por ambas partes[1762].

En orden a su práctica, y aun cuando el legislador opte por referirse a la «concurrencia» de dos medios de prueba, esto es, el reconocimiento judicial y –por lo que aquí interesa– el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC) nos encontramos, en realidad, ante una práctica sucesiva de dos medios de prueba, a diferencia de lo que sucede con la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el dictamen de peritos, que puede llevarse a cabo de forma simultánea[1763]. Ello significa que, en primer lugar, se practica el reconocimiento judicial, conforme a sus disposiciones específicas, y posteriormente, el interrogatorio de las partes, también conforme a su normativa propia, incluido el apercibimiento de ficta admissio para el supuesto de incomparecencia. Así se deduce claramente la literalidad legal que, en referencia a los testigos –pero en previsión igualmente aplicable a las partes– dispone «que los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial» (art. 357.1 LEC).

Y aun cuando no exista previsión específica, y dado que la finalidad legal es que «la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio» (art. 357.1 LEC) la práctica del interrogatorio de las partes, si bien puede estar presidido por una mayor informalidad, dado que tendrá lugar fuera de la sede del juzgado, ello no impide que se documenten las respuestas de la parte interrogada, a cuyo efecto deberá extenderse la correspondiente acta[1764], sin necesidad de que conste la grabación, aun cuando nada lo impide[1765].

1762 La SAP Zamora, secc. 1ª, de 21 de septiembre de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/141273), referida a un supuesto de práctica conjunta de reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos, razona que no hay infracción del principio dispositivo cuando las pruebas han sido solicitado por ambas partes y el juez acuerda de oficio su práctica conjunta.

1763 En este sentido, Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.352.

1764 SAP Asturias, secc. 5ª, de 22 de octubre de 2002, fto, jco 1º (EDJ 2002/64177), referida también a un supuesto de práctica conjunta de reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos, razona que no es preciso la grabación de la práctica del interrogatorio de testigos que ha tenido lugar acto seguido del reconocimiento judicial (art. 357.1 LEC), y que ello constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 147 LEC).

1765 Así se pronuncia López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.231, para quien, además, «puede ser muy recomendable el uso de medios técnicos para su registro, según lo previsto en el art. 359 LEC».

En orden a su valoración, deberá ponderarse el reconocimiento judicial conforme a las reglas de la sana crítica y el interrogatorio de las parte, conforme a la previsión general del art. 316 LEC.

7. Valoración

La antigua confesión en juicio, ya durante la vigencia de la LEC de 1881, fue progresivamente perdiendo su carácter de *regina probatorum*, merced a una interpretación jurisprudencial que mitigaba el rigor del art. 580 LEC\1881, al matizar el carácter tasado de la confesión bajo juramento indecisorio[1766].

Sin prescindir de su carácter tasado, la LEC reconoce una eficacia probatoria tasada (art. 316.1 LEC) o libre (art. 316.2 LEC), ensanchando el campo de las reglas de la sana crítica, en función de concurrencia de determinados requisitos. Pervive también la facultad judicial de estimar la *ficta admissio* (arts. 304 y 307 LEC).

7.1. Valoración como prueba tasada

Bajo determinadas condiciones, el art. 580 LEC\1881 y el art. 1232 CC reconocían a la derogada prueba de confesión en juicio el carácter de prueba tasada, cuyo carácter privilegiado, con fundamento en la máxima que nadie declara mendazmente en su propia contra, venía reforzado por la indivisibilidad de la confesión (art. 1233 CC), por la irrevocabilidad de la confesión (art. 1234 CC) y por la prohibición de la prueba testifical respecto de los hechos probados por medio de confesión (art. 637 LEC\1881)[1767], normas todas ellas hoy derogadas.

El rigor legislativo venía, a menudo, atemperado por una interpretación jurisprudencial de la que es ejemplo, entre otras muchas, la STS 1 septiembre de 1991 al afirmar que «el valor que el art. 1232 CC atribuye a la prueba de confesión en juicio ni es superior al de los demás medios de prueba que enumera el art. 1215 CC, ni, en todo caso, sirve por sí solo para destruir las deducciones que el juzgador extrae del conjunto de elementos probatorios aportados al juicio»[1768].

1766 Serra Domínguez, M., *Confesión en juicio,* ob. cit., pp. 245-246 y 295-296, con relación a la derogada regulación de la LEC de 1881 y del CC, resalta las contradicciones entre una jurisprudencia, cada vez más partidaria de la libre apreciación de la prueba, y el tenor literal de los arts. 1232 CC y 580 LEC 1881 «que establecían terminantemente que la confesión hace prueba contra su autor y que perjudica al confesante».

1767 Así lo afirma Medina Cepero, J. R., *La valoración judicial del interrogatorio de partes en el proceso civil*, en Repertorio de Jurisprudencia núm. 18/2003.

1768 STS de 1 de septiembre de 1997, fto. jco. 4º (RJ 1997\6377). En sentido similar, SSTS de 30 de enero de 1992, fto. jco. 1º (RJ 1992\532), de 20 de diciembre de 1994, fto. jco. 1º (RJ 1994\9772) y de 13

En consonancia esta doctrina jurisprudencial, la LEC conserva, en parte, el valor tasado del interrogatorio de las partes, si bien sujeto a unas exigencias. Por una parte, no basta que la declaración sea perjudicial al confesante (art. 580, III LEC 1881), sino será necesaria la intervención personal del declarante en los hechos y que su declaración le sea «enteramente» perjudicial (art. 316.1 LEC). Y, por otra parte, el interrogatorio no puede valorarse con independencia de los demás medios de prueba, sino que para conservar su valor tasado, no deberá entrar en contradicción con el resultado de las demás pruebas (art. 316.1 LEC). Todo ello, además, con el presupuesto de ser disponible el objeto del proceso (art. 752.2 LEC).

La intervención personal en los hechos comporta que el declarante haya tenido protagonismo en dichos hechos, pues sólo de este modo su conocimiento será propio y directo, no referencial, y resulta creíble. La eficacia de un reconocimiento sobre hechos no personales o conocidos de forma indirecta siempre es más incierta[1769].

El carácter perjudicial de la declaración, ahora reforzado con el adverbio «enteramente» (art. 316.1 LEC), puede identificarse con la interpretación jurisprudencial más rigurosa de la confesión en juicio bajo juramento indecisorio, esto es, referido a los supuestos en los que el declarante «clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad, el confesante realiza una declaración contra sí» (STS 28 de enero de 1997)[1770]. El reconocimiento de los hechos por la parte habrá de ser total y claro. Y muy probablemente el adverbio «enteramente» pretenda incorporar la jurisprudencia recaída, bajo la vigencia de la LEC de 1881, acerca de la indivisibilidad de la confesión en juicio[1771].

No contradicción con el resultado de las demás pruebas. Al perder su valor probatorio privilegiado, como *regina probatorum* no se valora aisladamente el interrogatorio de partes, prescindiendo del resultado de las demás pruebas. Solamente cuando el reconocimiento total y claro de los hechos en que intervino personalmente la parte no resulte contradicho por el resultado de las demás pruebas, el interrogatorio de la parte mantiene su valor probatorio tasado. Si resulta contradicho, entrará en juego el apartado 2º del mismo art. 316 LEC.

7.2. Valoración como prueba libre

Aun cuando *prima facie* pudiera parecer que el interrogatorio, como prueba de libre valoración, tendría un campo residual, puede acabar produciéndose el efecto contrario, esto es: que el interrogatorio será una prueba de libre valoración, salvo que concurran los

de marzo de 2001, fto. jco. 3º (RJ 2001\5973).

1769 En este sentido, Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, ob. cit., p.1504.

1770 STS de 28 de enero de 1997, fto. jco. 2º (RJ 1997\22). Del mismo tenor, la STS de 30 de enero de 1992, fto. jco. 1º (RJ 1992\532), exigía una declaración «explícita, categórica y contundente».

1771 SSTS de 21 de junio de 1988 (RAJ 1988\5119) y de 28 de octubre de 1988, (RAJ 1988\7775), entre otras.

requisitos del art. 316.1 LEC. De otro, modo: solo tendrá fuerza tasada el reconocimiento total y claro de hechos perjudiciales en que las parte haya intervenido, y «en todo lo demás» (expresión con se encabeza el art. 316.2 LEC) será de libre apreciación (STS, 18 de junio de 2010[1772]).

Será, por ende, de libre valoración el reconocimiento sobre hechos no personales, el reconocimiento sobre hechos favorables al declarante y el reconocimiento que ha sido contradicho por el resultado de las demás medios de prueba[1773].

El reconocimiento de hechos de la parte puede, en efecto, entrar en contradicción con otras declaraciones de la propia parte interrogada, con la declaración de un testigo, con las conclusiones de un dictamen pericial, con el contenido de un documento o con las percepciones judiciales en el reconocimiento judicial[1774].

El reconocimiento puede entrar en contradicción con otras declaraciones de la propia parte, sea en el mismo proceso o en otro anterior. La existencia de declaraciones contradictorias de una misma parte durante un mismo proceso deberá ser valorada conforme a la sana crítica. Si la contradicción se produce con declaraciones vertidas por la misma parte fuera del proceso o en un anterior proceso, deberá prevalecer la prestada en el mismo proceso, siempre que reúna los requisitos del art. 316.1 LEC.

En caso de contradicción entre la declaración de la parte y las percepciones judiciales en el reconocimiento judicial, deberá prevalecer lo constatado por el juez, en cuanto si los demás medios de prueba convencen al juez, por el reconocimiento judicial el juez se convence[1775]. Ello a salvo que se advierta error en la percepción judicial en el acto del reconocimiento.

También deberá prevalecer el contenido de un documento público o privado no impugnado sobre lo declarado por la parte, y en cuanto al ámbito de eficacia tasada del documento, esto es, «el hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha en que se

1772 La STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2010, fto.jco. 2º (RJ 2010\8864) razona: «En cualquier caso, el interrogatorio de parte, como la confesión judicial de la LEC 1881, cuando se refiere a hechos personales y perjudiciales sólo constituye prueba legal o tasada «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas», pues en otro caso queda sujeto al régimen de libre apreciación –reglas de la sana crítica–, de conformidad con lo establecido en el art. 316.1 y 2 LEC 2000».

1773 Con mayor amplitud, Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, ob.cit., p.510, efectúa una enumeración de las declaraciones de la parte sometidas a las reglas de la sana crítica.

1774 Con respecto a la normativa derogada, la «colisión de la confesión judicial con otras pruebas» es estudiada por Serra Domínguez, M., *De la confesión*, ob. cit., pp. 306-313.

1775 En el reconocimiento judicial el juez es el protagonista y el destinatario de la prueba. Sobre el particular: Serra Domínguez, M., *De la inspección personal del Juez*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Albaladejo, M. (dir.), t. XVI, vol. 2º, Madrid, 1991, p.412; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (dir.), vol. II, Barcelona, 2000, p.338; LÓPEZ YAGÜE, M., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.44.

produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (art. 319 LEC).

No es fácil establecer la prioridad entre el reconocimiento de la parte y las declaraciones del testigo o las conclusiones del perito. En principio, y siempre que el reconocimiento reúna los requisitos del art. 316.1 LEC, y atendiendo a las reglas de la experiencia, prevalecerá sobre la declaración de un testigo, que no deja de ser un tercero en los hechos objeto de discusión, y prevalecerá sobre las conclusiones del perito, siempre que el objeto del juicio no fuera excesivamente técnico.

Por último, y en cuanto al ámbito subjetivo del reconocimiento como prueba de libre apreciación, es oportuno hacer constar que, a diferencia del apartado primero del art. 316 LEC, cuya eficacia probatoria tasada se circunscribe a las «partes», el apartado segundo del citado artículo, amplía la eficacia probatoria libre, a las «partes y las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301».

7.3. Valoración como *ficta admissio*

La *ficta admissio*, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre la *ficta confessio*, se configura como una facultad discrecional del juez[1776], de uso tradicionalmente muy limitado, como enseña la doctrina[1777] y reclama la jurisprudencia[1778]. Ha sido definida como «una facultad que los artículos 292.4 y 304 LEC confieren al juzgador para que si la parte citada para el interrogatorio, pese al apercibimiento que se le ha hecho, no compareciere al juicio sin mediar previa excusa, el tribunal pueda considerar reconocidos los «hechos en que dicha parte hubiera intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial» (SAP Valencia, 7 de diciembre 2009[1779]).

1776 Entre otras muchas SAP Granada, secc.4ª, de 7 de mayo de 2010, fto. jco.2º (AC 2011\579) y SAP Vizcaya, secc.3ª, 3 de julio de 2009 (JUR 2009\499734) la cual razona literalmente: «el art. 304 LEC vigente, en la misma línea que el art. 593 LEC de 1881, sólo configuran la posibilidad de que el Juez valore la incomparecencia de la parte al interrogatorio (prueba de confesión judicial, en la anterior regulación) para tenerle o no confeso, sin que pueda considerarse la existencia de infracción legal alguna ni indefensión por el hecho de que, en uso de su prudente arbitrio, el juzgador no considere pertinente tal consecuencia, que no es efecto necesario del hecho de no comparecer el citado para el interrogatorio». Puede verse también la STS, Sala 1ª, de 8 de julio de 2011, fto. jco.2º (RJ 2011\5010).

1777 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria,* 3ª ed., editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1993, p.307.

1778 En palabras de la SAP A Coruña, secc. 3ª, de 22 de febrero de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/22049) no puede «actuarse sin razonamiento alguno o de modo automático». Y la SAP de Valencia, secc.6ª, de 7 de diciembre de 2009, fto. jco.2º (JUR 2010\150864) afirma que «se trata de una facultad discrecional que no arbitraria –y que, como el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional en todas sus manifestaciones, se halla sometida a las exigencias de la lógica humana, el principio de proporcionalidad y la exigencia de motivación».

1779 SAP Valencia, secc. 6ª, de 7 de diciembre de 2009, fto. jco.2º (JUR 2010\150864).

La admisión tácita de hechos, recogida en la proposición final del art. 316.2 LEC, no viene referida a los supuestos en que se haya prestado una declaración de parte, sino más bien lo contrario: aparece circunscrita a los supuestos de incomparecencia de la parte (art. 304 LEC), de negativa o respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307 LEC).

En los supuestos de incomparecencia (art. 304 LEC) la *ficta admissio* está sujeta al requisito de la citación en legal forma a la parte, la inexistencia de justa causa que justifique la incomparecencia[1780], el previo apercibimiento en la citación y la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente y puedan deducirse de la demanda, contestación y reconvención. No basta la expresión «haciendo los apercibimientos legales», siendo necesario un apercibimiento específico y expreso (SAP Valencia de 27 de mayo de 2002)[1781] y efectuado a la propia parte, sin que la asistencia del abogado y procurador de la parte exima de tal requisito (SAP Vizcaya, 24 junio de 2010)[1782].

En los supuestos de negativa a declarar o respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307 LEC), la *ficta admissio* requiere: a) el apercibimiento en el acto de las consecuencias de su actuación; b) que la negativa a declarar sea injustificada, puesto que se excluyen de este precepto los supuestos en que el declarante tuviera la obligación legal de guardar secreto; y c) la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente.

7.4. Valoración en la segunda instancia

En la segunda instancia, el tribunal goza de plenas facultades para revisar todo el material probatorio practicado en la primera instancia y, por supuesto, también la prueba del interrogatorio de las partes. Ahora bien, no puede desconocerse que ante el juez de instancia se practica la declaración de las partes con las ventajas de la inmediación, por lo que el tribunal de apelación, cuya apreciación descansará en el visionado del sistema de grabación de la prueba, se circunscribirá a ponderar si la valoración del interrogatorio es ilógica, arbitraria o se aparta de las previsiones del art. 316 LEC.

Lo que se ha dado en llamar en la doctrina «la quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil»[1783], no debe llevar, por supuesto, a privar de sus facultades revisoras a los tribunales de apelación, sino a extremar su prudencia, pues obviamente el juez «a quo» no goza de la posición privilegiada del juez de primera instancia, no obstante la fidelidad de los sistemas de grabación de las actuaciones judiciales.

1780 Rodríguez González, C., *La 'ficta confessio' en el proceso civil español*, ob. cit., p.55, con respecto a la LEC de 1881, efectúa una enumeración de justas causas para la incomparecencia.

1781 SAP Valencia, secc. 11ª, de 27 de mayo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43468).

1782 SAP Vizcaya, secc.4ª, de 24 de junio de 2010, fto. jco.2º (AC 2010\1629).

1783 Así Herrera Abián, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006, p.66.

Buen exponente de esta postura equilibrada es la SAP Segovia de 13 de abril de 2000 al razonar que «…respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para calibrar la forma y seguridad con que han sido emitidas las manifestaciones de partes y testigos que han determinado su apreciación, pero sin que ello impida su nueva valoración por esta Sala, y la modificación de lo por él objetivado, cuando sea expuesto el error cometido por dicho juzgador, y así se aprecie»[1784].

Bibliografía

Abel Lluch, X., *Interrogatorio de persona jurídica. Carga de indicar por el interrogado las personas intervinientes en los hechos*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 6, Diario La Ley, núm. 7730, de 7 de noviembre de 2010, pp. 17 y 18; Banacloche Palao, J., *Presencia y ausencia de las partes en la vista del juicio verbal a efectos de su posible interrogatorio*, en la «Ley», t. 2, 2002; Bonet Navarro, A., *La prueba de confesión en juicio*, Librería Bosch, Barcelona, 1979; Devis Echandía, H., *Declaración de parte y prueba de confesión*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1966; Diaz, C., *Confesión judicial del demandado voluntariamente rebelde*, en Revista de Derecho Procesal, 1952; Ferrer Barriendos, A., *Interrogatorio de partes,* en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000; Gómez Colomer, J. L., *La prueba (III). Interrogatorio de las partes y prueba documental*, en AAVV. «El nuevo proceso civil», 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Lorca Navarrete, A. Mª, *La prueba del interrogatorio de las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en rev. La Ley, 2000-6; Medina Cepero, J.R., *La valoración judicial del interrogatorio de partes en el proceso civil*, en Repertorio Jurisprudencia núm. 18/2003; Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, 4ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2002; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 1.231 CC*, en «Comentarios del Código Civil», t. II, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz, Díez-Picazo Ponce de León, Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; Muñoz Sabaté, LL., *Sobre el texto de posiciones y preguntas*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1997, IV; Planchadell Gargallo, A., *La prueba de interrogatorio de partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista de Derecho Procesal, núm. 2, 2000; Pleiteado Mariscal, P., *El interrogatorio de las partes*, en «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil», AAVV, ed. Colex, Madrid, 2004; Prieto Castro, L., *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre confesión judicial*, en Revista de Derecho Procesal, 1949; Rodríguez González, C., *La «ficta confessio» en el proceso civil español*, en Información Jurídica, núm. 312, enero-marzo 1972, Madrid; Serra Domínguez, M., *De la confesión*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Albaladejo, M. (dir), t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991; Silva Melero, V., *Confesión en juicio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, Barcelona, 1968; Verger Grau, J., *Un interrogatorio cruzado y mágico*, en rev. Justicia, año 2000, núm. 1.

1784 SAP Segovia, sección única, de 13 de abril de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 13168/2000).

CAPÍTULO XII

El interrogatorio de testigos[1785]

1. Introducción. 2. Del interrogatorio de preguntas y repreguntas al interrogatorio oral. 2.1. La opción terminológica. 2.2. El interrogatorio escrito de la LEC de 1881. 2.3. El interrogatorio oral de la LEC de 2000. 3. Concepto. 3.1. Elementos subjetivos, objetivos y formales. 3.2. Caracteres. 4. Sujetos del interrogatorio. 4.1 Presupuestos para interrogar y ser interrogado. 4.2. Parte proponente. 4.3. Parte interrogada. 4.3.1. El testigo idóneo. 4.3.2 El testigo inidóneo. 4.3.3. El testigo susceptible de tacha. 4.3.4. El testigo exento de declarar. 4.3.5. El testigo-perito. 4.3.6. El interrogatorio de las personas jurídicas. 5. Proposición, admisión y citación. 5.1. Momento y forma de la proposición. 5.2. El juicio de pertinencia. 5.3. La citación. 6. Práctica. 6.1. Lugar. 6.2. Contenido. 6.2.1. Las preguntas. 6.2.2. Las respuestas. 6.3. Facultades de las partes. 6.4. La dirección judicial del interrogatorio. 6.5. Práctica conjunta del interrogatorio de testigos y reconocimiento judicial. 6.6. El careo. 7. Valoración. 7.1. Valoración conforme a la sana crítica. 7.2. Criterios orientativos de valoración. 7.3. Criterios técnicos de valoración. 7.4. Colisión del interrogatorio de testigos con otros medios de prueba. 8. Impugnación del interrogatorio de testigos. 8.1. Impugnación del juicio de admisión y de las preguntas. 8.2. Recursos frente a la valoración del testimonio. 8.3. Proceso penal por falso testimonio. Bibliografía.

1. Introducción

Se inicia el interrogatorio de los testigos con el análisis de su transformación de un decimonónico interrogatorio basado en un listado de preguntas y repreguntas, tal como se concebía en la LEC\1881 a un interrogatorio oral, más flexible, ágil y dinámico, tal como se prevé en la LEC. En su afán por revitalizar este medio de prueba el legislador de la Ley 1/2000, de 7 de enero, ha establecido una cláusula general de idoneidad para declarar como testigos de toda persona que tuviera conocimiento de los hechos relativos al objeto del juicio, salvo que estuviera privada permanentemente de la razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

Se sustituye, por tanto, un sistema de tachas e inhabilidades, procedente del Código Civil y de la LEC\1881 por una cláusula general de idoneidad para declarar como testigo y se recoge la figura, ya existente en otros ordenamientos, del testigo-perito, en cuanto sujeto que no solo ha presenciado unos hechos, sino que posee unos conocimientos técnicos, artísticos, científicos o prácticos sobre esos mismos hechos. No se prescinde del análisis de unas figuras

1785 Publicado en la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, Serie Estudios Prácticos sobre los medios de Prueba, núm. 2, J. M. Bosch, 2008 y revisado para esta obra.

que son características de este medio de prueba como pueden ser el testigo tachado o el testigo con deber de guardar secreto.Y se efectúa una mención al novedoso interrogatorio de las personas jurídicas, introducido por la Ley 1/2000, y más cercano a una prueba de informes singularizada por razón del sujeto informante, que a un interrogatorio oral.

Al igual que en el estudio del interrogatorio de las partes, analizamos el procedimiento probatorio, con sus fases de proposición, admisión y práctica del interrogatorio de testigos, prestando particular atención a los requisitos de las preguntas –oralidad, claridad, precisión, ausencia de valoraciones y calificaciones– y las respuestas –por la parte interrogada, de palabra, con expresión de la razón de ciencia–, destacando el impacto del factor de la oralidad y la inmediación en la práctica de este medio de prueba, así como la supresión de la exigencia del sentido afirmativo en las preguntas que, pese a incluirse en la redacción originaria de la LEC, fue suprimido por Ley 13/2009, de 13 de noviembre. También se efectúa una referencia al careo, como diligencia complementaria, excepcional y subsidiaria de prueba, en su doble modalidad de careo entre testigos y careo entre testigos y partes, y prestando particular atención al modo de practicarse esta diligencia, ante la ausencia de previsión legal específica.

El interrogatorio de testigos es una prueba sometida por excelencia a la libre valoración o sana crítica del juez. Sin embargo, y junto a la mención a la sana crítica, el legislador introduce unos factores, recogidos en el artículo 376 LEC, como son la razón de ciencia, las circunstancias concurrentes en el testigo y la tacha y su resultado que deben orientar la valoración judicial. Se ha referencia a las clasificaciones doctrinales más autorizadas sobre los criterios de valoración de la declaración del testigo, ofreciendo criterios técnicos que puedan servir de ayuda a todos los operadores jurídicos, pues no le faltaba razón a Gorphe cuando afirmaba que «si el testimonio es viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo XX y no ha acabado de nacer todavía». Se analizan los supuestos de colisión del interrogatorio de testigos con otros medios de prueba, sentando los criterios de preferencia en cada caso concreto.

El capítulo concluye con una referencia a la impugnación de la declaración del testigo, tanto en lo que respecta al juicio de admisión de la prueba, como a las concretas preguntas, y la posibilidad de revisar la declaración del testigo en la instancia en instancias superiores, particularmente en la segunda instancia, dado que en el recurso de casación solo cabe revisar las valoraciones absurdas, irracionales o ilógicas.Y se cierra con una referencia al proceso penal por falso testimonio.

2. Del interrogatorio de preguntas y repreguntas al interrogatorio oral

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) ha sustituido la «prueba de testigos» (arts. 637 a 666 LEC\1881 y 1244 a 1248 CC) por el «inte-

rrogatorio de testigos» (arts. 360 a 381 LEC) anticipándose en la Exposición de Motivos que «consideraciones semejantes a las reseñadas respecto a la declaración de las partes, han aconsejado que la Ley opte por el establecer que el interrogatorio sea libre desde el principio»[1786].

2.1. La opción terminológica

La sustitución de la expresión «prueba de testigos» –o «prueba por testigos»[1787] –, por la de «interrogatorio de testigos» resulta acertada. Los términos «interrogatorio de testigos» aluden tanto a uno de los sujetos de la prueba (en este caso la fuente de prueba que representa la parte interrogada) cuanto al cauce de su declaración (esto es, el medio de prueba que constituye el interrogatorio), mientras que la expresión «prueba de testigos» aludía únicamente a la fuente de prueba.

La expresión «interrogatorio de testigos» resalta que la declaración del testigo accede al proceso a través de un cauce, cual es el interrogatorio, otorgando relevancia al medio de prueba o, cuando menos, equiparando el medio (interrogatorio) con la fuente (testigo)[1788].

El legislador, tal como ya se preveía en el Proyecto de profesores de 1974, ha equiparado nominalmente la declaración del tercero con la declaración de las partes, pues en ambos casos («interrogatorio de testigos» e «interrogatorio de las partes») utiliza un término común («interrogatorio»)[1789]. Pero siguiendo los precedentes legislativos (arts. 578 LEC\1881 y 1215 CC), en la enumeración de los medios de prueba el interrogatorio de las partes aparece en primer lugar (art. 299.1.1º LEC), mientras que el interrogatorio de testigos ocupa el sexto y último lugar (art. 299.1.6º LEC), detrás de los documentos públicos (art. 299.1.2º LEC), de los documentos privados (art. 299.1.3º LEC), del dictamen de peritos (art. 299.1.4º LEC) y del reconocimiento judicial (art. 299.1.5º LEC)[1790].

1786 Exposición de Motivos LEC, apartado XI, párrafo 18º.

1787 Así en el Proyecto de profesores de 1974.Véase la rúbrica del Capítulo 6º en «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Madrid, 1974, p.262.

1788 Devis Echandia, H, (*Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5ª ed., Buenos Aires, 1981, pp. 42) apunta que etimológicamente «la palabra testigo viene de la latina *testis* que significa la persona que da fe, o de *testando*, que quiere decir narrar o referir».

1789 El art. 447 del Proyecto de Profesores de 1974, al enumerar los medios de prueba, recoge expresamente el «interrogatorio de testigos» (art.447.I,5º), siquiera en la rúbrica del Capítulo Sexto destinado a su regulación se rubrica «Prueba por testigos».

1790 Con la única salvedad que el art. 1215 CC, con deficiente técnica legislativa, situaba, detrás de la prueba por testigos, las presunciones, siendo que éstas no son *strictu sensu* un medio de prueba, como así se deduce acertadamente de la LEC, que ha excluido a las presunciones de la enumeración de los medios de prueba del art. 299 LEC. Del mismo modo la rúbrica del Capítulo VI del Título I del Libro II («De los medios de prueba y las presunciones»), da a entender que una cosa son los «medios de prueba» y otra, distinta, «las presunciones».Para Manresa y Navarro, J. Mª, (*Comentarios a la Ley*

Sistemáticamente la doble regulación de la prueba por testigos en el Código Civil (arts. 1244 a 1248 CC) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 637 a 666), objeto severas críticas[1791] y manifiestas contradicciones[1792], ha sido sustituida por una regulación única, al derogarse las normas del Código Civil y LEC de 1881, y regularse el interrogatorio de testigos exclusivamente en la LEC (arts. 360 a 381 LEC).

2.2. El interrogatorio escrito de la LEC de 1881

Bajo la vigencia de la LEC de 1881, la declaración del testigo accedía al proceso mediante un interrogatorio escrito en el que un tercero respondía a las preguntas formuladas por una o ambas partes. Era un interrogatorio escrito, formal, recíproco y sucesivo, prestado bajo juramento o promesa de decir verdad[1793].

---

de Enjuiciamiento Civil, t. III, ed. Reus, Madrid, 1944, p.547) y con respecto a la enumeración que efectuaba el art. 578 LEC\1881 su ubicación en último lugar da a entender «que [el legislador] la tiene por la más débil y menos atendible [de los medios de prueba]».

1791 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, en Revista Venezolana de Derecho Probatorio, p.13.

1792 A título de ejemplo: el art. 1246.3 CC establecía la inhabilidad del menor de catorce de años para declarar; mientras que el art. 647, II LEC 1881 admitía su declaración, pero le eximía de prestar juramento.

1793 Son numerosas las definiciones de la prueba por testigos en la LEC de 1881. Entre ellas, por orden alfabético del autor, y sin ánimo exhaustivo: Almagro Nosete, J., *Derecho Procesal* I, *Civil,* 2, ed. Trivium, Madrid, 1976, p.119: «Testigo es la persona física que, por razón de conocimiento, declara sobre la existencia o veracidad de un hecho»; de la Oliva Santos, A. (con M.A. Fernández), *Derecho Procesal Civil*, t. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª ed., Madrid, 1995, p.347: «es la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos procesalmente relevantes»; de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, S.A., 1968, p.10 : «[…] la suministrada en un proceso civil idóneo, sobre hechos pasados o presentes, por personas naturales hábiles que en él tienen la condición de tercero, y sobre los que se interroga bajo juramento o promesa, en su caso»; Fernández Ballesteros, M.A; Rifa Soler, J. Mª; y Valls Gombau, J.F., *Derecho Procesal Práctico*, t. III, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 738. «la prueba por testigos tiene por objeto obtener la declaración de un tercero, distinto de las partes, sobre hechos concretos que ha presenciado u oído»; Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., *Derecho Procesal civil*, vol. I, Madrid, 1976, p.347: «son *testigos* las personas que declaran en el proceso ante el juez sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas –percepción ya hecha y conocimiento ya adquirido antes de ser llamadas a declarar sobre ello-»; Gómez Colomer, J.L. con Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Montón Redondo, A.; *Derecho Jurisdiccional* II, *Proceso civil*, J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1995, p.237: «La prueba testifical es un medio concreto de prueba, en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados (vistos u oídos) por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que viene interrogada»; Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, t. I, ed. Civitas, 4ª ed., Madrid, 1997, p.337: «*Testigo*, por lo tanto, es la persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que no habían adquirido, para el declarante, índole procesal en el momento de su observación, con la finalidad, común a toda la prueba, de provocar la convicción judicial en un determinado sentido»

La proposición de los medios de prueba era escrita. Junto al escrito de proposición de las pruebas se adjuntaban las preguntas, a través de un interrogatorio –también llamado pliego de preguntas[1794]– y, una vez admitido, debía presentarse la lista de testigos, con el nombre y demás circunstancias identificativas de las personas que debían someterse al interrogatorio (art. 640 LEC\1881)[1795], sin posibilidad de examinar a sujetos fuera de la lista.

La formulación escrita de las preguntas permitía su previo conocimiento por el testigo, y la instrucción de las respuestas por su abogado. Aun siendo infrecuente, resultaba

y del mismo autor, en *La prueba en el proceso civil español*, en «Estudios Jurídicos», ed. Civitas, S.A., Madrid, 1996, p.415: «aquella persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que no eran procesales (para el testigo) en el momento de su observación»; Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albadalejo (dir), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.551, «testigo es aquel sujeto procesal tercero que interviene en el proceso emitiendo una declaración de ciencia sobre algún hecho o circunstancia fáctica percibida a través de sus sentidos fuera del mismo proceso y relevante en éste»; Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1944, p.546: «*testigo* es toda persona que declara en juicio acerca de los hechos alegados o controvertidos»; Prieto Castro, L., *Derecho procesal civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.184: «la suministrada por personas ajenas al proceso, que han presenciado los hechos o han oído referencia de ellos, y sobre los cuales se les interroga»; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento civil*, t. I, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, p.401: «Testigo es una persona determinada, que goza de unas características concretas de capacidad y que por su relación con el objeto litigioso puede suministrar determinadas noticias acerca de los hechos por él percibidos, aportando sus afirmaciones al juicio»; Sánchez Sánchez, R., en «Ley de Enjuiciamiento Civil», Albácar López, J.L. (dir), ed. Trivium, S.A., 4ª ed., Madrid, 1994, p.496: «es un tercero (es decir, persona no parte en el proceso) que ha percibido por sus sentidos unos hechos y acude al proceso a declarar sobre ellos»; Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, en Revista Venezolana de Derecho Probatorio, p.2: «representación efectuada oralmente ante el Juez de unos hechos de interés para el proceso por una persona distinta de las partes que es llamada instrumentalmente al proceso para aportar su declaración de ciencia sobre los mismos».En la doctrina también destacamos las nociones siguientes: Carnelutti, F., *La prueba civil*, 2ª ed., ed. Desalma, Buenos Aires, 2000, p.121: «el testimonio es un *acto humano dirigido a representar un hecho no presente*, es decir, acaecido antes del acto mismo»; Devis Echandía, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. II, 5ª ed, Buenos Aires, 1981, p.33: «es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza»; Sentís Melendo, S., *La prueba* (*Los grandes temas del derecho probatorio)*, EJEA, Buenos Aires, 1979, p.448: «Testigo es la persona que depone en el proceso sobre hechos que, con anterioridad, han caído bajo sus sentidos».

1794 En terminología empleada por de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, Colección de Temas Jurídico-Legales, Madrid, 1968, p.111. Se trataba, según la STS de 14 de febrero de 2000, fto. jco.6º (RJ 2000\1995) de un requisito «inexcusable» para que «el órgano judicial pueda decidir sobre la pertinencia o no de las preguntas».

1795 Entre estas circunstancias identificativas, además del nombre, debían figurar los apellidos, la profesión y el domicilio. La SAP Pontevedra, secc.5ª, de 10 de enero de 2000, fto.jco.1º (AC 2000\2661) aborda un supuesto de falta de práctica imputable a la parte proponente por la aportación de un domicilio del testigo incompleto.

admisible presentar más de un interrogatorio de preguntas, siempre dentro del período de proposición de prueba[1796].

La formalidad del interrogatorio radicaba no solamente en que las preguntas se encabezaban bajo una fórmula rituaria («diga ser cierto que...»), sino que debían observar los requisitos de claridad y precisión, amén de estar numeradas y concretarse a los hechos debatidos (art. 638, II LEC\1881). A diferencia de la confesión en juicio (art. 581, I LEC\1881), no era necesario formular las preguntas en sentido afirmativo, de manera que se podían redactar bien en sentido afirmativo, como era lo más habitual, bien en sentido negativo o incluso interrogativo[1797].

El interrogatorio era (eventualmente) recíproco, pues la partes distintas de la proponente podían presentar un «interrogatorio de repreguntas» –también llamado de preguntas contrarias o interrogatorio cruzado[1798] (art. 641, I LEC\1881)–, con la posibilidad de presentarse en pliego cerrado (art. 641, III LEC\1881), y encabezadas por una fórmula no menos rituaria («diga ser más cierto que...»).

El pliego de preguntas era inexcusable para la parte proponente, mientras el pliego de repreguntas era facultativo para la parte interrogada. El primero debía presentarse junto con el escrito de proposición de los medios de prueba; el segundo, en cualquier momento, pero siempre antes del comienzo del examen de los testigos (art. 641, III LEC\1881)[1799].

El interrogatorio era sucesivo, pues cada testigo era examinado separadamente de los demás, y por el orden que figuraba en la lista, «a no ser que el juez encontrase motivo para alterarlo» (art. 646, I LEC\1881), debiendo adoptarse las medidas necesarias para evitar la incomunicación de los declarantes (art. 646, II y III LEC\1881).

1796 STS 14 de febrero de 1906, citada por Serra Domínguez, M. en *El interrogatorio de testigos*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, Barcelona, 1968, p.359.

1797 Así lo pone de manifiesto Serra Domínguez, M., *Interrogatorio de preguntas,* en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, t. XIII, Barcelona, 1968, p.358.

1798 En terminología empleada por Prieto Castro, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.190. Y definido, por Serra Domínguez, M., (*Interrogatorio de repreguntas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, Barcelona, 1968, p.36) como «toda nueva pregunta, propuesta por la parte adversa, en forma correlativa a la pregunta anterior formulada por la parte que propuso la prueba testifical, tendente a averiguar las circunstancias relacionadas, bien con la valoración de la prueba testifical, bien con otros hechos decisivos para el proceso».

1799 Así lo razona la SAP Toledo de 10 de mayo de 1993, fto. jco.2º, (AC 1993\931): «Por más que en la práctica cotidiana de nuestros procesos civiles no siempre se observe la secuencia cronológica querida por la Ley, es desde la admisión de la prueba de testigos y la aprobación del formulario de preguntas, y antes en todo caso del examen de testigos, desde cuando la parte interesada puede formular repreguntas, pues el art. 641 de la Ley Procesal afirma claramente que «los litigantes podrán presentar interrogatorios de repreguntas antes del examen de testigos», y, a partir de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 agosto, incluso en el propio acto del examen de testigos se pueden plantear repreguntas no formuladas en el interrogatorio que el Juez admita en el acto (art. 652 I de la LECiv)».

Y todo ello adornado de solemnidad, pues la deposición se prestaba bajo juramento o promesa de decir verdad (art. 647 LEC\1881) y previo un examen, denominado «generales de la ley» (art. 648 LEC\1881), tendente a averiguar las circunstancias de parentesco, dependencia, interés, amistad o enemistad, que podían menoscabar la credibilidad del testigo.

Se trataba, en definitiva, de un interrogatorio escrito, formal, solemne y rígido[1800], sin que las ligeras reformas de 1984 –permitir añadir preguntas y repreguntas orales al final del interrogatorio escrito (art. 652 LEC)–, impidieran que este medio de prueba cayera en un notorio descrédito[1801].

El art. 652 LEC 1881, en la redacción dada por la Ley 34/1984, introdujo la doble novedad de permitir preguntas y repreguntas orales, no previstos en los escritos de preguntas y repreguntas, y de permitir al juez solicitar aclaraciones y adiciones[1802]. Pero dicha novedad fue escasamente utilizada en la práctica forense, como apunta la doctrina[1803] y recoge incluso alguna sentencia: «Desgraciadamente, pese a la novedad que representó la introducción por ley 34/1984 de esta norma que, bien ejecutada, revolucionaría en sentido de modernidad y progreso, con grandes espacios de oralidad e inmediación, el régimen anquilosado y rutinario de esta prueba, la práctica judicial, debido a circunstancias de exceso de trabajo, en muchas ocasiones, y de apoyo a fórmulas tradicionales, en otras, no ha obtenido todos los frutos que cabría esperar de la misma» (STS 18 de mayo de 1993)[1804].

2.3. El interrogatorio oral en la LEC de 2000

La LEC de 2000, sin renunciar al carácter formal del interrogatorio, abandona la escritura y los pliegos de preguntas y repreguntas, y apuesta, como ya reclamaba la doctrina[1805], por la oralidad. Sin embargo, el tránsito de la escritura a la oralidad fue progresivo.

Un avance significativo fue el Proyecto de Profesores de 1974, que permitía la formulación de «preguntas complementarias» orales y en el mismo acto, del modo siguiente:

1800 Serra Domínguez, M., *Interrogatorio de preguntas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix Editor, t. XIII, Barcelona, 1968, p.357, alude al «fosilizado interrogatorio de preguntas».

1801 BORRAJO INIESTA, I, *La ineficacia de los testigos en los procesos civiles*, en rev. Tribunales de Justicia, 1998, núm. 10 (octubre), pp. 937-938.

1802 Sobre su alcance puede verse Moreno Catena, V. *Comentario al art. 652 LEC*, en «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Cortés Domínguez, V. (coord), ed. Tecnos, Madrid, pp. 542-546.

1803 En el año 1992 destacaba Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, ob. cit., p.23, que «al cabo de más siete de años de entrada en vigor de la reforma [en referencia a la Ley 34/1984] el art. 652 LEC continua siendo desconocido en la práctica».

1804 Puede verse el fto. jco.4º (EDJ 1993/4677).

1805 Serra Domínguez, M, *Prueba testifical*, ob. cit., p.11; Ramos Méndez, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.407, reclamaba la necesidad de «generalizar el interrogatorio libre».

«Cuando del resultado del interrogatorio de cada testigo apareciera conveniente para el más completo esclarecimiento de los hechos la formulación de nuevas preguntas complementarias, las partes podrán formularas en el acto, y el tribunal las admitirá si estima que son pertinentes y útiles» (art. 533.III). Dicho artículo, calificado como «la corrección de mayor interés», se justificaba en el dato que «el interrogatorio por escrito para testigos, como el de las partes, no es más que un punto de partida o guía»[1806].

Ello no obstante, el ALEC (arts. 413 y 414) y el PLEC (arts. 364, 365 y 366) aun contemplaban las preguntas «por escrito, en pliego cerrado», sin referencia a las preguntas orales, ni siquiera en forma de complementarias. De modo muy significativo, la rúbrica legal ya se encargaba de advertir «preguntas formuladas por escrito, en sobre cerrado» (art. 364 PLEC).

Resumidamente, la parte proponente «presentará, en sobre cerrado, inmediatamente antes de practicarse la prueba, escrito con relación de preguntas» (art.364.1 PLEC) y las demás partes «podrán también, hasta el momento de su examen, presentar, en sobre cerrado, interrogatorio escrito de preguntas al mismo testigo» (art. 365 PLEC). Finalmente, «en el mismo acto en que se haya de examinar al testigo, el tribunal decidirá sobre las preguntas escritas» (art. 366 PLEC). Se mantienen, aun soslayando su terminología, los centenarios escritos de preguntas y repreguntas, y un interrogatorio escrito sucesivo, primero por la parte proponente y, a continuación, por las otras partes, sin concesiones a la oralidad.

El texto definitivo de la LEC sustituye «las preguntas escritas» (art. 366 PLEC) por la previsión que las preguntas orales (art. 368 LEC), sin referencia a las preguntas escritas, salvo en los supuestos excepcionales del interrogatorio domiciliario (art. 364, I LEC), del interrogatorio por auxilio judicial (art. 364.1, II LEC) y del interrogatorio de las personas jurídicas (art. 381.1 LEC).

Es el triunfo de la oralidad sobre la escritura, en respuesta a la aspiración, ya anunciada en la Exposición de Motivos, «que el interrogatorio sea libre desde el principio»[1807]. La libertad del interrogatorio, en la mentalidad del legislador, significa despojarlo del encorsetamiento de los escritos de preguntas y repreguntas, previamente redactados y predeterminados en su número.

El legislador era consciente que, en la práctica forense, el testigo se limitaba a contestar afirmativa o negativamente, normalmente a través de monosílabos («si es cierto…» o «no es cierto») unas preguntas escritas que, a menudo, ya incluían la respuesta. Además, y para restarle eficacia probatoria, rara vez el testigo ofrecía razón de su ciencia, pese al mandato legal (art. 649 LEC\1881), actitud que se veía favorecida por la falta de inmediación, pese a su exigencia legal (art. 570 LEC\1881).

El interrogatorio oral, sin un número *clausus* de preguntas y formuladas espontáneamente por cada uno de los letrados, aporta agilidad a este medio de prueba. Y proporcio-

1806 AAVV, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 100.

1807 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo antepenúltimo.

na mayor eficacia probatoria, pues cada letrado puede formular un interrogatorio libre y abierto, con mayores posibilidades de explorar el espectro cognoscitivo del testigo.

3. Concepto

La LEC no ofrece una definición del testigo[1808]. Siguiendo el precedente del art. 517 del Proyecto de Profesores de 1974, arranca la sección del interrogatorio de testigos, con la rúbrica «contenido de la prueba», en los términos literales siguientes: «las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto de juicio» (art. 360 LEC)[1809].

La dicción legal, sin definir al testigo, ofrece los elementos que integran su concepto, pues exige que se trate de «personas» y que «tengan noticia de hechos controvertidos». Ahora bien, el art. 360 LEC, relativo al contenido u objeto del interrogatorio de testigos, debe completarse con el art. 361 LEC, relativo a la idoneidad del declarante, que establece que podrán declarar como testigos todas las personas, «salvo las que se hallen privadas permanentemente de la razón». Ello nos permitirá distinguir entre testigos idóneos e inidóneos, siendo idóneos aquellos que poseen el uso de razón suficiente para aportar una declaración de ciencia al proceso.

Sin perjuicio de su ulterior desarrollo, podemos anticipar el siguiente concepto: es un medio de prueba indirecto consistente en una declaración oral que presta un tercero, con uso de razón suficiente, a instancia de cualesquiera de las partes y en el curso de un proceso, sobre hechos controvertidos y generalmente pasados de los que ha tenido ha tenido noticia, bien directa, por haberlos presenciado, bien indirecta, por habérselos referido otra persona.

Más sintéticamente es una declaración oral de ciencia sobre hechos controvertidos prestada, durante el proceso, por un tercero con uso de razón suficiente a instancia de cualesquiera de las partes[1810].

1808 De modo distinto, el artículo 301 LEC, que encabeza la sección destinada al interrogatorio de las partes, se rubrica «concepto y sujetos del interrogatorio»; siquiera, más que ofrecer una definición legal, nos señala los elementos subjetivos, objetivos y formales de la noción legal, tal como indica Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 301 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; y Valls-Gombau (dirs.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p. 1404.

1809 Adviértase la similitud con el art. 517, I del Proyecto de 1974, cuyo tenor literal era: «Contenido de la prueba por testigos. Testigo-perito.-I. Las partes podrán solicitar la declaración de testigos para probar los hechos controvertidos en el juicio, de los que tengan noticia».

1810 También son numerosas las definiciones o caracterizaciones del interrogatorio de testigos en la LEC 2000: Armenta Deu, t. , *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de*

Ejecución y Procesos Especiales, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.201: «La prueba testifical es un medio de prueba a través del cual un tercero declara sobre las percepciones sensoriales en relación con hechos controvertidos y determinantes del proceso (arts. 299.1 y 360 LEC)»; Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 360*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, Gimeno Sendra, V. (dir.), 2ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2005, p.822: «Tiene la consideración de testigo un sujeto, tercero ajeno al proceso y a su objeto, que es llamado al mismo con el fin que aporte su conocimiento personal sobre determinados hechos controvertidos y que son relevantes para la decisión del litigio y de los que tiene noticia bien de forma directa por haberlos presenciado o incluso tomado parte en ellos, o bien indirectamente y por tanto de referencia»; Cortés Domínguez, V., con Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 4ª ed., ed. Colex, Madrid, 2001, p.326: «cualquier declaración que se efectúe en el proceso con finalidad probatoria que no provenga de las partes o de las personas a que se refieren los arts. 301, 308 y 309.2, son declaración de los testigos»; Cremades Morant, J., en «Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Marina Martínez-Pardo, J y Loscertales Fuentes, D. (coords.), ed. Sepin, Madrid, 2000, p.759: «Se trata de un medio de prueba (art. 299.1.6º LEC) indirecto, a través del cual una persona ajena al proceso aporta a éste con las formalidades legales una declaración sobre hechos, anteriores al proceso, presenciados por ella (conocimiento directo) o que conoce de referencia (por el relato de 'otros') que son objeto del proceso (controvertidos y alegados) y para cuya apreciación no se precisan conocimientos técnicos específicos»; Chozas Alonso, J.M., *El interrogatorio de los testigos en los procesos civil y penal*, ed. La Ley, Madrid, 2010, p.73, recoge la siguiente definición, extraída de la STS, Sala 2ª, de 20 de mayo de 2008 (La Ley 68707/2008): «testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia»; de la Oliva Santos, A., con Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004, p.318: «La prueba por testigos o prueba testifical puede definirse como la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes»; y del mismo autor en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, 1ª ed, Madrid, 2001, p.617: «lo específico del testigo es dar noticia sobre hechos (o circunstancias fácticas), en el sentido histórico o, en otros términos, hacer declaraciones de conocimiento sobre hechos»; Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 2002, p.307: subraya que «el elemento caracterizante es tener noticia de ciertos hechos» y añade que «el testigo las obtuvo [las percepciones] en el pasado (momento de conocer) y relata al presente lo que sabe (instante de declarar)»; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.469: «la declaración en el proceso, bajo la inmediación judicial, de personas que, no ostentando la condición formal de partes procesales, tienen noticia o conocen de algún modo, directa o indirectamente, los hechos jurídicamente relevantes que conforman el objeto del pleito, a las cuales se llama a comparecer y a declarar en el momento procesal oportuno cuanto sepan sobre los hechos controvertidos con el fin de proporcionar al juzgador nuevos elementos en orden a formar su convicción sobre la existencia y la realidad de los referidos hechos»; Gómez Colomer, J. L., *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.249: «Testigo es un tercero, es decir, una persona ajena al proceso, que aporta al mismo, declarando sobre ello, unos hechos que ha presenciado (visto u oído), o que le han contado»; Guasp, J. y Aragoneses, P., *Derecho Procesal Civil*, t. I, 6ª ed,

En términos similares, se ha definido como «un medio concreto de prueba (art. 299.1, 6.º LEC), en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración de hechos presenciados (vistos u oídos) por ella o que ha sabido de

ed. Civitas, Madrid, 2003, p.389: «Testigo, por tanto, es la persona que sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que conoce por cualquier sentido y que no habían adquirido, para el declarante, índole procesal en el momento de su observación, con la finalidad, común a toda prueba, de provocar la convicción judicial en un determinado sentido»; Gutiérrez Sanz, R. Mª, *Comentario al art. 360 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón-Moreno; Armenta-Deu; Muerza-Esparza; y Tapia-Fernández (coords.), ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1215: «[...] se trata de una persona cuya característica esencial es la ajenidad al proceso, que introduce en el litigio, a través de su declaración, sus conocimientos sobre unos hechos controvertidos y referentes al objeto del juicio, que ha presenciado o sobre los que ha tenido conocimiento de referencia, esto es, a través de manifestaciones de quienes han percibido directamente los hechos» y de la misma autora en AAVV, «Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Cabañas García, J.C. (coord.), ed. Trivium, Madrid, 2000, p.363: «se trata de un medio de prueba en el cual los sujetos que no son parte o representantes de éstas realizan declaraciones sobre percepciones sensoriales, sobre hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto de juicio»; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed, ed. Civitas, Madrid, 2006, p.360. «aquella persona física, tercero en un proceso determinado, en el que declara sobre los hechos que ha tenido conocimiento previo y lo hace en la forma prevista en la ley»; Moreno García, J. M. en AAVV, «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Formularios, Textos legales, Comentarios y Jurisprudencia», t. II, Suárez Robledano, J.M. (coord.), ed. Dijusa, 1ª ed., Madrid, 2003, p.1167: «Se puede definir la prueba testifical como aquella prueba personal por la que un tercero declara en el proceso ante el Juez sobre hechos controvertidos en el litigio y de los que ha tenido conocimiento fuera del litigio»; Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona 2001, p.357: sin ofrecer tampoco una noción afirma que «el principio general es que puede ser testigo toda persona física capacitada para percibir un hecho y comunicar su percepción»; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p.405: «El testigo es la fuente de la prueba testifical, siendo la persona que declara en el proceso ante el juez sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas (Gómez Orbaneja)»; Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 360 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Lorca Navarrete, A.Mª. (dir) y Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.1961: «La prueba testifical –ahora denominada interrogatorio de testigos– es aquella en virtud de la cual terceras personas ajenas al proceso introducen en él sus conocimientos sobre hechos con trascendencia procesal»; Ramos Méndez, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2000, p.403: «Testigo es una persona determinada, que por su relación con el objeto litigioso puede suministrar determinadas noticias acerca de los hechos por él percibidos, aportando sus afirmaciones al juicio»; Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 360 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler, Valls Gombau (coords), ed. Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 1669-1670 afirma que «el testigo es un tercero ajeno a la relación procesal» y añade que «la función del testigo es relatar los hechos que ha percibido por sí mismo y fuera del proceso»; Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.365, apunta que el legislador exige «que se trate de *personas* y, además, que éstas declaren sobre los hechos *controvertidos* de que tengan noticia y que han de tener relación con el objeto del proceso, es decir, sobre hechos que tienen relevancia procesal».

referencia, sobre los que viene interrogada, siempre que esos hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso (art. 360)» (SAP Madrid, de 19 de abril de 2006)[1811].

3.1. Elementos subjetivos, objetivos y formales

La noción legal combina elementos subjetivos y objetivos y presupone los formales. Entre los subjetivos, identifica a «las personas», mención referida a las personas físicas, únicas que pueden declarar sobre hechos que han visto u oído[1812], pues, como ya se había afirmado bajo la vigencia de la LEC de 1881, «la utilidad del testigo se basa en su aptitud para obtener percepciones sensoriales»[1813]. Pero esta afirmación debe matizarse, puesto que se ha introducido un novedoso interrogatorio de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381 LEC)[1814].

Entre los objetivos, precisa que la declaración versa sobre hechos conocidos por el tercero («que tenga noticia de hechos») y sobre hechos discutidos («hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto de juicio»). En cuanto a los hechos conocidos, basta que sea un conocimiento previo al proceso, sin exigir el conocimiento directo (*testes visu*), y admitiéndose el indirecto o de referencia (*testes de auditu*)[1815].

Y en cuanto a los hechos controvertidos, la mención a «relativos a lo que sea objeto de juicio» puede incluso resultar superflua, dado que solo los hechos controvertidos son objeto de juicio, pues los hechos sobre los que existe conformidad están exentos de prueba (art. 281.3 LEC), salvo en los procesos no dispositivos (art. 752.2 LEC).

El art. 360 LEC no identifica los elementos formales del interrogatorio de testigos. Pero al preceptuar que la declaración del testigo exige la solicitud de cualesquiera de las partes presupone que deberá prestarse en el curso de un proceso, lo que permite excluir las manifestaciones extraprocesales. Y en la enumeración de los requisitos formales de las preguntas (oralidad, sentido afirmativo, claridad y precisión –art.368 LEC–) se excluyen las manifestaciones escritas del tercero, que serán objeto de la prueba documental.

1811 SAP Madrid, secc. 10ª, de 19 de abril de 2006, fto. jco. 2º. Referencia ED. Tirant lo Blanc: tol1.034.673. En sentido muy similar, y en la jurisprudencia, también contienen definiciones: SAP Madrid, secc.19ª, de 19 de septiembre de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/304086); SAP Granada, secc.3ª, de 5 de mayo de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/84661).

1812 En este sentido, y entre otros, también DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 361 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», AAVV, ob. cit., p.618; JIMÉNEZ CONDE, F., *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento de 2000», ob. cit., p.218.

1813 RAMOS MÉNDEZ, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pp. 404; GÓMEZ COLOMER, J.L, en AAVV, *El nuevo proceso civil*, ob. cit., p.332.

1814 Puede verse el epígrafe 4.3.6.

1815 SAP Almería, secc.3ª, de 22 de diciembre de 2003, fto. jco.3º, otorga menor credibilidad al testigo de referencia.

3.2. Caracteres

A partir de su configuración legal destacamos las notas siguientes:

a) Es un medio de prueba, y como tal aparece recogido en la enumeración de los artículos 299 y 300 LEC.

b) Es un medio de prueba indirecto, pues la fuente de prueba consiste en la declaración de un tercero[1816].

c) Es una declaración de un tercero, por que se excluye que, a través de este medio de prueba, puedan acceder al proceso las declaraciones de las partes (*nullus idoneus testis in rea sua intelligitur* o *nemo in propia causa testis esset debet*), ni siquiera cuando se trata de partes colitigantes (STS 7 de octubre de 1998[1817]).

d) Es una declaración infungible, pues solo podrá declarar el testigo *per se*, sin posibilidad de delegar en tercera persona. Se trata de unas de las notas diferenciales entre el testigo, que al aportar su conocimiento individual de carácter representativo, es infungible; y el perito, que al aportar máximas de carácter técnico no representativo, es fungible[1818].

e) Es una declaración de ciencia, y no de conocimiento, pues los testigos deberán expresar «la razón de ciencia de lo que digan» (art. 370.3 LEC), siendo ésta –«la razón de ciencia que hubieran dado» (art. 376 LEC)– uno de los criterios de valoración conforme a la sana crítica.

f) Es una declaración sobre hechos controvertidos, pues cronológicamente la proposición y práctica del interrogatorio de los testigos sucede a la fijación del *thema probandi* (arts. 428.1 y 443.4 LEC).

g) Es una declaración sobre hechos generalmente pasados, de los que el testigo ha tenido conocimiento con anterioridad al proceso.

h) Es una declaración provocada, pues no se presta de modo espontáneo, sino a instancia de cualesquiera de las partes (art. 360 LEC) o de ambas conjuntamente (art. 370.1 LEC).

1816 La SAP Granada de 5 de mayo de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/84661) recuerda que «la prueba testifical es una prueba de carácter indirecto, sobre hechos pasados acerca de los que tiene conocimiento un tercero en el proceso (esto es: el testigo), de manera directa por haber presentado aquellos o indirecta, es decir, por referencia».

1817 En su fundamento jurídico 3º (EDJ 1998/20360), excluye expresamente la posibilidad que un colitigante declare a instancia de otro.

1818 Sentís Melendo, S., *La prueba*, ob. cit., p.449; Ramos Méndez, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.406; Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, ob. cit., p.5; Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 1244*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2ª, ob. cit., p.553; Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 360 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1670.

i) Es una declaración prestada bajo juramento o promesa de decir verdad (art. 365.1 LEC), salvo que sea prestada por un menor de edad penal (art. 365.2 LEC).

j) Es una declaración formal, puesto que accede a las actuaciones a través de un interrogatorio, y con la exigencia que las preguntas se formulen con determinados requisitos formales (oralmente, en sentido afirmativo, claridad, precisión, y desprovistas de calificaciones, según el art. 368 LEC) y objetivos (sobre hechos, hechos conocidos por el testigo y hechos controvertidos, según el art. 360 LEC).

k) Es una declaración oral, prestada en un acto (juicio o vista) presidido por la oralidad.

l) Es una declaración prestada en el curso de un proceso, por lo que se excluyen las declaraciones prestadas fuera o con anterioridad al proceso.

m) Es una declaración prestada por una persona aleatoria[1819], en el sentido que las partes no pueden determinar o elegir quienes serán testigos, a diferencia de lo que sucede con los peritos, pues el testigo tiene conocimiento de los hechos, pero no en virtud de un encargo previo que lo convierte en testigo[1820].

4. Sujetos del interrogatorio

4.1. Presupuestos para interrogar y ser interrogado

Son presupuestos para interrogar la condición de parte, la personación en el proceso –de modo que se excluye el interrogatorio que pueda proponer el demandado rebelde– y, obviamente, la previa solicitud del interrogatorio.

Son presupuestos para poder ser interrogado la previa solicitud por cualesquiera de las partes, la condición de tercero en el sujeto interrogado, la capacidad para responder y, siguiendo la dicción legal, el conocimiento «de hechos controvertidos relativos al objeto del juicio» (art. 360 LEC).

No ofrece dudas la exigencia de solicitud ni, por lo general, la condición de tercero. La capacidad para responder no depende de un sistema de inhabilidades, sino de un criterio de idoneidad. En efecto, a diferencia de la derogada normativa del CC, que sujetaba la condición de testigo a un sistema tasado de inhabilidades – ya fuera por incapacidad natural (art. 1246 CC) o por disposición legal (art. 1247 CC)–, la LEC ha optado por un criterio de idoneidad, mediante la fijación de una regla general («Podrán ser testigos todas

1819 Destaca la nota de aleatoriedad Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 360 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.824.

1820 Una de las notas diferencias entre el testigo y el perito, es que en la intervención de éste último media un encargo. Puede verse Devis Echandia, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5ª ed., ob. cit., p.381 y Sentís Melendo, S., *La prueba*, ob. cit., p.15.

las personas«) y una doble excepción («salvo que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos»).

No siendo parte, la capacidad para responder no debe asimilarse con la capacidad de obrar, sino más bien con la capacidad natural (de conocer y declarar) a que se refiere el art.361 LEC al establecer las condiciones de idoneidad para ser testigo.

En cuanto al conocimiento de los hechos, e indiscutido que puede ser directo o indirecto –de referencia–, la cuestión más debatida es si debe necesariamente accidental o también puede ser provocado[1821].

La fijación de una regla general y de unas excepciones en orden a la idoneidad para declarar permite distinguir entre sujetos idóneos e inidóneos para ser interrogados. Y, dentro de los sujetos idóneos, merecen particular atención el testigo susceptible de tacha, el testigo exento de declarar y el testigo-perito.

4.2. Parte proponente

Pueden proponer el interrogatorio las partes (actor, demandado, colitigante, reconvieniente) y, en determinados supuestos, el juez y el Ministerio Fiscal.

Cualquiera de las partes puede asumir la iniciativa de la actividad probatoria y proponer como testigos aquellas personas que tengan por conveniente. No existe limitación en cuanto al número de testigos que se pueden proponer, siquiera se imputarán a la parte proponente los gastos «que excedan de tres por cada hecho controvertido» (art. 363 LEC). Adviértase que tanto el art. 360 LEC, relativo al contenido de la prueba, cuanto el art. 363 LEC, relativo al número de testigos, se encabezan con una idéntica, genérica y explicita mención a «las partes» como sujeto proponente de la prueba.

También podrán ser testigos el coadyuvante, el sustituido y el litisconsorte en aquellos supuestos de pluralidad de partes y acumulación subjetiva de acciones, pues siendo la nota característica del testigo la condición de tercero, ésta se mantiene en la declaración que prestan en relación a la pretensión dirigida contra otra parte[1822].

Las facultades del juez en orden a la proposición de testigos se reducen a los supuestos de la «sugerencia» probatoria (art. 429.1, II y III LEC), de las diligencias finales de oficio (art. 435.2 LEC) y de los procesos no dispositivos (art. 752.1, II LEC).

1821 Puede verse sobre este extremo el epígrafe 4.3.1.

1822 En este sentido Cortés Domínguez,V., con Gimeno Sendra,V. y Moreno Catena,V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, ob. cit., p.325; y Cortés Domínguez,V., *Comentario al art. 363 LEC*, en «La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica», vol. I, obra dirigida por dicho autor junto con Moreno Catena,V., ed. Tecnos, Madrid, 2004, p.1083.

En los procesos dispositivos el juez puede, al amparo del art. 429.1, II y III LEC, «sugerir» la práctica de la prueba testifical, siempre que el nombre del testigo (la fuente de prueba) figure en las actuaciones, pues dicha normativa no permite una actividad investigadora por parte del juez[1823].

El juez puede también acordar *ex officio iudicis* la práctica del interrogatorio de testigos como diligencia final, siquiera dada su configuración legal tan restrictiva, se limitará a supuestos excepcionales. Entre ellos, y a título meramente ejemplificativo: a) interrogatorio no practicado en el día del juicio o de la vista por indisposición de la parte interrogada; b) interrogatorio practicado por auxilio judicial y cuyo exhorto, debidamente cumplimentado, se ha extraviado y no ha llegado al juzgado exhortante; c) interrogatorio en el que la parte interrogada precisaba de documentos para auxiliar la memoria (art. 370.2 LEC) y no disponía de ellos en el acto del juicio o de la vista.

En los procesos no dispositivos, el juez puede acordar de oficio la práctica del interrogatorio de testigos, puesto que la iniciativa *ex officio iudicis* es ilimitada en cuanto al número y clase de pruebas (art. 752, 1, II LEC). Adviértase, además, que el juez ni precisa de la instancia de parte, ni resulta condicionado por las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio Fiscal (principio de oficialidad)[1824].

El Ministerio Fiscal también puede proponer el interrogatorio de testigos en los procesos no dispositivos, puesto que goza de una iniciativa probatoria autónoma respecto del juez y de las partes, y al igual que ambos, ilimitada en cuanto a la clase de pruebas. Con respecto a los procesos matrimoniales, pero en reflexión extensible al resto de procesos no dispositivos, la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado, insta a una participación activa del Ministerio Fiscal en la fase probatoria bien «participando en la práctica de la prueba propuesta por las partes», bien «proponiendo a su vez prueba propia»[1825].

4.3. Parte interrogada

Las partes podrán proponer como testigos aquellas personas que tengan por conveniente, siempre que se trate de sujetos idóneos (art. 361 LEC) y su testimonio verse sobre hechos controvertidos de los que tenga conocimiento (art. 360 LEC). Sin embargo, el legis-

1823 Sobre los presupuestos, límites y garantías de la normativa del art. 429.1, II y III LEC me remito a mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 139-144. En particular sobre la facultad judicial de «sugerir» una prueba testifical, pueden verse las pp. 142 y 143. La necesidad que la fuente de prueba figure en las actuaciones puede desprenderse, en la dicción del párrafo segundo del art. 429.1 LEC, de la expresión «ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos».

1824 En realidad, en estos procesos se puede aludir a una «triple iniciativa probatoria»: de las partes, del juez y del Ministerio Fiscal. Mas ampliamente, en mi citado trabajo, *Iniciativa probatoria de oficio*…, pp. 189-191.

1825 Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado (Actualidad Civil Legislación, p.764).

lador ha querido garantizar la fiabilidad del testigo, facultando su tacha (art. 377 LEC), y ha querido exonerar el testimonio de determinados sujetos, en atención al deber de guardar secreto o por versar su declaración sobre materias legalmente reservadas o clasificadas (art. 371 LEC). También ha previsto la figura del testigo cualificado en razón de sus conocimientos, esto es, el testigo-perito (art. 370.4 LEC).

Ello nos lleva a distinguir, dentro de la parte interrogada, las categorías de testigo idóneo, testigo inidóneo[1826], testigo susceptible de tacha, testigo exento de declarar y testigo-perito. A ellas, y para completar este estudio, cabe añadir el interrogatorio de las personas jurídicas (art. 381 LEC).

4.3.1. El testigo idóneo

La idoneidad para deponer como testigo está sujeta a una doble condición: una positiva, de conocimiento de los hechos relativos al objeto del juicio (art. 360 LEC); y otra negativa, de no hallarse privado permanentemente de la razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos (art. 361 LEC).

El conocimiento de los hechos debe ser previo, extrajudicial y con trascendencia procesal. Previo, pues el testigo conoce de hechos pasados, acaecidos con anterioridad al proceso. Extrajudicial, pues conoce de hechos extraprocesales, acontecidos al margen del proceso[1827]. Y deberá revestir trascendencia procesal, pues solo aportará conocimientos relativos al objeto del juicio (art. 360 LEC).

Por el contrario, resulta debatido si el conocimiento debe ser accidental –de ahí la aleatoriedad del testigo– o puede ser también provocado. Pensemos en el tasador que ha examinado los daños de un vehículo y, con posterioridad, es llamado a declarar como testigo-perito (art. 370.4 LEC). Aun cuando normalmente el conocimiento será accidental, ello no constituye *conditio sine qua non*, puesto que, como se ha afirmado con acierto «más que el modo de conocimiento importa el hecho que lo tenga»[1828].

El uso de razón debe conectarse con la capacidad para percibir y declarar en condiciones de trasladar el contenido de la percepción ante un tercero. La privación de razón, como causa de inidoneidad, amén de ser permanente, se refiere al dato objetivo de carecer de la misma, sin referencia, como sucedía en la derogada legislación, al estado legal o médico de demencia o locura (art. 1246.1º CC).

1826 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p.81, distingue entre testigo idóneo e inidóneo «según exista o no un motivo especial que le reste calidad moral o verosimilitud».

1827 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, ob. cit., p.3, matiza que también es posible que el testigo declare sobre hechos ocurridos en el propio proceso, como ocurre en materia de nulidad de actuaciones, o sobre hechos ocurridos en otros procesos que constituyan el presupuesto de la acción ejercitada, como en el proceso de revisión.

1828 Ramos Méndez, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.405.

El uso de los sentidos se limita con respecto a los hechos que sólo pueden ser conocidos a través de dichos sentidos. Básicamente alude a la privación de la vista o del oído, con unos términos más apropiados que la normativa derogada, que declaraba inhábil a «los ciegos y los sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído» (art. 1246.2º CC). Así pues, el sordomudo podrá declarar, mediante escritura y, si no supiere leer ni escribir, mediante intérprete (art. 143.2 LEC), sobre lo visto (una colisión, por citar un ejemplo) y el ciego podrá hacer lo propio sobre lo oído (una conversación, por citar otro ejemplo).

Se admite también como testigo idóneo al menor de catorce años, siquiera su declaración está sujeta al juicio de pertinencia del juez, el cual debe observar que posea «el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente» (art. 362, II LEC). La capacidad para conocer y declarar del menor debe existir tanto en el momento de la percepción cuanto en el momento de la declaración.

En lo relativo al menor de edad, el legislador ha evolucionado desde un sistema de inhabilidad absoluta (art.1246.3º CC) a un sistema de inidoneidad relativa (art. 361 LEC), admitiendo la declaración del menor con discernimiento suficiente, como ya postulaba la doctrina más autorizada[1829]. Y en línea similar, en las reformas legislativas en materia de los procesos de familia (Ley 15/2005, de 8 de julio) para acordar la audiencia del menor se ha sustituido el criterio objetivo de la edad (doce años) por el criterio de la madurez («si [el menor] tuviera juicio suficiente») y de la oportunidad («cuando se estime necesario de oficio y a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor»)[1830].

El control de la idoneidad puede ser de oficio y a instancia de parte. Ante el silencio legal, puede operarse en cualquier momento, sea en la fase de proposición –aportando documentos que acrediten la inidoneidad del testigo propuesto de adverso–, sea ante las respuestas a las generales de la ley, e incluso durante la práctica de la prueba –poniendo de manifiesto las circunstancias reveladoras de la inidoneidad–. De haberse admitido y verificado la declaración de un testigo, cuya inidoneidad se advierta tras la práctica de la prueba, solo cabrá la nulidad de actuaciones[1831].

La ausencia de idoneidad impide la declaración como testigo. En los supuestos dudosos, es preferible que el juez admita la declaración del testigo y la valore conforme a

1829 Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, ob. cit., p.15.

1830 La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, publicada en el boe núm. 163/2005, de 9 de julio, que introduce el art. 92.6 CC del tenor literal siguiente: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

1831 En este sentido Fernández Seijó, J. Mª., *Comentario al art. 361 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, 1ª ed., ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.2621.

las «circunstancias concurrentes», que es uno de los criterios de valoración de la testifical conforme a la sana crítica (art. 376 LEC)[1832]. Y ello por varias razones:

a) el tenor literal del art. 361 LEC, que sienta una regla general de idoneidad y unos supuestos específicos de inidoneidad.

b) el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.4 CE) que exige la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba[1833].

c) el principio *favor probationes* que, en expresión jurisprudencial, comporta que es preferible «incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación»[1834].

Como acertadamente se ha dicho «la mayor o menor fiabilidad del testigo no afecta a su capacidad, sino exclusivamente a la eficacia probatoria de su declaración, que será apreciada libremente por el Juez»[1835].

4.3.2. El testigo inidóneo

La inidoneidad del testigo puede ser absoluta, ligada a la privación permanente de la razón, o relativa, vinculada a la privación de algún sentido respecto de los hechos que quepa percibir por ese sentido (art. 361 LEC).

La privación permanente de razón –inidoneidad absoluta– no requiere una declaración judicial de incapacitación, pues es un término o dato objetivo referido a la facultad de conocimiento y declaración. Será inidóneo absolutamente quien no pueda conocer y declarar por carecer del uso de la razón de modo permanente. La restricción temporal de la capacidad física o psíquica para conocer y declarar no impide la deposición del testigo, debiendo el juez verificar, en tal caso, la capacidad de conocer en el momento de la percepción y la de declarar en el momento del interrogatorio.

Salvo que haya recaído una declaración judicial de incapacidad prohibiendo la declaración de una persona, puede resultar idónea una persona presuntamente incapaz,

1832 Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 361 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.833.

1833 Sobre el alcance del derecho a la prueba puede verse Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J. (coords.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 33-34.

1834 Ver las SSTC de 20 de febrero de 1986, fto. jco.8º (EDJ 1986/30) y de 30 de octubre de 1991, fto. jco.3º (EDJ 1991/10314). Sobre las pautas para aplicar el principio *favor probationes* en el juicio de admisión me remito a mis trabajos *Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», t. I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 968-970 e *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 357 y 358. Sobre las manifestaciones del *favor probationes* puede verse Muñoz Sabaté, LL., *Cuadernos de Probática I y II*, ed. Banco Santander Central Hispano, 1999, p.113.

1835 Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, ob. cit., p.13.

siempre que posea razón suficiente en el momento de la percepción y declaración, dado que los motivos de incapacidad siempre han de interpretarse restrictivamente (ej. sujeto presuntamente incapaz por trastornos mentales transitorios con intervalos lúcidos)[1836]. E inversamente, puede resultar inidónea una persona, aun no incapacitada, si carece razón suficiente (ej. sujeto sin declaración judicial de incapacitación y con un trastorno mental permanente).

Puede admitirse la declaración del testigo en intervalo lúcido, superando la anterior división doctrinal[1837]. La exigencia legal del carácter «permanente» (art. 361, I LEC) de la privación de la razón permite la declaración del testigo en un intervalo lúcido, del mismo modo que se admite el testamento otorgado en el intervalo lúcido (arts. 664 y 665 CC). Para ello será necesario que el testigo conserve el uso de la razón tanto en el momento de la percepción cuanto en el momento de la declaración.

La privación permanente del uso de algún sentido –inidoneidad relativa– se refiere básicamente a la percepción por vía visual o auditiva y opera como presupuesto de inidoneidad respecto de la privación de dicho sentido. Por ello, el sordomudo puede declarar sobre lo visto y el ciego sobre lo oído.

La regulación de la capacidad para declarar, prescindiendo de las causas de inhabilidad (derogados arts. 1246 y 1247 CC), y sustituyéndolas por una regla general de idoneidad y unos supuestos específicos de inidoneidad –absoluta o relativa– (art. 361 LEC), supone sustituir la rigidez legal por la ponderación judicial. El juez se sitúa frente a la fuente de prueba (el testigo incapacitado en el intervalo lúcido o el testigo menor de catorce años con madurez suficiente, por citar algunos supuestos) a fin que valorar, previo auxilio de un perito si menester fuera, la capacidad de percibir y declarar, reforzando con ello el principio de libre valoración de la prueba y restringiendo los motivos de inadmisibilidad del interrogatorio de testigos.

4.3.3. El testigo susceptible de tacha

El decimonónico, contradictorio y dual sistema de tachas e inhabilidades (arts. 660 LEC\1881 y 1246 y 1247 CC)[1838], ha sido sustituido por un único sistema de tachas, con unos motivos actualizados (art. 377 LEC), un reformado trámite procesal (arts. 378 y 379 LEC) y la novedosa facultad de tachar por motivos sobrevenidos a cargo de la propia parte proponente del testigo (art. 377.2 LEC). La regulación legal mantiene esta clásica institu-

1836 En el mismo sentido, y en relación con la legislación derogada, Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, ob. cit., p.14.

1837 Pueden verse las opiniones contrarias de Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios al Código Civil español*, t.VIII, vol. II, 5ª ed. ed. Reus, 1950, p.198, partidario de su admisión; y, en sentido contrario, de Scaevola, Q.M., *Código Civil*, t. XX (artículos 1214 a 1314), 2ª ed. ed. Reus, Madrid, 1958, p.501.

1838 Sobre la distinción entre el incidente de tachas y el sistema de inhabilidades, con respecto a la LEC de 1881, puede verse la STS de 19 de diciembre de 1998, fto. jco.5º (EDJ 1998/28010).

ción, aun cuando ya se ha apuntado que «más parece que eso se deba a un cierto apego a nuestra tradición procesal que a una auténtica necesidad»[1839].

Las tachas son «los defectos o causas de inverosimilitud o parcialidad que concurren en los testigos, y se alegan para invalidar o desvirtuar la fuerza probatoria de sus declaraciones»[1840].

Al igual que en la derogada legislación, y junto al sistema de tachas, coexisten las preguntas generales de la ley (art. 367 LEC), de las que disponen el juez y las partes para prevenir, al inicio de la declaración, la concurrencia de circunstancias subjetivas que puedan devaluar la credibilidad del testigo.

Los motivos de tacha, de carácter tasado[1841], son el parentesco con una parte, su Procurador o Abogado; la relación de dependencia o de intereses; el interés directo o indirecto el pleito; la amistad íntima o enemistad; y la condena por falso testimonio (art. 377 LEC), todos ellos sustancialmente idénticos a las preguntas generales al testigo (art. 367 LEC).

La regulación de las tachas de testigos, a diferencia de las tachas de peritos y siguiendo el precedente del art. 660 LEC\1881, no contiene ninguna cláusula «abierta» del estilo «cualquier otra circunstancias, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional» (art. 343.5 LEC).

De la comparativa con la normativa anterior, se deduce que se amplían las causas por razón de parentesco y amistad, antes limitada a los litigantes (art. 660.1ª y 5ª, respectivamente, LEC\1881), a los abogados y procuradores de los cónyuges (arts. 377.1º y 4º LEC, respectivamente). Y en el caso del parentesco también a las personas relacionadas por vínculos de adopción, tutela o análogos, pudiéndose incluir entre los supuestos análogos las relaciones de pareja estable[1842]. Además, el parentesco puede ser actual o pasado («ser o haber sido cónyuge…»), incluyéndose supuestos de ruptura por una sentencia de divorcio.

Se mantiene la dependencia como causa de tacha (art. 377.2 LEC), pero se suprime su definición legal (art. 666.2 LEC\1881) y se amplía la causa de la tacha al interés común,

1839 Pino Abad, M., *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 2002, efectúa un detallado análisis histórico de la tacha, desde el derecho romano hasta la vigente LEC y concluye que, con la vigencia de los principios de la sana crítica y libre valoración de la prueba, esta institución ha perdido su virtualidad y podría incluso suprimirse (pp. 20 y 228).

1840 Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., p.592.

1841 En la doctrina, Picó i Junoy, J., (*Comentario al art. 377*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.2013) censura la falta de una cláusula abierta como motivo de tacha en la prueba de testigos que, por el contrario, si existe en el dictamen de peritos (art. 343.5 LEC).

1842 La SAP Madrid, de 27 de febrero de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/41190) razona: «No podemos considerar desacertado el criterio de incluir dentro de la causa de tacha a la pareja estable, por cuanto en otro ámbito, en el penal, existe cierta jurisprudencia que incluye los supuestos de convivencia análogos al matrimonio entre las exenciones a declarar prevenidas en el art. 416.1º de la L.E.Criminal, pese a no estar previstos expresamente en la norma (en este sentido, SAP Las Palmas, Sección 1ª, de 29 abril de 2005)».

de modo que ahora coexisten dos circunstancias: la relación de dependencia y la relación de sociedad o interés. También permanece el interés directo o indirecto en el pleito (art. 377.3 LEC), pero se suprime el interés en otro pleito semejante (art. 660.3 LEC\1881) y se excluye dicho motivo con respecto a los informes aportados por los investigadores privados (art. 380.1.1ª LEC).

Se mantiene la condena por falso testimonio (art. 377.5 LEC), que exigirá la condena por sentencia penal firme por un delito del art. 458 CP. Permanece la amistad íntima y la enemistad, aun cuando respecto de ésta última, no se exige que sea «manifiesta» (art. 660.5ª LEC\1881).

Es novedosa la facultad de tachar por motivos sobrevenidos (art. 377.2 LEC), cuya legitimación se atribuye exclusivamente a la parte proponente del testigo. Su fundamento radica en preservar la buena fe procesal de la parte proponente e ignorante de una causa de tacha, que la descubre con posterioridad a la proposición del testigo.

A diferencia del derogado art. 661 LEC\1881, el procedimiento de tacha ya no se inicia una vez producida la declaración, sino que deberá interponerse la tacha antes que el testigo haya declarado (art. 378 LEC) y deberá sustanciarse antes de dictarse sentencia, pues en ella tendrá lugar la valoración del resultado de la tacha (art. 376 LEC) –y de las respuestas a las generales de la ley (art. 367.2 LEC[1843])–, sin necesidad, por ende, de dictar resolución autónoma sobre la concurrencia del motivo de tacha.

En la sustanciación del incidente, resulta censurable la injustificada exclusión de la prueba testifical para acreditar su concurrencia a la parte proponente de la tacha (art. 379.1 LEC)[1844]. Del mismo modo carece de justificación la limitación a la aportación de documental de la parte que se opone a la tacha (art. 379.2 LEC). Ni una ni otra limitación figuraba en la LEC de 1881, cuyo art. 662 admitía cualquier prueba para acreditar la concurrencia de un motivo de tacha.

La valoración del testigo tachado tiene lugar al dictarse sentencia (art. 379.3 en relación con el art. 376 LEC), con la novedad de imponer una multa si la declaración de tacha carece de fundamento (art. 344.2 LEC). Sabido es, por reiterada y conocida jurisprudencia[1845], que la tacha no actúa como un motivo de inhabilidad o inidoneidad del testigo, sino a modo de advertencia o precaución sobre la concurrencia de circunstancias que, en

1843 Así lo apostilla la SAP Burgos de 16 de octubre de 2003 (EDJ 2003/205572), en su fto. jco.3º: «Para que no haya duda, el art. 367-2, párrafo segundo, remite la valoración de esas mismas circunstancias, susceptibles de tacha, al momento de dictar sentencia, cuya formulación y constatación no impide que el testimonio sea tenido en cuenta, e incluso creído, cuando se adquiera el racional convencimiento de que el testigo tachado se ha producido verazmente».

1844 Montero Aroca, J., *La prueba*…, ob. cit., p.373, nota a pie 21, considera justificada la exclusión para acreditar el parentesco, mientras que para otras (como la amistad o enemistad) «tiene muy difícil justificación».

1845 Entre otras muchas, SSTS de 17 de mayo de 1974, fto.jco.2º (EDJ 1974/383); 6 de octubre de 1994, fto.jco 2º (EDJ 1994/8469) y 21 de diciembre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/28012); y SAP Las

abstracto y objetivamente, pueden debilitar la credibilidad del testigo. Ya en la lejana STS de 26 de noviembre de 1943 se definía la tacha como un «medio preventivo para garantía de la ablución de la prueba testifical que no excluye la de apreciar la veracidad y fuerza probatoria de todas las declaraciones que asiste a los tribunales de instancia».[1846]

El juez deberá valorar el testigo *suspectus* teniendo en cuenta la tacha y su resultado, esto es, el reconocimiento u oposición al motivo de tacha, y podrá otorgar credibilidad al testigo tachado, siempre que adquiera el convencimiento que ha declarado verazmente[1847], siquiera para ello será conveniente una motivación reforzada.

Es muy dudoso que la parte tachada pueda solicitar la declaración de falta de fundamento de la tacha y que el juez, de oficio o a instancia de parte, pueda declarar la temeridad o deslealtad en la tacha, por razón de su motivación o del tiempo en que fue formulada (art. 344.2 en relación con art. 379, ambos LEC)[1848], pues tal declaración es más adecuado al perito que al testigo, como así se desprende del propio apartado primero del art. 344 LEC que reserva exclusivamente la solicitud de la falta de fundamento al perito.

4.3.4. El testigo exento de declarar

Se engloba tanto el supuesto del deber de guardar secreto por razón del estado o profesión de una persona (art. 371.1 LEC) cuanto por razón de la materia (art. 371.2 LEC), permitiendo al juez apreciar la concurrencia de una exención de declarar, frente a la anterior inhabilidad absoluta (art. 1247.5º CC).

Por razón del estado o profesión, el deber de guardar secreto, también recogido en normativa profesional o deontológica, se extiende a abogados y procuradores (arts. 437.2

Palmas, secc.5ª, 20 de febrero de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/41993) y SAP Huelva, secc.3ª, 22 de noviembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/301294).

1846 STS 26 de noviembre de 1943 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, tomo X, Pamplona, 1943, p.689) que añade: «Porque las tachas que no incapacitan al testigo para serlo, no son más que motivos de recelo o sospecha que si hacen que se preste atención, al valorar la prueba, al influjo que las circunstancias que los determinan han podido ejercer en la fidelidad del testimonio, no impiden que éste sea tenido en cuenta y creído por el sentenciador si adquiere racional convencimiento de que el testigo tachado se ha pronunciado verazmente en su declaración». Y aún anticipando el tenor del futuro art. 376 LEC añade: «La eventual existencia de tacha en los testigos no es más que una de las circunstancias concurrentes a apreciar, junto a la razón de ciencia que hubiera dado, conforme a las reglas de la sana crítica». (citada por Pino Abad, M., *La tacha de testigos en su evolución histórica*…, ob. cit., nota a pie núm. 462 en la p.204).

1847 Entre otras muchas, la SAP Granada, secc.3ª, 21 de julio de 2001, fto. jco.1º (EDJ 2001/57645) que cita, a su vez, las SSTS de 26 de noviembre de 1943, de 7 de mayo de 1982 y de 13 de mayo de 1985.

1848 Véase las posiciones contradictorias de de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 379 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.635 y Rifá Soler, J.M., *Comentario al art. 379 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1745.

y 438.2 LOPJ)[1849], ministros religiosos (art. 417.1 Lecrm), profesionales sanitarios, y funcionarios públicos, civiles o militares obligados por su cargo a guardar secreto (art. 417.2 Lecrm).

El testigo afectado por secreto profesional tiene la facultad de alegarlo, mediante una exposición razonada, y la carga de probar la concurrencia del secreto, no siendo necesario una prueba plena, sino una justificación razonable de su existencia, referida a su condición profesional o personal y a la normativa legal que le ampara[1850].

El tribunal resolverá mediante resolución que, según la dicción legal, basta que revista forma de providencia (art. 371.1 LEC), siendo deseable que sea motivada, siquiera sucintamente, tanto más cuanto más relevante sea el testigo afectado por el secreto.

En caso de apreciar la concurrencia de un deber de guardar secreto profesional, el testigo quedará exento de declarar, pero solo respecto de las preguntas afectadas por tal secreto, las cuales deberán constar en el acta (art. 371.1, *in fine* LEC). En caso de negativa a apreciar el secreto, la resolución es recurrible por la parte –obviamente, no por el testigo, que no puede recurrir– interesada en la no declaración del testigo.

Supuesto no previsto es aquel en que el tribunal estime que no existe deber de secreto y el testigo se niegue a responder[1851]. No procede en tal caso una sanción de multa, reservada para los supuestos de negativa a comparecer (art. 292.1 LEC) y no para los de negativa a responder. Dado que el testigo tiene el deber de responder, su negativa constituye un indicio endoprocesal de la conducta de la parte.

Alguna autora sostiene que la negativa a declarar permitiría imputar al testigo un delito de desobediencia[1852], solución muy discutible, pues tal sanción se reserva para los supuestos de la negativa al deber de comparecer (art. 292.2 LEC), mediando una segunda citación, pero no se refiere al deber de declarar. Y las normas sancionadoras no pueden ser objeto de extensión analógica.

1849 La STS, Sala 1ª, de 22 de febrero de 2011, fto. jco.7º (RJ 2011\3319) releva del deber de declarar a un abogado que había sido parte demandada en el proceso civil, quien en el propio momento de prestar declaración había manifestado que se encontraba inhabilitado para declarar como testigo.

1850 De modo muy gráfico Jiménez Conde, F., (*Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, ob. cit., p.231) apunta que «se transforma la antigua causa de inhabilidad legal del derogado art. 1247.5º CC en un derecho-deber del testigo oponible a su genérica obligación de declarar».

1851 de la Oliva Santos, A., (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.326) justifica el silencio del legislador en la falta de consenso doctrinal para abordar tal supuesto, en la disparidad de soluciones que ofrece la legislación y jurisprudencia extranjera, y en tratarse de supuestos relativamente aun excepcionales.

1852 Gutiérrez Sanz, R. Mª, *Comentario al art. 371 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1244.

Por razón de la materia, y al igual que en el supuesto anterior, el testigo afectado por secreto oficial tiene la facultad de alegarlo, siquiera ahora no se exige una exposición razonada, bastando, al parecer, la mera alegación[1853].

El tribunal puede optar simplemente por exonerar al testigo de su deber de declarar o, de estimar oportuna la declaración del testigo, verificar el fundamento de la reserva a declarar. En este segundo caso, el tribunal requerirá al órgano competente –actualmente, el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes del Estado Mayor– el documento oficial que acredite el secreto o reserva.

Recibido el documento, el tribunal debe comprobar el fundamento de la alegación de reserva para eximir de declarar al testigo. Ahora bien, el control del tribunal se limita a la veracidad de la alegación de materia reservada, sin cuestionar la declaración de materia secreta o reservada, sino si el interrogatorio versa sobre materias secretas o reservadas de conformidad con el documento oficial aportado. En tal caso, el tribunal unirá el documento y dejará constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial (art. 371.2 LEC). La resolución del tribunal es recurrible en reposición.

4.3.5. El testigo-perito

Sin precedentes en la LEC de 1881, y en términos casi idénticos al art. 517.II del Proyecto de Profesores de 1974[1854], se introduce la figura del testigo-perito, en los términos literales siguientes: «cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos» (art. 370.4 LEC).

Se ha afirmado que la figura del testigo-perito «comprende en una sola persona los dos conceptos de testigo y de perito, bien porque la persona que ha observado los hechos tenga especiales conocimientos técnicos, bien porque al perito designado por el Juez se le confíen funciones de directa observación de los hechos»[1855]. Pues bien, ante estas dos

1853 Las materias reservadas o secretas se regulan en la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Sobre el particular puede verse la STS, Sala 4ª, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 4513, 4514, 4515), referente a la desclasificación de documentos del CESID.

1854 art. 517.II Proyecto Profesores: «Cuando el testigo, por razón de su profesión u oficio, posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que afecten los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a las respuestas sobre los hechos» (Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II, Madrid, 1974, p.263). Sistemáticamente mejor ubicado en el Proyecto al contenerse junto con la definición del testigo.

1855 Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ed. Edersa, Madrid, 1991, p.462.

alternativas el legislador parece haber optado por la primera de ellas y configura al testigo-perito como un testigo cualificado por sus conocimientos.

Es, ante todo, un testigo. Sistemáticamente porque se regula en la sección del interrogatorio de testigos (sección 7ª, del Capítulo VI, del Titulo I, del Libro I), y no en la destinada a regular el dictamen de peritos u otra distinta. Nominativamente, porque el legislador utiliza de forma reiterada –por dos veces en el párrafo cuarto del art. 370 LEC– y explícitamente el término «testigo» para referirse a la fuente de conocimiento y al sujeto informante. Y conceptualmente, porque la dicción legal presupone un interrogatorio oral a un testigo, y no un dictamen escrito o la ratificación de un perito. Además, la declaración del testigo-perito se introduce a través de un medio de prueba como es el interrogatorio –propio del testigo– y no a través de un dictamen –propio del perito–.

De manera descriptiva, y con fidelidad al tenor del art. 370.4 LEC, se ha afirmado que este artículo «permite al juzgador, al practicarse el interrogatorio, aceptar que quien ha sido propuesto como testigo, además de su función específica, añada lo que la ley llama manifestaciones, esto es, juicios por aplicación de conocimientos científicos, artísticos o prácticos, a los hechos que conoce» (SAP Las Palmas de 22 de enero de 2004)[1856].

Los conocimientos del testigo-perito son cualificados, porque sobre los hechos del interrogatorio, posee un saber técnico. De ahí que pueda «agregar» –verbo utilizado por el legislador en la dicción legal– un conocimiento técnico a los hechos del interrogatorio.

El testigo-perito posee un saber subjetivamente infungible –tercero conocedor de hechos pasados con relevancia procesal– y objetivamente fungible –su conocimiento científico, técnico, artístico o práctico lo puede poseer cualquier otro técnico de la misma rama del saber humano–.

Debemos diferenciar al testigo-perito del testigo y del perito. Tanto el testigo cuanto el testigo-perito poseen un conocimiento previo de los hechos, pero éste último posee un saber técnico del que carece el simple testigo. Tanto el perito cuanto el testigo-perito poseen conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, pero éste último tuvo conocimiento histórico de los hechos, mientras que el perito entró en contacto con los hechos a través de un encargo profesional[1857].

El criterio diferencial entre el testigo-perito y el perito radica «en la forma de ponerse en relación con los hechos enjuiciados, de modo histórico (testigo) o por la circunstancia de ser requerido para valorar un hecho con trascendencia para un eventual proceso

1856 Puede verse el fto. jco. 1º, EDJ 2004/6398. En sentido similar SSAP Sevilla, secc.5ª, de 20 de abril de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/296339); AP Madrid, secc.12ª, de 27 de abril de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/168260); AP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556); AP Burgos, secc.2ª, de 21 de enero de 2003, fto. jco.5º (EDJ 2003/70691).

1857 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 54-55, expone y sistematiza, con claridad conceptual, hasta nueve diferencias entre el testigo y el testigo-perito.

sin previo conocimiento (perito)» (entre otras, SAP A Coruña, de 31 de mayo de 2006[1858], SAP Asturias de 19 de noviembre de 2007[1859], y SAP Tarragona de 10 de diciembre de 2010[1860]).

Se incluirá bajo la dicción legal, por ende, la figura del testigo directo con conocimiento cualificado. Por el contrario, se excluirán:

a) el testigo de referencia, pues no ha presenciado *de visu* los hechos[1861].

b) el dictamen pericial carente de algún requisito legal, pese a que alguna resolución otorga la condición de testigo-perito cuando el dictamen no se ha emitido ni ratificado como prueba pericial (SAP Burgos de 16 de septiembre de 2005[1862]) o adolece del requisito de redactarlo bajo juramento o promesa de veracidad, objetividad e imparcialidad (SAP Almería, de 23 de abril de 2004[1863]) y su autor lo advera en juicio a través de una declaración testifical. No podemos compartir semejante razonamiento pues en ambos casos se trata de informes periciales defectuosos, al margen de las previsiones de los arts. 335 y ss. LEC, y el hecho que se proponga al autor del informe como testigo no permite transmutar la condición de un perito en testigo-perito[1864].

1858 En su fto. jco.2º (EDJ 2006/94811), y para un supuesto de responsabilidad extracontractual por daños sufridos en una finca a consecuencia de unas humedades producidas por la obra realizada por el demandado en su finca, fue inadmitida, por extemporánea, una prueba pericial al demandado rebelde e intentada su posterior inclusión a través de la declaración del testigo-perito, al amparo del art. 370.4 LEC, se inadmite, porque el testigo no reunía tal condición, sino la de perito.

1859 La SAP Asturias, secc. 6ª, de 19 de noviembre de 2007, fto. jco.2º (AC 2008\291) insiste en que el testigo perito es la persona que declara sobre hechos que ha percibido con anterioridad al proceso pero sobre los que además posee conocimientos especializados, mientras que el perito aporta sus conocimientos técnicos para valorar un determinado hecho del que no ha tenido conocimiento previo.

1860 En su fto.jco. 3º (AC 2011\727) incluye un amplio listado de las diferencias entre el testigo-perito y el perito.

1861 Gutiérrez Sanz, Mª R., *Comentario al art. 370.4 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1242, subraya que para la admisión del testigo-perito el requisito único es que se trate de un testigo directo.

1862 Puede verse el fto. jco.3º (EDJ 2005/208261). Supuesto de reclamación de contenido extracontractual al amparo del art. 1902 CC y resultando acreditado que los daños sufridos en el edificio de la comunidad actora se ocasionaron como consecuencia de las obras efectuadas por la promotora demandada en un edificio colindante. Se trataba, en el caso, de «informes periciales» aportados con la contestación a la demanda, pero «no derivados de este proceso, ni emitidos en relación con las partes litigantes, ni con los pronunciamientos específicos sobre las cuestiones derivadas de este proceso» (fto. jco. 2º).

1863 Ver el fto.jco.6º (EDJ 2004/32126).

1864 En sentido distinto, Fernández Seijó, J. Mª, *Comentario al art. 370.4 LEC*, en «El proceso civil», vol. III, ob. cit., p.2651, para quien el cauce del art. 370.4 LEC permite amparar «la declaración de técnicos cuyos dictámenes no tienen la consideración de dictámenes periciales».

c) los dictámenes a instancia de parte, posteriormente objeto de ratificación, puesto que el testigo ya conoce de unos hechos, mientras que el perito habrá de conocer de unos hechos para redactar un dictamen[1865].

d) los informes de los profesionales de la investigación privada (arts. 265.1.5º y 380.2 LEC), pues no obstante la remisión del art. 380.2 LEC al art. 370.4 LEC, el testigo declara sobre unos hechos, mientras que el profesional de la investigación privada presenta un informe[1866].

e) el práctico en el terreno (art. 353.2 LEC), que puede efectuar sus manifestaciones en el acto del reconocimiento judicial, más cercano a la figura de un perito-testigo, puesto que es llamado al procedimiento precisamente en virtud de su saber técnico, y declara y hace observaciones al juez, bajo juramento de decir verdad (art. 354.3 LEC), pero no propiamente a través de un interrogatorio.

Siendo un testigo cualificado, el legislador no prevé un régimen jurídico específico, salvo una innecesaria y perturbadora remisión a los motivos de tacha del perito (art. 370.4, II LEC). Innecesaria por ser prácticamente idénticos los motivos de tacha del testigo y del perito. Y perturbadora, puesto que genera la duda de si debe aplicarse el procedimiento de tachas del perito o del testigo[1867], por lo que tal vez lo más acertado fuera su supresión[1868].

La proposición, práctica y valoración del testigo-perito se sujeta al régimen general del testigo, con matizaciones, pues pese a su condición de técnico declara como testigo (SAP Madrid de 27 de abril de 2005)[1869]. No se exige una proposición formal de prueba mixta, a modo de testifical y pericial conjunta (SAP Las Palmas de 22 de enero de 2004)[1870]. La parte proponente

1865 De modo distinto la SAP Madrid, secc.12ª, de 29 de junio de 2005, fto.jco.3º (EDJ 2005/193559) engloba los dictámenes técnicos a instancia de parte bajo la denominación de testigos-peritos. La distinción entre el testigo y perito en función que uno conoce de unos hechos y otro es llamado a conocer de los hechos puede verse en Carnelutti, F., *La prueba civil*, ob. cit., pp. 126-127 y 145-146, quien precisa que «el testigo está (ya) *en relación con el hecho sin encargo del juez,* en tanto que el perito *se pone en relación con el hecho por el encargo del juez*».

1866 En sentido distinto, Díaz Fuentes, A., *La prueba …*, ob. cit., p.331, para quien «en la consideración de testigo-perito entran los profesionales de la investigación privada que acuden a ratificar sus informes, mencionadas en el art. 265.1.5º LEC».

1867 Así, Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 370 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», t. II, ob. cit., p.1717.

1868 Expresamente solicita su eliminación Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, ob. cit., p.372.

1869 La SAP Madrid, secc.12ª, de 27 de abril de 2005, fto.jco.5º (EDJ 2005/168260) recuerda que «la actual LEC permite igualmente la intervención de testigos que por su ciencia u oficio puedan declarar como técnicos pese a su condición de testigos, es decir, lo que la LEC 2000 denomina testigos-peritos (artículo 370.4 LEC)».

1870 Ver el fto. jco. 1º (EDJ 2004/6398). Por su parte, de la Oliva, A., (*Comentario al art. 370.4 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.627) coincide en afirmar que el art.

deberá expresar que se trata de un testigo-perito, no simplemente de un testigo o de un perito, y en tal condición (la de testigo-perito) debe ser citado al acto del juicio. Ni el testigo-perito puede ser citado como perito, ni el perito que ha elaborado y aportado un dictamen a instancia de parte, puede ser citado como testigo-perito (SAP Madrid de 12 de abril de 2005[1871]).

Con ello se conseguirá que la práctica del interrogatorio se adecue a su condición (la de un testigo cualificado) y se podrá evitar, o cuando menos prevenir, la introducción de una pericial fraudulenta, esto es, un dictamen pericial extemporáneo, que se aporta no en forma de informe, sino de declaración de quien posee conocimientos técnicos (SAP Murcia de 11 de octubre de 2006)[1872]. Las preguntas al testigo-perito deben observar los requisitos generales de las preguntas al testigo (art. 368.1 LEC). Se formularán oralmente, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones o calificaciones, y en sus respuestas el testigo-perito podrá expresar la razón de su ciencia y agregar sus conocimientos técnicos (arts. 370. 3 y 4 LEC) (SAP Burgos, de 21 de enero de 2003)[1873].

En la práctica de la prueba, se permite al testigo-perito agregar sus conocimientos técnicos, pero solo en cuanto a los hechos percibidos, pues su declaración se presta en el curso de un interrogatorio, y no a través de un dictamen o mediante la posterior ratificación al mismo. Y, al igual que el simple testigo, tiene derecho a una indemnización por su declaración (art. 375 LEC) y no al abono de unos honorarios.

Para su valoración, es de aplicación la norma general de la sana crítica, pero atendiendo, de modo particular, a «la razón de la ciencia que hubiera dado» (art. 376 LEC), dado que posee un saber técnico cualificado sobre el objeto de la declaración. Y tales conocimientos técnicos adornan la declaración sobre hechos de los que tenía conocimiento, no sobre un informe previamente elaborado por él o por otro perito (SAP Santa Cruz Tenerife, de 3 de octubre de 2005)[1874].

4.3.6. El interrogatorio de las personas jurídicas.

Bajo la rúbrica de «respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas» (art. 381 LEC) se regula, en realidad, una singular prueba de informes. Antes de

370.4 LEC no exige una proposición mixta (de testifical y de pericial), pero matiza su afirmación al añadir «aunque tampoco [lo] impide». Si bien es cierto que no se impide la proposición mixta, ello genera confusión en orden a la práctica del medio de prueba.

1871 SAP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556).

1872 En su fto. jco. 3º (EDJ 2006/342871) razona que la figura del médico-forense no reúne la condición de testigo-perito, dado que sus conocimientos son esencialmente científicos, por lo que su llamada para ratificar un previo informe no puede encauzarse por el trámite del art. 370.4 LEC, sino por la de una prueba pericial. En sentido similar la ya citada SAP A Coruña, secc.4ª, de 31 de mayo de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/94811) y la SAP Sevilla, secc.6ª, de 29 de noviembre de 2004, fto.jco.3º (EDJ 2004/251971).

1873 En su fto. jco. 5 (EDJ 2003/70691) recuerda los requisitos de las preguntas al testigo-perito, y los que éste debe observar en sus respuestas.

1874 SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.4ª, de 3 de octubre de 2005, fto.jco.3º (EDJ 2005/195929).

analizar su naturaleza jurídica, sus requisitos y el procedimiento probatorio puede resultar útil aproximarse a esta prueba, con un ejemplo extraído de la doctrina.

El profesor Montero Aroca propone el siguiente ejemplo, que recogemos literalmente: «Si en un proceso es necesario determinar la calificación de un solar respecto de los distintos planes de ordenación urbana que se han sucedido en el tiempo, puede acudirse a la prueba documental consistente en que el ayuntamiento correspondiente aporte certificación de los varios planes, aunque sean parciales. Esto puede representar un número grandísimo de folios en los autos, costosos de certificación y difíciles de manejar. Ante esta situación puede ser más simple acudir a que el personal del ayuntamiento realice un informe en el que especifique la existencia de los varios planes y, respecto de cada uno de ellos, detalle la situación del solar en cuestión. Varios miles de folios pueden ser sustituidos por dos o tres»[1875].

Esta prueba, como apunta el mismo Montero Aroca, presupone existencia de un archivo y de una selección de los documentos obrantes en el mismo sobre los cuales se elabora una respuesta. No se pide una certificación en sentido estricto, sino una labor de selección y coordinación. Se busca el conocimiento que la persona jurídica privada o la entidad pública puede proporcionar, si acaso consultando sus archivos y documentación[1876].

De naturaleza jurídica muy discutida, ya con anterioridad a su regulación en el art. 381 LEC, para unos tiene el carácter de declaración testifical, pese a evacuarse por escrito[1877]. Para otros presenta «más semejanza con la prueba documental, o incluso, con la pericial»[1878]. Unos terceros ven la «llamada tradicionalmente prueba de informes»[1879] y que «entronca con la posibilidad que la legislación administrativa reconoce a los entes públicos de informar en vez de someterse a la confesión»[1880]. No faltan tampoco quienes destacan su «naturaleza mixta, dado que tiene características de la prueba documental y de la prueba testifical»[1881].

1875 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.394. En la jurisprudencia se ha aplicado el art. 381 LEC en un supuesto en el que se solicita de la Federación Profesional del Taxi de Madrid una certificación para acreditar el lucro cesante por doce días de paralización de un vehículo-taxi paralizado (SAP Madrid, secc. 11ª, de 6 de noviembre de 2006, ftos. jcos. 1º y 3º, EDJ 2006/385850).

1876 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.394.

1877 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 394 y Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.333.

1878 Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 381 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1754.

1879 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 381 LEC,* en «Proceso Civil Práctico», t. IV, p.967; y Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 381 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.2022.

1880 Fernández Seijó, J. Mª., *Comentario al art. 381 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2699.

1881 Moreno García, J.A., *Comentario al art. 381 LEC,* en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», t. II, ob. cit., p.1224.

Se trata de una prueba de informes singularizada; en la medida que se prevé la redacción de un informe por una persona jurídica o entidad pública, sujeto *ex lege* a un eventual y posterior trámite de aclaraciones o de contradicción. Trámite de aclaraciones tanto más singular cuanto no se circunscribe al autor del informe, permitiéndose incluso que sea una persona desvinculada de la persona jurídica o entidad pública informante.

Se ubica erróneamente en sede prueba testifical, pues el objeto principal de la prueba es la elaboración de un informe a cargo de una persona jurídica o entidad pública y las aclaraciones al mismo son secundarias. Presenta multitud de diferencias conceptuales con la prueba testifical, de las cuales es consciente el legislador al establecer, a modo de disculpa, que «a las declaraciones reguladas en los apartados anteriores se aplicarán, *en la medida de lo posible*, las demás normas de la presente sección (art. 381.5 LEC)[1882].

Pese a su ubicación sistemática, resulta muy difícil calificar esta prueba como testifical, tanto en atención al sujeto informante cuanto al modo de acceder al proceso su declaración. El sujeto informante (fuente de conocimiento) no radica en una persona física determinada e identificable *a priori* por la parte proponente de la prueba, sino en una persona jurídica o entidad pública, la cual, a su vez, decidirá el autor del informe. La declaración (medio de prueba), y a diferencia de lo que sucede en el interrogatorio, no accede al proceso a través de un testimonio oral, sino a través de un informe escrito.

Ya en el Anteproyecto de LEC se advertía que «se sustituye la fórmula tradicional de citación como testigo al legal representante de la entidad que se trata, por el requerimiento de informe por escrito cuando resulte posible individualizar en personas determinadas el conocimiento de lo que al proceso interese»[1883].

También existen diferencias con la prueba documental, pues la prueba de informes se aparta de la aportación de documentos. No se trata de recabar de las entidades públicas certificaciones o copias de documentos públicos que custodien, con alcance probatorio[1884].

De la regulación legal se deduce que la prueba de informes versa sobre los siguientes hechos:

a) hechos relevantes en el proceso (art. 381.2 LEC). Se trata, en realidad, de un requisito superfluo, pues toda prueba versa sobre hechos controvertidos que, en cuanto controvertidos, son relevantes, siquiera tal vez sea una indicación al juzgador para extremar el juicio de pertinencia.

1882 La cursiva es nuestra para destacar que el legislador fue consciente de la dificultad de sujetar la prueba del art. 381 LEC al régimen del interrogatorio de testigos.

1883 Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el día 11 de mayo de 1998, a propuesta de la Comisión de Estudios e Informes, en *La reforma del proceso civil*, Madrid, 1998, pp. 180-181.

1884 En este sentido, Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.333.

b) hechos propios de la actividad de una persona jurídica o entidad (art. 381.2 LEC). La persona jurídica o entidad pública informa sobre hechos de la actividad que desarrolla habitualmente.

c) hechos no susceptibles de individualización en una persona física (art. 381.3 LEC). Es el requisito que lo aleja más decididamente de la prueba de testigos, en cuanto que el sujeto informante es fungible, pues no se trata «de un sujeto que tiene noticia de los hechos controvertidos» (art. 360 LEC) por haberlos presenciado u oído, sino que se trata de un sujeto, designado por la propia entidad informante, y que tiene conocimiento de la información interesada, por razón del cargo o función que desempeña en la persona jurídica.

d) hechos no susceptibles de ser aportados mediante certificaciones y a través de una documental (381.4 LEC). Se trata de una prueba subsidiaria, pues si la información puede aportarse a través de una certificación, no se podrá admitir esta prueba que, como hemos apuntado, requiere labor de selección y coordinación de información obrante en archivos o expedientes.

Consciente de su novedad, y a diferencia de lo que sucede con otras instituciones también reguladas por vez primera (testigo-perito), el legislador ha regulado detalladamente el procedimiento probatorio. En orden a la proposición, la parte informante, en la audiencia previa o la vista, deberá indicar la persona jurídica que debe emitir el informe y los extremos del mismo, y dar traslado a las demás partes para efectuar alegaciones sobre la pertinencia de la prueba o la ampliación a otros extremos (art. 381.2 LEC).

En orden a la admisión, el juez deberá acotar los extremos sobre los que se interesa el informe y el plazo en que habrá de rendirse, pues el legislador prevé su aportación «en los diez días anteriores al juicio o a la vista» (art. 381.1 LEC).

Y, en orden a su práctica, y una vez aportado el informe a las actuaciones se prevé un trámite eventual y singular de contradicción. Eventual, porque podrá solicitarse la contradicción en función del tenor de las respuestas, o de la negativa u omisión de éstas (art. 381.3 LEC). Y singular, porque se prevé la citación al juicio o la vista no del firmante del informe «sino la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar, si fuera oscura, la declaración de la persona jurídica o entidad» (art. 381.3 LEC).

5. Proposición, admisión y citación

5.1. Momento y forma de la proposición

El interrogatorio de testigos, al igual que los restantes medios de prueba, se propone, como regla general, en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 429.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC), en aras a preservar el principio de concentración en

la práctica de la prueba (art. 290 LEC), anunciado ya en la Exposición de Motivos como «novedad capital» en contraposición «a la dispersión de la práctica de la prueba» vigente la LEC de 1881[1885].

Ello no obstante, y como excepciones a la regla general, será admisible la proposición de prueba como anticipada (art. 293 LEC), como diligencia final (art. 435 LEC) y en la segunda instancia (art. 460. LEC). También es posible la proposición en la audiencia previa o la vista del verbal, pero sobre presupuestos distintos, y al amparo de una indicación de insuficiencia probatoria (art. 429.1, II y III LEC).

Como prueba anticipada, y a diferencia de la legislación derogada (arts. 502 y 545 LEC\1881) cabe proponer cualquier medio de prueba y, por supuesto, también el interrogatorio de testigos. Será presupuesto la exigencia de un temor fundado que la prueba no pueda practicarse en su tiempo ordinario (ej. edad avanzada de un testigo con delicada salud, testigo en el extranjero o con una intervención quirúrgica programada) y puede practicarse antes de iniciarse el proceso (art. 295.1 LEC) o una vez ya iniciado éste (art. 295.2 LEC).

Como supuesto de indicación de insuficiencia probatoria (art. 429.1, II y III LEC), y una vez propuestas las pruebas por las partes en la audiencia previa, el juez puede indicar que un determinado hecho podría quedar huérfano de sustrato probatorio y puede igualmente efectuar una «sugerencia» de oír a un determinado testigo (párrafo segundo del art. 429.1 LEC)[1886]. A la vista de esta sugerencia las partes –cualesquiera de ellas– pueden completar o modificar su proposición inicial, y proponer el interrogatorio de un testigo (párrafo tercero del art. 429.1). Será necesario, para evitar una actividad investigadora del juez, que la identidad de ese testigo pueda deducirse de las actuaciones[1887]. Esta interpretación puede deducirse a partir de la dicción legal que constriñe la sugerencia probatoria del juez a la exigencia que se efectúe «ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos» (art. 429.1, II LEC).

Como diligencia final (art. 435 LEC), y al igual que sucede con el interrogatorio de las partes, la proposición del interrogatorio de testigos tendrá un carácter excepcional[1888], prácticamente reducido a los supuestos de prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3ª LEC) o supuestos en que no se pudo practicar la prueba admitida por causas imputables a la parte proponente (art. 435.1.2ª LEC), como sucedería, a título de ejemplo,

1885 Exposición de Motivos LEC, apartado XI, párrafo 4º.

1886 La misma indicación de insuficiencia probatoria es posible en el juicio verbal por remisión del art. 443.4, II LEC al art. 429.1 LEC.

1887 Sobre la proposición de una testifical al amparo del art. 429.1, II y III LEC puede verse más extensamente mi trabajo *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 140-144.

1888 Sobre el carácter excepcional de las diligencias finales de oficio me remito a mis trabajos, *Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC*, en Diario La Ley, núm. 5884, de 3 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss; y más ampliamente y en cuanto a las diligencias finales, sean a instancia de parte o de oficio, en *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 256 a 268 y 298 a 308.

en un supuesto de indisposición del testigo durante el acto del juicio o de una testifical practicada por exhorto, no devuelto en el plazo señalado, por extravío.

El mismo carácter excepcional tendrá la proposición del interrogatorio de testigos en la segunda instancia (art. 460.2 LEC), pues no solamente se exige que contra la denegación de la prueba en la instancia se hubiera formulado reposición o protesta (art. 460.2.2ª LEC), sino que, además, será necesario que no se hubiera podido practicar ni siquiera como diligencia final (art. 460.2.3º LEC), y que la falta de práctica en la instancia no fuera imputable a la parte proponente (SAP Pontevedra de 10 de enero de 2000)[1889].

En cuanto a la forma, la proposición será, como regla general, oral, con indicación del orden en que deben declaran los testigos (art. 366.1 LEC), cuando se proponga más de uno de ellos, y con indicación de sus circunstancias identificativas (art. 362 LEC).

El art. 362 LEC, en términos muy similares al art. 520 del Proyecto de 1974, exige una designación completa, con expresión, en cuanto sea posible, del «nombre, apellidos, profesión, domicilio o residencia[1890]» del testigo (art. 362.1 LEC) y permite una designación por referencia al «cargo que ostentare o cualesquiera otra circunstancias identificativas» (art. 362.2 LEC) (ej. el titular de la parada nº 10 del mercado de….).

La omisión de cualesquiera datos identificativos podrá subsanarse dentro de los cinco días siguientes a su proposición (art. 284, II LEC), sin ser posible acudir a las diligencias de averiguación del domicilio, previstas para la citación de las partes a efectos de su personación (art. 156 LEC), ni el recurso a la policía[1891].

Dado que la proposición del testigo se efectúa con su designación, el legislador persigue la identificación completa del testigo, con la doble finalidad de facilitar su citación y una eventual tacha (SAP Madrid, 19 de noviembre de 2004[1892]), pues, como es sabido, son motivos de tacha las circunstancias de parentesco con las partes, sus defensores o procuradores (art. 377.1.1º LEC).

1889 En su fto. jco. 1º (AC 2000\2661), y aun con referencia a la LEC de 1881, analiza un supuesto en que considera improcedente la admisión en la segunda instancia, cuando la falta de práctica en la instancia lo fue por causa imputable a la parte proponente al haber aportado un domicilio del testigo incorrecto. Por otra parte, la STS, Sala 1ª, de 12 de abril de 1994, fto. jco. único (RJ 1994\2793) también con referencia a la LEC de 1881, estimó que admitida una prueba testifical en la instancia y no practicada por causas no imputables a la parte proponente, debió practicarse en apelación.

1890 Como apunta Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, ob. cit., p.391, la referencia al domicilio o residencia puede comprender también el lugar de trabajo no ocasional. Ello, añadimos nosotros, concuerda con lo previsto en el art. 155.3 LEC que permite la citación de las partes no personadas o no representadas por procurador también dicho lugar.

1891 En el mismo sentido Moreno García, J.A., *Comentario al art. 362 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», t. II, Suárez Robledano, J.M. (coord.), Dijusa, Madrid, 1ª ed., sept. 2003, p.1175.

1892 En su fto. jco.4 (EDJ 2004/205164) confirma la denegación de un testigo en la instancia, que se había designado hasta de tres maneras distintas.

En el momento de efectuar la proposición no es necesario indicar la materia sobre la que versará el interrogatorio, a salvo en el interrogatorio de las personas jurídicas o entidades públicas (art. 381.2 LEC), pero si puede ser conveniente, a los efectos de facilitar el juicio de admisión, indicar la relación entre el testigo propuesto y el *thema probandi*[1893], tal y como ya se proponía en una enmienda en el Senado[1894]. De otro modo, y si la parte proponente se limita a designar al testigo con su nombre y apellidos, sin referencia a su relación con los hechos controvertidos, se está solicitando del juez un juicio de adivinación sobre la pertinencia del testigo propuesto.

La proposición será, como regla general, oral. Ello no obstante, en los supuestos del interrogatorio por vía de auxilio judicial, las partes disponen del plazo de los tres días siguientes a la admisión para presentar una lista de preguntas (art. 429.5, II LEC), a salvo que decidan comparecer ante el juez exhortado para formular oralmente sus preguntas (art. 364.1, II LEC). También es posible la presentación de una lista de preguntas en la declaración domiciliaria en la que el juez no considera oportuna la presencia de las partes (art. 364.2 LEC).

En el supuesto de proposición de un testigo-perito es preciso que, al efectuar la proposición, conste tal circunstancia, a los efectos de adecuar su práctica al régimen del interrogatorio de testigos, y no al de peritos, así como para evitar la indefensión de la parte adversa[1895]. Y en los supuestos de proposición de un número muy numeroso de testigos, puede ser conveniente apostillar la prueba.

En cuanto a la iniciativa probatoria, y en un proceso regido por el principio de aportación de parte, corresponderá a las partes la proposición del testigo, pudiendo acordarse de oficio, además de en los procesos no dispositivos (art. 752.1, II LEC), en otros dos supuestos. Primero, la declaración del autor de informes escritos sobre hechos que no hubieran sido reconocidos como ciertos por las personas a quienes pudiera perjudicar (art. 380.1 LEC). Y, segundo, la declaración personas físicas que pudieran aclarar el informe solicitado a las personas jurídicas y entidades públicas (art. 381 LEC)[1896].

1893 No es una cuestión pacífica. Algunos autores, como Montero Aroca, J., *La prueba civil*, ob. cit., p.3882, estiman que se trata de un requisito de muy difícil exigencia. Otros, como Garberí Llobregat, J., y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ob. cit., p.477, apuntan que permite «motivar su pertinencia» o como de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 361 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.619, para quien se trata de «un elemento esencial» para que el juicio de pertinencia verse sobre hechos discutidos.

1894 Enmienda en el Senado (nº 1551) del Grupo Federal IU que proponía añadir al final del primer párrafo del art. 362 para que constase la exigencia de la materia sobre la que se quiere interrogar al testigo (Boletín Oficial Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 147-9, de 26 de marzo de 1999, p.618).

1895 Puede verse el epígrafe 4.3.5.

1896 Así se pronuncia Rifa Soler, J. Mª, *Comentario al art. 362 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1682.

5.2. El juicio de pertinencia

La admisión del interrogatorio de testigos, al igual que los restantes medios de pruebas, se sujeta al triple parámetro de la pertinencia, utilidad y legalidad (art. 281.3 LEC). Es harto infrecuente que se proponga un interrogatorio de testigos ilegal. Puede ser inútil, cuando la declaración del testigo sea innecesaria y redundante, aunque *a priori* tal juicio siempre es difícil. El principal parámetro será el de la pertinencia, entendida como relación entre el testigo propuesto y el *thema decidendi*, a cuyo efecto, y como se ha dicho, puede ser conveniente que la parte proponente indique la relación del testigo con los hechos controvertidos.

Expresamente se excluye la prueba testifical para acreditar la tacha de peritos y testigos (arts. 343.2, II y 379.1 LEC), exclusión inexistente en la LEC de 1881, y censurable, pues el interrogatorio de testigos suele ser, en no pocas ocasiones, el medio de prueba más idóneo para acreditar un motivo de tacha (ej. amistad o enemistad manifiesta).

La admisión puede revestir particularidades, sea en razón del sujeto (menor catorce años), del lugar (interrogatorio domiciliario) o del modo (interrogatorio por auxilio judicial). En los supuestos del interrogatorio del menor de catorce de años el juez tendrá que ponderar la suficiencia de juicio «para conocer y declarar verazmente» (art. 361, II LEC), a cuyo efecto en la práctica forense se acostumbra a efectuar un previo interrogatorio por parte del juez.

En los supuestos de interrogatorio domiciliario y por vía de auxilio judicial (art. 364 LEC) el juicio de pertinencia tendrá que ponderar la concurrencia de un motivo de enfermedad de carácter permanente o de algunas de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del apartado 4 del art. 169 LEC (razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo u otras razones análogas).

Un supuesto particular es el relativo a si cabe limitar la admisión del número de testigos propuestos. El art. 363 LEC, erróneamente rubricado «limitación del número del testigo», cuando en realidad debería ser «dispensa de la declaración del testigo admitido», no constriñe el número de testigos a proponer, sino efectúa una imputación en los gastos de manera que la declaración de más de tres testigos por cada hecho discutido deberá ser abonada por la parte proponente.

Desde el punto de vista teórico la limitación del número de testigos no opera en el momento del juicio de admisión, sino durante la práctica de la prueba, y una vez el juez se considera ilustrado sobre un hecho controvertido[1897]. Desde un punto de vista de praxis forense, y para evitar el uso indebido de la normativa del art. 363 LEC, limitando anticipadamente la proposición de testigos, merece recogerse la sugerencia de Muñoz Sabaté, en

1897 Devis Echandia, H., *Teoría general de la prueba*, t. II, ob. cit. p.235, se muestra partidario de que la limitación del número de testigo dependa del criterio del juez y contrario a fijar *a priori* un número máximo de testigos que pueden ser oídos.

el sentido que en caso «de gran número de testigos con una patente diversidad de *themas probandi* pueda el tribunal dirigirse previamente a la parte para que indique si las preguntas que se van a dirigir a los testigos son todas las mismas o serán diferentes, distinguiendo en este último caso a quienes depondrán sobre una misma cuestión»[1898].

5.3. La citación

Una vez propuesto y admitido el interrogatorio de testigos, las partes tienen la carga de indicar qué testigos deben ser citados por el tribunal y que testigos se comprometen a presentar en el acto del juicio (art. 429.5 LEC), acordándose la citación en la propia audiencia previa.

De modo muy distinto, y en el juicio verbal, en los tres días siguientes a la citación al juicio, deben indicar que testigos deben ser citados judicialmente (art. 440.1, III LEC), lo cual supone que, para facilitar la concentración de la práctica de la prueba, los testigos son citados con anterioridad a su admisión. La citación judicial del testigo, por ende, debe entenderse supeditada al juicio de admisión, pudiendo inadmitirse en la vista al testigo citado judicialmente, si falta el requisito de la pertinencia o utilidad[1899].

La citación, además de contener las menciones comunes – de lugar, fecha y hora para comparecer (art. 149.3 º LEC)–, deberá contener otras específicas del testigo: la calidad con que se cita; el deber de comunicar al tribunal cualquier cambio de domicilio durante la sustanciación del juicio (art. 159.3 LEC); las sanciones para el caso de incomparecencia injustificada (art. 292 LEC); y la información sobre el derecho a una indemnización por los gastos y perjuicios de la comparecencia para declarar (art. 375 LEC).

La inasistencia injustificada del testigo citado judicialmente se sanciona con multa (art.292.1 LEC). Se ha suprimido, cuando menos de la literalidad de la ley, la posibilidad de ser conducido por la fuerza pública, que se contemplaba para el «testigo inobediente sin justa causa» después de su segunda citación (art. 643, II LEC 1881)[1900].

Adviértase que, aun cuando no se desprenda del tenor literal del art. 292.1 LEC, la inasistencia tendrá que ser injustificada, por cuanto se admite la suspensión de la vista o del

1898 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil*…, ob. cit., p.360.

1899 Garberí Llobregat, J y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil,* ob. cit., pp. 478-479 subrayan la defectuosa técnica legislativa que, para preservar la concentración y evitar suspensiones, puede comportar que testigos comparecidos la vista, sea por citación judicial, sea a iniciativa de la parte proponente, puedan quedarse sin declarar si la prueba propuesta no es admitida.

1900 Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., p.560, apunta que si «el juez estima que podrá ser ineficaz cualquier otro apremio para obligarle a comparecer», deberá acceder a la petición de conducción por la fuerza pública efectuada por la parte proponente del testigo.

juicio por causa justificada (art. 183.4 LEC). Y que dicha sanción se reserva para el testigo citado judicialmente, pero no para aquel que la parte se ha comprometido a presentar.

6. Práctica

6.1. Lugar

El interrogatorio de testigos, al igual que el interrogatorio de las partes y la ratificación de peritos, se practica ante el juez que está conociendo del asunto (arts. 129.1 y 169.4 LEC), ante cuya sede deben comparecer los testigos, cualesquiera que sea su lugar de residencia habitual.

Constituyen excepciones a esta regla general el impropiamente llamado interrogatorio domiciliario (art. 364 LEC)[1901], el interrogatorio por vía de auxilio judicial (art. 364 LEC), el interrogatorio de las personas jurídicas y entidades públicas (art. 381 LEC) y el interrogatorio de testigos practicado conjuntamente con el reconocimiento judicial (art. 357.1 LEC). En estos cuatro supuestos quiebra el principio de concentración y, además, en el interrogatorio por vía de auxilio judicial quiebra el principio de inmediación.

Con precedentes en el art. 655 LEC\1881, y sin previsión en el Borrador de la LEC y en el ALEC, en el «interrogatorio domiciliario» (art. 364 LEC) procede distinguir dos supuestos, que aparecen mezclados y confundidos en un solo artículo[1902]. Primero, el interrogatorio del testigo en su domicilio, ora radique éste en la propia circunscripción judicial y sea practicado por el juez que conoce del asunto, ora radique fuera de la circunscripción judicial y sea practicado por vía de auxilio judicial. Y segundo, el interrogatorio del testigo residente fuera de la circunscripción del órgano judicial que conoce del asunto, y practicado por vía de auxilio judicial[1903].

La declaración del testigo en su domicilio (primer supuesto) está sujeta a la existencia de una enfermedad que le impida desplazarse a la sede del órgano judicial. Aun cuando

1901 La rúbrica del art. 364 LEC es errónea puesto que comprende no solamente el supuesto del interrogatorio domiciliario, sino también el interrogatorio por vía de auxilio judicial, que se practica no en el domicilio de la parte interrogada, sino en la sede del órgano judicial requerido de auxilio. Además, el art. 364 LEC olvida posibilidad que el tribunal pueda desplazarse a otro partido judicial para práctica de prueba (arts. 129 LEC y 275 LOPJ), especialmente cuando se trata de partidos judiciales limítrofes como sucede en las áreas metropolitanas, opción que permite preservar el principio de inmediación.

1902 Con mayor precisión y en sede del interrogatorio de las partes, se distingue entre el interrogatorio de las partes domiciliario (art. 311 LEC) y el interrogatorio por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC).

1903 Ambos supuestos aparecen claramente diferenciados por Jiménez Conde, F., *El interrogatorio de testigos,* ob. cit., pp. 233 y 234.

de la literalidad del art. 364.1 LEC pueda desprenderse que el interrogatorio domiciliario tiene un doble presupuesto, esto es, la «enfermedad» u «otros de los motivos referidos en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 169» (distancia, dificultad desplazamiento, circunstancias personales del testigo u otras razones análogas), lo cierto es que, en concordancia con lo prevenido para el interrogatorio de las partes (art. 313 LEC), debe reservarse el interrogatorio domiciliario para los supuestos de enfermedad.

La declaración domiciliaria[1904], así configurada, admite varias modalidades en orden a su práctica:

Primera. Con presencia del juez que conoce del asunto y de las partes y abogados, en cuyo caso éstos podrán formular oralmente sus preguntas, al modo del interrogatorio que tiene lugar en la propia sede judicial, con la salvedad de que no aparece aconsejable que la declaración aparezca recogida en soporte apto para la reproducción de la imagen y sonido (art. 147 LEC)[1905], pudiendo recogerse en un acta escrita.

Segunda. Con presencia del juez que conoce del asunto, pero sin presencia de las partes y sus abogados, por estimarlo así más prudente el juez (art. 364.1, II LEC), en cuyo caso ambas partes, –la proponente y la interrogada, pues la ley no distingue– podrán presentar una lista de preguntas, con posibilidad de formular preguntas aclaratorias o complementarias a la vista de las respuestas iniciales (art. 364.2 LEC).

Y tercera. Con presencia de juez distinto del que conoce el asunto, y por vía de auxilio judicial, lo cual plantea no pocas dudas, ante la falta de regulación legal de esta hipótesis, y que serán expuestas al analizar el supuesto siguiente.

La declaración del testigo residente fuera de la circunscripción judicial y por vía de exhorto en la sede del órgano judicial exhortado (segundo supuesto) tiene como presupuesto los motivos del párrafo segundo del apartado 4 del art. 169 LEC (distancia, dificultad desplazamiento, circunstancias personales del testigo u otras razones análogas). Ante la ausencia de regulación legal, pues en realidad el art. 364 LEC regula la práctica del interrogatorio en el propio domicilio de la parte interrogada, parece razonable acudir a la analogía con lo dispuesto para el interrogatorio de las partes (art. 313 LEC) y sentar como criterio de distinción el que las partes y sus abogados deseen comparecer ante el órgano exhortado o no. Ello permite distinguir dos modalidades:

Primera. Declaración en la sede del órgano exhortado y con presencia de las partes y los abogados. En tal supuesto, y en aras a primar el principio de oralidad, que es la apuesta

1904 Aun cuando de la literalidad del art. 364 LEC se refiere al domicilio – a diferencia el art. 311 LEC que alude al «domicilio» o residencia» de la parte interrogada– entendemos que dicha expresión no debe entenderse en sentido estricto (art. 40 CC), sino en sentido amplio al modo de residencia en la que una persona permanezca con carácter más o menos estable (ej. establecimiento geriátrico u hospital).

1905 O, cuando menos, en soporte apto para la grabación de la imagen, pues se podría grabar tan solo las preguntas y respuestas (el sonido).

del legislador, entiendo que los abogados podrían formular sus preguntas oralmente y sería el juez exhortado quien debería declarar su pertinencia, aun sin desconocer la dificultad que genera el juicio de pertinencia de unas preguntas de un juicio cuya controversia se desconoce.

Segunda. Declaración en la sede del órgano exhortado y sin presencia de las partes y los abogados. En tal supuesto, ambos letrados –parte proponente y parte interrogada– deberán presentar una lista de preguntas, cuya pertinencia será declarada por el juez que conoce del asunto y remitida al juez exhortado para su práctica.

El novedoso interrogatorio a cargo de personas jurídicas y entidades públicas, aun cuando no se menciona expresamente, tendrá lugar en la sede de dichas personas jurídicas, pues se le remitirán «los extremos» sobre los que debe versar «la declaración o el informe escrito» (art. 381.2 LEC). Media la solicitud de parte y requerimiento del tribunal en la proposición[1906] y preparación de las respuestas por escrito en la sede de la persona jurídica o entidad pública requerida.

Solo en el caso de negativa o falta de respuestas a las preguntas escritas, el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la declaración de las personas responsables de la persona jurídica o entidad pública para que aclaren o completen los hechos en la sede judicial (art. 381.3 LEC).

También se practicará fuera de la sede del órgano judicial cuando se acuerde la práctica conjunta con el reconocimiento judicial (art. 357.1 LEC), y éste se practique fuera de la sede de juzgado, en cuyo caso el juez se desplazará al lugar del reconocimiento y allí, y a continuación del reconocimiento, tendrá lugar el interrogatorio del testigo.

6.2. Contenido

El legislador ha sujetado las preguntas (art. 368 LEC) y las respuestas (art. 370 LEC) a una serie de requisitos, de modo muy similar a los requisitos de las preguntas (art. 302 LEC) y las respuestas (art. 303 LEC) en el interrogatorio de partes.

Con carácter previo nos debemos referir a las llamadas «preguntas generales al testigo» (art. 367 LEC), también conocidas como «preguntas generales de la ley», al ser recogidas por el legislador, actualizando el tenor del derogado art. 648 LEC\1881, para que se formulen con carácter imperativo directamente por el juez a cada uno de los testigos que van a prestar declaración.

Dichas preguntas, formuladas tras el juramento o promesa de decir verdad (art. 365 LEC) y antes de conceder la palabra al letrado proponente del interrogatorio, pueden sistematizarse, siguiendo a DE PAULA, en preguntas destinadas a la identificación del testigo (nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio); preguntas destinadas a la verificación de la ido-

1906 La SAP Castellón, secc.1ª, de 8 de abril de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/107863) recuerda que debe proponerse como testifical, y no como documental, y con observancia de las formalidades prescritas en el art. 381 LEC.

neidad del testigo (relación de parentesco con las partes, abogados o procuradores), y preguntas destinadas a la obtención de elementos valorativos del testigo (relación de dependencia o comunidad de intereses con las partes, procuradores o abogados; interés en el asunto; amistad íntima o enemistad con partes, procuradores o abogados; y condena por falso testimonio)[1907].

A la vista de las respuestas a las preguntas generales de la ley, las partes pueden manifestar al juez circunstancias relativas a la parcialidad del testigo y el juez puede interrogar al testigo sobre las mismas (art. 367.2 LEC). Semejante posibilidad, inexistente en la LEC de 1881 y prevista ya en el art. 529.II del Proyecto de Profesores de 1974, permite superar el carácter formalista –y, a menudo, rutinario– de la formulación de las generales de la ley.Y brinda a las partes la posibilidad de intervenir en este trámite, sustituyendo el derogado «sistema de inhabilidad para testar (art. 1247 CC) por un sistema de denuncia de la imparcialidad» (SAP Málaga 18 de febrero de 2004 y SAP Lleida de 31 de mayo de 2004)[1908], ahora a instancia de parte.

6.2.1. Las preguntas

Deben formularse oralmente, con la debida claridad y precisión, y prescindiendo de calificaciones y valoraciones (art. 368.1 LEC). A ello hay que añadir que deberán versar sobre hechos controvertidos y relativos al objeto del juicio (art.368.2 LEC) y deberán versar sobre los conocimientos propios de un testigo (art.368.3 LEC). La exigencia del sentido afirmativo de la pregunta, previsto en la redacción originaria de la LEC, ha sido suprimido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

a) Oralidad.

No obstante las previsiones del art. 413.1 ALEC y del art. 364.1 PLEC, que aun permitían la presentación de una lista de preguntas escritas, en el texto definitivo se impuso el interrogatorio oral, en aras a perseguir un «interrogatorio libre» (Exposición de Motivos)[1909].

El tránsito de la escritura de las listas de preguntas y repreguntas (art. 638 y 641, respectivamente, LEC de 1881) a un interrogatorio oral (art. 368 LEC) aporta agilidad y espontaneidad, liberándolo del encorsetamiento que comportaba la formulación de preguntas y repreguntas, y revitalizando su valor probatorio, con indudables ventajas para los abogados y el juez, como ya se reclamaba incluso desde foros judiciales[1910].

1907 DE PAULA, F., *La prueba de testigos*…, ob. cit., pp. 160-161.

1908 SSAP Málaga, secc. 4ª, de 18 de febrero de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/11748) y Lleida, secc.2ª, de 31 de mayo de 2004, fto. jco. único (EDJ 2004/ 215289).

1909 Ver el apartado XI, párrafo 18º.

1910 El Magistrado ONECHA SANTAMARÍA, C., con su artículo *Dirección y desenvolvimiento de la prueba testifical*, en Revista de Derecho Judicial, núm. 50, 1972, pp. 115 y ss. y aun vigente la LEC de 1881, reclamaba un interrogatorio flexible y evolutivo, incompatible con el sistema de preguntas y repreguntas de correlación rigurosa.

A los abogados les permite modular la línea del interrogatorio en función de las respuestas que va ofreciendo el testigo, y variar su línea de interrogatorio, lo cual no permitía la presentación de la lista de preguntas (art. 638 LEC\1881). A los jueces, les permite flexibilizar el juicio de admisión de las preguntas, pudiendo incluso invitar a reformular una pregunta, cuando no se ajuste a las previsiones del art. 368 LEC y pueda ser relevante en términos de la decisión[1911].

Como excepción a la oralidad, se requiere una lista de preguntas escritas en los supuestos siguientes: el interrogatorio domiciliario, si el juez no considera oportuna la presencia de las partes y los abogados (art. 364 LEC); el interrogatorio por auxilio judicial, si las partes y los abogados no desean concurrir ante el juez exhortado (art. 364 LEC); el interrogatorio de las personas jurídicas y entidades públicas (art. 381 LEC); la declaración de un sordomudo por escrito, aun cuando no exista una previsión similar al derogado art. 658 LEC\1881.

b) Claridad y precisión.

El requisito de la claridad y precisión, ya recogido en el art. 638. II LEC 1881, permite excluir las preguntas sugestivas y capciosas. La pregunta sugestiva es aquella que «enunciando por adelantado el contenido de la respuestas, trata de pronunciarse a favor de alguno de los supuestos anticipados». La pregunta capciosa es aquella que «gira en torno a una suposición falsa»[1912].

También se excluirán las que contengan varios hechos, como las que «encierran un doble interrogante» (SAP Asturias de 26 de octubre de 2006[1913]) o que son «tan largas y farragosas, [que] prácticamente se las da por contestadas» (SAP Burgos 4 de diciembre de 2002)[1914].

En un interrogatorio presidido por la oralidad, en el que el letrado va modulando sus preguntas a la vista de las respuestas del testigo, este requisito adquiere particular relevancia y el juez debe velar por su correcta observancia en uso de sus facultades directivas durante la práctica de la prueba. Ante una pregunta confusa, excesivamente larga o que contiene varios interrogantes, el juez puede invitar a reformularla atendiendo al parámetro de la claridad y precisión, que es un requisito de forma de la pregunta. Exigencia de claridad y precisión tanto mayor cuanto menor sea el nivel de instrucción de la parte interrogada.

c) Sin valoraciones ni calificaciones.

El testigo declara sobre hechos anteriores y aporta su percepción de los hechos, sin necesidad que aporte juicios de valor o apreciaciones personales[1915]. Ahí radica una de las

1911 Sobre las ventajas de la oralidad en la proposición y admisión de la prueba me remito a mi estudio *La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en Revista del Poder Judicial, nº 69, Primer Trimestre, 2003, pp. 360-362.

1912 Lois Estevez, citado por de Paula, F, *La prueba de testigos*…, ob. cit., pp. 112-113.

1913 SAP Asturias, secc.1ª, de 26 de octubre de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/352268).

1914 SAP Burgos, secc.3ª, de 4 de diciembre de 2002, fto. jco.4º (EDJ 2002/69626).

1915 En sentido distinto Devis Echandía, H., *Teoría de la prueba judicial*, ob. cit., pp. 29, 30 y 95, para quien los juicios y las deducciones del testigo sobre los hechos son inseparables del hecho percibido.

diferencias entre el testigo, que aporta a las actuaciones un conocimiento común sobre hechos que ha presenciado o le han referido, y el perito, que aporta máximas de experiencia y un conocimiento técnico, con posibilidad de incluir valoraciones y calificaciones, sobre los hechos objeto del encargo profesional[1916].

Únicamente se exceptúa la declaración del testigo-perito (art. 370.4 LEC), quien, al agregar sus conocimientos técnicos a los hechos presenciados, podrá incluir valoraciones y calificaciones propias de su especialidad.

d) Preguntas relativas a hechos y al objeto del juicio.

Al igual que en el interrogatorio de las partes (art. 301 LEC), las preguntas deben ser relativas a hechos (art. 368 LEC), lo que permite excluir las preguntas relativas a cuestiones jurídicas o juicios técnicos –y con la salvedad, ya apuntada, que el deponente sea un testigo/perito–.

Y deben ser relativas al objeto del juicio, exigencia que puede quedar subsumida en el criterio general de admisión de las pruebas pertinentes (art. 281.3 LEC). Ahora bien, también la remisión al objeto del juicio debe interpretarse con relativa flexibilidad, pues la propia técnica del interrogatorio exige, a menudo, que se formulen preguntas que sirvan a modo de precedente de otras siguientes y directamente relacionadas con el *thema probandi*.

e) Preguntas relativas a conocimientos propios de un testigo.

El art. 521 del Proyecto de Profesores de 1974 contenía tres criterios de inadmisión de las preguntas: no conducentes a la averiguación de los hechos; que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo; o que por cualquier otra causa se considerasen impertinentes.

El art. 368.2, II LEC mantiene la exigencia que las preguntas se refieran a conocimientos propios de un testigo, expresión calificada por algún autor de críptica[1917], y que pudiera entenderse en el sentido las preguntas han de versar sobre hechos –no sobre cuestiones jurídicas o juicios técnicos– y sobre hechos que el testigo ha podido percibir por los sentidos.

Si algún sentido puede tener la pervivencia legal de esta exigencia es el de diferenciar nítidamente lo que puede ser objeto de una declaración testifical y lo que puede ser objeto de un dictamen pericial, proscribiendo que al testigo se le formulen preguntas en las que deba aportar un saber técnico o especializado, del que normalmente carecerá.

Aun cuando lejana en el tiempo es clarificadora la STS de 18 de febrero de 1948 que califica como impertinentes las preguntas que versan sobre problemas jurídicos o técnicos propios de un perito y no sobre hechos, al razonar: «la declaración de impertinencia aparece correctamente hecha por el juzgador de instancia, porque el contenido de la pre-

1916 Sobre distinción entre el perito y el testigo puede verse Serra Domínguez, M., *La prueba testifical,* ob. cit., pp. 4 y 5.

1917 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.365.

gunta no se concretaba a la indagación de un hecho sino que exigía de las 'observaciones y estudios hechos por el declarante' la determinación de un acaecimiento futuro deducido de las condiciones actuales de los trabajos denunciados, y tal pregunta, adecuada para someterla a un dictamen técnico, era impropia para formularla a un testigo»[1918].

6.2.2. Las respuestas

Al igual que las preguntas, las respuestas del testigo deben sujetarse a determinados requisitos, en cuanto que, por una parte, «el testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas» (art. 370.2 LEC) y, por otra parte, «en cada una de las respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga» (art. 370.3 LEC).

a) Por la parte interrogada.

Dado que el interrogatorio de testigos es una declaración de ciencia de un tercero, provocada a instancia de cualquiera de las partes, resulta obvio que el testigo responda por sí mismo (art. 370.2 LEC), exigencia ya recogida en el art. 650 LEC\1881, y que pretende evitar que el testigo delegue en un tercero su declaración.

La regulación del interrogatorio de testigos carece de una previsión similar a los artículos 308 ó 309 LEC (ubicados ambos en sede del interrogatorio de las partes) y que permite la introducción de la declaración de un tercero con conocimiento personal sobre los hechos objeto del interrogatorio. Precisamente, la llamada del testigo a declarar es por razón de haber «tenido noticia» (en la dicción del art. 360 LEC) de unos hechos, siendo la infungibilidad una de las características esenciales del testigo[1919].

b) De palabra.

Exigencia también prevista en el art. 650 LEC\1881, tal vez para evitar que al formularse las preguntas y repreguntas por escrito, el testigo solicitara declarar de la misma manera y responder por escrito, y que pierde sentido en un interrogatorio oral.

La LEC carece de una previsión similar al derogado art. 658 LEC\1881 que permitía la declaración escrita de los sordomudos que supieran leer y escribir. En tal caso, el sordomudo debía leer por sí mismo la pregunta y escribir su contestación. Con la vigente LEC, y para preservar la espontaneidad, la declaración del sordomudo podrá practicarse a través del «intérprete de lengua de signos adecuado» (art. 143.2 LEC).

c) Con expresión de la razón de ciencia.

La necesidad de que el testigo exprese la razón de la ciencia, con antecedentes en el art. 659 LEC\1881, se prevé en el modo de efectuar las respuestas (art. 370.3 LEC) y como una

1918 STS 18 de febrero de 1948, citada en Broca-Majada; Corbal-G.Varela, *Práctica Procesal Civil,* vol. III, 22ª ed., enero, 1996, p.1402.

1919 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, ob. cit., p.5.

de las reglas específicas –junto con las tachas y las circunstancias concurrentes en el testigo (art. 376 LEC)– para la valoración de la declaración testifical conforme a las reglas de la sana crítica.

La razón de la ciencia se identifica con la fuente o motivo del conocimiento y «supone una justificación de la declaración, es decir, la expresión del cómo, cuándo, y dónde se percibió lo que se declara» (SAP Santa Cruz de Tenerife 19 junio 2006[1920]). Con referencia al derecho histórico, y como apuntaba Manresa y Navarro, significa que el testigo señale «*si lo sabe por vista; o por haberlo oído, o por creencia* –como dice la Ley 26, Título16, de la Partida 3ª–«[1921].

Y, aun cuando la literalidad del precepto, se refiera «a cada una de las respuestas» (art. 370.3 LEC), y en aras a la agilidad de la declaración, deberá efectuarse una interpretación finalista, bastando que del conjunto de la deposición se deduzcan las fuentes de conocimiento del testigo, sin necesidad que se detallen con respecto a cada una de las respuestas.

d) Facultad de consultar cuentas, libros o documentos.

Al igual que en el interrogatorio de las partes (art. 305 LEC), el testigo podrá consultar «cuentas, libros o documentos» (art. 370.2 LEC) cuando la pregunta se refiera a los mismos, sin necesidad que tales documentos sean examinados por la parte proponente de la prueba, y sin perjuicio que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, y en uso de sus facultades directivas durante la práctica de la prueba, recabe tales documentos y los examine, con la finalidad de garantizar la espontaneidad del testimonio.

e) Facultad de agregar conocimientos técnicos (testigo-perito).

En el caso del testigo-perito podrá agregar sus conocimientos técnicos (art. 370.4 LEC), siempre que versen sobre hechos que previamente ha presenciado o conocido. El saber técnico podrá ser añadido por el testigo-perito *motu propio*, sin necesidad de invitación por parte del juez o del letrado interrogador, pero para ello será necesario que haya sido propuesto –y admitido– en tal condición de testigo-perito.

6.3. Facultades de las partes

En la regulación del interrogatorio de testigos, se reconocen una serie de facultades a la parte proponente y a la parte interrogada, que pasamos a enunciar y sistematizar.

Son facultades de la parte proponente:

a) proponer el número de testigos que tenga por conveniente, sin limitación *a priori*, pero con el criterio legal de imputación de gastos en cuanto a los que excedan de tres por cada hecho controvertido (art. 363 LEC).

b) formular preguntas oralmente (art. 368.1 LEC) y a través del letrado, sin que exista una previsión similar a la del interrogatorio de las partes, que permite a las partes

1920 SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 19 de junio de 2006, fto.jco.2º (EDJ 2006/280524).

1921 Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., p.567.

formular las preguntas por sí mismas en aquellos juicios en los que no es preceptiva la intervención de letrado (art. 306.2 LEC).

c) formular las preguntas por escrito, en los supuestos siguientes: interrogatorio domiciliario al que no puedan asistir las partes y sus abogados (art. 364.1, II LEC); interrogatorio por auxilio judicial al que no comparezca la parte proponente (art. 364.1, II LEC); e interrogatorio de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381.2 LEC).

d) protestar frente a la inadmisión de las preguntas y pedir que conste en acta la protesta (art. 369.2 LEC), a los efectos que la pregunta pueda ser eventualmente reproducida en la segunda instancia (art. 460.2.1ª LEC). El remedio procesal frente a inadmisión indebida de preguntas no es la nulidad de actuaciones, sino la práctica en segunda instancia, previa la oportuna protesta en la primera instancia (SAP Albacete 12 de julio de 2004)[1922].

e) advertir que en la formulación de preguntas se contienen valoraciones o calificaciones improcedentes (art. 369.1 LEC).

f) solicitar el interrogatorio domiciliario y mediante auxilio judicial (art. 364.1 LEC) y formular preguntas complementarias, para el supuesto que no haya podido comparecer a dichos interrogatorios (art. 364.2 LEC).

g) asistir al interrogatorio domiciliario, previa autorización judicial (art. 364.1, II LEC).

h) «denunciar» las circunstancias relativas a la imparcialidad del testigo (art. 367.2 LEC). Dicha facultad no impedirá la declaración del testigo ni su posterior valoración en sentencia (SAP Guadalajara 31 de diciembre de 2003)[1923], aun cuando será uno de los parámetros para valorar su testimonio conforme a la sana crítica (art. 376 LEC). Puede entenderse incluida bajo la expresión «circunstancias que en ellos [los testigos] concurran» (art. 376 LEC), pues de las preguntas generales al testigo pueden deducirse «circunstancias subjetivas que pueden influir en la credibilidad de su declaración» (SSAP Tarragona de 4 julio 2005 y Santa Cruz de Tenerife de 19 junio 2006[1924]).

i) manifestar la concurrencia de un motivo de tacha en la declaración del testigo-perito (art. 370.4 LEC).

j) proponer el careo entre testigos (art. 373.1 LEC) o entre las partes y alguno o algunos de los testigos (art. 373. 2 LEC).

k) tachar al testigo propuesto de adverso (art. 377.1 LEC); e incluso al propio testigo, por motivos sobrevenidos y desconocidos en el momento de la proposición (art.

1922 La SAP Albacete, secc. 1ª, de 12 julio de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/116519) analiza un supuesto en el que al letrado demandante «se le impidió la realización de innumerables preguntas» con «un criterio en exceso restrictivo» y postula la utilización del mecanismo de la protesta frente a la disconformidad por la inadmisión de preguntas.

1923 SAP Guadalajara, secc.1ª, de 31 de diciembre de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/206328).

1924 SSAP Tarragona, secc.1ª, de 4 junio de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/311844) y Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 19 de junio de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/28054).

377.2 LEC), facultad ésta última inexistente en la LEC de 1881 y prevista ya en el art. 540 del Proyecto de Profesores de 1974.

l) proponer prueba para justificar la tacha, con exclusión de la testifical (art. 379.1 LEC), limitación inexistente en la LEC de 1881 (arts. 662 y 663) y en el Proyecto de 1974 (arts. 542 y 543).

Son facultades específicas de la parte interrogada:

a) impugnar la admisión de las preguntas (art. 369.1 LEC), con fundamento en la inobservancia de los requisitos generales de admisión de la prueba –impertinencia o inutilidad (art. 283 LEC) o los específicos del interrogatorio de testigos –básicamente la falta de claridad o precisión, o la inclusión de valoraciones o calificaciones (art. 368 LEC)–.

b) consultar cuentas, libros o documentos para responder a preguntas referidas a los mismos (art. 370.2 LEC), debiéndose efectuar una interpretación restrictiva de la posibilidad de suspender, interrumpir o acudir a las diligencias finales con tal motivo, pues podría convertirse en un mecanismo para dilatar el proceso.

c) agregar los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refiera el interrogatorio, cuando haya sido propuesto como testigo-perito (art. 370.4 LEC).

d) alegar el deber de guardar secreto, por razón de su estado o profesión (art. 371.1 LEC), o que las preguntas pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto (art. 371.2 LEC), con la finalidad que el juez le exima de responder a las preguntas afectadas por el secreto o la reserva.

e) solicitar de la parte proponente una indemnización por los «gastos y perjuicios» de la comparecencia a declarar (art. 375.1 LEC y Auto Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Vizcaya[1925]), a cuyo efecto sería deseable que en la cédula de comparecencia se contuviera la debida información (SAP Cádiz de 19 de diciembre de 2002)[1926]. Además, y en caso de impago, el testigo podrá acudir al procedimiento de apremio (art. 375.2, II LEC).

f) efectuar alegaciones y aportar documentos en el incidente de tacha (art. 379.2 LEC).

1925 El Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 1 Vizcaya, de 23 de octubre de 2009, fto. jco. 3º (AC\2010\124), a propósito de la impugnación por excesiva de una indemnización a declarar como testigo a un transportista en la cantidad de 265,53 € reclamada por el testigos y fijada por el Juzgado, razona: «Ha de insistirse en que la cantidad a que se refiere el art. 375.1 LEC permite atender la puesta a disposición del testigo para testificar, el consiguiente nerviosismo o inquietud que toda citación judicial genera, el trastorno para el trabajo habitual, la necesaria reorganización de la vida no solo profesional sino también familiar que cualquiera padece ante una citación judicial, y en definitiva la disponibilidad del afectado para servir un interés particular, el del actor, y público, pues la administración de justicia consideró necesaria su presencia en la vista».

1926 En su fto. jco. 2º (RJ 2003/85959) lamenta la escasa información que, respecto al derecho de indemnización, se contiene en las cédulas de citación a los testigos.

Además de estas facultades específicas, la parte interrogada dispone de otras facultades, que son comunes con la parte proponente: referirse a circunstancias relativas a la imparcialidad del testigo (art. 367.2 LEC); advertir que en la formulación de preguntas constan valoraciones o calificaciones improcedentes (art. 369.1 LEC); y proponer el careo entre testigos (art. 373.1 LEC) o entre las partes y alguno o algunos de los testigos (art. 373. 2 LEC).

6.4. La dirección judicial del interrogatorio

Durante la práctica del interrogatorio, el juez goza de facultades de dirección para velar por la observancia de los requisitos legales. Aun cuando dichas facultades ya se contemplaban con generosidad en la LEC de 1881, eran desconocidas en la práctica forense, por la falta de inmediación judicial[1927]. Con la vigente LEC, dichas facultades podrán ejercerse con mayor decisión, dado que la oralidad en la práctica de la prueba ha comportado la presencia judicial[1928].

En un proceso civil, inspirado en los principios dispositivo y de aportación de parte (arts. 216 y 282 LEC), el protagonismo de la actividad probatoria recae sobre las partes. A ellas corresponde no solamente la facultad y carga de proponer los medios de prueba, sino también intervenir activamente durante su práctica.

Así lo recuerda, entre otras, la STC de 11 de septiembre de 1995, que tras señalar que «[...] el régimen de la prueba es un régimen básicamente legal que se rige por el principio dispositivo (pues no hay un interés público sino privado en disputa)», precisa que «corresponde a las partes no sólo solicitar la práctica de la prueba que estimen pertinente sino, asimismo, la reclamación o exigencia de su efectividad y mantener una activa colaboración para que la prueba se practique (STC 167/88)»[1929].

Sin embargo, esa «activa colaboración» y el protagonismo en la práctica de la prueba, aun siendo preponderante, no es exclusivo de las partes, ni excluyente del que pueda co-

1927 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización del proceso civil. 'Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales'*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972, pp. 511-543; y del mismo autor, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, en «Libro Homenaje a Jaime Guasp», ed. Comares, Granada, 1984, pp. 565-566.

1928 Sobre el alcance y los caracteres de la intervención judicial durante la práctica de la prueba puede verse más ampliamente mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio*…, ob. cit., pp. 361 y ss.

1929 STC de 11 de septiembre de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/4413). En este caso el TC, no obstante recordar el carácter excepcional de la prueba en la segunda instancia, estimó que se había producido una vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes en la defensa (art.24.2 CE), concretamente respecto al derecho a la práctica de la prueba admitida: se había denegado inmotivadamente el recibimiento del pleito en la segunda instancia, respecto de unas pruebas admitidas y no practicadas en la primera instancia y por causas ajenas a la voluntad del proponente. Puede verse también la SAP Toledo, secc. 2ª, de 19 de octubre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/27391).

rresponder al juez[1930]. Como se ha dicho con acierto «la intervención [judicial] en la prueba es también ejercicio de jurisdicción»[1931].

Las facultades judiciales durante la práctica de este medio de prueba aparecen reguladas de modo disperso en la sección correspondiente al interrogatorio de testigos (sección 7ª, Capítulo VI, Título I, Libro II), y ahora las pasamos a sistematizar[1932]:

a) acordar la declaración del menor de catorce años, «si posee el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente» (art. 361, II LEC), a cuyo efecto el juez deberá ponderar el grado de madurez del menor con carácter previo a admitir su interrogatorio.

b) admitir o inadmitir las preguntas que se formulen a los testigos, con la precisión que será «en el mismo acto» (art. 368 LEC) para el supuesto que se formulen oralmente, y sin posibilidad de diferir tal juicio de pertinencia[1933].

   En los supuestos, ya enunciados (arts. 364 y 381 LEC), de preguntas formuladas por escrito y a través de una lista, deberá efectuar idéntico juicio de pertinencia, normalmente inadmitiendo las que sean impertinentes, de modo que, *a contrario sensu,* todas las demás serán pertinentes.

c) prescindir de la declaración del testigo admitido, cuando el juez, habiendo oído tres por cada cuestión controvertida, se considere ilustrado (art. 363 LEC)[1934].

   Adviértase se ha reducido de seis (arts. 645 LEC\1881 y art. 526 Proyecto de 1974) a tres el número de testigos para que el juez pueda dispensar la declaración del testigo admitido.Y que en el art. 363 LEC la dispensa opera en relación con el «hecho discutido», mientras que en la LEC de 1881 y en Proyecto de 1974 la dispensa operaba en relación con «cada pregunta útil».

d) velar por el orden del interrogatorio, de modo que los testigos sean interrogados por el orden en que fueron propuestos, salvo que el juez decida alterar dicho orden por causa justificada (art. 366.1 LEC) y de modo que cada testigo sea interrogado, en primer lugar, por la parte proponente, y a continuación por las demás partes (art. 370 LEC).

1930 Para Seoane Spiegelberg, J. L. (*La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Disposiciones Generales y Presunciones.*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p.133) «desplegar una actividad procesal encaminada a obtener la práctica de las pruebas» es uno de los contenidos del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art.24.2 CE) con respecto al órgano jurisdiccional.

1931 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p.318; y del mismo autor *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, p.362.

1932 Cortés Domínguez, V. con Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, ed. Colex, Madrid, 2001, p.329.

1933 SAP Málaga, secc.4ª, de 11 de octubre de 2005, fto. jco2º (EDJ 2005/301663) destaca las «amplias facultades judiciales para dirigir los debates y admitir e inadmitir las preguntas que se formulen a los testigos y demás intervinientes».

1934 STSJ Galicia, de 15 de octubre de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/267996).

No existe una previsión explícita que prohíba a las partes interrumpir a los testigos que declaran, al modo previsto en el art. 533.I del Proyecto de Profesores 1974, aun cuando tal previsión debe integrarse dentro de las facultades judiciales de dirección de actos orales.

e) acordar la incomunicación de los testigos (art.366 LEC), ahora también de oficio, antes solo a instancia de parte (art. 646.3 LEC\1881).

Los testigos no pueden estar presentes durante la celebración del juicio hasta que sean llamados a declarar y la presencia de un testigo en el interrogatorio de las partes se ha considerado como una «irregularidad procesal», que no determina la nulidad de actuaciones, sin perjuicio de atender a dicha circunstancia en el momento de efectuar la valoración de su declaración conforme a la sana crítica (SAP Asturias de 28 de junio de 2002[1935]).

f) autorizar la presencia de las partes y abogados en la declaración practicada en el domicilio de la parte interrogada y en la practicada por medio de exhorto (art. 364 LEC).

g) dispensar la declaración del testigo con deber de guardar secreto (art. 371.1 LEC).

h) requerir de oficio del órgano competente el documento oficial que acredite el carácter reservado o secreto de una materia (art. 371.2 LEC).

i) solicitar aclaraciones y adiciones al testigo interrogado (art. 372.2 LEC), con redacción idéntica a la análoga facultad prevista en el interrogatorio de partes (art. 306.1, II LEC).

Su ámbito se reduce a las llamadas «preguntas aclaratorias o complementarias»[1936], sin posibilidad de formular «nuevas preguntas»[1937] (esto es, sobre hechos nuevos), como pretendían algunas enmiendas parlamentarias[1938]. Así se deduce de una inter-

1935 SAP Asturias, secc.7ª, de 28 de junio de 2002, ftos. jcos. 2º y 3º (EDJ 2002/52652).

1936 Cremades Morant, J., en AAVV, «LEC XX Comentada», vol. I, ob. cit., pp. 732 y 765; Fernández Urzainqui, F. J., en AAVV, «Comentarios...», t. II, ob. cit., pp. 1450; Picó i Junoy, J., en AAVV, «Comentarios...», t. II, ob. cit., pp. 1824, 1825 y 2000; Fernández Seijo, J. Mª., en AAVV, «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2313; Montero Aroca, J. (*La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 194, 308 y 385) para quien, además, el formular preguntas autónomas respecto las de las partes «es contrario a la imparcialidad judicial».

1937 En este sentido Asencio Mellado, J. Mª., en AAVV, «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., pp. 369 y 936; Samanes Ara, C., en AAVV, «Comentarios...», vol. I, ob. cit., p.1084; Villagómez Cebrián, M., en AAVV, «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. III, ob. cit., p.81. Con respecto al interrogatorio de testigos Gómez Colomer, J. L. *La prueba testifical…*, ob. cit., p.275; Jiménez Conde, F., *Interrogatorio de testigos…*, ob. cit., p.224.No faltan posiciones intermedias que distinguen entre las aclaraciones a preguntas ya formuladas y las adiciones con posibilidad de nuevas preguntas. Así Gutiérrez Sanz, Mª. R., en AAVV, «Comentarios...», vol. I, ob. cit., p.1246 y Rifá Soler, J. Mª., en AAVV, «Comentarios...», t. II, ob. cit., p.1723.

1938 Ver las enmiendas núms. 337, 870 y 1.535 (*Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios*, t. I, pp. 272, 445 y 621, respectivamente). En la doctrina Chozas Alonso, J. M. (*La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, ob. cit., p.117) se muestra partidario que el juez «pueda dirigir a los testigos *ex*

pretación literal de los arts. 306.1, II y 372.2 LEC, y particularmente de la supresión del último inciso del art. 357.1 ALEC («*...y, si lo creyera necesario, le formulará nuevas preguntas*»).

j) acordar *ex officio iudicis* el careo entre testigos (art. 373.1 LEC) y entre partes y testigos (art. 373.2 LEC). Se supera con ello la previsión del art. 376 PLEC que limitaba el careo entre testigos y entre partes y testigos a la previa instancia de parte.

El art. 373.2 LEC permite acordar el careo de oficio y así se puede deducir del uso del adverbio «también», que encabeza el apartado segundo del artículo 373 LEC, seguido de la forma impersonal «podrá acordarse». El adverbio «también» debe ponerse en relación con el apartado primero del mismo artículo 373 LEC, que explícitamente permite acordar el careo entre testigos, «de oficio o a instancia de parte».

k) acordar la citación de la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar, si fuera oscura o incompleta, la declaración de la persona jurídica o entidad (art. 381.3 LEC).

l) habilitar un intérprete cuando el testigo desconozca el castellano o el idioma oficial de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales (art. 143.1 LEC) y también cuando el testigo sea sordo (art. 143.2 LEC).

6.5. Práctica conjunta del interrogatorio de testigos y reconocimiento judicial

En términos similares al art. 515 del Proyecto de Profesores de 1974, aun cuando desprovisto del matiz imperativo de dicho artículo[1939], y siguiendo el precedente del art. 635 LEC 1881[1940], el legislador ha previsto la práctica conjunta del interrogatorio de testigos y el reconocimiento, con la finalidad que la vista del lugar favorezca «la claridad del testimonio» (art. 357.1 LEC).

En orden a su proposición, solamente se podrá acordar la práctica conjunta «a instancia de parte» (art. 357.1 LEC), a diferencia de lo que sucede con la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el dictamen pericial, que podrá ser acordado conjuntamente de

---

officio las preguntas que considere convenientes» y lo justifica en el sinsentido de limitar la iniciativa probatoria en la práctica de la prueba cuando el juez goza de la facultad del art.429.1, II y III LEC en la fase de proposición.

1939 Cuyo tenor literal era: «Deberán ser examinados los testigos en el mismo sitio y acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar y de las cosas contribuya a la claridad del testimonio si así lo hubiera solicitado previamente la parte a quien interese y a costa de ella».

1940 Cuyo tenor literal era: «Podrán ser examinados los testigos en el mismo sitio, y acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la inspección o vista del lugar contribuya a la claridad de su testimonio, si así lo hubiera solicitado previamente la parte a quien interese».

oficio o a instancia de parte (art. 356.1 LEC). Ello no obstante, y sin desconocer el sentir doctrinal mayoritario[1941], no debería existir obstáculo para que el juez pudiera acordar su práctica conjunta, por facilitarlo las circunstancias del lugar, cuando ambas pruebas –reconocimiento y testifical– han sido solicitadas por ambas partes (SAP Zamora 21 de septiembre de 2004)[1942]. En tal caso no se infringe el principio de aportación de parte, sino que el juez acuerda una acumulación de pruebas ya propuestas por las partes, por estimar que ello favorecerá su práctica más adecuada.

Tampoco debería existir obstáculo para que la acumulación pudiera acordarse a instancia de cualesquiera de las partes, también la que hubiera propuesto una sola de las pruebas, e incluso por la parte que no hubiera propuesto ninguna de ellas, pues el precepto legal se limita a exigir instancia de parte, y no previa proposición de la prueba[1943].

Por otra parte, la instancia de parte no vincula al tribunal, como se deduce de la literalidad del art. 357.1 LEC que faculta al tribunal para acordar la práctica conjunta, pero no le impone un deber. Para acordar la acumulación de ambas pruebas el juez deberá ponderar que las preguntas que se dirijan a los testigos guarden relación con el objeto del reconocimiento, a cuyo efecto puede ser conveniente que, en el momento de la proposición, las partes «apostillen» dicho extremo y la oportunidad de la práctica conjunta.

En orden a su práctica, y a pesar de la referencia legal a la «concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba por testigos», no se practicarán –como se permite en la práctica conjunta del reconocimiento y del dictamen de peritos (art. 356.1 LEC)– ambas pruebas simultáneamente, sino una –el interrogatorio de testigos– a continuación de la otra –reconocimiento judicial–. Se trata de una práctica sucesiva de ambas pruebas en un único lugar –el del reconocimiento– y en un único momento –unidad de acto–, pero con un orden legalmente predeterminado, pues se prevé que «los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial» (art. 357.1 LEC). Se produce una alteración del orden previsto, con carácter general, en el art. 300 LEC, que prevé que el reconocimiento judicial se practique después del interrogatorio de testigos.

1941 Destaca la doctrina la imposibilidad de su adopción *ex officio* por el juez: Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 357 LEC*, en AAVV «Proceso Civil Práctico», t. IV, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, 2005, p.864; Escribano Mora, F., *Comentario al art. 357*, en «El Proceso Civil», vol. III, obra coordinada por el mismo autor, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.2603; Lopez Yagúe, V, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.227.

1942 La SAP Zamora, secc.1ª, de 21 de septiembre de 2004, fto.jco.3º (EDJ 2004/141273) apunta que no hay infracción del principio dispositivo cuando las pruebas de reconocimiento e interrogatorio de testigos han sido solicitadas por ambas partes y el juez acuerda de oficio su práctica conjunta, «pues solo pretende contribuir a la claridad del testimonio y no suplir la actividad probatoria de la parte que la propone y fija su contenido».

1943 Así se expresan Gallego Mañueco, Mª A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 357 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir) y Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.1952.

En el supuesto de proponerse y admitirse la práctica acumulada del reconocimiento judicial con el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC) y con el interrogatorio de testigos (art. 357.1 LEC) deberá practicarse, en primer lugar, el reconocimiento judicial y, acto seguido, el interrogatorio de las partes y después el interrogatorio de testigos, salvo que, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, decida alterar dicho orden (art. 300 LEC)[1944].

La práctica sucesiva de ambos medios de prueba significa que previamente las partes habrán propuesto los extremos del reconocimiento (art. 353 LEC) y se habrá señalado el día y hora para su práctica con cinco días de antelación (art. 353.3 LEC), y las partes habrán propuesto los testigos cuyo examen interesan en el lugar del reconocimiento (art. 357.1 LEC). Una vez practicado el reconocimiento, los abogados, empezando por el proponente, podrán formular las preguntas al testigo en el propio lugar del reconocimiento, las cuales se extenderán en el acta, al igual que las respuestas, protestas e impugnaciones, sin necesidad que conste la grabación, aún cuando nada lo impide[1945].

En orden a su valoración, el reconocimiento judicial deberá ponderarse conforme a las reglas de la sana crítica, al igual que el interrogatorio de testigos, siquiera deberá atenderse –como criterio legal de valoración de la testifical– a las «circunstancias concurrentes» (art. 376 LEC), esto es, a que la declaración del testigo puede revestir mayor claridad a la vista del lugar del reconocimiento. Este dato puede resultar particularmente valioso en caso de contradicción entre el resultado del interrogatorio de testigos y algún otro medio de prueba sujeto también a la libre valoración.

Se contiene una previsión específica en materia de gastos y costas, pues los gastos del desplazamiento de los testigos al lugar del reconocimiento correrán a cargo de la parte proponente de la prueba conjunta (art. 357 LEC).

6.6. Careo

La confrontación de las manifestaciones entre testigos o entre testigos y partes, a través del careo (art. 373 LEC) –institución con raíces centenarias en la Lecrm. (arts. 455 y ss. y 713)–, constituye una de las manifestaciones de la revitalización del interrogatorio de testigos en el proceso civil. Ha sido definida como «la diligencia que tiene por objeto confrontar ante la presencia judicial a dos o más personas ya examinadas, con el fin de resolver las discrepancias que se hubieran puesto de manifiesto tras sus declaraciones o, en cualquier

1944 Así se expresa Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 257-258.

1945 La SAP Asturias, secc.5ª, de 22 de octubre de 2002, fto.jco.1º (EDJ 2002/64177) apunta que no es necesaria la grabación de la práctica del interrogatorio de testigos que ha tenido lugar acto seguido del reconocimiento judicial (art. 357.1 LEC) y que ello constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 147 LEC). En la doctrina, Gallego Mañueco, Mª A. y Martín Jiménez, C. M., *Comentario al art. 357 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1953.

caso, obtener elementos de juicio sobre la verosimilitud de cada una de ellas a partir de las actitudes que acompañen a las nuevas manifestaciones vertidas en el acto»[1946].

Su introducción, por vez primera en un texto procesal civil, constituye una novedad, calificada incluso por algún autor como «descollante»[1947], pues carecía de antecedentes en la LEC de 1881, aun cuando ya se reclamaba como diligencia para mejor proveer[1948] y se preveía en el Proyecto de Profesores de 1974 (art. 534), con la doble intención de contribuir a la «averiguación completa de los hechos» y poner fin al fenómeno de las flagrantes contradicciones entre testigos «sin que nadie se conmueva ni pase nada»[1949].

Ha sido calificada como una especialidad de la prueba testifical[1950] o una singular prueba[1951]. No puede catalogarse, cuando menos en la regulación de la LEC, como un medio de prueba autónomo. El careo no figura en la enumeración de los medios de prueba (art. 299.1 LEC), sino que se inserta en la regulación del interrogatorio de testigos. Carece, por tanto, de regulación en sección independiente, como sí tienen los medios de prueba enumerados en el art. 299 LEC. Y, lo que resulta más decisivo, en la propia dicción legal se elude identificarlo como un medio de prueba, pues se conceptúa, literalmente y de modo un tanto ambiguo, de «actuaciones» (art. 373.3 LEC).

El legislador, siguiendo una consolidada jurisprudencia recaída en el proceso penal[1952], conceptúa el careo como una diligencia complementaria de prueba, con carácter instrumental, excepcional y subsidiario. Es una diligencia instrumental por cuanto sirve de cauce para la confrontación de otros medios de prueba, cuales son las declaraciones prestadas a través del interrogatorio de testigos o de partes, o en otras palabras, «es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas» (STS de 18 de marzo de 1997)[1953].

Es excepcional porque su adopción se restringe a la apreciación no de cualquier discrepancia, sino de «graves contradicciones» (art. 373.1 LEC), adjetivo calificativo que opera

1946 Peláez Portales, D., *El careo en el Proceso Penal Español*, ed. El Almendro de Córdoba, S.L., Córdoba, 2003, p.25. Aun cuando la definición se ha efectuado en el ámbito del proceso penal, es perfectamente trasladable al proceso civil.

1947 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.364. En parecidos términos, Jiménez Conde, F., *El interrogatorio*…, ob. cit., p.232, alude a una «innovación destacable».

1948 Onecha Santamaría, C., *El careo de testigos,* en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1082, 5 de enero de 1977, p.12. También a favor de su extensión al proceso civil Devis Echandía, H., *Teoría general de las pruebas judiciales*, t. II, ob. cit., p.244.

1949 AAVV, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p.100.

1950 Fernández Seijó, J. Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, en AAVV «El Proceso Civil», ob. cit., p.2663.

1951 de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., p.324.

1952 Entre otras SSTS de 13 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10147) y 12 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8904).

1953 STS, Sala 2ª, de 18 de marzo de 1997, fto. jco.2º (La Ley 1997\4612).

a modo de restricción *ex lege* de su ámbito de aplicación. También constituye una apelación a las partes para una solicitud muy tasada y al juez para su uso moderado y prudente.

Y es subsidiaria (STC 55/1984, de 7 de mayo) porque únicamente se deberá recurrir a ella cuando los hechos probados no puedan deducirse a través de otros medios probatorios, al igual como acontece en el proceso penal en el que, con mayor contundencia, se exige para la adopción de un careo que «no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de los procesados» (art. 451 *in fine* Lecrm).

Se admite una doble modalidad de careo. Por una parte, entre los testigos y, por otra parte, entre los testigos y las partes; impidiéndose, por exclusión, el careo entre las partes y entre los peritos. Ni en sede del interrogatorio de las partes ni en sede del interrogatorio de testigos se prevé el careo entre las partes. Es más, en aquellos supuestos en que no siendo preceptiva la intervención de letrado se acuerda el interrogatorio de las partes, el juez debe procurar que las partes, al formularse «recíprocamente las preguntas y observaciones que tengan por conveniente», «no se atraviesen palabra ni se interrumpan» (art. 306.2 LEC).

Y en el trámite de contradicción del dictamen pericial se prevé la «crítica del dictamen de que se trate por el perito de la adversa» (art. 347.5 LEC), lo que si bien para algunas sentencias no implica el careo entre peritos[1954], otras parecen admitirlo[1955], siendo también una cuestión discutida a nivel doctrinal[1956]. De admitirse, se trataría de un careo *lato sensu*, alejado tanto de la existencia de una previa declaración oral –puesto que los dictámenes periciales fueron aportados por escrito–, cuanto de la práctica habitual de una diligencia de careo, que habitualmente exige la previa lectura de las declaraciones contradictorias y un diálogo cruzado entre los careados.

1954 Expresamente niega la posibilidad de careo entre peritos, y no obstante la amplitud del trámite de contradicción del dictamen pericial (art. 347 LEC), la SAP Granada, secc.3ª, de 3 de marzo de 2006, fto. jco. 3º (EDJ 2006/90463). La SAP Málaga, secc.4ª, de 11 de marzo de 2004, fto.jco.2º (EDJ 2004/146969) confirma la denegación de un careo de peritos de la primera instancia, bajo el erróneo argumento que se trata de una facultad no revisable en segunda instancia.

1955 SSAP Madrid, secc.21ª, de 11 de noviembre de 2005, fto. jco.5º (EDJ 2005/221662); A Coruña, secc.4ª, de 14 de julio de 2005, fto.jco.3º (EDJ 2005/216110); Barcelona, secc.13ª, de 15 de junio de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/84907); Asturias, secc.5ª, de 13 de julio de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/75849) para un supuesto de careo, en el marco de un proceso de divorcio, entre psicólogos; Alicante, secc.5ª, de 5 de mayo de 2005, fto.jco.3º (EDJ 2004/180891); Baleares, secc.5ª, de 16 de octubre de 2003, fto.jco.2º (EDJ 2003/209796).

1956 Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p.335, para quien solo se prevé respecto de los testigos y de éstos con las partes y el art. 347. 5 LEC contempla «exposiciones separadas y sucesivas de pareceres acaso discrepantes o contradictorios». En sentido contrario, Picó i Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2001, p.158, admite una suerte de «careo» bajo el doble argumento que el perito, al igual que el testigo, es un tercero y que «la contradicción de conocimientos entre personas de similares características profesionales permitirá al juez valorar mejor el contenido del dictamen pericial».

No obstante el silencio legal, el careo podrá practicarse no solamente entre los testigos propuestos por una parte y la adversa, sino incluso cuando se produzcan contradicciones entre los testigos propuestos por una misma parte. La dicción legal no limita el careo a los testigos propuestos entre partes contrarias, y solo se exige como presupuesto que la contradicción sea «grave», pero ello puede producirse entre testigos propuestos a instancia de una misma parte[1957].

Podrá acordarse el careo entre dos o más testigos (careo múltiple), aun cuando la propia eficacia de la declaración y las dificultades prácticas de su ejercicio aconsejan, como se prevé en el proceso penal, que «esta diligencia no podrá tener lugar, por regla general, más que entre dos personas a la vez» (art. 451 Lecrm).

Ambas modalidades –careo entre testigos y careo entre testigos y partes– podrán acordarse de oficio o a instancia de parte (arts. 373.1 y 2 LEC), sin que la petición de parte vincule al juzgador, pues la adopción del careo se trata de «una facultad que no una imposición legal» (SAP Málaga, de 11 de marzo de 2003[1958]). Superando la restricción inicial del art. 425 ALEC y del art. 376 PLEC, que reservaban exclusivamente a las partes la facultad de solicitar un careo entre testigos, el art. 373.1 LEC permite acordar careos entre testigos, tanto de oficio cuanto a instancia de parte.Y lo mismo puede afirmarse respecto del careo entre testigos y partes.

Sus presupuestos varían, en la dicción legal, en función de las modalidades. Para acordar un careo entre testigos se exige que éstos «incurran en graves contradicciones» (art. 373.1 LEC), mientras que para acordar el careo entre testigos y partes se omite el calificativo «grave» y basta que la contradicción surja «en razón de sus respectivas declaraciones» (art. 373.2 LEC). No existe razón legal suficiente para distinguir uno y otro supuesto, y dado el carácter instrumental, excepcional y subsidiario de esta diligencia, el careo entre partes y testigos precisa también de una discrepancia relevante.

Tampoco se regula su práctica, salvo la previsión legal que el careo habrá de solicitarse al final del interrogatorio (art. 373.3 LEC). Al igual como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el francés –art. 114 CCP– o el alemán –$ 58 StPO– el legislador opta por regular la institución, pero silencia el modo de su práctica. La mayoría de los autores efectúan una remisión a la normativa de la Lecrm[1959], y algunos destacan el

1957 Así Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos*…., ob. cit., p.365. En sentido distinto Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.328, para quien el «careo de una parte no puede ser propuesto por ella misma, por la misma razón que no se acepta el testimonio en causa propia».

1958 SAP Málaga, secc.4ª, de 11 de marzo de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2004/14696) que confirma la desestimación de un careo ya denegado en la instancia.

1959 Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1727; Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.978; Fernández Seijo, J. Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2664; Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.329.

criterio antiformalista, que permitirá el interrogatorio libre y cruzado[1960], mientras otros autores apelan a la lógica e interrogatorio cruzado[1961] .

En todo caso, y cualesquiera que fuera su práctica, deberá observar el siguiente *iter:*

a) la lectura o, preferiblemente, la reproducción de la grabación de las previas declaraciones testificales (o en su caso, de las partes), pues el acta del Secretario Judicial no suele recoger con toda extensión y detalle las declaraciones de los testigos o las partes, ni tampoco ello constituye una exigencia legal en aquellas actuaciones que, por imperativo legal, deban registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción (art. 146.2 LEC).

b) las advertencias a los careados sobre el modo de llevar a cabo la diligencia, comprensivas de los deberes de guardar el turno de palabra, no interrumpirse y respetar a la adversa; así como el recordatorio que la declaración se efectúa bajo juramento o promesa de decir verdad (art. 365.1 LEC) y la sanción por el delito de falso testimonio (art. 458 CP).

c) la delimitación de la contradicción, esto es, de los extremos objeto del careo, a fin de evitar una reiteración de las previas declaraciones testificales; y

d) la discusión o careo propiamente dicho, mediante una declaración oral y cruzada de los testigos (o, en su caso, entre el testigo y la parte) dirigida por el juez, a cuyo efecto puede ser útil interesar de cada uno de los careados, y respecto de cada extremo, si se ratifican en su previa declaración o tienen algo que rectificar, indagando, en su caso, sobre los motivos de la rectificación.

La función directiva del juez, como ya se ha indicado desde foros judiciales, será fundamental durante la práctica del careo, para reducir la carga de tensión psicológica que normalmente acompaña este «contraste entre dos testimonios»[1962] y procurar su desarrollo más fructífero, tanto en el aspecto formal –de observancia de un ordenado y respetuoso método de reciprocidad en las declaraciones de los careados– cuanto en el material –de pretender inquirir la verdad–[1963].

En particular, el juez puede: a) instruir a los testigos sobre el modo de practicar el careo; b) fijar el turno de intervenciones, y señalar el testigo que debe intervenir en primer lugar; c) ordenar los extremos sujetos a contradicción; d) procurar que los testigos guarden el respeto debido, que no se interrumpan y que la diligencia no degenere en «mutuas

1960 Garberí Llobregat, J. Mª., y Buitrón Ramírez, G., *La prueba civil*, ob. cit., p.490.

1961 Gutiérrez Sanz, R. Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1250.

1962 STS de 19 de enero de 1990, fto. jco. 1º (EDJ 1990/338).

1963 El magistrado Onecha Santamaría, C., *El careo de testigos,* ob. cit., p.4, ha descrito el doble alcance formal y material del careo, precisando que «el juez es algo más que un simple moderador del diálogo en desarrollo».

acusaciones»[1964]; e) neutralizar los «riesgos de enfrentamiento dialéctico»[1965]; f) adoptar las prevenciones necesarias para que los testigos no se comuniquen; g) fijar el modo de proceder, en el supuesto de someterse a careo más de dos testigos, siquiera es preferible limitar la confrontación a dos de ellos[1966]; h) percibir las actitudes o explicaciones de los careados[1967].

Para su efectividad, como advierte Fernández Seijó, será necesario la incomunicación de los declarantes y la unidad de acto y concentración de todos los declarantes[1968]. A tal efecto, se prevé que «se advertirá al testigo que no se ausente para dichas actuaciones puedan practicarse a continuación» (art. 373.3 *in fine* LEC). Con todo, la «advertencia» de no ausentarse es de difícil articulación en la práctica forense, dado que la existencia de contradicciones entre testigos se detectará, normalmente, una vez hayan prestado declaración todos ellos.

Si el careo se celebra entre testigos (art. 373.1 LEC), y a falta de previsión específica, deberá ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC), atendiendo a la firmeza y rotundidad de la ratificación en la previa declaración[1969] o, por el contrario, a la postura indecisa o vacilante[1970], a la falta de una negativa categórica[1971] o a una rectificación no justificada. Si el careo se celebra entre testigos y partes (art. 373.2 LEC), la declaración del testigo deberá ponderarse conforme a las reglas de la sana crítica, al igual que en el supuesto anterior, pero las declaraciones de las partes se valorarán conforme a las normas del interrogatorio de las partes.

7. Valoración

El art. 376 LEC, rubricado «valoración de las declaraciones de los testigos», dispone que «los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos

1964 STS de 13 de julio de 1998, fto. jco.2º (EDJ 1998/20175).

1965 STS de 12 de diciembre de 1996, fto. jco.5º (EDJ 1996/9423).

1966 SAP Las Palmas, secc.1ª, de 15 de febrero de 2000, fto. jco.1º (EDJ 2000/8085).

1967 La STS de 18 de junio de 1998, fto.jco.2º (EDJ 1998/19864) razona que su «finalidad es determinar su valor mediante la aclaración de las discordancias existentes entre ellas, a fin de poder el juzgador mejor formar su convicción a la vista de las explicaciones y actitudes que los careados faciliten o adopten».

1968 Fernández Seijo, J. Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2663.

1969 SAP Cantabria, secc.3ª, de 19 de septiembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/169664) alude, como parámetro para razonar la credibilidad del testigo sometido a un careo, «al mantenimiento de sus manifestaciones» [referidas a la previa declaración].

1970 SAP Granada, secc.4ª, de 16 de febrero de 2004, fto.jco.2º (EDJ 2004/11319).

1971 SAP Alicante, secc.8ª, de 3 de octubre de 2005, fto.jco.1º (EDJ 2005/198149).

conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieran dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de las pruebas que sobre éstas se hubiera practicado».

Examinaremos la naturaleza y alcance de las reglas de la sana crítica, así como los criterios –razón de ciencia, circunstancias concurrentes en el testigo, tacha y su resultado– que matizan la sana crítica. Con carácter general, se expondrán los criterios técnicos de valoración del testimonio, objeto ya de elaboradas clasificaciones doctrinales, para concluir con la valoración del resultado de la prueba testifical en contradicción con el resultado de otras pruebas.

7.1. Valoración conforme a la sana crítica

La expresión reglas de la sana crítica, calificada como «elegante»[1972] y «frase genuina española»[1973], fue introducido, por vez primera, en la LEC de 1885 (art. 317[1974]) y ha sido exportada a otros Códigos Procesales Civiles[1975]. Con antecedentes en el Reglamento del Consejo Real (arts. 147 y 148), ha sido recogida tanto en la LEC de 1881 (art. 659)[1976] cuanto en la vigente LEC. Constituye un sistema de valoración de la prueba cuyo alcance resumimos en los siguientes apartados:

1º) Frente a la tradición histórica (Fuero Juzgo, Fuero Real y las Partidas) y ya desde la LEC de 1885, se descarta un sistema de prueba tasada o legal, exigiendo determinado número o calidad de testigos para la acreditación de la certeza de un hecho[1977]. Históricamente se ha producido un fenómeno de «sucesiva liberalización del testimonio» que ha permitido el tránsito de un sistema de prueba tasada a otro de valoración conforme a la sana crítica[1978].

1972 Sentís Melendo, S., *La prueba*, ob. cit., p.430.

1973 Gómez Colomer, J.L., en AAVV, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, ob. cit., p.340.

1974 Del tenor literal siguiente: «Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos».

1975 Sentís Melendo, S., *La prueba,* ob. cit., p.259, ver la nota a pie núm. 42. Por citar algunos ejemplos, puede verse en el Código Judicial de Panamá (art. 770), en el Código de Procedimiento Civil de Colombia (art. 187) y en el Código boliviano (art. 397).

1976 Del tenor literal siguiente: «Los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurran».

1977 Así, por ejemplo: «Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales que non los puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleyto en juyzio: fueras ende en razón de quitamiento de deuda sobre que fuesse fecha carta de escriurano público» (Partida III, tít. XVI, Ley 32). Pueden verse otros ejemplos en de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos*…, ob. cit., p.190 nota a pie núm. 2.

1978 Fenómeno apuntado por Ramos Méndez, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.402.

2º) La sana crítica permite ajustarse a las circunstancias «cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto»[1979]. Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno[1980], de ahí su adaptabilidad. Con frecuencia se identifican con las máximas de experiencia que, según clásica definición de Stein, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos»[1981].

En la jurisprudencia se han ofrecido pluralidad de nociones «aunque en definitiva [se] las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia» (SAP Madrid, 28 noviembre 2006)[1982], siendo muy extendida la noción que constituyen «el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba» (SAP Guipúzcoa 15 mayo 2006)[1983].

3º) La sana crítica es un sistema de libre valoración motivada. No se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial, puesto que como se ha dicho acertadamente «el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón»[1984]. Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el porqué otorga credibilidad al testimonio, en observancia del deber de motivación de las resoluciones judiciales (arts. 120.3 CE y 218 LEC). Las reglas de la sana crítica constituyen el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial en la valoración del testimonio. Se ha dicho con precisión que «frente a otros ordena-

1979 Sobre la naturaleza e importancia de la sana crítica puede verse Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. II, 2ª ed., Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 23-26; y del mismo autor, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 583-585.

1980 Entre otras muchas: SSTS de 19 febrero 2007, fto. jco.2º (EDJ 200/8523); de 17 de octubre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/288696) y de 19 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/225536).

1981 Stein, F., *El conocimiento privado del juez* (traducc. De la Oliva, A.), ed. Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 1990, p.22.

1982 SAP Madrid, secc.10ª, de 28 de noviembre de 2006, fto. jco.5º (EDJ 2006/414368), con cita de numerosa jurisprudencia. Del mismo ponente pueden verse también SSAP Madrid, secc.10ª, de 27 de septiembre de 2006, ftos. jcos. 12º y 13º (EDJ 2006/322315); de 27 de septiembre de 2006, ftos. jcos, 19º y 20º (EDJ 2006/326880); de 13 de septiembre de 2006, ftos. jcos 8º y 9º (EDJ 2006/385785); de 19 de abril de 2006, ftos. jcos 8º y 9º (EDJ 2006/100692).

1983 SAP Guipúzcoa, secc. 3ª, de 15 de mayo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398652). En términos similares, SAP Sevilla, secc. 5ª, 3 de junio de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/163980).

1984 Taruffo, M., *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y debate, núm. 52, marzo 2005, p.67. En sentido similar, la SAP Cáceres de 31 de mayo de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/90032) apunta que ya que «[…] la libertad de apreciación no quiere decir apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica, […]».

mientos en los que, como reacción a la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración»[1985]. Esa racionalidad «exige necesariamente que la decisión sea explicada y sujeta, a su vez, a la crítica de un tribunal superior»[1986] y exige también la «primacía del juicio fáctico en la motivación de la resolución judicial», pues solo desde la correcta formación del juicio de hecho se evita la discrecionalidad judicial.

4º) La sana crítica aparece matizada con criterios que aportan seguridad jurídica. A diferencia de lo que sucedía con la LEC de 1885 (art. 317) y siguiendo el precedente –ahora reforzado– de la LEC de 1881 (art. 659), se fijan tres criterios (razón de ciencia, circunstancias concurrentes en el testigo, tacha y su resultado) orientativos en la motivación del juicio de hecho. Se mantienen como criterios la razón de ciencia y las circunstancias concurrentes del testigo, y se añade explícitamente la tacha y su resultado.

5º) La sana crítica no permite eludir la valoración de las restantes pruebas. La motivación fáctica de la sentencia debe ser individual y conjunta (art. 218.2 LEC), por lo que deberá ponerse en relación la valoración individual del testimonio, conforme a las reglas de la sana crítica, con la valoración individual de los restantes medios de prueba, conforme a sus reglas (tasadas o libres) específicas.

6º) La sana crítica se revitaliza con la derogación de otros preceptos. Entre ellos, el art. 1248 CC, que contenía una regla de carácter admonitivo, recordada por constante jurisprudencia[1987] e inspirada en el principio *lettres passent temoins*, del tenor literal siguiente: «cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito». Obligaba a extremar el juicio crítico respecto de la prueba en aquellas relaciones que acostumbran a formalizarse por escrito.

7º) La sana crítica es una invitación a la responsabilidad judicial en la motivación del juicio de hecho. A diferencia de los sistemas de prueba tasada, en los que el juez identifica y aplica la norma de valoración fijada por el legislador, la valoración conforme a

1985 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, p.434.

1986 Zubiri de Salinas, F., ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto, en rev. Jueces para la Democracia, Información y debate, núm. 50, julio 2004, pp. 55-56, afirma que el concepto de sana critica debe propiciar una valoración probatoria sujeta a criterios de racionalidad y sometida al control de un órgano superior, destacando la necesidad de la motivación sobre las cuestiones fácticas con parámetros alejados de la íntima convicción.

1987 Entre otras muchas, SSTS 14 de mayo de 2007, fto.jco.2º (EDJ 2007/401888) y 4 de mayo de 2007, fto. jco.3º (EDJ 2007/28951). Más matizadamente, la STS de 23 de octubre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/319019), con cita de otras muchas, afirma que dicho artículo contenía «un criterio de prudencia valorativa en la apreciación de las declaraciones testificales que ni limita ni constriñe la libertad de juicio del Tribunal de instancia».

la sana crítica es más exigente, siendo necesario que el juez explicite la racionalidad del juicio de hecho. El art. 376 LEC contiene una admonición a los jueces, puesto que «…la Ley prescinde de indicar circunstancias y formular reglas para esa apreciación [conforme a la sana crítica], remitiéndose a la experiencia y buen sentido del Juzgador» (SAP Cáceres, de 31 de mayo de 2006)[1988].

8º) La sana crítica supone un enfoque de la valoración de la prueba testifical desde la perspectiva de los medios y no del fin. Con acierto se ha dicho que «la sana crítica es un *medio*; la libre convicción es un *fin* o un *resultado*»[1989]. Tal vez el acierto y la pervivencia de la expresión, ya centenaria, de la sana crítica consista en haber desplazado la noción de la valoración probatoria desde la perspectiva del resultado a la de los medios, pues con ella se resalta y destaca el instrumento –la racionalidad o buen criterio judicial– de motivación[1990].

9º) Se ha definido, con mayor o menor acierto, el concepto de sana crítica, pero se ignoran cuáles son las concretas reglas de la sana crítica. De ahí que algunos legisladores, como el español, fijen criterios orientativos de valoración del testimonio y sean numerosos los criterios científicos analizados tanto desde la doctrina procesalista cuanto desde la psicología del derecho.

7.2. Criterios orientativos de valoración

Recogidos en el art. 376 LEC[1991], y ya enunciados, son:

1º) La razón de ciencia. También llamada «razón del dicho» e identificada con «las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los

1988 SAP Cáceres, secc.1ª, de 31 de mayo de 2006, fto. jco. 4º (EDJ 2006/90032).

1989 Sentís Melendo, S., *La prueba*, ob. cit., p.431.

1990 Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., pp. 439, afirma que «esa fórmula [en referencia a la sana crítica] expresa que en la resolución judicial deben expresarse los motivos o razones por las que se acepta o rechaza el valor de convicción de cada medio de prueba».

1991 La SAP Baleares, secc. 5ª, de 4 de mayo de 2011, fto. jco.2º (AC\2011\1210) contiene un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba del interrogatorio de testigos en los términos siguientes: «…las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en forma positiva alguna, siendo que la apreciación de la prueba testifical es facultad discrecional de los Juzgadores de instancia, operando como límites valorativos las conclusiones obtenidas de las mismas que se evidencian arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes, ya que la libertad de apreciación no quiere decir una apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino una apreciación crítica, por lo que la Ley prescinde de indicar circunstancias y formular reglas para esa apreciación remitiéndose a la experiencia y buen sentido del Juzgador, debiendo tener en cuenta las relaciones del testigo con las partes y los hechos sobre los que declare y el resto de las circunstancias concurrentes en el testigo, tanto en lo que se refiere a la conducta procesal como respecto de los datos personales del mismo y demás elementos de referencia que servirán para determinar y valorar la certeza de los juicios de valor emitidos por el testigo».

hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho»[1992].Y en términos similares, como «una justificación de la declaración, es decir, la expresión del cómo, cuándo, y dónde se percibió lo que se declara» (SAP Tarragona, 16 de enero de 2006[1993]).

En el juicio crítico del testimonio importa tanto aquello que ha afirma (declaración de ciencia) cuanto el motivo por el que lo afirma (fuente de conocimiento), preocupación recogida por el legislador al erigir la sana crítica en uno de los criterios legales de valoración del testimonio (art. 376 LEC), y un tanto exageradamente al constituir una exigencia respecto de cada una de las respuestas (art. 370.3 LEC).

La razón de ciencia puede fluir espontáneamente en la respuesta del testigo, y así lo hará un testigo que depone con firmeza y previamente instruido, pero de no deducirse de la respuesta, puede ser reclamada por el letrado interrogante, e incluso por el propio juez, a modo de aclaraciones y adiciones (art. 370.2 LEC).

Se ha querido extender la razón de la ciencia a la explicación de cómo el testigo conoció a la parte proponente de la prueba y por qué motivo se encontraba en el lugar de los hechos[1994], exigencia que, cuando menos, resulta discutible porque afecta no tanto a la fuente de conocimiento del medio de prueba, cuanto al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), resultando muy dudoso que el testigo pueda ser interrogado por el motivo de su llamada a declarar por la parte proponente.

A juicio de algún autor, la razón de la ciencia permite otorgar mayor credibilidad al testigo directo sobre el indirecto o al testigo en mejores condiciones de percepción sobre el que pese algún impedimento[1995], pero aun existiendo certeza en tales afirmaciones deben ser acogidas con suma cautela, puesto que, siguiendo el mismo ejemplo, puede ser que el testigo directo tenga dificultades de retención en la memoria y el indirecto conserve, por el contrario, una perfecta retención de lo oído.

2º) Las circunstancias concurrentes se refieren a «las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara» (SAP Córdoba, 13 de enero de 1997)[1996] e incluso a «la conducta procesal de los testigos» (SAP Sevilla, 19 de junio de 2006)[1997].

1992 Devis Echandía, H., *Tratado de las pruebas judiciales,* ob. cit., p.122.

1993 SAP Tarragona, secc. 1ª, 16 de enero de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/51372). En términos idénticos, Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, 19 de junio de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/280524).

1994 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria*, ed. Praxis, Barcelona, 1967, pp. 310-314.

1995 Garberí Llobregat, J y Buitrón Ramírez, G., *La prueba*…, ob. cit., p.476.

1996 SAP Córdoba, secc. 2ª, de 13 de enero de 1997 (La Ley 1997/3810).

1997 La SAP Sevilla, secc.5ª, de 19 de junio de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/369768) además de referirse a «la relación del testigo con las partes, con los hechos, las respuestas que da a las preguntas de las partes, e incluso del juez», añade «sin olvidar su conducta durante la declaración, nerviosismo, capacidad de expresión, […]».Y en sentido similar la SAP Cáceres, secc.1ª, de 31 de mayo de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/90032) alusiva a «[…] las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que

Han sido objeto de numerosas clasificaciones[1998], y de ellas daremos cuenta en el epígrafe siguiente.

Tales circunstancias, que de ordinario se manifestarán en el curso del interrogatorio, pueden también averiguarse a través de las llamadas «generales al testigo» (art. 367 LEC) y la novedosa facultad de poner de manifiesto al tribunal la existencia de circunstancias relativas a la imparcialidad del testigo (art. 367.2, I LEC). Además, el tribunal podrá interrogar sobre estas circunstancias y las deberá tener en cuenta para la valoración del testimonio en el momento de dictar sentencia (art. 367.2, II LEC). Con ello el legislador ha pretendido el doble objetivo de evitar una formulación rutinaria de las generales de la ley al testigo, ofreciendo la posibilidad de «denuncia» de la imparcialidad a las partes, y añadir otro elemento valorativo del testimonio en el ejercicio de la sana crítica judicial.

A juicio de algún autor, ello llevará a preferir al testigo imparcial sobre el testigo parcial[1999], debiendo nuevamente matizarse tal afirmación, pues siendo válida en abstracto, en el caso concreto un testimonio, no obstante su imparcialidad, puede ofrecer información poco relevante en términos del fallo, mientras que un testigo parcial puede ofrecerla.

3º) La tacha y su resultado. Bajo la derogada LEC de 1881, «la prueba de las tachas se unirá a los autos con la principal, para los efectos que procedan» (art. 666) y con la vigente LEC constituye un criterio específico de valoración de la testifical, por mandato del art. 376 LEC, recordado por el art. 379.3 LEC.

El incidente de tacha no concluye con una resolución estimatoria o desestimatoria, pero será necesario que en la sentencia el juez explicite los motivos por los que otorga (o no) credibilidad al testigo tachado, lo que implícitamente exigirá un razonamiento sobre el motivo de tacha formulado. No se trata tanto que en la sentencia exista un pronunciamiento separado, a modo de estimación o desestimación sobre el motivo de tacha, cuanto un razonamiento sobre la fiabilidad (o no) del testigo tachado[2000].

Semejante razonamiento no podrá ignorar la prueba, a menudo limitada por la exclusión de la testifical (art. 379, I LEC) sobre la tacha, pues el juez debe atender

---

declare y el resto de las circunstancias concurrentes en el testigo», y entre ellas engloba «tanto en lo que se refiere a la conducta procesal como respecto a los datos personales del mismo».

1998 La SAP Tarragona, secc.1ª, de 16 enero 2006, fto.jco.2 º (EDJ 2006/51372) distingue entre: 1º) Circunstancias personales («que en ellos concurran») de carácter natural (edad, enfermedad), intelectual (mayor o menor grado de instrucción), o moral (sinceridad o tendencia a mentir); 2º) Circunstancias del objeto, acerca del cual se declara, que puedan dificultar o facilitar su percepción («resultados de la prueba»); 3º) Anormalidades en la percepción en la retención de lo percibido o, incluso, en la declaración de lo percibido («tachas formuladas»).

1999 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, J., *La prueba*…, ob. cit., p.477.

2000 SSAP Las Palmas de 20 febrero de 2006, fto.jco 4º (EDJ 2006/41993); Burgos de 7 julio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/262413); Cantabria de 22 junio de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/94333); Barcelona de 19 abril de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/33245).

conjuntamente a «la tacha» (motivo alegado) y «su resultado» (incidente probatorio) (art. 376 LEC). La alegación de una tacha abre un incidente en el que se faculta a las partes a proponer prueba sobre el motivo alegado. En fase de valoración y en sentencia el juez deberá atender a si el testigo tachado reconoció motivo de tacha o, por el contrario, se opuso al mismo y, en su caso, al resultado de la prueba sobre la propia tacha (art. 379, II LEC).

Los tres criterios expuestos –la razón de ciencia, las circunstancias concurrentes en el testigo, y la tacha y su resultado– comparten unos caracteres comunes. Se trata de criterios:

a) no tasados: el juez no debe ceñirse exclusivamente a los tres criterios citados, sino que puede atender cualesquiera otros. A título ejemplificativo otra de las reglas de la sana crítica es que «las manifestaciones [de los testigos] han de ser consideradas en su globalidad, sin aislar del contexto una determinada aseveración»[2001]. La referencia a los tres criterios descritos no agota el cúmulo de reglas de sana crítica.

b) de contenido heterogéneo: mientras que la «razón de la ciencia» o la «tacha» son conceptos jurídicos determinados, de contenido perfectamente identificable, la expresión «circunstancias que en ellos concurran» constituye un concepto jurídico indeterminado, susceptible de múltiples y variadas clasificaciones.

c) orientativos de la valoración judicial: el legislador ha pretendido no tanto vincular al juez en su función valorativa, cuanto ofrecerle unas pautas de seguridad jurídica y de racionalización de la decisión judicial. Han sido considerados como tres criterios orientativos o –en terminología jurisprudencial, como «admoniciones»–, en el proceso lógico de valoración[2002].

d) eventualmente concurrentes: mientras la razón de la ciencia y las circunstancias concurrentes en el testigo son criterios necesarios, pues deben atenderse en cualquier valoración de un testimonio, la tacha es un criterio eventual, cuya valoración dependerá que haya sido formulada por alguna de las partes.

e) de contrastada utilidad: como lo demuestra su utilización en las resoluciones judiciales y su pervivencia en textos legales centenarios. Además, las tachas y las circunstancias relativas a la imparcialidad del testigo son también invocadas con frecuencia por las partes.

7.3. Criterios técnicos de valoración

Son numerosos los estudios que analizan los criterios técnicos para la valoración del testimonio. Destaca, por su exhaustividad y rigor, el de Gorphe, para quien la apreciación del testimonio parte de un triple interrogante: 1º ¿Cuál es el valor del testigo o su aptitud

2001 SAP Baleares, secc. 3ª, 8 de febrero de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/12182).

2002 Chozas Alonso, J.M., *La prueba de interrogatorio de testigos*…, ob. cit., p.131.

para hacer un buen testimonio?; 2º ¿Cuál es la propiedad del objeto para facilitar un buen testimonio?; y 3º ¿En qué condiciones se ha formado el testimonio?

En el primer interrogante (valor o aptitud del testigo) analiza el punto de vista moral –hábitos de honradez y de franqueza–; intelectual –capacidad, distinguiendo, a su vez, la de los niños, de los ancianos y de los adultos–; afectivo –interés en el proceso y simpatía y antipatía a las partes– y psíquico –testigo normal o alineado y, en su caso, en qué intensidad–.

En el segundo interrogante (propiedad del objeto percibido) analiza si el objeto ha sido percibido por el oído o por la vista, las condiciones del reconocimiento y lo que llama «evaluaciones».

En el tercer interrogante (condiciones de formación del testimonio) analiza el momento de la percepción –tiempo de observación, perspectiva, iluminación, atención, emoción, integridad cerebral–, la conservación de los recuerdos –tiempo o antigüedad de los recuerdos y sugestiones recibidas– y las condiciones de la deposición –estado del espíritu del testigo y libertad de hablar; carácter más o menos serio del juramento; seguridad en las declaraciones; manifestaciones espontáneas o a preguntas y qué clase de preguntas; lugar en que se han efectuado las manifestaciones–[2003].

En nuestra doctrina destacan las clasificaciones de Guasp[2004], Muñoz Sabaté[2005] y Serra Domínguez[2006]. Nos limitamos a dar cuenta de la clasificación de este último autor, que sigue la sistemática de Muñoz Sabaté con algunas modificaciones.

Como criterios personales, inherentes a la misma persona del testigo, y que influyen en la autenticidad y sinceridad de la declaración, cita los que hacen referencia a la edad, capacidad perceptiva y memorística, profesión y cultura, moralidad, amistad íntima o enemistad manifiesta[2007].

Como criterios formales, extraídos de la propia declaración del testigo, bien extrínsecos derivados de su actitud en el momento de prestar declaración, bien intrínsecos, derivados del análisis de la declaración prestada, cita el lenguaje, la seguridad y firmeza, la uniformidad y las contradicciones, las aclaraciones y puntualizaciones, la verosimilitud[2008].

2003 Gorphe, F., *La crítica del testimonio*, (trad. Ruiz-Funes, M.), ed. Reus, Madrid, 2003, pp. 288-289. Nos hemos limitado a resumir el cuadro sinóptico en que agrupa sus conclusiones.

2004 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1943-1950, pp. 765 y 766, quien distingue entre circunstancias subjetivas, objetivas y de actividad del testimonio.

2005 Muñoz Sabaté, LL, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp. 350-375, quien distingue entre elementos personales, formales y reales de valoración.

2006 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, ob. cit., pp. 25 y ss.

2007 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, ob. cit., pp. 25-27.

2008 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical,* ob. cit., pp. 27 y 28.

Como criterios reales, derivados de la relación existente entre el testigo y los hechos cita la accesibilidad del testigo a los hechos declarados, la relatividad de las valoraciones subjetivas del testigo y el interés personal del testigo en el resultado del proceso[2009].

En nuestra experiencia jurisdiccional una ponderación adecuada de los anteriores criterios técnicos exige, cuando menos, de tres requisitos por parte del juez. En primer lugar, contrastar la relación del testigo propuesto con el *thema probandi* que puede efectuarse en el juicio de admisión del interrogatorio de los testigos, sea porque la parte proponente «apostilla» la prueba, sea porque el juez inquiere sobre dicho extremo.

En segundo lugar, una recepción activa y diligente del testimonio, con formulación no rituaria de las generales de la ley y atención a la razón de ciencia del testigo, así como un firme propósito aclaratorio, particularmente en los supuestos de declaración de varios testigos y declaraciones no coincidentes. Obviamente la inmediación, la oralidad y contradicción en la práctica del interrogatorio de testigos, con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento, han permitido avanzar en la línea de esa recepción más activa.

Y, en tercer lugar, unos mínimos conocimientos sobre la psicología del testigo. Cada vez con mayor intensidad se afirma la conexión entre ciencia y proceso, así como la necesidad de recurrir a la ciencia para la averiguación de hechos que deben ser valorados en el contexto del proceso, particularmente en los países del *civil law*, pues en los países del *common law* las partes deciden si recurren a la ayuda de expertos, y los mismos son tratados como «testimonios de parte»[2010].

En nuestra experiencia docente, debemos señalar que, pese a los esfuerzos de los últimos años[2011], los conocimientos sobre psicología del testigo en los planes de formación inicial y continuada de la Carrera Judicial aun son escasos, y constituyen una demanda cada vez más acuciante de los jueces en sus primeros años en el ejercicio de la jurisdicción[2012]. Expresivamente Gorphe afirmaba que «si el testimonio es viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo XX y no ha acabado de nacer todavía»[2013].

2009 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical,* ob. cit., pp. 28 y 29.

2010 Taruffo, M., *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y debate, núm. 52, marzo 2005, pp. 63-64.

2011 Dentro de los Planes de Formación Continua del CGPJ cabe destacar un curso sobre psicología del testigo que culminó en la obra *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Ballestero Pascual, J.A. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial VII/2005, CGPJ, Madrid, 2006.

2012 Los días 25 a 27 de junio de 2007, y con motivo del décimo aniversario de la inauguración en Barcelona de la sede de la Escuela Judicial, tuve el honor de dirigir el seminario «La docencia en fase de formación inicial de la Escuela Judicial (1997-2007)», aprobado por la Comisión de Escuela del CGPJ, con la participación del claustro de profesores de la Escuela Judicial, expertos docentes y ex alumnos de las últimas promociones de la Escuela Judicial (de la 52ª a la 57ª Promoción), hoy jueces en jurisdicción, y una de las demandas de los jóvenes jueces fue precisamente la necesidad de una mayor formación en el ámbito de la psicología del testigo.

2013 Gorphe, F., *La crítica del testimonio*, ob. cit., p.11.

7.4. Colisión del interrogatorio de testigos con otros medios de prueba

Con carácter general, y como supuestos de colisión entre medios de prueba pueden distinguirse tres supuestos[2014]. En primer lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración. Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio. Son los supuestos de colisión entre el interrogatorio de testigos con el dictamen pericial, con el reconocimiento judicial y, en parte, con el interrogatorio de partes.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. En tal caso, y por su propia naturaleza tasada, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre el interrogatorio de testigos con el contenido de un documento y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado. En tal supuesto se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez. No concurre tal hipótesis en el supuesto del interrogatorio de testigos que, por definición, es de libre valoración.

Con carácter particular, el interrogatorio de testigos puede entrar en colisión con las declaraciones de las partes, con el contenido de un documento, con las conclusiones del dictamen pericial o con las percepciones del reconocimiento judicial.

a) Contradicción con las declaraciones de las partes.

Vigente la LEC de 1881, la colisión entre el resultado de la entonces confesión en juicio con la prueba testifical, determinaba la preferencia de la primera, por ser una prueba de carácter tasado, tanto más cuanto el art. 637 LEC advertía que «sobre los hechos probados por confesión judicial no se permitirá, para corroborarlos, prueba de testigos a ninguna de las partes»[2015].

Con la LEC debemos distinguir dos supuestos. Primero, si el interrogatorio de partes conserva prueba tasada, esto es, se produce un reconocimiento enteramente perjudicial sobre hechos personales de la parte interrogada no contradicho por otros medios de prueba (art. 316.1 LEC) prevalecerá sobre el interrogatorio de testigos, puesto que uno de los

2014 Seguimos la sistematización efectuada por Jiménez Conde, F, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 346-352. Más recientemente, y del mismo autor, un resumen en *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 182 y 183.

2015 De este parecer Serra Domínguez, M., *De la confesión*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2ª, ob. cit., p.308.

presupuestos del carácter tasado del interrogatorio de las partes es la no contradicción con otros medios de pruebas. Y segundo: si hay contradicción entre el interrogatorio de partes y el de testigos, el primero pierde su carácter tasado (art. 316.2 LEC), y nos encontramos ante dos pruebas de libre valoración por el juzgador[2016], tal y como había sancionado ya la jurisprudencia con la derogada LEC de 1881[2017], y anticipa en parte la Exposición de Motivos de la LEC[2018].

b) Contradicción con el contenido de un documento.

Nuevamente distinguimos dos supuestos. Primero, en el ámbito de eficacia tasada del documento no impugnado, esto es, sobre «el hecho, acto o estado de cosas que documentan, la fecha en que se produce la documentación, y la identidad de los fedatarios y demás intervinientes» (art. 319 LEC) prevalecerá el documento sobre lo afirmado por un testigo. Segundo, fuera del ámbito de eficacia tasada, el contenido de un documento puede resultar desvirtuado por una declaración testifical[2019].

c) Contradicción con las conclusiones del dictamen pericial.

Aun cuando la LEC considera que tanto el interrogatorio de testigos cuanto el dictamen de peritos son medios de prueba de libre valoración (arts. 376 y 348 LEC, respectivamente), lo cierto es que el perito aporta máximas de experiencia especializadas sobre una rama del saber que, en caso de contradicción con las declaraciones de un testigo, deberán prevalecer[2020]. Como gráficamente expone Serra Domínguez: «por ejemplo, la

2016 Así: Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II. Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (dirs), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1508; y Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 316 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, Gimeno Sendra, V. (dir.) La Ley, Madrid, 2005, p.457. Más matizadamente, Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.262, parece exigir que la contradicción se ha de producir con «el resultado obtenido con el conjunto de las demás pruebas; no de una prueba, sino de 'las demás pruebas', con lo que estamos otra vez ante la valoración conjunta de la prueba».

2017 Entre otras, SSTS de 1 de septiembre de 1997, fto. jco. 4º (RJ 1997\6377); de 30 de enero de 1992, fto. jco. 1º (RJ 1992\532), de 20 de diciembre de 1994, fto. jco. 1º (RJ 1994\9772) y de 13 de marzo de 2001, fto. jco. 3º (RJ 2001\5973).

2018 En el epígrafe XI, párrafo 8º, se puede leer: «es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de fijación de hechos, el dato que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificado la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las pruebas que se practiquen».

2019 Devis Echandia, H., *Teoría de la prueba judicial*, ob. cit., p.137.

2020 Obviamos aquí la conocida polémica doctrinal sobre si la prueba pericial es un medio de prueba o el perito es un auxiliar del juez que proporciona máximas de experiencia técnicas. Un resumen sobre las posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del perito puede verse en Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos

afirmación del Perito que el desencofrado de un inmueble debe efectuarse a los veintiocho días, determinará la falta de credibilidad del documento o del testigo que afirme que puede desencofrarse sin peligro a los veinte días»[2021].

d) Contradicción con las percepciones del reconocimiento judicial.

Deben prevalecer las percepciones judiciales sobre las declaraciones del testigo, en cuanto que en el reconocimiento judicial el juez es protagonista y destinatario de la prueba, a salvo, claro está, de error en la percepción judicial. Además, ni en la derogada LEC de 1881 ni en la vigente LEC, y a diferencia de lo que sucede para el dictamen de peritos y el interrogatorio de testigos, el legislador remite a las reglas de la sana crítica para la valoración del reconocimiento judicial, puesto que se trata de un medio de prueba que, por definición, produce un grado de convicción superior a los medios de prueba indirectos[2022].

8. Impugnación del interrogatorio de testigos

8.1. Impugnación del juicio de admisión y de las preguntas

El legislador ha previsto el control del juicio de admisión del interrogatorio de testigos y de las concretas preguntas. En el juicio ordinario, y frente a la admisión o inadmisión del interrogatorio de testigos, cabe un recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta a los efectos de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285.2 LEC). En el juicio verbal, y frente a la inadmisión del interrogatorio de testigos, solo cabe protesta (art. 445 LEC).

En cuanto a las preguntas, están sujetas al control de oficio y a instancia de parte, pues el juez puede inadmitir una pregunta por inobservancia de los requisitos legales (art. 368.2 LEC)[2023], pero las partes podrán protestar contra la inadmisión e impugnar la admisión de las preguntas (art. 369 LEC).

Ni la protesta, ni la impugnación son propiamente un recurso y como tales no aparecen regulados en la sección correspondiente de la LEC (Título IV, Libro II). Se trata de

---

a la Ley 1/2000», vol. II, Cuevillas-Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 285-290 y del mismo autor *De la prueba de peritos,* en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2ª, ob. cit., pp. 452-460.

2021 Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.538, nota a pie número 138.

2022 Jiménez Conde, F., *La apreciación conjunta*…, ob. cit., p.349. En el mismo sentido, Montero Aroca, J., *La valoración de la prueba como garantía*…, ob. cit., pp. 423 y 442.

2023 Jiménez Conde, F., *El interrogatorio de testigos,* ob. cit., p.228, cita como requisitos: pertinencia, utilidad, claridad y precisión, referencia a los requisitos propios de un testigo y ausencia de valoraciones y calificaciones.

mecanismos para exteriorizar la disconformidad con una resolución judicial, a los efectos de reservar el derecho a revisión en una segunda instancia y que se pueda formular una pregunta denegada en la instancia (protesta); o a los efectos de evitar que se formule una pregunta que una parte considera que no se ajusta a los requisitos legales (impugnación).

Este doble control, de oficio y a instancia de parte, suscita opiniones doctrinales opuestas. Algunos autores lo han criticado porque consideran que estando la prueba destinada a formar la convicción judicial es innecesario que a instancia de parte se revise el juicio de admisión efectuado ya por el juzgador, pudiendo utilizarse la impugnación de parte con ánimo dilatorio o para devaluar la eficacia probatoria al testimonio, al restar espontaneidad a la declaración y permitir al testigo pensar la respuesta[2024]. Por el contrario, otros lo defienden por entender que las partes están facultades para controlar los presupuestos de admisión de las preguntas y que la decisión del tribunal sobre su admisión sea cuestionada por la parte a efectos de su revisión por el propio tribunal, como sucede en los recursos no devolutivos [2025].

La impugnación de una pregunta admitida puede, ciertamente, enervar la espontaneidad del deponente, pero entre las facultades de dirección judicial de la práctica de la prueba se encuentra la advertir a los letrados de las consecuencias de su conducta procesal. Un uso razonable de la facultad de impugnación no solo permite que la parte impugnante solicite la revisión del juicio de admisión de la concreta pregunta, sino que puede entenderse comprendido en el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) que, siendo un derecho de configuración legal, comporta que la práctica de la prueba se efectúe con observancia de las mayorías garantías para las partes, incluidas la de revisión de los presupuestos sobre admisión de las preguntas.

8.2. Recursos frente a la valoración del testimonio

La valoración del testimonio del Juez de Primera Instancia puede ser revisada por la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación. Tal como se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC, se ha optado por el modelo de apelación limitada (*revisio prioris instantiae*[2026]), de modo que el tribunal de apelación goza de la misma libertad de valoración que el juez de primera instancia para valorar la prueba practicada en la instancia sin necesidad de su reiteración y puede incluso practicar nuevas pruebas en los supuestos

2024 Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 369 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., pp. 1984-1985.

2025 Jiménez Conde, F., *Interrogatorio de testigos,* ob. cit., p.228.

2026 Exposición Motivos LEC: «La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, y si ésta es una sentencia recaída en la 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»* (epígrafe XIII, párrafo segundo). La cursiva es mía.

del art. 460 LEC (prueba indebidamente denegada en la instancia contra la que se formuló oportuna protesta)[2027].

Siendo pacífico doctrinalmente el modelo de apelación limitada, en la jurisprudencia menor se advierten dos líneas de razonamiento en orden a su extensión:

Una más estricta, que reduce el examen de la apelación a «la legalidad de la producción de las pruebas, a la observancia de los principios rectores de su carga y a la racionalidad de los razonamientos», y parece excluir «la credibilidad de los testigos porque eso es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del órgano judicial de primera instancia» (SAP Alicante, 10 de febrero de 2006)[2028].

Se opera con una autorrestricción del ámbito de revisión de la apelación (legalidad prueba, normativa carga prueba, racionalidad del razonamiento) circunscribiéndose en el aspecto valorativo a los razonamientos ilógicos, arbitrarios o absurdos. Semejante postura se ampara en un doble razonamiento[2029]. Por una parte, en una visión estricta del principio de inmediación[2030], que entiende que ante la falta de inmediación directa el tribunal de apelación deberá optar por respetar la valoración del tribunal de instancia, salvo que sea ilógica. Por otra parte, en la equiparación de la función de la apelación con la del Tribunal Supremo con respecto a la casación de las sentencias dictadas en segunda instancia, cuando son notorias la diferencias entre un recurso –el de apelación, de naturaleza ordinaria, que permite la revisión del enjuiciamiento en la instancia– y otro recurso– el de casación, de naturaleza extraordinaria, con limitación en los motivos y resoluciones recurribles, y mayor restricción para revisar el juicio de hecho–.

Y otra postura más flexible, que con mejor fundamento, razona que «…respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para calibrar la forma y seguridad con que han sido emitidas las manifestaciones de partes y testigos que han determinado su apreciación, pero sin que ello impida su nueva valoración por esta Sala, y la modificación de lo por él objetivado, cuando

2027 Con respecto a la práctica de prueba en segunda instancia pueden verse, entre otras: SSAP Barcelona, 20 de febrero de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/32182); Madrid de 18 de enero de 2005, fto.jco.5º (RJ 2005/497) y Málaga de 18 de febrero de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/948).

2028 SAP Alicante, secc. 7ª, de 10 de febrero de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/89566). En la misma línea, y entre otras, SSAP Las Palmas, secc.3ª, de 20 de enero de 2006, fto.jco.1º (EDJ 2006/19005); Guipúzcoa, secc.3ª, de 15 de mayo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398652); y Madrid, secc.11ª, de 28 de diciembre de 2005, fto.jco.2º (EDJ 2005/282721).

2029 Pérez Asenjo, A., *La valoración de la prueba de la prueba en la segunda instancia*, en «Valoración de la prueba en el proceso civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch, Barcelona, 2008, pp. 156-158, efectúa un análisis crítico de esta postura jurisprudencial.

2030 En sentido amplio la inmediación «solo exigiría la presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso», mientras que en sentido estricto «exige que sea precisamente el juez que dicte finalmente la sentencia el que haya estado presente en las actuaciones judiciales». Herrera Abián, R., *La inmediación como garantía procesal*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 4-6.

sea expuesto el error cometido por dicho juzgador, y así se aprecie» (SAP Segovia, 13 de abril de 2000)[2031].

Dicha argumentación, sin negar el valor del principio de inmediación, y la posición privilegiada del juez de primera instancia, no restringe el ámbito de la apelación y es más coherente con su configuración legal como modelo de apelación limitada que permite la revisión del juicio de hecho –y, por ende, de la declaración del testimonio– por el tribunal de apelación con la misma amplitud y libertad de apreciación que el juez de primera instancia[2032].

Mucho más discutible es la revisión de la valoración del testimonio a través del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Una jurisprudencia muy difundida ha negado la revisión de la valoración del testimonio en casación, salvo que se trate de valoraciones absurdas o ilógicas, bajo el argumento que las reglas de la sana crítica no aparecen recogidas en precepto alguno y, por ello, no podían fundar la casación en el error de derecho (art. 1.692.5º LEC\1881 y art. 447.1º LEC).

Frente a ello algunos autores, ya desde la vigencia de la LEC de 1881, han venido afirmando la posibilidad de revisar en casación la valoración del testigo por infracción de las máximas de experiencia probatorias (con fundamento en el art. 1692.5º LEC de 1881 y art. 447.1º LEC). Desde esta postura se razona que «existía una manifiesta contradicción en la doctrina jurisprudencial al permitir la censura en casación de las reglas del criterio humano del art. 1253 CC, y prohibir la revisión de las reglas de la sana crítica, pese a que unas y otras pertenecieran a la misma categoría de máximas de experiencia comunes». Y se concluía que «no debería existir por tanto inconveniente alguno en que si el Tribunal de instancia no hubiera efectuado labor crítica alguna de la *prueba testifical*, o la realizara con manifiesto error, pudiera denunciarse en casación la infracción cometida, sin que ello supusiera convertir la casación en una tercera instancia»[2033].

8.3. Proceso penal por falso testimonio

Dispone el art. 365.1 LEC: «Antes de declarar, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el falso testimonio

2031 SAP Segovia, sección única, de 13 de abril de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 13168/2000). En la misma línea SAP Alicante, de 23 abril de 2002 (JUR 2002, 156174).

2032 Cfr. en este sentido, Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, 1ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 103-104 y 108; y Aragoneses, P. y Gibert, M., *La apelación en los procesos civiles*, 1ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 104 a 109.

2033 Serra Domínguez, M., *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, pp. 1149-1150. En el mismo sentido, Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., pp. 600-601, y Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, ed. Ariel, Barcelona, 2003, pp. 176-178.

en causa civil, de las que se le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas». Se recoge, con términos prácticamente idénticos, la fórmula prevista en el derogado art. 647 LEC\1881, con la novedad de ofrecer al testigo la alternativa entre jurar o prometer, antes limitada al juramento.

Tanto en el proceso civil (art. 365.1 LEC) cuanto en el penal (arts. 433 y 706 Lecrm), y previamente a su declaración, el juez recibe el juramento o promesa del testigo de decir verdad y le conmina con las penas del delito de falso testimonio. El juramento o promesa y la advertencia de delito constituyen las dos garantías previstas por el legislador para asegurar el deber de decir verdad. Ni existe una fórmula prevista para prestar el juramento, ni se prevén las consecuencias de su negativa, tan solo se prevé el delito de falso testimonio.

Ambas garantías, juramento y delito de falso testimonio, son cuestionadas. En cuanto al juramento, se ha afirmado que es «innecesario para el testigo sincero e inservible para prevenir el testimonio deliberadamente falso»[2034].Y en cuanto al delito de falso testimonio, se ha afirmado que es una «muestra de la tolerancia o ineficacia del sistema español, pues siendo, en la apreciación vulgar, alto el número de testigos poco fiables, es muy bajo el número de procedimientos incoados»[2035].

Se exime, al igual que el derogado art. 687 II LEC\1881, del juramento o promesa al menor de «edad penal» (art. 365.2 LEC), esto es, al menor de catorce años, por aplicación de la Ley 5/2000, de responsabilidad penal del menor[2036], que regula la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años (art.1). Coincide, por tanto, la edad (de catorce años) en la que se le puede considerar al menor penalmente responsable (art.1 Ley 5/2000) y civilmente idóneo para declarar como testigo si, a juicio del juez, posee discernimiento necesario (art. 361.2 LEC)[2037].

Desde el punto de vista sustantivo, el delito de falso testimonio está tipificado en los artículos 458 y 460 del CP que, desde su versión de 1995, ha ido progresivamente ampliando su ámbito, pues con el CP de 1973 parecía reducido a los procesos criminales. Se trata de un delito especial –pues solo puede cometerlo el testigo–, de actividad –pues se consuma con la declaración falsa sin necesidad de ulterior resultado–, cuyo bien jurídico protegido es el interés de la recta administración de justicia y en él se distinguen dos supuestos.

2034 Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.313.

2035 Quintero Olivares, G., *Del falso testimonio*, en «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal», 5ª ed., obra dirigida por el mismo autor, Aranzadi, Navarra, 2005, p.1780.

2036 Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, publicada en el boe de 13 de enero de 2000, y modificada por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

2037 En sentido distinto Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», ob. cit., p.385, y Moreno García, J.A., *Comentario al art. 365 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», ob. cit., p.1178, que fijan la edad penal en los dieciocho años.

Un primer supuesto, formado por el tipo básico de falso testimonio, que consiste en alterar sustancialmente lo percibido u oído por el testigo[2038], con propósito de modificar la eficacia del testimonio, sancionado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses (art. 458 CP), y que comprende las siguientes modalidades: a) el testigo que afirma algo que le consta como falso; b) el testigo que niega algo que le consta verdadero; y c) el testigo afirma o niega algo que no le consta si es verdadero o falso, independientemente que su testimonio corresponda con la realidad[2039]. En gráfica y sintética expresión jurisprudencial la conducta delictiva consiste en que el testigo «mienta en aquello que le es preguntado»[2040], con la voluntad de introducir en el proceso un dato falso e influir en sentido desviado en el ánimo del juzgador.

Un segundo supuesto, formado por el llamado falso testimonio parcial o impropio[2041], consiste en las reticencias, inexactitudes o silencios, sin faltar sustancialmente a la verdad, sancionado con la pena de multa de seis a doce meses (art. 460 CP).

El tipo penal se integra tanto por aquellos que incurren en falso testimonio (arts. 458 y 460 CP), cuanto aquellos que a sabiendas presentan testigos falsos (art. 461 CP), imponiéndose la pena en su mitad superior si el responsable del delito fuera abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal.

Como apuntan Muñoz Sabaté y Serra Domínguez, el mero error o inexactitud inconsciente del testigo no comporta responsabilidad penal, sin perjuicio que si dicho error es negligente y origina perjuicios a algunas de las partes, ésta pueda ejercitar en su contra la acción de responsabilidad extracontractual[2042].

Desde el punto de vista procesal, merece dejar constancia de los siguientes extremos:

a) No es necesaria la previa autorización del Juez ante el que se prestó la declaración que se reputa falsa, para proceder por un delito de falso testimonio[2043]. Se trata de una condición de perseguibilidad del delito, recogida en una jurisprudencia muy difundida, ya en vías de superación, que no aparece recogida en texto procesal ni sustantivo penal alguno.

2038 Córdoba Roda, J., *Comentario al art. 458 CP*, en «Comentarios al Código Penal. Parte Especial», t. II, Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (coords), ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p.2241.

2039 Serra Domínguez, M., *La prueba testifical*, ob. cit., p.32.

2040 STS, Sala 2ª, 6 de marzo de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/31785).

2041 Con tal denominación se acoge el tipo del art. 460 CP en la doctrina penalista: Quintero Olivares, G., *Comentario al art.460*, en «Comentarios a la parte especial del Derecho Penal», ob. cit., p.1790; AAVV, *Comentario al art. 460 CP*, en «Código Penal», Rodríguez Morillo, G. (coord.), ed. Civitas, 2004, p.2452.

2042 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria*, ob. cit., pp. 132; Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, ob. cit., p.312.

2043 Así Córdoba Roda, J., *Comentario al art. 458 CP*, en «Comentarios al Código Penal. Parte especial», t. II, ob. cit., pp. 2253-2254.

La STC de 30 de septiembre de 1985, que analiza extensamente la necesidad o no de la previa autorización, ofrece un triple argumento contrario a tal exigencia: 1º) «ni el falso testimonio es un delito cualificado por el resultado (art. 329 CP) [en referencia al CP de 1973], lo cual haría razonable la autorización del órgano ante el que se cometió en cuanto que él fue el más o menos inducido a juzgar en un determinado sentido en función o no de la declaración reputada como falsa»; 2º) «ni el bien jurídico protegido en el delito de falso testimonio es sólo el de la Administración de Justicia»; 3º) «ni el interés del particular ofendido, aunque fuera secundario, puede quedar inerme ante la denegación de la autorización judicial previa no exigida por precepto legal alguno»[2044].

b) Es conveniente que haya concluido el juicio donde se prestó el supuesto delito de falso testimonio, pues de lo contrario se podría interponer el proceso penal con fines dilatorios o simplemente para influir en el ánimo del juzgador[2045].

c) Si el juez estima que el testigo ha incurrido en el supuesto delito de falso testimonio, debe librar testimonio de las actuaciones al Juzgado de instrucción competente, pudiéndolo efectuar a instancia de parte e incluso de oficio.

Bibliografía

Borrajo Iniesta, I, *La ineficacia de los testigos en los procesos civiles*, en rev. Tribunales de Justicia, núm. 10, octubre, 1998; Chozas Alonso, J.M., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*, ed. La Ley, Madrid, 2010; de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, S.A., 1968; Gómez Colomer, J. L., *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000; Gorphe, F., *La crítica del testimonio*, (trad. Ruiz-Funes, M.), ed. Reus, Madrid, 2003; Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albadalejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991; Jiménez Conde, F., *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en «La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento de 2000», Gómez-Colomer, J.L. (coord.), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2003; MIRANDA ESTRAMPES, M., *La nueva regulación de la audiencia del menor*, rev. Sepin Familia, núm. 47, sept., 2005; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed, ed. Civitas, Madrid, 2006; –--*La valoración*

2044 STC, Sala 2ª, de 30 de septiembre de 1985, fto. jco.3º (EDJ 1985/99), seguida, entre otras y con posterioridad, por SSTS, Sala 2ª, de 6 de marzo de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/31785) y 1 de marzo de 2005, fto. jco.4º (EDJ 2005/37945).

2045 En este sentido SAP Córdoba de 17 de febrero de 1998, citada en AAVV, Código Penal, Rodríguez Mourullo (coord.), ed. Civitas, Madrid, 2004, p.2446.

de la prueba como garantía en el proceso civil, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 652 LEC 1881*, en «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Cortés Domínguez, V. (coord.), ed. Tecnos, Madrid, 1985; Onecha Santamaría, C., *El careo de testigos,* en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1082, de 5 de enero de 1997; –--*Dirección y desenvolvimiento de la prueba testifical*, en Revista de Derecho Judicial, núm. 50, 1972; Peláez Portales, D., *El careo en el Proceso Penal Español*, ed. El Almendro de Córdoba, S.L., Córdoba, 2003; Pérez Asenjo, A., *La valoración de la prueba en la segunda instancia*, en «Valoración de la prueba en el proceso civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M. Bosch, Barcelona, 2008; Pino Abad, M., *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2002; Rodríguez Tirado, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000; Serra Domínguez, M., *Prueba testifical*, publicado en Revista Venezolana de Derecho Probatorio, redactado en 19 de marzo de 1992; –*El interrogatorio de testigos*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, Barcelona, 1968; –--*Interrogatorio de preguntas,* en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, t. XIII, Barcelona, 1968; –--*Interrogatorio de repreguntas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», F. Seix editor, Barcelona, 1968; Taruffo, M., *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y debate, núm. 52, marzo 2005; Zubiri de Salinas, F., ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto, en rev. Jueces para la Democracia, Información y debate, núm. 50, julio 2004.

CAPÍTULO XIII

La prueba pericial[2046]

1. Introducción. 2. Precisiones terminológicas: la prueba pericial, el perito, la pericia, el reconocimiento pericial, y el dictamen pericial. 3. La prueba pericial. 3.1. Naturaleza jurídica. 3.2. Admisibilidad. 3.3. Objeto. 3.4. Caracteres. 3.5. La pericia corporativa. 4. El perito. 4.1. Distinción con figuras afines. 4.1.1. Especial consideración del testigo-perito. 4.2. Capacidad. 4.3. Designación y aceptación del cargo. 4.4. La imparcialidad del perito. 4.5. Derechos y deberes del perito. 4.6. Responsabilidad del perito. 4.6.1. Responsabilidad penal. 4.6.2. Responsabilidad civil. 4.6.3. Responsabilidad disciplinaria. 5. Procedimiento de la pericia y el dictamen pericial. 5.1. La doble modalidad de dictámenes en la Ley 1/2000 y su compatibilidad. 5.2. El dictamen a instancia de parte: la carga de la aportación. 5.3. El dictamen de designación judicial: proposición y admisión. 5.4. Aspectos comunes a ambas modalidades de dictámenes: reconocimiento, emisión y contradicción. 5.5. Iniciativa del juez. 5.6. Referencia especial al juicio verbal. 5.7. Práctica conjunta de la prueba pericial con el reconocimiento judicial. 6. Valoración del dictamen pericial. 6.1. Valoración conforme a la sana crítica. 6.2. Criterios orientadores de la valoración judicial. 6.3. Colisión del dictamen pericial con los medios de prueba. 7. Impugnación del dictamen pericial. 7.1. Impugnación del juicio de admisión. 7.2. Impugnación del dictamen pericial con anterioridad a la valoración en sentencia. 7.3. Impugnación del dictamen pericial tras la valoración en sentencia: recursos frente a la resolución judicial. 8. Coste del dictamen pericial. 8.1. Provisión de fondos. 8.2. Honorarios del perito y su repercusión en costas. 8.3. Procedimiento para reclamar los honorarios del perito. 8.4. Asistencia pericial gratuita. 9. Prueba pericial caligráfica. Bibliografía.

1. Introducción

El estudio de la prueba pericial comprende varias cuestiones que, a efectos de claridad expositiva, agrupamos en cinco partes. En una primera parte, es insoslayable un análisis dogmático de la prueba pericial, para determinar su naturaleza jurídica, admisibilidad y objeto. Debe precisarse, entre otros extremos, si la prueba pericial es un medio de prueba o un auxilio del juez; si el juez tiene necesidad de acordar la prueba pericial cuando posee conocimientos técnicos; y si el perito se limita a aportar conocimientos técnicos para valorar elementos de hecho ya existentes en el proceso –*perito deduciendi*– o también puede aportar directamente hechos nuevos en el proceso –*perito percipiendi*–. El estudio dogmático se cierra con una referencia a la pericia corporativa, que pierde el carácter residual y subsidiario

2046 Publicado en la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, núm.3, J.M.Bosch, 2009 y revisado para esta obra.

de la LEC de 1881, para convertirse en una opción alternativa a los peritos individuales, con posibilidad que el dictamen sea emitido por personas jurídicas privadas.

En una segunda parte, se aborda la figura del perito y su estatuto jurídico. Se delimita la figura del perito de otras figuras afines, con particular atención al testigo-perito, ya conocida en otros ordenamientos jurídicos, e introducida, por vez primera por la LEC. Y, con respecto al estatuto jurídico del perito, se analizará su capacidad, su designación, los mecanismos (juramento, abstención, tacha o recusación) para garantizar su imparcialidad, sus derechos y deberes, y las responsabilidades (civil, penal y/o disciplinaria) en que puede incurrir.

En una tercera parte, se analiza el procedimiento de la pericia y su culminación en la emisión de un dictamen pericial. Sistemáticamente tal vez sea el apartado más complejo dado el carácter híbrido de la pericia que ha configurado la LEC. De ahí que se haya optado por analizar, por una parte, los aspectos particulares de la proposición y admisión de la doble modalidad de periciales (de parte y de designación judicial) introducida por la LEC. Y, por otra parte, los aspectos comunes a cualquier dictamen pericial, como son las operaciones del reconocimiento pericial, la emisión y la contradicción. Este tercer apartado se completa con el margen de iniciativa probatoria del juez, la problemática específica del juicio verbal y la práctica conjunta de la prueba pericial con el reconocimiento judicial.

La cuarta parte se dedica a aspectos concretos del dictamen pericial, una vez emitido, cuales son los relativos a su valoración, impugnación y coste. Debe precisarse la noción de sana crítica y atender a los criterios jurisprudenciales para valorar el dictamen pericial. También los diversos momentos de impugnación del dictamen pericial, sea con anterioridad a la sentencia, en los trámites de alegaciones, en la fase intermedia de la audiencia previa o de la vista, o en la fase de conclusiones; sea una vez dictada sentencia, a través de una segunda instancia, posibilidad no controvertida, y la más controvertida del acceso a la casación. Dentro del coste del dictamen pericial se analizará el novedoso trámite de la provisión de fondos, los honorarios del perito y su repercusión en las costas procesales, los procedimientos para reclamar los honorarios del perito y la asistencia pericial gratuita.

Por último, el estudio se cierra con una referencia a una modalidad específica de pericia, cual es la pericial caligráfica.

2. Precisiones terminológicas: la prueba pericial, el perito, la pericia, el reconocimiento pericial y el dictamen pericial

Los textos positivos utilizan denominaciones variadas, siendo las más frecuentes las de prueba pericial, prueba por peritos, reconocimiento pericial, pericia o dictamen de peritos.

La derogada LEC de 1881, aludía unas veces a la «prueba por peritos» (art.610), otras a la «prueba pericial» (arts.614 y 632), incluso al «reconocimiento pericial» (art. 630),

reservándose el término «dictamen» para la opinión, de palabra o por escrito, de los peritos (arts. 627 y 629) o para la enumeración de los medios de prueba (art. 578.5º). La normativa derogada del Código Civil también aludía la «prueba por peritos» (sección 4ª, del Capítulo V, del Título I, Libro IV y art. 1.215 CC).

La LEC, por el contrario, elude las expresiones «prueba pericial» o «prueba por peritos» y opta por el término «dictamen de peritos», tanto en la enumeración de los medios de prueba (art. 299.1.4º LEC) cuanto a lo largo de todo el articulado (arts. 335 y ss)[2047]. La regulación legal contiene una sola referencia a la «prueba pericial», en alusión a los documentos indubitados necesarios para la practica del cotejo de letras (art. 350.2.1º LEC), identificando el cotejo letras como una prueba pericial.

Procede, por tanto, delimitar las nociones de «prueba pericial»; «perito»; «pericia»; «reconocimiento pericial»; y «dictamen pericial». La «prueba pericial» es aquella prueba, actualmente enumerada en el art. 299.1.4º LEC, y utilizada cuando son necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de los que, en principio, el juez puede carecer[2048]. Es la denominación técnicamente correcta, pues la expresión legal de «dictamen

2047 La SAP Álava, secc.1ª, de 24 de julio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398039) apunta que con tal preferencia terminológica «se viene acentuar, así, que los peritos y sus conocimientos son la fuente de prueba, y el dictamen el medio para aportar al proceso la información para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos».Ello no obstante, en la Exposición de Motivos (epígrafe XI) se mantiene la ambigüedad terminológica y se alude indistintamente al «dictamen de peritos» (párrafo 14º), a la «prueba pericial» (párrafo 15º), a la «actividad pericial» (párrafo 16º) y a la «pericia» (párrafo 17º).

2048 Recogemos varias definiciones, ordenadas alfabéticamente a partir de sus autores:A) En general: Carnelutti, F., *La prueba civil*, 2ª ed., ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p.84: «La pericia o peritación es una prueba que se realiza interviniendo el perito como auxiliar del juez, por faltarle, o poderle faltar, a éste las posibilidades técnicas de realizarla eficazmente. La fuente de prueba la constituye el objeto de la peritación (una cosa o una persona): el medio de prueba, el examen y las operaciones que el perito lleva a cabo y que se reflejan en su dictamen»; Devis Echandía, H., *Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1969, p.857 y del mismo autor *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5ª ed.,Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1981, p.287: «La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes»; Lessona, C., *Teoría general de la prueba en derecho civil*, t. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, p.536: «tiénese la prueba pericial cuando el juez confía a personas técnicas el oficio de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales para tener de ellos un parecer jurado»; Sentís Melendo, S., *La prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1979, p.235: «la peritación es un medio de prueba por el cual ese sujeto [en referencia al perito] llega a las fuentes de prueba que el juez, requiriéndole ayuda, pone a su disposición».B) Con respecto a la LEC de 1881: Fernández Ballesteros-Rifá Soler-Valls Gombau, *Derecho Procesal Práctico*, t. III, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992, p.776: «La prueba por peritos se configura como aquel medio de prueba por el que una o varias personas con conocimientos científicos, artísticos o prácticos informan al Juez, para que éste pueda valorar convenientemente los hechos del proceso»; Gómez Colomer, J.L. (con Montero Aroca, J.;

Ortells Ramos, M.), *Derecho Jurisdiccional*, t. II, vol. 1º, Librería Bosch, Barcelona, 1989, p.286: «La prueba pericial es un medio concreto de prueba en virtud del cual una persona con conocimientos especializados o técnicos que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el juez pueda valorar mejor la naturaleza de los hechos u elementos objeto de prueba»; Font Serra, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, pp. 6 y 11-18, se muestra reacio a incluir la prueba de peritos «en una definición estricta y breve» y opta por apuntar sus caracteres básicos.C) Con respecto a la LEC: Blasco Soto, Mª C., *La asistencia pericial gratuita en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, en Diario La Ley, Ref. D-253, Tomo 7, ed. La Ley: «actividad procesal– se desarrolla en y para el proceso– solicitada a instancia de parte o acordada por el juez para que una o varias personas, expertas en materias no jurídicas, elaboren y transmitan al órgano jurisdiccional información especializada»; de la Oliva Santos, A., (con Díez-Picazo Giménez, I.), *El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p.352: «la información que proporcionan personas con conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre principios de su ciencia, arte o práctica, en relación con hechos o circunstancias fácticas de influencia en el proceso civil»; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.28: «cualquier dictamen que pueda contribuir a valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o a adquirir certeza sobre ellos, es medio de prueba, tanto si es un dictamen elaborado fuera del proceso por perito designado por alguna de las partes (el llamado hasta ahora dictamen extrajudicial), como si es dictamen emitido dentro del proceso por perito designado por el tribunal (art. 335.1 LEC)»; Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.411: «aquel medio probatorio por medio del cual se aporta al proceso un informe o dictamen elaborado por un técnico en alguna de las ramas de las ciencias, de las artes o del saber en general, acompañado, en su caso, de la posibilidad que el autor del mismo pueda comparecer en el juicio y someterse a las preguntas, observaciones y aclaraciones solicitadas por las partes y por el órgano judicial, todo ello con el fin de acreditar hechos jurídicamente relevantes de pleito para cuya apreciación o comprensión se precisen unos determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos»; González Pillado, E. e Iglesias Canle, I., *La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista Xurídica Galega, núm. 27, 2º trimestre, 2000, p.309: «La prueba pericial o dictamen de peritos es un medio de prueba en virtud del cual una persona con conocimientos especializados o técnicos que el órgano jurisdiccional no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el juez pueda valorar mejor la naturaleza de los elementos o hechos de prueba, sin olvidar que esa prueba debe referirse precisamente a conceptos, juicios y máximas de experiencia propias de un saber especializado»; Illescas Rus, A.V., *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p.46, en referencia a la pericia: «Podemos definir la pericia, en sentido jurídico-procesal, como la acción y el resultado de aportar al proceso el conjunto de conocimientos especializados en un concreto ámbito del saber, sea científico, artístico o técnico, o las singulares aptitudes o habilidades en algún campo determinado de la práctica, que no pueden ser proporcionados más que por quienes los posean o estén versados en aquéllos, y sin los cuales no es posible adquirir datos de trascendencia para el proceso, considerar su importancia o su exacta dimensión»; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ed. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 786-787, sin ofrecer una definición, destaca como características: «1º) La pericia es una actividad procesal probatoria; 2º) Lo específico de la pericia es la aportación de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, que el tribunal no posee; y 3º) La pericia es también una prueba personal, que se centra en torno a la figura de los peritos»; Rifá Soler, J.Mª., *Comentario al art. 335 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández Ballesteros, M.A; Rifá Soler, J.Mª y Valls Gombau, J.F. (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1571: «la prueba pericial se configura como un medio de prueba por el que una o varias personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos informan al Tribunal, por medio de un dictamen, sobre hechos influyentes en el proceso, para

de peritos» (art. 299.1.4º LEC) debe reservarse para el medio a través del cual se aportan los conocimientos del perito[2049].

El perito es la fuente de prueba. Será el sujeto ajeno al proceso, poseedor de un conocimiento especializado y encargado, bien a instancia de parte, bien por designación judicial, de emitir un dictamen pericial. Más precisamente ha sido definido como «una persona física o jurídica (art. 340.2 LEC), tercero al proceso, y por tanto imparcial en sentido objetivo que aporta al mismo un saber que, lejos de ser personal, subjetivo e insustituible, lo es con base en unos determinados conocimientos técnicos, científicos o artísticos, que el Juez por su profesión no posee y de los cuales precisa para la apreciación de los hechos que han de ser enjuiciados»[2050]. De modo similar se afirma que «…el perito es aquel tercero llamado al proceso para aportar un conocimiento científico, artístico, técnico o práctico que al Juez le falta y que es necesario para valorar los hechos y circunstancias relevantes de influencia en el pleito» (SAP Sevilla, 20 de abril de 2006)[2051].

El perito, en virtud de un encargo, emite, tras un proceso de análisis y deducción una declaración técnica con la finalidad de auxiliar al juez. Las notas esenciales de la génesis de la declaración son, al decir de Guasp, «el porqué jurídico (encargo) y el cómo jurídico (examen) de su elaboración»[2052]. En la configuración de la LEC, se considera perito a la persona que emite el dictamen aportado por la parte, en igual medida que al perito nombrado por el tribunal (SAP Madrid, 12 de abril de 2005)[2053].

---

que aquél pueda valorarlos convenientemente»; Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.452, y del mismo autor en *La prueba pericial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, ed. dijusa, Barcelona, 2000, pp. 286: «Podemos definir el dictamen pericial como el conjunto de conocimientos técnicos especializados que proporcionan al Juez los peritos, poseedores de dichos conocimientos, para facilitarle la apreciación y valoración probatoria de afirmaciones de carácter técnico que exceden los conocimientos genéricos del juez».D) Y en la jurisprudencia, y entre otras muchas, destacamos la SAP Madrid, secc. 9ª, de 9 de abril de 2007, fto. jco. 3º (EDJ 2007/96660) que afirma que: «Respecto a la prueba pericial debe entenderse por tal conforme establece el artículo 335 de la LEC, aquellos informes técnicos aportados a los autos por las partes realizados por perito con conocimientos científicos artísticos o prácticos, con relación a la cuestión o materia sobre la que versa el dictamen».

2049 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 335 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández Ballesteros, M.A; Rifá Soler, J.Mª; Valls Gombau, J.F. (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1571.

2050 Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 335 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, Gimeno Sendra, V. (dir.), La Ley, Madrid, 2005, p.664.

2051 SAP Sevilla, secc. 5ª, de 20 de abril de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/296339).

2052 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. I, M.Aguilar editor, Madrid, 1947, p.605.

2053 SAP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556). En sentido similar, SAP Palencia, de 12 de febrero de 2003, fto.jco.3º (EDJ 2003/20971).

La pericia es la actividad desplegada por el perito para emitir el dictamen pericial. Parcamente regulada en la LEC, a diferencia de lo que sucede en otros textos positivos de nuestro entorno, comprende las operaciones de reconocimiento pericial (art. 345 LEC), de emisión del dictamen (art. 346 LEC) y de contradicción (art. 347 LEC), ésta última regulada con gran amplitud en la LEC.

El reconocimiento pericial, o en terminología de la LEC las «operaciones periciales» (art. 345 LEC), consiste en «la observación y apreciación –percepción y deducción– de los hechos objeto de pericia por los peritos, que son los sujetos de la prueba pericial»[2054]. Constituye, junto con la emisión y la contradicción, una de las fases que integran la pericia, y el presupuesto necesario para la emisión y contradicción del dictamen pericial.

El dictamen pericial es el informe –normalmente escrito– en que se plasma la actividad del perito. Si el perito es la fuente de prueba, el dictamen pericial es el medio de prueba, a través del cual acceden al proceso sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos[2055]. A diferencia de la derogada LEC\1881, en que el dictamen podía rendirse de forma oral o por escrito (art. 627), la LEC prescinde del dictamen oral, y sólo se prevé el dictamen por escrito (arts. 265.1.4º y 336 LEC, para el dictamen a instancia de parte; y art. 346 LEC, para el dictamen de designación judicial).

3. La prueba pericial

3.1. Naturaleza jurídica

Una de las cuestiones más debatidas en torno a la prueba pericial es la de su naturaleza jurídica, respecto de la cual se han dado tradicionalmente dos posturas.

Un sector doctrinal sostiene que el perito es un auxiliar del juez. Esta posición, cuyo principal impulsor fue Carnelutti[2056], ha sido recogida en nuestra doctrina, entre otros, por autores como Prieto Castro, Gómez Orbaneja, Serra Domínguez o Gómez Colomer, y parte de la idea que la posibilidad de conocer o apreciar los hechos corresponde al juez[2057], de modo que la prueba pericial no introduce hechos nuevos, sino que, sobre unos hechos ya aportados, proporciona al juez máximas de experiencia para complementar su

2054 Font Serra, E., *La prueba*…, ob. cit., p.170.

2055 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 25-32, apunta que la LEC acentúa la distinción entre el perito y el dictamen, siendo el primero «la fuente de prueba» y el segundo «el medio para aportar al proceso la información para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos».

2056 Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. Alcalá Zamora y Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, t. II, pp. 147 y 209 y ss.

2057 Prieto Castro, L., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.179.

capacidad de juicio[2058]. Esta postura centra la función del perito en el auxilio a la función jurisdiccional, apartándola de la influencia de las partes, y configura el dictamen pericial como la aportación al proceso de conocimientos técnicos especializados que facilitan el juicio de hecho del juez[2059]. Ha tenido eco jurisprudencial en aquellas resoluciones que, sin negar la facultad judicial de valorar los dictámenes emitidos, subrayan que «en todo caso la función del perito es la de auxiliar al Juez ilustrándole sobre las circunstancias del caso...» (STS 6 de febrero de 1987)[2060] e incluso en aquellas otras que cuestionan el propio carácter de medio de prueba al afirmar que «la prueba pericial no es un medio probatorio stricto sensu, sino que resalta, respecto de los demás medios de prueba, con su carácter auxiliar» (SAP Tarragona, 19 de enero de 2004[2061]).

Otro sector doctrinal, por el contrario, considera que la prueba pericial es un medio de prueba. Autores como Guasp, de la Oliva Santos, Montero Aroca, Font Serra o Rifá Soler defienden que la prueba pericial es un medio de prueba en la medida que con su actividad se busca la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales[2062], puesto que se llevan al proceso los conocimientos especializados del perito con la finalidad de determinar o fijar formalmente los hechos controvertidos que precisan ser conocidos o apreciados[2063], siendo el perito nombrado ordinariamente por las partes[2064], sin que pueda ordenarla de oficio el juez y pudiendo el dictamen pericial intro-

2058 Gómez Colomer, J.L., *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., p.287.

2059 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., pp. 288-289 y Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.787.

2060 STS, Sala 1ª, de 6 de febrero de 1987 (RJ 1987\689). En sentido idéntico, SSTS, Sala 1ª, de 23 de abril de 1987 (RJ 1987\2727) que destaca que «[...] la función del perito es la de auxiliar al Juez sobre las circunstancias del caso, pero sin negar en ningún supuesto al Juzgador la facultad de valorar los informes emitidos [...]»; de 18 febrero de 1988 (RJ 1988\1114), que subraya que el perito es «un auxiliar del juez que debe estar, [...], dotado de la misma imparcialidad que el Juez para dictaminar sobre aquello que se someta a su examen y comprobación»; de 10 de noviembre de 1994, fto.jco.2º (RJ 1994\8483) que afirma también que «[...] la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias del caso, pero sin negar en ningún caso al juzgador la facultad de valorar el informe pericial [...]». En sentido similar STS, Sala 1ª, de 10 febrero de 1994, fto.jco.4º (EDJ 1994\848). En idéntico sentido, y entre la jurisprudencia menor, SAP Las Palmas, secc.5ª, de 3 de febrero de 2005, fto.jco.3º (EDJ 2005/21926).

2061 SAP Tarragona, secc.3ª, de 19 de enero de 2004, fto.jco.3º (EDJ 2004/16123).

2062 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* t. II, vol. I, ob. cit., 1947, p.608.

2063 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial…*, ob. cit., p.38.

2064 Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau, *Derecho Procesal Práctico*, t. III, Madrid, 1992, p.778, quienes también destacan que el perito tampoco participa con el juez en su actividad jurisdiccional. Más recientemente, Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 335 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros; Rifá Soler; Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1572, para quien esta concepción ahora «ha quedado reforzada por la nueva forma legal de nombrar a los peritos, así como la delimitación de su objeto y necesidad, que corresponde a

ducir hechos o circunstancias fácticas nuevas[2065], considerándose, en todo caso, que la actividad que realiza el perito tiene una finalidad probatoria[2066]. Dicha postura ha tenido también trascendencia en resoluciones del Tribunal Supremo en las que se afirma que «de acuerdo con el art. 610 LEC [1881], la pericial es –disquisiciones doctrinales aparte–, un medio de prueba al que acudir, cuando para la fijación de ciertos hechos se requieran conocimientos científicos, artísticos o prácticos» (STS 7 de abril de 1995)[2067].

La LEC pretende zanjar la polémica doctrinal y considera que la prueba pericial es un medio de prueba. Así en el párrafo 14º del epígrafe XI de la Exposición de Motivos se anticipa: «Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como un medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes [...]». Y, a continuación, en el párrafo 16º del mismo epígrafe se concluye: «Así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza –si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador–, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración».

No podemos compartir la opción legislativa por varias razones. En primer lugar, se aparta del derecho comparado. Como ha puesto de relieve Picó i Junoy en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –Alemania, Italia, Francia, Bélgica e Inglaterra– y en textos supranacionales – Principles and Rules Transnational of Civil Procedure y Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica– se configura la prueba pericial como mecanismo de auxilio del juez[2068]. Baste, a título de ejemplo, el art. 61 del Codice di Procedura Civile italiano que permite al juez, tanto para un acto concreto cuanto para todo el proceso, asistirse de uno o más peritos. O la regla 26.1 de los precitados Principles que permite al juez designar un perito o panel de peritos neutrales cuando se lo permita la ley interna y cuando considere que la ayuda de los peritos puede ser útil para la resolución de los puntos clave de los asuntos[2069].

---

las partes y no al juez, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior (arts. 610, 613 y 618 LEC 1881)».

2065 de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.353.

2066 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.317.

2067 STS, Sala 1ª, de 7 de abril de 1995, fto. jco.4º (RJ 1995\2989). En sentido similar, y entre otras muchas, la STS, Sala 1ª, de 11 de octubre de 1994, fto. jco.3º (RJ 1994\7478) que sienta la doctrina que «[...] los Tribunales de instancia, en uso de sus facultades propias no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio»; reiterada también en las SSTS, Sala 1ª, de 30 de marzo de 1998, fto. jco.2º (RJ 1998\1710) y de 23 de octubre de 2000, fto.jco.3º (RJ 2000\9189).

2068 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 43-46.

2069 Regla 26.1: «The court must appoint a neutral expert or panel of experts whenever required to do so by forum law and may do so when the courts determines that expert evidence may be hepful in resolving

En segundo lugar, comporta una excesiva privatización de la prueba pericial y una cierta «desprocesalización»[2070], alejándola del auxilio a la función jurisdiccional. En la pericial de parte, serán la propias partes quienes designen el perito, determinen su objeto y la oportunidad de su aportación (arts. 336 a 338 LEC), resultando obvio que la objetividad del dictamen se devalúa en la medida que las partes no aportarán un dictamen desfavorable a sus pretensiones. E igualmente serán las partes quienes soliciten la designación judicial de un perito (art. 339 LEC) y determinen el contenido del dictamen de designación judicial (art. 342.3, III LEC)[2071].

Y en tercer lugar, reduce la intervención judicial más allá de sus justos límites, produciendo una cierta desjudicialización. Si entendemos que la finalidad fundamental de la prueba es la determinación de la certeza de los hechos controvertidos y que la finalidad de la prueba pericial es aportar conocimientos especializados de los que el juez puede carecer, resulta censurable que el juez no pueda acordar la ampliación del dictamen pericial (347.2 LEC), mayormente cuando, ante la existencia de dictámenes contradictorios de las partes, tal facultad puede resultar aún más necesaria. Incluso la adopción de un dictamen pericial de oficio, y a salvo de los procesos no dispositivos (art. 339.5 LEC), tiene difícil encaje al amparo del art. 429.1, II y III LEC y solo es posible como diligencia final de oficio al amparo del art. 435.2 LEC partiendo de una lectura constitucional y flexible de las normas probatorias.

3.2. Admisibilidad

La admisibilidad de la prueba pericial plantea, fundamentalmente, dos cuestiones. Primera, si el juez puede prescindir del dictamen pericial cuando posee conocimientos técnicos. Y, segunda, los parámetros que conforman el juicio de pertinencia.

Aun cuando algunas resoluciones judiciales[2072] y cierto sector doctrinal estiman que el dictamen pericial es inútil cuando el juez ya posee conocimientos científicos[2073], consideramos, con la doctrina mayoritaria[2074], que el conocimiento privado del juez no consti-

issues in the cases. Expert testimony may address issues of foreign law and international law».

2070 La expresión es de Blasco Soto, Mª. C, *La asistencia pericial gratuita en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000*, en Diario La Ley, 2000, Ref.D-253, t. 7, Editorial La Ley.

2071 SAP Zaragoza, secc.5ª, de 18 de junio de 2004, fto. jco.5º (EDJ 2004/72226).

2072 La STS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 1994, fto. jco.4º (RJ 1994\848) llega a afirmar que: «[...] el Juez puede sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso». En sentido similar, la STS, Sala 1ª, de 30 de marzo de 1984 (RJ 1984\1472).

2073 Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil,* t. I, Barcelona, 1990, p.624; Cortés Domínguez, V., (con Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V.), *Derecho Procesal Civil. Parte General,* 3ª ed. Edit. Colex, Madrid, 2000, pp. 308 y 309.; y Gómez Colomer, J.L., *Derecho Jurisdiccional,* t. II, vol. 1º, ob. cit., p.288.

2074 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5ª ed. Victor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1981, pp. 296-297; Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., pp. .292-293; Montero

tuye obstáculo para la admisibilidad de la prueba pericial, antes bien al contrario, permitirá su mejor valoración, puesto que «si el Juez posee privadamente los conocimientos técnicos proporcionados por el Perito, se encontrará en inmejorables condiciones para realizar una labor crítica del dictamen pericial» (SAP Madrid, 18 de octubre de 2003[2075]). El juez no está obligado a tener conocimientos especializados, lo cual no implica que «los conocimientos del perito no pueda tenerlos el órgano judicial, ni tampoco que éste no pueda adquirirlos por sí mismo y los utilice» (STS, 7 de abril de 1995)[2076].

La admisibilidad de la prueba pericial debe efectuarse sobre la base de parámetros objetivos, prescindiendo del conocimiento personal del juez, tanto más cuanto el juez que admite la prueba puede ser distinto que el juez que dicte la sentencia (por motivos de traslado, recusación o jubilación) y, en todo caso, será siempre distinto que el juez de segunda instancia. Por otra parte, y desde la perspectiva de las partes, y en un proceso regido por el principio dispositivo y de aportación de parte, integra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) el derecho a la proposición y a la admisión de la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos especializados, «sin tener que esperar a que los conocimientos particulares del juez sustituyan dicha actividad»[2077].

El juicio de pertinencia de la prueba pericial viene conformado por un triple parámetro, que siguiendo a Serra Domínguez, lo constituyen: 1º) Que los extremos del dictamen pericial sean de carácter técnico; 2º) Que los extremos del dictamen guarden relación con los hechos controvertidos; 3º) Que los extremos del dictamen no hayan sido admitidos por las partes[2078]. El primero –carácter técnico– constituye un parámetro específico de la prueba pericial (art. 335 LEC); mientras el segundo –pertinencia– y el tercero –ausencia de conformidad– constituyen criterios generales de admisión de la prueba (art. 281.1 y 3 LEC).

La LEC, en línea similar al derogado art. 1242 CC y al art. 619 LEC\1881, contiene una norma genérica sobre la pertinencia del dictamen pericial en el art. 335 LEC referida la necesidad de conocimientos técnicos sobre hechos controvertidos: («Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, ...»). Necesidad que debe interpretarse, como recoge con mejor acierto el art. 336.1 LEC, no en términos de imprescindibilidad, sino de conveniencia u oportunidad.

Aroca, J., *La prueba…*, p.320; Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 339 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1597; Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 335 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.2442; Banacloche Palao, J., *La pericia: claves para un planteamiento eficaz de la prueba*, en rev. Iuris, núm. 71, abril, 2003, p.5; Picó i Junoy, J., *La prueba pericial…*, ob. cit., pp. 48-49.

2075 SAP Madrid, secc.10ª, de 18 de octubre de 2003, fto. jco.7º (RJ 2004\87528).

2076 STS, Sala 1ª, de 7 de abril de 1995, fto. jco.4º (RJ 1995\2989).

2077 Así se pronuncia Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*, ob. cit., p.49.

2078 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.293.

También contiene una norma específica sobre la pertinencia de los dictámenes de designación judicial el art. 339.2 LEC referida a la solicitud por las partes en los escritos de alegaciones y al doble parámetro de la pertinencia y la utilidad: («En tal caso [cuando el actor o demandado lo hayan solicitado en los escritos de alegaciones] el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado»).

El juicio de pertinencia variará en función que se trate de una pericial de parte o de designación judicial. La pericial de parte no está sujeta a rogación[2079] y su admisión se produce, sin necesidad de pronunciamiento expreso, con el auto de admisión de la demanda (o, en su caso, de contestación de la demanda), del mismo modo como acontece con los documentos fundamentales. Ahora bien, será innecesaria en la medida que no verse sobre aspectos técnicos, contenga conclusiones jurídicas o verse sobre hechos tan simples que no precisen conocimientos técnicos o prácticos[2080].

También se ha postulado la devolución del dictamen pericial al aportante por motivos formales, tales como la falta de idoneidad técnica o científica del perito, la falta de juramento o promesa del art. 335.2 LEC, o la omisión de los soportes a que alude el art. 336.2 LEC[2081], aun cuando probablemente el primer supuesto no afecta tanto a la admisibilidad cuanto a la valoración del dictamen y los otros dos supuestos se trataría más bien de exigencias subsanables.

2079 Entre otras, STSJ Navarra, secc.1ª, de 18 de octubre de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/248104); y SSAP Lleida, secc.2ª, de 3 de noviembre de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/414350); AP A Coruña, secc.5ª, de 4 de octubre de 2005, fto.jco.2º (EDJ 2005/332045) y 17 de marzo de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/216426); AP Ourense, secc.1ª, de 25 de mayo de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/93808); AP Madrid, secc.11ª, de 4 de noviembre de 2004, fto.jco.3º (EDJ 2004/189291) que deniega, por extemporánea una pericial de designación judicial, por no haberse solicitado en el escrito de contestación a la demanda; AP Salamanca, de 12 de mayo de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/56238). La SAP Navarra, secc.1ª, de 14 de marzo de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/58588) estima incorrecta la admisión de una pericial de designación judicial por la actora en la audiencia previa, no habiendo aportado dictamen con la demanda, cuando iba referida a alegaciones o pretensiones contenidas en la demanda.

2080 Bajo la vigencia de la LEC de 1881, se denegó la prueba pericial en STS, Sala 1ª, de 25 de mayo de 1982 (RJ 1982/2599) por entender «*es fácil apreciar que en unos supuestos se trata de valorar hechos simples, para lo que no son precisos conocimientos científicos o prácticos* (como el cobro de cantidades de forma directa, o por medio de endosos bancarios), en otros se trata no de apreciar o emitir juicios de valor sobre hechos ya comprobados, sino pretender determinar la existencia de ciertos hechos (como la determinación de si las personas designadas han pagado o percibido ciertas cantidades), o pretender la negativa de los mismos, matiz distinto de su apreciación o valoración, e impropio de la prueba pericial». (La cursiva es nuestra). Ver también la STS, Sala 1ª, de 8 de junio de 1994, fto.jco.2º (RJ 1994\4902).

2081 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.340. A favor de su devolución al aportante porque falta la cualificación suficiente del perito, Garciandía González, P.Mª, *La peritación*…, ob. cit., p.370 y González Pillado, E. e Iglesias Canle, I, *La prueba pericial*…, ob. cit., p.335.

Por el contrario, la pericial de designación judicial está sujeta a la rogación –solicitud por las partes en los escritos de alegaciones[2082]– y al juicio de «pertinencia» –necesidad de conocimientos especializados– y de «utilidad» –suficiencia o insuficiencia de los dictámenes inicialmente aportados–, todo ello a tenor del precitado art. 339.2 LEC. Será innecesaria cuando a partir de los dictámenes aportados con los escritos de alegaciones, y en un enjuiciamiento *prima facie*, el juez considere que existe una dosis probatoria suficiente[2083].

En ocasiones la prueba pericial deviene un imperativo legal. Así, y a título de ejemplo, el RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, en cuyo criterio 11 del anexo dispone que: «en la determinación y concreción de las lesiones permanentes y las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será preciso informe médico»[2084].Y otro tanto sucede en el art. 759.1 *in fine* LEC, que regula el proceso de incapacitación, al disponer «Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal».

3.3. Objeto

El objeto de la prueba pericial son los hechos, el derecho extranjero y la costumbre. También pueden serlo las máximas de experiencia.

Ahora bien y en cuanto a los hechos, esta afirmación inicial debe ser muy matizada, en atención a la especificidad de la prueba pericial y de su naturaleza de mecanismo auxiliar del juez. Como afirma Font Serra, las demás pruebas dan a conocer hechos desconocidos y la prueba pericial, hechos conocidos, aun cuando solo sea superficialmente; las demás pruebas se refieren a hechos pasados, el dictamen pericial recae sobre hechos presentes y perceptibles en el momento del proceso, pero sólo para personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos[2085].

De ahí que la prueba pericial, a diferencia del resto de pruebas, no introduce en el proceso hechos nuevos, sino que los conocimientos aportados por el perito deben referirse a los hechos ya introducidos en el proceso. Así lo ha proclamado la jurisprudencia al señalar

2082 La SAP Cádiz, secc.8ª, de 23 de octubre de 2002, fto. jco.1º (JUR 2003\29730) deniega, por extemporánea, la pericial de designación judicial solicitada por el actor en la audiencia previa, al no haberse solicitado con la demanda.

2083 La SAP León, secc.3ª, de 12 de abril de 2007, fto.jco.3º (EDJ 2007/121506), en un supuesto de reclamación de cantidad derivada de vicios constructivos, apunta que contando dos informes periciales acompañados con los escritos de alegaciones y un reconocimiento judicial, «el tercer dictamen pericial solo vendría a encarecer el juicio».

2084 El RDL 8/2004, de 29 de octubre ha sido modificado por Ley 21/2007, de 11 de julio (boe, 12 de julio de 2007).

2085 Así se pronuncia Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento…*, ob. cit., p.45.

que «[...] la prueba pericial ha de recaer sobre hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil» (STS, 12 de abril de 2000)[2086].

Los hechos objeto de prueba, siguiendo la ejemplificación de Banacloche Palao, pueden requerir conocimientos de tipo científico (composición química de una producto, v.g), artístico (plagio, por ejemplo), técnico (cabida de un piso, v.g) o práctico (calidad de un material, v.g)[2087]. Todos estos conocimientos aparecen recogidos en el art. 335 LEC, que se limita a añadir a la enumeración efectuada por el derogado art. 610 LEC 1881, los conocimientos de tipo técnico, que ya se encontraban incluidos en el art. 485 I del Proyecto de Profesores de 1974.

La función del perito puede consistir en verificar la existencia y características de los hechos técnicos, o bien limitarse a aplicar las reglas técnicas a los hechos verificados. O, en otra terminología, también clásica, el perito será unas veces perito *percipiendi*, pues necesita averiguar los hechos, y otras veces será perito *deduciendi*, pues aporta su juicio técnico[2088].

La prueba pericial sobre los hechos puede proyectarse en múltiples direcciones. Como apunta Serra Domínguez, unas veces la prueba pericial versará sobre la reconstrucción de hechos pasados, ya ocurridos, a través de las huellas dejadas en el proceso (ej. causas de los vicios de la construcción); otras veces la prueba pericial determinará la proyección futura de hechos actuales (ej. secuelas derivadas de lesiones en accidente de circulación); y otras la prueba pericial versará sobre hechos presentes para cualificarlos o valorarlos con aplicación de máximas de experiencia, tal como ocurre en la medición de distancias, levantamiento de planos, cálculo de superficie, tamaño o peso[2089].

Existe una previsión legal específica sobre la prueba pericial de los hechos, referida a la relevancia de los hechos objeto de la prueba y a la necesidad de conocimientos especializados, en el art. 335.1 LEC: «Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta Ley, que se emita dictamen por perito de designación judicial».

Más sencillamente se ha propuesto reducir el enunciado legal a los siguientes términos: «Procederá el dictamen pericial cuando sean necesarios o convenientes conocimientos

2086 STS, Sala 1ª, de 12 de abril de 2000, fto. jco.1º (RJ 2000\1826). En sentido más matizado, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ed. Atelier, Barcelona, 2008, p.795, para quien, si bien es cierto que al perito no se le busca por su relación con los hechos, sino por su capacidad para explicarlos, el perito investiga e introduce hechos en el juicio, que luego son relevantes para decidir el caso.

2087 Banacloche Palao, J., *La pericia: claves para un planteamiento eficaz,* en rev. Iuris, núm. 71, abril 2003, p.5.

2088 En este sentido Devis Echandía, H., *Función y naturaleza jurídica de la peritación* y *del perito,* ob. cit., pp. 858, 862, 879 y del mismo autor *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., pp. 297 y 305.

2089 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., pp. 295-296.Los ejemplos son nuestros.

científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto»[2090], que ofrece la triple ventaja de permitir la admisibilidad en supuestos de «necesidad o conveniencia» –no solo a la necesidad–, suprimir la distinción entre «valorar» y «adquirir certeza» –de difícil deslinde doctrinal– y zanjar la polémica doctrinal sobre la compatibilidad entre la pericial de parte y la de designación judicial.

Puede ser objeto de la prueba pericial el derecho extranjero. Las normas jurídicas como objeto de prueba (básicamente derecho extranjero y la costumbre) han sido objeto de tratamiento específico[2091]. Baste aquí con señalar que, tras la promulgación de la LEC, el derecho extranjero sigue estando sujeto a la carga de alegación por la parte y en cuanto a la carga de la prueba se prevé una suerte de colaboración entre las partes y el juez al objeto de acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero (art.281.2 LEC)[2092].

En cuanto a los medios de prueba, y bajo la vigencia de la LEC de 1881 se exigía «el dictamen conforme de dos jurisconsultos, debidamente legalizados» (STS de 5 de noviembre de 1971[2093]), si bien dada la amplitud del artículo 281.2 LEC, («...pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación») puede acreditarse también mediante la prueba pericial prevista en los arts. 335 y ss. LEC, pudiendo acudirse a informes de carácter privado, así como a todo tipo de corporaciones –Universidades, Colegios de Abogados, etc. o Institutos de Derecho Internacional y Derecho Comparado[2094].

Y también puede ser objeto de la prueba pericial la costumbre. Tras la promulgación de la LEC, la costumbre también deberá ser objeto de prueba, con la única salvedad que las partes estuvieren «conformes en su existencia y contenido» (art. 281.2 LEC). Y aun cuando no se contiene una norma específica sobre los medios de prueba, a diferencia de lo que sucede con respecto al derecho extranjero (art. 281.2 proposición final LEC), podrá ser

2090 Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 2003, p.842.

2091 Sobre el tratamiento procesal del derecho extranjero como objeto de prueba vide Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y la costumbre en el proceso civil español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 27 y ss.

2092 Sobre si existe carga probatoria de las partes o un deber judicial de investigación del derecho extranjero, puede verse, con sistematización de argumentos, a favor de una y otra postura el trabajo de Ferrer Cortines, O., *La carga de la prueba del derecho extranjero*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 258-267.

2093 STS, Sala 1ª, de 5 de noviembre de 1971, considerando 4º (EDJ 1971/429) que cita, a su vez, las SSTS de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928, 12 de diciembre de 1935, 30 de junio de 1962 y 9 de junio de 1969.

2094 Sobre la prueba pericial como medio de acreditación del Derecho extranjero puede verse Molins García-Atence, E., *La aplicación de la Ley Extranjera por los Tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 293-294.

acreditada también a través de cualquier medio de prueba, en particular el interrogatorio de testigos y la prueba pericial.

También puede ser objeto de prueba pericial las máximas de experiencia, en cuanto a su existencia y contenido. Font Serra, a partir de la categorización de las máximas de experiencia efectuada por Serra Domínguez, apunta que por medio de la prueba pericial se pueden aportar máximas de experiencia aplicadas a los hechos que sean objeto de prueba (ej. un dictamen que dé a conocer los errores en la contabilidad de una empresa) o por medio de la prueba pericial se pueden dar a conocer la existencia y contenido de máximas de experiencia que debe aplicar el tribunal (ej. un dictamen que dé a conocer las reglas que debe emplear el juzgador para comprobar aquellos errores de contabilidad)[2095].

3.4. Caracteres

La prueba pericial o, más propiamente, la pericia es una actividad auxiliar, rogada, técnica y compleja.

El carácter auxiliar de la pericia aparecía bien recogido en el art.485 I del Proyecto de Profesores de 1974 al disponer («[…] cuando para conocer o valorar hechos o circunstancias de influencia en el asunto sean necesarios o convenientes *al juez* […]»), que denotaba que el juez era el destinatario de la pericia.Y queda más desdibujado en el art. 335 LEC («[…] las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar […] que se emita dictamen por perito designado por el tribunal»), que al prescindir de la mención del juez como destinatario del dictamen y remarcar que la aportación corresponde a las partes, puede dar a entender que el perito no es un auxiliar del juez, sino de la parte para que ésta fundamente sus escritos de alegaciones. Ahora bien, aun cuando la pericial de parte tenga como destinatario inicial a las partes, que los encargan a los peritos de su confianza y deciden su aportación al proceso, la pericial –sea de parte o de designación judicial– tiene como destinatario final el juez que resuelve.

Es también una actividad rogada, esto es, solicitada a instancia de una persona distinta del perito, siendo una de las notas esenciales de la pericia la existencia de un encargo judicial previo[2096], siquiera, dado que la LEC ha dado carta de naturaleza a la pericial de parte, deberá matizarse el carácter judicial del encargo, en la medida que también las partes pueden designar a sus peritos, sin mediar encargo judicial (art. 336 LEC). A diferencia de las

2095 Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., pp. 54-56.

2096 Ver Devis Echandía, H., *Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito*, ob. cit, p.878; Font Serra, E., *La prueba de peritos en el proceso español*, editorial hispano europea, Barcelona, 1974, pp. 13-14 y Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 334 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2434.

partes y de los testigos que han tenido conocimiento extraprocesal de los hechos, el perito no ha tenido contacto previo con los hechos y lo tendrá de mediar un encargo de la parte o del juez. Como se ha afirmado acertadamente «otras personas son llamadas al proceso porque conocen, el perito para que conozca»[2097]. El vínculo del perito con el proceso es la existencia de un encargo que se produce con ocasión y para el propio proceso.

El carácter técnico de la pericia exige la intervención de una persona con conocimientos especializados dado que recae sobre hechos que escapan de los conocimientos medios de cualquier ciudadano y de los conocimientos jurídicos del juez. Los hechos objeto de la pericia pueden requerir conocimientos de tipo científico, artístico, técnico o práctico, tal como se deduce de la enumeración del art. 335 LEC. La especificidad de la pericia comporta que solo puede ser fuente de prueba un tercero poseedor de conocimientos especializados.

La pericia es también una actividad compleja. A diferencia de lo que sucede con el interrogatorio de las partes o de testigos, la pericia no se agota en una simple declaración a presencia judicial, sino que comprende varias fases, cronológicamente sucesivas en el tiempo, que podemos identificar con las de reconocimiento pericial (art. 345 LEC), emisión del dictamen (art. 346 LEC) y contradicción del dictamen (art. 347 LEC), y que doctrinalmente se han distinguido como «las facetas de percepción, deducción o inducción técnica; y declaración técnica o dictamen»[2098] y más simplificadamente como «la fase de análisis y la fase de conclusiones o dictamen»[2099].

Mediante el reconocimiento –de lugares, objetos o personas– el perito toma contacto con los hechos objeto de la pericia, y procederá a la emisión de un dictamen en el que expondrá el resultado de su percepción o deducción, para finalmente, con inmediación y en debate contradictorio con los letrados de las partes, ratificar sus opiniones o aclarar aquellos extremos que el juez, de oficio o a instancia de parte, interese.

3.5. La pericia corporativa

Junto con la pericia individual coexiste la pericia corporativa –también llamada colegiada[2100] o institucional[2101]–, esto es, el dictamen emitido por personas jurídicas, fun-

2097 Font Serra, E, *La prueba de peritos en el proceso español*, ob. cit., p.14.

2098 Font Serra, E., *La prueba de peritos,* ob. cit., pp. 14-15.

2099 Guzmán Flujá,V, *Comentario al art. 335 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p. 2434.

2100 Guasp, J., en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. 1º, 2ª parte, ob. cit., pp. 668; Garciandía González, P., *Comentario al art. 340 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón-Moreno et alt. coords., ob. cit., p.1171.

2101 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 340 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», AAVV, ob. cit., p.595.

damentalmente academias e instituciones culturales o científicas, de indiscutible naturaleza jurídica pericial, tanto en la consideración de la doctrina[2102], cuanto de la jurisprudencia[2103].

El art. 631 LEC\1881 regulaba la pericia corporativa en los términos siguientes: «A instancia de cualquiera de las partes, el Juez podrá pedir informe a la Academia, Colegio o Corporación oficial que corresponda, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales. En este caso se unirá a los autos y producirá sus efectos el informe, aunque se dé o reciba después de transcurrido el termino de prueba».

El apartado segundo del art. 340 LEC le confiere una novedosa regulación, al disponer: «Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias, e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello». Y en su apartado tercero añade: «En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargaran directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335».

La pericia corporativa de la LEC de 1881 era de carácter residual, limitada a la exigencia de conocimientos científicos –con exclusión de los artísticos y prácticos–; y de carácter subsidiario, pues los conocimientos debían ser «especiales» (art. 631, I LEC\1881), entendiéndose por tales aquellos en los que «las operaciones [periciales] no están al alcance de peritos individuales» (STS 29 de septiembre de 1998[2104]).

Se circunscribía a las institucionales oficiales, esto es, a la «Academia, Colegio o Corporación oficial» (art. 631, I LEC\1881), con exclusión de las Cátedras universitarias

2102 Es pacífica la consideración doctrinal de la pericia corporativa como prueba pericial. En sentido discrepante Guasp, J., en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. 1º, 2ª parte, ob. cit., p.669, para quien tiene naturaleza de prueba documental. Para este autor lo que opera como prueba no es perito, sino el informe o documento que éste emite.

2103 Mayoritariamente se la considera prueba pericial (SSTS, Sala 1ª, de 29 de septiembre de 1998, fto. jco.2º, EDJ 1998/19858; y de 12 de noviembre de 1992, fto.jco.2º, EDJ 1992/11117), aun cuando no faltan resoluciones que, probablemente influidas por el tenor literal del art. 631 LEC 1881, las califican como «informes técnicos» (STS, Sala 1ª, de 30 de septiembre de 2000, fto. jco.2º, EDJ 200/30764); «prueba de informes» o «modalidad especial de pericia» (STS, Sala 1ª, de 24 de septiembre de 1998, fto. jco.4º EDJ 1998/17 465); «informe pericial documentado» (STS, Sala 1ª, de 20 febrero de 1997, fto. jco.2º, EDJ 1997/248); si bien se les niega categóricamente el carácter de documentos (STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 1995, fto.jco.2º, EDJ 1995/862, con cita, a su vez, de las SSTS de 12 de marzo de 1963 y 15 de enero de 1982).

2104 La STS, Sala 1ª, de 29 de septiembre de 1998, fto. jco 2º (EDJ 1998/1958) analiza una acción de reclamación de filiación no matrimonial y razona, en la parte que interesa: «[…] pero olvida la aplicación del art. 631 LEC que permite el dictamen pericial a la Academia, Colegio o Corporación Oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales».

(STS 21 de junio de 1999[2105]) y de las instituciones privadas. La aceptación de la pericia devenía obligatoria para la institución, fundada en el genérico deber de colaboración con la Administración de Justicia, y únicamente se podía interesar por el juez.

No se regía por el procedimiento de la prueba pericial general, sino por el trámite específico del art. 631 LEC\1881, sin sujeción «normas relativas a la propuesta y nombramiento de peritos y la ratificación judicial» (ATS 24 de junio de 2003 y STS 26 de septiembre de 1997[2106]), ni a la preclusión, pues «se unirá a los autos y producirá sus efectos el informe, aunque se dé o reciba después de transcurrido el término de prueba» (art. 631, II LEC\1881)[2107].

La pericia corporativa de la LEC pierde su carácter excepcional y subsidiario, y se convierte en una opción alternativa a los dictámenes emitidos por peritos individuales, pudiéndose extenderse a cualesquiera conocimientos, incluidos los artísticos, técnicos o prácticos, ausentes en la previsión del art. 631, I LEC\1881.

Se amplía a las personas jurídicas privadas, pues el art. 340.2 LEC omite el adjetivo «oficial» –previsto, por el contrario, en el art. 631,I LEC\1881– para calificar a las Academias e institucionales culturales y científicas.Y se admite expresamente la emitida por «las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello» (art.340.2 LEC), entendiéndose por tales aquellas cuya habilitación proceda de una norma jurídica expresa (ej. Colegios de Abogados para la emisión de dictamen en procesos declarativos de reclamación de honorarios profesionales de los abogados, según art. 4 del Estatuto General de la Abogacía Española[2108]) o de la autoridad administrativa competente. Suscita la duda si la «habilitación» debe considerarse general, es decir, que la persona jurídica privada esté legalmente reconocida como poseedora de conocimientos específicos, o por el contrario precisará que esté habilitada para emitir dictámenes[2109].

La pericia podrá aportarse por las partes junto con los escritos de alegaciones, resultando discutible la admisibilidad de la pericia corporativa por designación judicial, pues a salvo de los supuestos de conformidad en una «entidad» (art.339.4 LEC), no parece que

2105 La STS, Sala 1ª, de 21 de junio de 1999, fto. jco.5º (EDJ 1999\13507) razona: «No puede, desde luego, atribuirse a las cátedras universitarias el concepto de institución, en el sentido que lo hizo el órgano de instancia, *ni en la manera que exige la pericia de las academias o corporaciones, dado que la cátedra, por si misma, no tiene entidad corporativa, ni asociativa, ni colegial* y mucho menos puede confundirse con quien ejerce el empleo de catedrático» (La cursiva es nuestra). En el caso, el TS casa la sentencia de la Audiencia y declara nulos sendos «informes periciales» emitidos por sendos catedráticos, encubriendo dicha designación a través de la Escuela donde éstos prestaban sus servicios, por entender que se trataba de una proposición de una prueba pericial encubierta.

2106 Entre otras resoluciones, ATS, Sala 1ª, de 24 de junio de 2003, fto. jco.1º (EDJ 2003/49305), y SSTS, Sala 1ª, de 4 de marzo de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/4253); y de 26 de septiembre de 1997, fto. jco.1º (EDJ 1997/6746).

2107 Todas estas características son apuntadas por Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob.cit., pp. 297-298.

2108 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial…*, ob. cit., pp. 128 y 129.

2109 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial…*, ob.cit., p.298, nota a pie núm. 56.

sea de aplicación el sistema de lista corrida (art. 341.1 LEC), regulado y previsto para los peritos individuales. Ello no obstante, de no existir conformidad entre las partes sobre la entidad que debe emitir el dictamen y de estimar el juez la pericia corporativa pertinente y útil, no debería existir obstáculo para la designación judicial directa, ante la inexistencia de un «sistema de listas corridas» para las Academias e institucionales culturales o científicas.

Se regirá por el procedimiento del dictamen de peritos (arts. 335 a 352 LEC) en todo aquello que permita su singularidad, por lo que si la aportan las partes estará sujeta a unos momentos preclusivos, que serán los escritos de alegaciones.

La institución deberá expresar «a la mayor brevedad» la «persona o personas» encargadas de preparar el dictamen (art. 340.3 LEC), pudiendo, por tanto, confeccionar el dictamen más de una persona[2110]. La autoría del dictamen corresponde a la persona jurídica, no obstante la identificación e individualización del o de los sujetos informantes[2111], quienes podrán ser objeto de recusación, pese al silencio legal, al serles de aplicación no solamente el deber de juramento o promesa del art. 335.2 LEC, sino las demás normas aplicables a los peritos individuales. Se originará una responsabilidad solidaria de la persona jurídica con la persona designada de los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de realizar correctamente el dictamen pericial[2112].

4. El perito

4.1. Distinción con figuras afines

Hemos definido al perito como el sujeto ajeno al proceso, poseedor de un conocimiento especializado y encargado, bien a instancia de parte, bien por designación judicial, de emitir un dictamen pericial. Su conceptuación más completa requiere distinguir el perito de otros sujetos que pueden intervenir en el proceso, como son el testigo, el práctico en el terreno, el profesional de la investigación privada, el árbitro y, en particular, el testigo-perito (art. 370.4 LEC).

A) Del testigo.

El perito y el testigo son terceros en el proceso, y en cuanto fuente de prueba aportan conocimientos con trascendencia procesal. Pero son múltiples sus diferencias, entre las que destacamos:

2110 Garciandía González, P., *Comentario al art. 340 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno et alt. coords., ob.cit., p.1172.

2111 En sentido distinto Díaz Fuentes, A., *La prueba….*, ob. cit., p.268, para quien la persona jurídica ya no es la autora directa del informe, al operarse una suerte de delegación en las personas físicas que lo emiten, y, a lo sumo, tendría una responsabilidad por *culpa in eligendo.*

2112 Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.845.

1ª. Fungibilidad. La persona del perito es fungible, puesto que podrá emitir el dictamen pericial cualquier persona que posea los conocimientos especializados sobre la materia objeto de pericia; mientras que la persona del testigo es infungible, porque ha tenido conocimiento personal de los hechos controvertidos (art. 360 LEC).

Como afirma Stein «mientras que el testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta su saber no individual y fungible de máximas de experiencia»[2113]. Los conocimientos del perito son transferibles, pues pueden poseer conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos las personas especializadas en una misma rama del saber, mientras que la percepción de los hechos y la declaración del testigo es siempre intransferible, porque tuvo un conocimiento personal –directo o indirecto– de los hechos. Si el perito designado judicialmente aduce justa causa que le impide la aceptación, y el tribunal la estima, es sustituido por el siguiente de la lista y así sucesivamente (art.342.2 LEC); mientras no existe previsión legal de sustitución del testigo.

2ª. Relación con los hechos. La relación del perito con los hechos se origina en virtud de un encargo –de la parte o del juez– sin que previamente haya tenido conocimiento histórico de los hechos; mientras que la manifestación del testigo viene determinada por su relación histórica con los hechos. Se ha afirmado acertadamente que «el testigo declara sobre un hecho pasado, el perito emite su dictamen sobre un hecho presente. Otras personas [en referencia a las partes y a los testigos] son llamadas al proceso porque conocen, el perito para que conozca»[2114].

3ª. Condición. El perito puede ser una persona física o jurídica, pues se admite la llamada pericia corporativa, a cargo de academias e instituciones culturales y científicas (art. 340.2 LEC); mientras el testigo solo puede ser una persona física. El interrogatorio de las personas públicas, carente de regulación en la pretérita LEC de 1881, e introducido *ex novo* por la LEC (art. 381), se trata en realidad de una prueba de informes singularizada, erróneamente ubicada en sede del interrogatorio de testigos.

4ª. Capacidad y legitimación. La capacidad del perito implica unos conocimientos técnicos; mientras que la capacidad del testigo no implica tales conocimientos, a salvo la figura del testigo-perito (art. 370.4 LEC). La legitimación del perito deriva de la aceptación del cargo, mientras que la del testigo se deriva de su proposición por las partes.

5ª. Deber, forma y modo de la declaración. El perito puede no aceptar el cargo, mientras que el testigo tiene el deber de declarar. La declaración del perito se plasma en

2113 Stein F., *El conocimiento privado del juez*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p.53.

2114 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento…*, ob. cit., p.38. La distinción entre el testigo y perito en función que uno conoce de unos hechos y otro es llamado a conocer de los hechos puede verse en Carnelutti, F., *La prueba civil*, ob. cit., pp. 126-127 y 145-146., quien precisa que «el testigo está (ya) *en relación con el hecho sin encargo del juez,* en tanto que el perito *se pone en relación con el hecho por el encargo del juez»*

un dictamen escrito (art. 346 LEC), mientras que el testigo declarará oralmente a partir de un interrogatorio de las partes (art. 370 LEC). El perito aporta un juicio técnico sobre los hechos objeto de prueba, mientras el testigo aporta su percepción subjetiva de los hechos. Como se ha dicho acertadamente «la declaración del testigo es simplemente reconstructiva y representativa, la del perito es fundamentalmente conceptual y deductiva»[2115]. De ahí que el testigo se limite a comparecer y declarar, mientras que el perito tenga que realizar una labor de investigación técnica.

6ª. Juramento y objetividad. El perito debe prestar juramento de decir verdad y actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que puede favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (art. 335.2 LEC); mientras que el testigo solo tiene que prestar juramento o promesa de decir verdad (art. 365.1 LEC).

7ª. Razón de la ciencia. A diferencia del testigo que tiene que dar razón de su ciencia (arts. 373.3 y 376 LEC), esto es «la expesión del cómo, cuándo y dónde percibió lo que se declara» (SAP Tarragona, 16 de enero de 2006[2116]), siendo éste uno de los parámetros legales para la valoración de la prueba testifical conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC), la razón de la ciencia del perito está implícita en su capacidad técnica, sin que aparezca *expresis verbis* como parámetro legal de valoración (art. 346 LEC).

8ª. Garantías de la imparcialidad. La parcialidad del perito designado judicialmente se pone de manifiesto mediante la recusación (arts. 343.1 y 124 LEC) y la abstención (art. 105 LEC) y la del perito de parte mediante la tacha (art. 343.1 LEC); mientras que la parcialidad del testigo solo se puede poner de manifiesto mediante la tacha (art. 377 LEC). La recusación del perito da lugar a su sustitución; mientras la tacha del testigo no le inhabilita para declarar. Todo perito –sea de parte o de designación judicial– tiene el deber del juramento o promesa de decir verdad y actuar con objetividad (art. 335.2 LEC).

9ª. Retribución. El perito percibe unos honorarios por la emisión del dictamen pericial, pudiendo incluso solicitar una provisión de fondos con carácter previo a su emisión (art. 343.2 LEC), a modo de anticipo a cuenta de la liquidación final; mientras que el testigo tan solo tiene derecho a una indemnización por los gastos y perjuicios derivados de la comparecencia a declarar (art. 375 LEC), una vez prestada declaración.

2115 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., p.381.

2116 SAP Tarragona, secc.1ª, de 16 de enero 2006, fto.jco.2º (EDJ 2006/51372) y en términos similares SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 19 de junio de 2006 (EDJ 2006/280524). La razón de ciencia ha sido llamada también «razón del dicho» e identificada por Devis Echandía, H. con «las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia misma del hecho» (*Tratado de las pruebas judiciales*, ob. cit., p.122).

10ª. Responsabilidad. El perito puede incurrir en responsabilidad civil por daños y perjuicios, en responsabilidad penal por falso testimonio (arts. 459 y 460 CP) y en responsabilidad disciplinaria, exigible por el tribunal (arts. 193 y 194 LOPJ) y por el colegio profesional; el testigo puede incurrir en responsabilidad penal por falso testimonio (art. 459 CP) y en responsabilidad disciplinaria por el tribunal (arts. 193 y 194 LOPJ).

B) Del práctico en el terreno.

Según dispone el art. 353.3 LEC, al regular la proposición del reconocimiento judicial: «[...], la parte que lo solicite [el reconocimiento judicial] habrá de expresar los extremos principales a que quiere que se refiera e indicar si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica». Las diferencias entre el perito y el práctico del reconocimiento judicial son:

1ª. Procedimiento de solicitud, designación y aceptación. El perito, particularmente el de designación judicial, está sujeto a un procedimiento de solicitud, designación y aceptación (art. 339 LEC), mientras que la intervención del práctico se produce a partir del anuncio de la parte en su proposición.

2ª. Declaración. El perito emite su juicio por escrito, tras haber realizado una previa actividad de investigación, mediante un dictamen emitido con anterioridad al acto del juicio (art. 346 LEC); mientras el práctico emite sus observaciones o declaraciones de modo oral, sin una previa actividad de análisis y deducción, y en el curso de la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial (art. 354.2 LEC).

3ª. Imparcialidad. La imparcialidad del perito se garantiza mediante la tacha o la recusación (arts. 343.1 LEC), no existiendo previsión legal respecto del práctico.

C) Del profesional de la investigación privada.

Es controvertida la naturaleza del informe del profesional de la investigación privada, discutiéndose si se trata de una prueba testifical que debe ser ratificada en el acto del juicio (STSJ Catalunya, 4 de diciembre de 2001[2117]) o de una prueba pericial, llegándose incluso a afirmar que constituyen «una singular prueba testifical (o testifical y pericial)»[2118] o «un tertium genus con relación a las pruebas pericial y testifical ordinarias»[2119].

La consideración del detective privado como perito se circunscribe a quien «esté habilitado por el Ministerio del Interior como detective privado», el cual «podrá actuar en el marco de un proceso judicial como perito sólo si reúne las condiciones que la LEC esta-

2117 STSJ Catalunya, de 4 de diciembre de 2001, fto. jco.1º (AS 2002\734), la cual, invoca, a su vez, las SSTS de 26 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6516) y de 19 de julio de 1989 (RJ 1989\5878).

2118 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 266 LEC,* en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.494.

2119 MORALES PRAT, F. y MARCO FERNÁNDEZ, F., *La naturaleza jurídico-procesal del detective privado: el testigo-perito*, en Actualidad Aranzadi, núm. 236, 1999, pp. 1 y 2.

blece para esta figura y ha sido designado en tal concepto por el Juez o Tribunal, pudiendo emitir entonces el correspondiente dictamen pericial»[2120].

Puede contemplarse también como una modalidad de prueba documental singularizada por el doble dato que el contenido del documento describe lo visto u oído por un profesional de la investigación privada y que el profesional puede limitarse a la simple descripción de lo visto u oído o puede aportar también su conocimiento técnico.

Las principales diferencias entre el perito y el profesional de la investigación privada son:

1ª. En el supuesto que el informe no fuera reconocido por la parte a quien pudiera perjudicar, el profesional de la investigación privada no puede ser tachado por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiera sido elaborado por encargo de una de las partes (art. 380.1.1ª LEC). El perito que emite dictamen a instancia de parte puede ser tachado por razón de tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante (art. 343.1.2º LEC).

2ª. En el supuesto que el informe no fuera reconocido por la parte a quien pueda perjudicar, el profesional de la investigación privada habrá de reconocer el informe y ratificarse en su contenido, antes que se le formulen las preguntas pertinentes (art. 343.1.2ª LEC). El perito, sea a instancia de parte o de designación judicial, una vez emitido el dictamen e incorporado a las actuaciones, no precisa ratificarse en su contenido como requisito de validez, puesto que la LEC no exige la ratificación del dictamen pericial en el acto del juicio, sino como facultad o posibilidad de las partes (arts. 337.2; 338.2 y 346 LEC). La ratificación no constituye, por ende, un requisito de validez del dictamen pericial[2121].

3ª. En el supuesto que el informe no fuera reconocido por la parte a quien pueda perjudicar, el interrogatorio al profesional de la investigación privada se limitará a los hechos consignados en los informes (art. 380.1.3ª LEC). Por el contrario, y de estimarlo oportuno el juez, el perito puede en el acto de contradicción responder a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos (art. 347.1.4º LEC).

4ª. El profesional de la investigación privada requiere de una habilitación del Ministerio del Interior como detective privado. Sin embargo, la LEC admite tanto los peritos titulados y los no titulados (art. 340).

5ª. El profesional de la investigación privada conoce los hechos con anterioridad a la demanda (al igual que el perito designado a instancia de parte), mientras que el pe-

2120 Segovia Arroyo, J. A., *¿Es el informe profesional del detective privado equivalente a un dictamen pericial?*, febrero 2003, en www.derecho.com

2121 Será posible la ratificación del dictamen por el perito en el acto del juicio en dos hipótesis: a) previa solicitud de parte, y a los efectos que el perito aporte las aclaraciones o explicaciones que estime oportunas (arts. 337.2 y 338.2 LEC); y b) *ex officio iudicis*, cuando el propio tribunal interesa la presencia del perito para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346 LEC).

rito de designación judicial toma contacto con los hechos precisamente con ocasión de emitir el dictamen, una vez presentada la demanda.

6ª. El profesional de la investigación privada desarrolla, en palabras de la STC de 6 de noviembre de 1990, una «labor de seguimiento sin ser descubierto, o la observación de determinadas conductas [que] necesita ciertas habilidades no comunes en todas las personas», esto es, desarrolla una labor caracterizada por la discreción; mientras que el perito realiza su labor con mayor publicidad, puesto que durante las operaciones periciales pueden estar presentes las partes y sus defensores, «si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen» (art. 345.1 LEC).

D) Del árbitro.

Las principales diferencias entre el perito y el árbitro son:

1ª. Función. El árbitro, a través de un laudo, decide una controversia sometida a su consideración, mientras la función del perito nunca es decisoria, sino de auxilio a la función jurisdiccional para la toma de una decisión.

2ª. Objeto de conocimiento. El árbitro conoce de cuestiones jurídicas, mientras el perito conoce de hechos que requieren conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (art. 335.1 LEC), excluyéndose de su conocimiento las cuestiones jurídicas –con las salvedades, ya apuntadas, referidas al conocimiento del derecho extranjero y la costumbre–.

3ª. Decisión. El árbitro decide, y el perito aporta sus máximas de experiencia para que el juez decida. El laudo del árbitro pone fin al proceso, mientras que el dictamen del perito nunca termina el proceso.

4.1.1. Especial consideración del testigo-perito

Sin precedentes en la LEC de 1881, y en términos casi idénticos al art. 517.II del Proyecto de Profesores de 1974[2122], se introduce la figura del testigo-perito, en los términos literales siguientes: «cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos» (art. 370.4 LEC).

2122 Art. 517.II Proyecto Profesores, del tenor literal siguiente: «Cuando el testigo, por razón de su profesión u oficio, posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que afecten los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a las respuestas sobre los hechos» (Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II, Madrid, 1974, p.263). Sistemáticamente mejor ubicado en el Proyecto al contenerse junto con la definición del testigo.

Se configura como un testigo cualificado por sus conocimientos, cuya declaración accede al proceso a través de un interrogatorio oral, como es propio de la prueba testifical, y no de un dictamen escrito, como es característico de la prueba pericial. De indiscutible naturaleza jurídica testifical, si se quiere *sui generis*, en cuanto el declarante puede adornar su declaración con unos conocimientos especializados de los que carece el simple testigo. Y posee dichos conocimientos especializados con anterioridad y con independencia del proceso[2123].

A nivel positivo, se prima la percepción sobre la cualificación, puesto que el art. 370.4 LEC «permite al juzgador, al practicarse el interrogatorio, aceptar que quien ha sido propuesto como testigo, además de su función específica, añada lo que la ley llama manifestaciones, esto es, juicios por aplicación de conocimientos científicos, artísticos o prácticos, a los hechos que conoce» (SAP Las Palmas de 22 de enero de 2004)[2124].

A nivel dogmático, y como afirma Stein la nota definitoria del testigo-perito es que el conocimiento técnico le capacitaba ya en el momento de la percepción para la elaboración de ésta[2125], como se refleja en el art. 414 de la Ordenanza Procesal Civil alemana (*Zivilprozessordnung*) que dispone: «Cuando para la prueba de hechos pasados, cuya percepción exige conocimientos especializados, hayan de ser interrogadas personas cualificadas como peritos, serán de aplicación las reglas sobre prueba testifical».

Las principales diferencias entre el perito y el testigo-perito son[2126]:

1ª. Fungibilidad. El perito es sustituible por otro que posea los mismos conocimientos especializados, el testigo-perito es insustituible porque tuvo un conocimiento personal de los hechos. El testigo-perito posee un saber subjetivamente infungible –tercero conocedor de hechos pasados con relevancia procesal– y objetivamente fungible –su conocimiento científico, técnico, artístico o práctico lo puede poseer cualquier otro técnico de la misma rama del saber humano–.

2ª. Relación histórica con los hechos. El criterio diferencial entre el testigo-perito y el perito radica «en la forma de ponerse en relación con los hechos enjuiciados, de

2123 Ríos Salmerón, B., *Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros medios*, en «La prueba en el proceso laboral», Agustí Julia, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXIII/1997, CGPJ, Madrid, 1998, p.75, lo define como «el tercero que presencia los hechos antes y con independencia del proceso, pero para su valoración utiliza conocimientos científicos».

2124 Puede verse el fto. jco. 1º, EDJ 2004/6398. En sentido similar SSAP Sevilla, secc.5ª, de 20 de abril de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/296339); AP Madrid, secc.12ª, de 27 de abril de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/168260); AP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556); AP Burgos, secc.2ª, de 21 de enero de 2003, fto. jco.5º (EDJ 2003/70691).

2125 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p.58, afirma que «éste se caracteriza precisamente porque el conocimiento técnico le capacitaba ya en el momento de la percepción para la elaboración de ésta».

2126 Un resumen de las diferencias entre el perito y el testigo perito puede verse en la SAP Tarragona, secc.1ª, de 10 de diciembre de 2010, fto. jco.2º (AC 2011\727).

modo histórico (testigo) o por la circunstancia de ser requerido para valorar un hecho con trascendencia para un eventual proceso sin previo conocimiento (perito)» (SAP A Coruña, 31 de mayo de 2006)[2127].

3ª. Llamada al proceso y proposición. El perito es llamado al proceso por sus conocimientos especializados, el testigo-perito por haber presenciado los hechos. El perito recibe un encargo –de la parte o del juez– para que realice un trabajo de investigación sobre unos hechos normalmente presentes. El testigo es propuesto por las partes para que declare sobre unos hechos pasados.

4ª. Deber, forma y modo de declaración. El perito puede no aceptar el cargo, mientras el testigo-perito tiene el deber de declarar. El perito emite dictamen escrito, con anterioridad al periodo de práctica de prueba (art. 346 LEC). El testigo-perito presta su declaración oral en el período de práctica de prueba (art. 370.4 LEC). El perito somete su dictamen a contradicción de los Letrados, pudiendo recibir incluso la crítica de otro perito. El testigo-perito se somete al interrogatorio de los Letrados, debiendo responder sus preguntas conforme a los requisitos del interrogatorio de testigos.

5ª. Juramento y objetividad. El perito debe prestar juramento de decir verdad y actuar 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 (art.335.2 LEC), mientras el testigo-perito solo tiene que prestar juramento o promesa de decir verdad (art. 365 LEC).

6ª. Garantías de imparcialidad. La parcialidad del perito se protege a través de la recusación –si es designado judicialmente– (arts. 343.1 y 124.1 LEC) o la tacha (art. 343.1 LEC) –si es designado a instancia de parte–; mientras la parcialidad del testigo-perito solo se pone de manifiesto mediante la tacha (art. 370.4, II LEC).

7ª. Remuneración. El perito recibe unos honorarios por la emisión del dictamen pericial (art. 342.3 LEC), mientras el testigo-perito puede percibir una indemnización por los gastos y perjuicio derivados de su declaración (art. 375 LEC y SAP León, 4 de junio 2009[2128]).

El testigo-perito puede entrar en conocimiento de los hechos de modo accidental –ej. médico que presencia un accidente y presta labores de auxilio– o puede tener conocimientos de los hechos por su profesión –ej. médico que trató habitualmente a un enfermo de alzhéimer y es llamado al juicio de impugnación del testamento por falta de capacidad

2127 En su fto. jco.2º (EDJ 2006/94811), y para un supuesto de responsabilidad extracontractual por daños sufridos en una finca a consecuencia de unas humedades producidas por la obra realizada por el demandado en su finca, fue inadmitida, por extemporánea, una prueba pericial al demandado rebelde e intentada su posterior inclusión a través de la declaración del testigo-perito, al amparo del art. 370.4 LEC, se inadmite, porque el testigo no reunía tal condición, sino la de perito.

2128 SAP León, secc.1ª, de 4 de junio de 2009, fto. jco.5º (JUR 2009\311688).

del testador-[2129], pero en ambos casos tiene un conocimiento preprocesal[2130]. En este sentido, y por su claridad, puede citarse la SAP Asturias de 19 de noviembre de 2007, que en la parte que interesa razona:

> «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 estos 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 quela figura del testigo perito del artículo 370.4 LE la contempla el legislador com 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 conocimentos técnicos para valorar un determinado hecho del que no ha tenido conocimiento previo, […][2131].

En ambos casos será testigo-perito, deberá proponerse como tal en la audiencia previa o la vista, y se someterá a un interrogatorio de preguntas, en el curso del cual deberá añadir sus máximas de experiencia especializadas a los hechos objeto de declaración.

Es posible incluso que la parte encargue a un perito que presencie determinados hechos, y en vez de aportar un dictamen, lo proponga como testigo-perito, pues en tal caso tampoco existe previo encargo ni aportación de dictamen, siquiera el juicio técnico podría verse alterado por la percepción de los hechos[2132].

La figura del testigo-perito no puede servir para introducir una pericial defectuosa, encubierta o extemporánea. La exigencia de un conocimiento preprocesal y la inexistencia de un previo encargo permite excluir del régimen jurídico del testigo-perito los supuestos siguientes:

a) La pericial carente de algún requisito legal. Algunas resoluciones judiciales otorgan la condición de testigo-perito al dictamen no emitido ni ratificado como prueba pericial, cuando su autor lo advera a través de una posterior declaración testifical (SAP Burgos, 16 de septiembre de 2005[2133]). Lo mismo sucede con el dictamen que

2129 Flores Prada, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 186.

2130 Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 56, afirma con contundencia: «el que informa sobre una percepción preprocesal es siempre testigo, siendo indiferente que haya llegado a la percepción por causalidad o intencionadamente. Todo lo más, puede ser perito a la vez que testigo».

2131 SAP Asturias, secc. 6ª, de 19 de noviembre de 2007, fto. jco. 2º (AC 2008\291).

2132 Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, ob. cit., pp. 458, 460, 462 y 463.

2133 Puede verse el fto. jco. 3º (EDJ 2005/208261). Supuesto de reclamación de contenido extracontractual al amparo del art. 1902 CC y resultando acreditado que los daños sufridos en el edificio de la comunidad actora se ocasionaron como consecuencia de las obras efectuadas por la promotora demandada en un edificio colindante. Se trataba, en el caso, de «informes periciales» aportados con la contestación a

prescinde del juramento o promesa de veracidad, objetividad e imparcialidad (SAP Almería, 23 de abril de 2004[2134]), o con el dictamen propuesto inicialmente como una documental (SAP Las Palmas, 22 de enero de 2004[2135] y SAP Sevilla, 21 de enero de 2004[2136]) y posteriormente es objeto de ratificación por su autor.

No podemos compartir semejante criterio, pues los supuestos descritos contienen informes periciales defectuosos, al margen de las previsiones de los arts. 335 y ss. LEC, y el hecho que se proponga al autor del informe como testigo no permite transmutar la condición de un perito en testigo-perito[2137].

b) La pericial de parte o de designación judicial, posteriormente objeto de ratificación, puesto que si se pretende la ratificación de la persona que ha elaborado un dictamen pericial, nos encontramos ante una prueba pericial y su autor tendrá que ser citado como perito, y no como testigo-perito. Por el contrario, si se pretende la declaración de un testigo con conocimientos especializados (SAP Madrid, 12 de abril de 2005[2138]), la ubicación sistemática del testigo-perito (en sede del interrogatorio de testigos) pone de manifiesto que se trata de un testigo (no de un perito) y tendrá que ser citado como testigo-perito.

c) La introducción de una pericial extemporánea mediante la citación como testigo-perito del autor de un dictamen pericial no admitido o ni siquiera emitido (SAP Sevilla, 20 de abril de 2006[2139]).

d) La introducción de una pericial encubierta mediante citación del médico forense en calidad de perito o testigo-perito para la ratificación de un informe inicialmente emitido, puesto que, por una parte, un informe del médico forense es una prueba documental que no precisa de ratificación, y por otra parte, la llamada del médico

---

la demanda, pero «no derivados de este proceso, ni emitidos en relación con las partes litigantes, ni con los pronunciamientos específicos sobre las cuestiones derivadas de este proceso» (fto. jco. 2º).

2134 Ver el fto.jco.6º (EDJ 2004/32126).

2135 SAP Las Palmas, secc.3ª, de 22 de enero de 2004, fto.jco.1º (EDJ 2004/6398).

2136 La SAP Sevilla, secc.5ª, de 21 de enero de 2004, fto.jco.3º (EDJ 2004/6927), en supuesto de responsabilidad médica derivado de la pérdida de visión en un ojo tras una intervención de cataratas, razona: «La parte demandada no ha realizado una verdadera prueba pericial, pues se limitó a aportar un informe documental con el escrito de contestación a la demanda elaborado por el Doctor Donato, y a la proposición del mismo como testigo, evacuando contestaciones sobre la materia por sus conocimientos científicos, de acuerdo con el art. 370.4 LEC».

2137 En sentido distinto, Fernández Seijo, J. Mª, *Comentario al art. 370.4 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2651, para quien el cauce del art. 370.4 LEC permite amparar «la declaración de técnicos cuyos dictámenes no tienen la consideración de dictámenes periciales».

2138 SAP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto.jco.2º (EDJ 2005/60556). De modo distinto la SAP Madrid, secc.12ª, de 29 de junio de 2005, fto.jco.3º (EDJ 2005/193559) engloba a los autores de los dictámenes técnicos a instancia de parte bajo la denominación de testigos-peritos.

2139 SAP Sevilla, secc.5ª, de 20 de abril de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/296339).

forense al proceso lo es para que aporte conocimientos especializados (SAP Murcia, 11 de octubre de 2006[2140]).

e) La extensión de las manifestaciones de un perito en el acto del juicio a extremos no contenidos en el dictamen inicialmente aportado a las actuaciones, no obstante haberse propuesto su declaración como testigo-perito.

Así, por ejemplo, en el supuesto de un accidente de circulación en que el perito de la parte demandada convierte una simple valoración de daños en una apreciación personal de la forma en que se produjo el accidente (SAP Burgos, 5 de enero de 2007[2141]). O en el supuesto de una acción de responsabilidad extracontractual por grietas y fisuras en que se convierte un informe de tasación de daños en una apreciación sobre las causas del siniestro (SAP Burgos, 24 de enero de 2007[2142]).

f) Los informes de los profesionales de la investigación privada (arts. 265.1.5º y 380.2 LEC), pues no obstante la remisión del art. 380.2 LEC al art. 370.4 LEC, el testigo declara sobre unos hechos, mientras que el profesional de la investigación privada presenta un informe[2143].

g) Las declaraciones u observaciones del práctico en el terreno (art. 353.2 LEC), que puede efectuar sus manifestaciones en el acto del reconocimiento judicial, más cercano a la figura de un perito-testigo, puesto que es llamado al procedimiento precisamente en virtud de su saber técnico, y declara y hace observaciones al juez, bajo juramento de decir verdad (art. 354.3 LEC), pero no propiamente a través de un interrogatorio.

4.2. Capacidad

La capacidad del perito deriva de la posesión de conocimientos especializados de interés para el proceso. En términos similares al art. 616 LEC de 1881 y al art. 490 I del Proyecto de 1974, el art. 340.1 LEC dispone: «Los peritos deberán poseer el título oficial

2140 Puede verse el fto. jco.3º (EDJ 2006/342871) que razona: «[…] siendo claro que no se pretende la llamada al proceso del médico forense para que declare sobre hechos controvertidos de los que hubiere tenido conocimiento, sino fundamentalmente para que emita opiniones basadas en sus conocimientos científicos, lo que es más propio de una pericial, por lo que se estaría admitiendo una pericial encubierta, al margen de los cauces previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

2141 SAP Burgos, secc.3ª, de 5 de enero de 2007, fto.jco.2º (EDJ 2007/5596).

2142 La SAP Burgos, secc.3ª, de 24 de enero de 2007, fto.jco.3º (EDJ 2007/40706) razona: «[…] la actuación del testigo perito en el acto del juicio fue más propia de una prueba pericial que de una testifical, que era lo que motiva su intervención. Ahora bien, si el testigo no estaba en el juicio para declarar más que sobre los extremos contenidos en su informe de valoración, las otras manifestaciones que hiciera sobre otros extremos del accidente no debieron serle admitidas […]».

2143 En sentido distinto, Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.331, para quien «en la consideración de testigo-perito entran los profesionales de la investigación privada que acuden a ratificar sus informes, mencionadas en el art. 265.1.5º LEC».

que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias».

Se admite la dualidad de peritos (el titulado y el no titulado – también llamado «persona entendida»–). Al igual que el derogado art. 615 LEC\1881, el art. 340 LEC sienta el criterio legal de la distinción y preferencia por el perito titulado frente al perito no titulado o entendido en la materia. Y a diferencia art. 616 LEC\1881, no será necesario que los peritos paguen el Impuesto sobre actividades económicas, residan en el partido judicial, o se hayan colegiado en un determinado Colegio Profesional (STS 4 de junio de 1998[2144]).

La titulación oficial deviene exigencia legal, cuando la materia objeto de la pericia esté comprendida en un título profesional oficial, y así se deduce de la imperatividad de los términos legales en el apartado primero del art. 340 LEC: «Los peritos *deberán* poseer el titulo oficial que corresponda…». Constituye la garantía de suficiencia de unos conocimientos, siquiera debe adoptarse cierta precaución puesto que, como afirmaba Font Serra, ya con respecto de la anterior legislación, «no toda persona con un título oficial es experta en la materia de la que posea el título; ni toda persona sin título carece necesariamente de los conocimientos que se deben exigir al perito»[2145].

En defecto de título oficial, el perito podrá ser designado entre «personas entendidas» (art. 340 *in fine* LEC). Se trata de «personas que la práctica diaria de una profesión, oficio o afición le ha permitido alcanzar un grado de conocimiento específico sobre una materia concreta, que sobresale del que puedan tener sobre esa materia un ciudadano común»[2146]. Su condición de «persona entendida» podrá deducirse de la notoriedad derivada del ejercicio de la profesión, de los antecedentes de intervenciones en otros procesos y en las mismas materias, de las referencias de terceros[2147] o incluso de la simple conformidad de ambas partes.

Si la persona entendida es designada por la parte, es conveniente que la parte o el propio perito exprese la naturaleza y grado de sus conocimientos. Si es el tribunal el que efectúa la designación, deberá investigar los conocimientos que son necesarios y, en función del resultado, designar al perito que entienda adecuado conforme al art. 341.2 LEC.

La exigencia del título oficial se extiende a toda clase de perito, con independencia de si ha sido designado por la parte o se trate de un perito de designación judicial. Aun cuando la ubicación sistemática del art. 340 LEC –a continuación de la solicitud de designación judicial de perito en el art. 339 LEC– pudiera dar a entender que la exigencia

2144 La STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 1998, fto.jco.2º (EDJ 1998/7119) admite el dictamen de un topógrafo suspendido.

2145 Font Serra, E. *La prueba de peritos*…, ob. cit., p.54.

2146 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 340 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2476.

2147 Esparza Leibar, I., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., p.109, nota a pie 158.

de titulación oficial se circunscribe a los peritos de designación judicial, bastando para los peritos de parte la posesión de los conocimientos especializados «correspondientes» (art. 335.1 LEC)[2148], entendemos que la exigencia de titulación oficial deberá exigirse para ambos tipos de peritos.

Por una parte, porque el art. 340 LEC, rubricado «Condiciones de los peritos», sienta una norma general de cualificación profesional aplicable a cualquier modalidad de dictamen pericial, conforme a la máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*[2149]. Y por otra parte, porque el art. 335.1 LEC, tal como indica su rúbrica –«Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad»–, regula los supuestos en que es necesario acudir a la prueba pericial y la doble modalidad de dictamen de peritos que instaura la LEC, sin descender a la cualificación profesional exigible.

La cualificación profesional no es criterio para la admisibilidad de la demanda, sino para la valoración. Si en la pericial de parte el perito escogido no se encuentra en posesión de la titulación profesional oficial, cuando debiera estarlo, será circunstancia que afecte a la valoración, pero no impide la admisión del dictamen[2150]. Y si en la pericial de designación judicial la parte solicitante interesa un perito en una materia no comprendida en titulación profesional oficial (ej. experto en valoración de bienes) se procederá a la designación conforme al sistema de listas corridas y el juez tendrá que valorar la idoneidad técnica de la persona escogida (SAP Pontevedra, 31 de julio de 2006[2151]).

Sobre algunas materias caben diversas cualificaciones oficiales, como sucede, a título de ejemplo, en una reclamación derivada de vicios de construcción, en la que puede informar el arquitecto superior o el arquitecto técnico. En tal supuesto, la elección del perito corresponderá en la pericial de parte a las propias partes, y en la pericial de designación judicial, y a falta de acuerdo entre las partes, al juez[2152].

2148 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.344, Montero Aroca, J., *La prueba*…, ob. cit., p.323.; Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., p.68.; Garciandía González, P., *Comentario al art. 340 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., pp. 1169-1170; Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob.cit., p.57.

2149 Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.266; de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 340 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.595; Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob.cit., pp. 201-203.

2150 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 340 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. III, ob.cit., p.2475. La SAP Barcelona, secc.1ª, de 27 de noviembre de 2006, fto.jco.3º (EDJ 2006/418633) analiza un supuesto de acción indemnizatoria frente a Endesa Distribución Eléctrica, S.L. en el que el perito informante carecía de titulación específica en materia de energía eléctrica, lo que, a juicio del Tribunal, devalúa su informe.

2151 SAP Pontevedra, secc.6ª, de 31 de julio de 2006, fto.jco.2º (EDJ 2006/295892).

2152 Bajo la legislación derogada, puede verse la STS, Sala 1ª, de 13 de febrero de 1990, fto. jco.2º (RJ 1990\683), que considera igualmente aptos a un arquitecto que a un ingeniero de caminos a efectos de informar sobre una construcción.

Se reconoce aptitud técnica tanto a las personas físicas cuanto a las personas jurídicas, admitiéndose junto a la pericia individual la pericia corporativa. Las Academias e instituciones culturales y científicas gozan de una habilitación general para emitir dictámenes siempre que «se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia» (art. 340.2 LEC), mientras que se exige una habilitación legal para el resto de las personas jurídicas. La institución a la que se encargue el dictamen deberá indicar la persona o personas que directamente se encargarán de prepararlo (art. 340.3 LEC), los cuales deberán estar en posesión de la titulación profesional oficial o, en su caso, ser personas entendidas en la materia, por aplicación analógica de la normativa relativa al perito individual.

No existe un sistema legal de restricciones o prohibiciones de capacidad del perito. La incapacidad del perito deriva más de la falta de conocimientos técnicos, que la existencia de una incapacidad natural o legal, aun cuando éstas dos también serán posibles.

4.3. Designación y aceptación del cargo

A diferencia de la LEC de 1881 que reconocía como sistema de designación el acuerdo de los litigantes, en su defecto, la insaculación[2153], y de no ser posible, la designación judicial directa, en la LEC se distingue la designación por las partes, la designación por el sistema de lista corrida, la designación por el juez de oficio y la designación en los supuestos de justicia gratuita[2154].

Cabe, en primer lugar, la designación por las partes. Por cada una de ellas en los dictámenes que se acompañan con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC) y en caso de conformidad de las partes en la persona o entidad en los dictámenes de designación judicial (art. 339.2 LEC).

La designación unilateral del perito por las partes es garantía de competencia profesional, aun cuando puede devaluar la objetividad del dictamen, no tanto por la falta de profesionalidad del perito, cuanto porque las partes se abstendrán de acompañar aquel dictamen que no les sea favorable. Por el contrario, la conformidad de las partes en la persona del perito es garantía de elección conforme a criterios de consenso, objetividad y competencia profesional del perito.

La designación por el sistema de «lista corrida» es el supuesto normal en la pericial de designación judicial. Puede ser instado por una de las partes (art. 339.2 LEC), por ambas *ab initio* (art. 339.2 párrafo 3º LEC) o a consecuencia de las alegaciones o peticiones complementarias acaecidas durante el proceso (art.339.3 LEC).

2153 Sobre el concepto y forma de practicarse la insaculación en la LEC de 1881 puede verse Serra Domínguez, M., *Nombramiento de peritos por insaculación*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 390-392.

2154 SAP Palencia, de 12 de febrero de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/20971).

El sistema de lista corrida garantiza, al menos, la simplificación del proceso de selección, aun cuando no siempre es garantía de competencia profesional, ni siquiera, a veces, de imparcialidad. Puede resultar que ciertos profesionales titulados profesionalicen la pericia judicial y sean elegidos por el solo hecho de figurar en listas colegiales o corporativas, sin atención a sus méritos o experiencia profesional, y puede resultar que la especialización derive de la frecuencia de su nombramiento, y no, por el contrario, de su solvencia profesional.[2155] De ahí que se haya propuesto paliar los inconvenientes del sistema de lista corrida por un sistema mixto en el que «el Tribunal propondrá a las partes cinco peritos por él elegidos de las listas en su poder, a los efectos que ambas elijan de entre ellas el perito que deba emitir el dictamen»[2156].

En los procesos no dispositivos, esto es, procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre capacidad de las personas o en procesos matrimoniales (art. 339.5 LEC) la designación se produce por el Juez *ex officio iudicis*, en cuyo caso el juez podrá nombrar directamente al perito que estime conveniente.

La designación de oficio, circunscrita a los procesos no dispositivos, debería extenderse a los supuestos de dictámenes contradictorios, ya sea por la vía de la solicitud de ampliación del dictamen en la fase de contradicción del acto del juicio –hoy prohibida por el art. 347.2 LEC–, ya sea por la vía de las diligencias finales de oficio en la fase final del proceso –hoy muy restringida por el art.435.2 LEC–.

En supuestos de disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita la designación se produce *ex lege*. Recae en personal técnico adscrito al órgano jurisdiccional o, en su defecto, en funcionarios técnicos dependientes de la Administración de Justicia (art. 339.1 LEC en relación art. 6.6 Ley Asistencia Jurídica Gratuita[2157]). Ante la inexistencia de personal o funcionarios en la demarcación judicial se ha admitido la designación directa por el juez en procesos no dispositivos (SAP Málaga, 24 de junio de 2006[2158]).

2155 Requero Ibáñez, J.L., *La prueba pericial en el proceso contencioso-administrativo*, rev. La Ley, nº 5000, de 25 de febrero de 2000. En sentido crítico, también Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.300, para quien el sistema de lista corrida es inadecuado porque permite, mediante cálculo de posibilidades, designar perito afín; Díaz Fuentes, A., *La prueba pericial*, ob. cit., p.341, para quien la lista corrida impide la selección conforme a criterios de «competencia profesional, integridad y confianza»; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.811, para quien «nadie ignora que el tribunal no controla las listas de peritos, ni verifica su fiabilidad. Simplemente acepta unos nombres que le vienen suministrados y que, a veces, se han dado de alta unos días antes».

2156 Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes…*, ob. cit., p.843.

2157 El AAP Cáceres, secc.1ª, de 21 de junio de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/683737), en un supuesto en que el actor es titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, permite la posibilidad que se reclame una cantidad cuyo importe no se concreta, sino que se concretará a partir del dictamen pericial que se anuncia con la demanda, siempre que el dictamen pericial se practique con anterioridad a la Audiencia Previa si se trata de un juicio ordinario o de la vista si es verbal.

2158 La SAP Málaga, secc.6ª, de 24 de junio de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/67320), en un juicio de separación, admite el nombramiento de oficio de un perito psicólogo no adscrito al Juzgado, y sostiene

La aceptación del cargo es voluntaria en los supuestos de designación unilateral del perito, y obligatoria en los supuestos de designación judicial, salvo alegación y aceptación de justa causa (art. 342.2 LEC), que determina la sustitución del perito por el siguiente de la lista. Ahora bien, el perito puede eludir la aceptación del cargo bien no concurriendo a la diligencia de aceptación del cargo –en cuyo caso deberá nombrarse a un sustituto (art. 342.2 LEC)–, bien exigiendo una provisión de fondos que no sea asumida por las partes –en cuyo caso no puede procederse a nueva designación (art.342.3, II LEC)–, quedando el perito eximido de emitir el dictamen y el juez privado de perito.

No existe previsión legal para el supuesto de incomparecencia del perito a la aceptación del cargo, pues no fue aceptada una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso[2159] y después en el Senado[2160] que imponía la obligación de aceptar el cargo a las personas incluidas en las listas remitidos por los Colegios y las asociaciones profesionales, bajo la advertencia de exclusión de las listas.

A diferencia de la LEC\1855, que admitía la designación de dos peritos y en caso de acuerdo uno solo (art. 303 LEC\1855) y de la LEC\1881, que buscaba un número impar de peritos admitiendo la posibilidad de uno o tres peritos (art. 613 LEC 1881), la LEC reduce el número de peritos a uno (art. 339.4 y 6 LEC). Se excepcionan los supuestos de pericia corporativa, en que se admite la designación de una o más personas (art. 340.3 LEC) y los supuestos de pericial de parte, en los que ésta podrá proponer el número de peritos que estime oportunos.

En todo caso, al existir compatibilidad entre los peritos de parte y los de designación judicial, no existe necesariamente «un número impar de peritos, sino que puede ser un número indefinido y par, combinándose el origen de esos peritos, bien de parte, bien designado por el Tribunal» (SAP Zaragoza, 18 de junio de 2004[2161]).

4.4. La imparcialidad del perito

La LEC de 1881 controlaba la imparcialidad del perito mediante el juramento de desempeñar bien y fielmente el cargo (art. 618) y la recusación (arts. 619 a 625). La LEC, al regular la doble modalidad de dictámenes –de parte y de designación judicial–, introduce nuevos controles de la imparcialidad del perito. Existe un mecanismo de control común a todo perito, cual es el juramento o promesa de actuar con objetividad (art. 335.2 LEC), un mecanismo específico para el perito de parte, cual es la tacha (art. 343.1, II LEC) y dos

que tal nombramiento se ajusta a la legalidad, por cuanto no existía ninguno de esa especialidad que prestara sus servicios para el órgano jurisdiccional ni existían funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas con sede en el partido judicial.

2159 Enmienda núm. 358, BOCD, de 26 de marzo de 1999.

2160 Enmienda núm. 103, BOS, de 27 de octubre de 1999.

2161 SAP Zaragoza, secc.5ª, de 18 de junio de 2004, fto.jco.5º (EDJ 2004/72226).

mecanismos específicos para el perito de designación judicial, cuales son la abstención (art. 105 LEC) y la recusación (arts. 124 a 128 y 343.1 LEC)[2162].

Se ha sustituido el centenario, genérico y tradicional juramento de «desempeñar bien y fielmente el cargo» (art. 618 LEC\1881 y art. 492, I Proyecto de 1974) por el novedoso juramento –o promesa de decir verdad– de «actuar con la mayor objetividad posible» (art. 335 LEC), convirtiendo el juramento o la promesa en una suerte de baluarte para conjurar los mayores riesgos de parcialidad inherentes a la designación de perito por una sola de las partes, aun cuando algún autor ha destacado la importancia y valor del juramento o promesa de imparcialidad como manifestación «del autocontrol» del perito[2163].

Opera tanto sobre la dimensión objetiva de la pericia, referida a la aplicación de conocimientos o técnicas objetivas, cuanto sobre la dimensión subjetiva, referida a la opinión o criterio del propio perito (SAP Álava, 24 de julio de 2006[2164]). Y comprende también el conocimiento de «las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito» (art. 335.2 LEC), previniendo al perito frente a los delitos de falso testimonio (arts. 459 y 460 CP), de cohecho (art. 421 CP) y negociaciones y actividades prohibidas a peritos (art. 440 CP).

Se extiende al perito de designación judicial, y deberá practicarse «al emitir el dictamen» (art. 335.2 LEC), esto es, en el momento de rendirlo, aun cuando sería preferible anticiparlo al momento de la aceptación del cargo para los peritos de designación judicial y recogerlo ya en los dictámenes aportados por las partes junto con los escritos de alegaciones. Y en algún caso se ha admitido que pueda prestarse, alejándose de la fórmula rituaria legal, bajo expresiones más flexibles[2165].

Su omisión es un defecto subsanable, que no impide la valoración probatoria, siquiera unas veces se le niega el carácter de prueba pericial y el dictamen deberá valorase como prueba documental y la ratificación del perito como prueba testifical (SAP Segovia, 29 de diciembre de 2006[2166]); y otras veces, con mayor acierto, verificada la ratificación y

2162 La SAP Tarragona, secc.1ª, de 15 de enero de 2007, fto. jco.3º (EDJ 2007/35125) hace una enumeración de las medidas legales tendentes a garantizar la actuación imparcial del perito y, junto al juramento o promesa (art.335.2 LEC), la posible formulación de tachas (art.343 LEC) y recusación (art.124 y ss. LEC) añade también «la contradicción procesal a que se debe someter cualquier perito» (art. 347 LEC) y «la libertad de valoración de que goza el Tribunal» (art. 348 LEC). En sentido similar, SAP Valladolid, secc.1ª, de 3 de octubre de 2002, fto. jco.3º (EDJ 2002/58231).

2163 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.800.

2164 SAP Álava, secc.1ª, de 24 de julio de 2006, fto. jco 3º (EDJ 2006/398039).

2165 La SAP Toledo, secc.2ª, de 13 de mayo de 2004, fto, jco.1º (EDJ 2004/49800) recoge que «si bien con fórmula distinta de la habitual, la perito ratifica el informe, recordándole la Juez a quo «la obligación de ser veraz tanto para lo bueno como para lo malo», por lo que debe tenerse por cumplida la exigencia del art. 335.2 de la LEC en cuanto conscientemente de la obligación de veracidad y objetividad, la perito emitió el dictamen que obra en autos».

2166 SAP Segovia, secc.1ª, de 29 de diciembre de 2006, fto. jco.5º (EDJ 2006/391587). En sentido similar puede verse también la SAP Madrid, secc.14ª, de 5 de mayo de 2004, fto.jco.6º (EDJ 2004/106551).

subsanación del juramento, se le considera como un dictamen pericial con valor probatorio pleno (SAP Madrid, 28 de junio de 2006[2167]).

La falta de subsanación del juramento o promesa ha comportado que alguna resolución, con excesivo rigor, niegue al dictamen pericial eficacia probatoria (SAP Tarragona, 3 de noviembre de 2006[2168]); mientras en otras ocasiones, con mejor fundamento, si bien no se considera al dictamen como prueba pericial, por haberse vulnerado las normas procesales, se afirma que corresponderá su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, «ya que tienen el mismo contenido en auxilio para el Juez, ilustrándole sobre la valoración y apreciación» (SAP Tarragona, 21 de febrero de 2006[2169]), habiéndose señalado que, en todo caso, que el mecanismo «normal y obligatorio» para garantizar la imparcialidad de los peritos de parte es la tacha (SAP Baleares, 28 de septiembre de 2004[2170]).

Mayor dificultad presenta el supuesto en que el perito omite el juramento, y transcurrido el plazo de subsanación, no lo subsana ni es llamado posteriormente al acto del juicio o de la vista. En tal caso, el dictamen adolece de un requisito de existencia –el juramento o promesa de actuar con objetividad– al cual el legislador ha otorgado gran relevancia, como lo demuestra su ubicación sistemática –en el art. 335.2 LEC, que encabeza la sección del dictamen de peritos–, el hecho que se anude la eventual responsabilidad penal por falso dictamen pericial (arts. 459 y 460 CP) y el hecho que la sentencia firme recaída en virtud de prueba pericial en la que el perito hubiera sido condenado por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia constituya una de los motivos de revisión de una sentencia firme (art. 510.3 LEC). La falta de juramento o promesa de actuar con objetividad y la falta de contradicción del perito en el acto de la

2167 SAP Madrid, secc.12ª, de 28 de junio de 2006, fto. jco. 6º (EDJ 2006/355659), en la que se califica el juramento como «un requisito esencial, que trata de garantizar la imparcialidad de su emisor, que no debe olvidarse cumple un encargo de la parte que se le encomienda».

2168 SAP Tarragona, secc.3ª, de 3 de noviembre de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/414675). En sentido similar SAP Navarra, secc.2ª, de 15 de julio de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/131304) y SAP Málaga, secc.5ª, de 16 de mayo de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/143697).

2169 SAP Tarragona, secc.1ª, de 21 de febrero de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/286063), la cual cita, a su vez, las SSTS de 26 de noviembre de 1990 (EDJ 1990/10740) y de 30 de junio de 1992 (EDJ 1992/7117).

2170 La SAP Baleares, secc.3ª, de 28 de septiembre de 2004, fto.jco.2º (EDJ 2004/148790) razona que la omisión del juramento o promesa es una «anomalía procesal» que no genera indefensión a la parte adversa, máxime cuando ésta no ha formulado tacha, interviene en la ampliación del dictamen y no propone prueba alguna a fin de contradecirlo.Y en la SAP Valladolid, secc.1ª, de 3 de octubre de 2002, fto.jco.3º (EDJ 2002/58231) se razona que «tal omisión formal [falta de juramento] en manera alguna puede determinar la carencia de efectos jurídicos del informe, sobre todo si se tiene en cuenta que en su comparecencia en el juicio (10.35 horas) se le hicieron [al perito] las prevenciones legales y además, en su caso, no fue recusado por la concurrencia del apartado 2º del apartado 1 del artículo 343».

vista o del juicio permitiría concluir que más que un dictamen de peritos, nos encontramos ante una documental atípica.

La tacha del perito, limitada al perito de designación de parte, es objeto de regulación novedosa (arts. 343 y 344 LEC) destacando, en sentido negativo, la introducción de una causa de tacha excesivamente abierta, cual es «cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional» (art. 343.1.5º LEC)[2171]; la censurable exclusión –no prevista en la LEC de 1881– de la prueba testifical para acreditar la tacha; y la inexistencia de un trámite de audiencia al perito sobre la causa de la tacha; y en sentido positivo, la protección del perito injustificadamente tachado, mediante la resolución judicial de tacha carente de fundamento y la imposición de multa si la tacha fue planteada por temeridad (art. 344. 1 y 2 LEC), novedoso mecanismo orientado a evitar un uso fraudulento de la tacha.

A diferencia de la abstención o recusación, la tacha no comporta la sustitución del perito, sino que actúa, al igual como sucede en el interrogatorio de testigos, a modo de advertencia al juzgador sobre la concurrencia de alguna circunstancia que, en abstracto, puede condicionar la fiabilidad del perito, sin impedir que éste rinda su dictamen y que el juez lo valore en sentencia (art. 344.2 LEC).Y si bien no se exige un razonamiento específico para acoger o rechazar la tacha en la sentencia (SAP Madrid, 12 de abril de 2005[2172]), el juez deberá motivar porque otorga credibilidad (o no) a las conclusiones del perito, no obstante concurrir la tacha, tanto en el supuesto que siga las conclusiones del perito cuanto en el que se aparte de las mismas[2173].

Se ha justificado el distinto tratamiento legal de la tacha y la recusación en el hecho que la tacha no impide que el dictamen ya aportado llegue al tribunal, y la recusación lo puede impedir[2174], con olvido que el sistema de tachas, reservado en la LEC de 1881 exclusivamente para los testigos, es propio del testigo en atención a su carácter infungible y la imposibilidad de sustituirlo o apartarlo del proceso, mientras que siendo el perito fungible, de existir un motivo de sospecha, sería preferible apartarlo del proceso.

La abstención, inexistente en la LEC de 1881 y circunscrita a los peritos de designación judicial (art. 105 LEC), se distingue según concurra en el momento de la designación

2171 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 343 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1616, restringe su ámbito, con base a un paralelismo en el motivo de tacha basado en la condena del testigo por falso testimonio (art.377.5º LEC), a los supuestos en que el perito ha sido condenado por falsificación (art. 397 CP), intrusismo (art. 403 CP), o falso testimonio (art. 459 CP). En sentido distinto, Garciandía González, P., *Comentario al art. 343 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1183, entiende que el art. 343.1.5º LEC puede dar cobertura a los supuestos de inidoneidad del perito.

2172 SAP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556) la cual se refiere a la tacha del testigo, aun cuando el razonamiento también se puede extender al perito.

2173 Montero Aroca, J., *La prueba…*, ob. cit., p.327, entiende que el art. 334.2 LEC «parece exigir que en la sentencia se aluda de modo expreso a la tacha».

2174 Garberí Llobregat, J., y Buitrón Ramírez, G., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.423.

–que determina la sustitución por un suplente– o en un momento posterior a la aceptación del cargo –que se remite a la decisión del Juez o Tribunal que conoce de asunto–. Las causas de abstención y recusación son comunes (art.99.2 LEC).

La recusación, que el art. 124 LEC limita a los peritos designados por sorteo, en contradicción con lo normado en el art. 343.1 LEC, se extiende a todo perito de designación judicial, según sentir doctrinal pacífico, pues la limitación a los peritos designados por sorteo fue fruto de un error en la tramitación parlamentaria de la LEC[2175].

A las causas de recusación comunes a jueces y magistrados, previstas en los arts. 219 y 220 LEC (art. 124.3 LEC), se añaden otras tres específicas de los peritos (art. 124.3, 1ª, 2ª y 3ª LEC): 1ª) Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso; 2ª) Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo; y 3ª) Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Se regula detalladamente su procedimiento –siempre por escrito (art. 125 LEC)–, con unos momentos preclusivos para su formulación, con la finalidad que el dictamen no llegue a emitirse, y determinando su estimación la sustitución del perito por un suplente (art. 126 LEC).

Coincidimos con Muñoz Sabaté en el sentido que aun cuando la recusación se circunscribe a los peritos designados por el tribunal (art.124 LEC), también debería extenderse a la personas o personas designadas para efectuar la pericial corporativa[2176], aun cuando como advierte Font Serra «la colegialidad representa una garantía de acierto, e incluso de imparcialidad, pues es más difícil que sean parciales varios peritos que uno solo»[2177].

4.5. Derechos y deberes del perito

La aceptación del cargo de perito genera unos derechos y deberes, que no son objeto de tratamiento sistemático en la LEC, sino que aparecen recogidos en artículos dispersos, y aún de modo incompleto. Siguiendo a Devis Echandía podemos enumerar como derechos del perito: recibir gastos –ahora provisión de fondos–; la remuneración del trabajo; el acceso a los medios adecuados para la investigación y a la libertad absoluta de investigación. Y como deberes del perito podemos citar el deber de jurar –o prometer decir verdad– de actuar con objetividad; el de comparecer; y el de aportar el dictamen pericial[2178].

2175 Puede verse *per omnia* Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…., ob. cit., pp. 103 y 104.

2176 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil*…, ob. cit., p.345.

2177 Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., p.172.

2178 En general, puede verse la enumeración de Devis Echandía, H, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, p.368 (para los deberes) y p.372 (para los derechos); y con referencia a la LEC puede verse Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 335 LEC,* en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., pp. 676-679 y Magro Servet, V. (coord.), *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*…, ob. cit., pp. 54-58.

El derecho a la solicitud de una provisión de fondos se podrá obtener bien directamente de la parte caso de designación por ésta; bien de la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 342.2 LEC) en caso de designación judicial, y en ambos supuestos a modo de anticipo a cuenta de la liquidación final.

Se traduce en una facultad –[el perito designado *podrá* solicitar, …, la provisión de fondos que considere necesaria, …]– de reclamar una cantidad de las partes con anterioridad a la emisión del dictamen y con posterioridad a la aceptación del cargo, inexistente en la LEC de 1881, con la doble finalidad de anticipar unos fondos al perito para asumir la pericia y de evitarle acudir a las vías legales para la reclamación de los honorarios puesto que, en la práctica, la solicitud de la provisión de fondos suele convertirse en el pago anticipado de los honorarios periciales, pese a que en la dicción legal ya se dispone que se trata de una cantidad «a cuenta de la liquidación final» (art. 343.3 LEC), a modo de un anticipo (AAP Barcelona, 10 de febrero de 2003[2179]).

El perito tiene derecho a la remuneración por su trabajo, tanto si es un perito de designación de parte, cuanto si es perito de designación judicial. En ambos casos sus honorarios se podrán incluir en la tasación de costas, pues tan perito es el designado por la parte, como el de designación judicial, sin que el art. 241.1.4º LEC, que regula el contenido de las costas procesales, y alude a los «derechos de los peritos», efectúe distinción alguna entre peritos por el sistema de su designación[2180]. Para su reclamación el perito deberá acudir al proceso declarativo ordinario, aun cuando *de lege ferenda* se ha postulado que el perito pudiera acudir al procedimiento de jura de cuentas (art. 35 LEC) frente a la parte que hubiera interesado su nombramiento o frente a la parte condenada en costas[2181].

También tiene derecho el perito al acceso a los medios adecuados para el estudio de las cuestiones. No expresamente previsto en la LEC, comprende, a título de ejemplo, la entrega de la cosa mueble a examinar, el examen personal del sujeto cuya salud o capacidad se examina, o el acceso al inmueble que debe inspeccionarse[2182].

2179 El AAP Barcelona, secc.12ª, de 10 de febrero de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/31527) apunta que la provisión de fondos «no es más que un anticipo o seguridad para ese experto [el perito] de que será retribuido por su función». Ello no obstante, y como se destaca en el AAP Valladolid, secc.3ª, de 19 de noviembre de 2002, fto. jco2º (EDJ 2002/67290) la provisión de fondos «encierra un cierto privilegio y beneficio procesal».

2180 Magro Servet, V. (coord.), *La prueba pericial* …, ob. cit., p.53, sintetiza, con invocación de doctrina y jurisprudencia, los argumentos a favor de la inclusión en la tasación de costas de los derechos de los peritos que emiten dictamen a instancia de parte: «1º) la LEC les atribuye condición de prueba pericial; 2º) el art. 336 autoriza su presentación con los escritos iniciales del proceso; y 3º) porque estos dictámenes tienen su origen inmediato y directo en el proceso al que se aportan (art.241)».

2181 Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes*…, ob. cit., p.845.

2182 En este sentido, Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., p.376.

En el supuesto que una de las partes (ej. titular del inmueble objeto del dictamen) negare injustificadamente al perito de la adversa o al de designación judicial el acceso al inmueble objeto del dictamen se deberá dejar constancia de tal incidencia, preferiblemente mediante un acta notarial, y recabar la pertinente autorización judicial para acceder al inmueble y que el perito pueda elaborar su dictamen y aportarlo al proceso, sin perjuicio, de estimarlo procedente, de sancionar a la parte obstruccionista con un multa por infracción de la buena fe procesal (art. 247 LEC).

Y en los supuestos de incomparecencia de la persona cuyo examen personal se interesa (ej. negativa a un reconocimiento por el perito médico para informar sobre el alcance de una cicatrices en reclamación derivada de accidente de circulación), tal conducta procesal debe ser valorada como un indicio en contra de la parte que, con su proceder, impide la práctica del dictamen pericial, de modo similar a la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación[2183].

El perito tiene, finalmente, derecho a la libertad de investigación, en la medida que recibe de la parte o del juez un encargo profesional, sin que pueda coartársele su capacidad investigadora, más allá de los límites que se deriven de las normas deontológicas o penales. Cuestión relacionada es si el perito puede presentar un documento nuevo, no aportado por las partes y que estima relevante para la investigación, y que deberá merecer una respuesta negativa para salvaguardar el principio de preclusión documental (art. 269 LEC) y la carga de aportación de los documentos fundamentales que pesa sobre las partes (art. 265.1.1 LEC).

Entre los deberes del perito se encuentra el de jurar –o prometer decir verdad– de actuar con objetividad (art. 335.2 LEC). Se trata de un deber de contenido deontológico y de muy difícil control por tercera persona. Deberá prestarse con anterioridad a la emisión del dictamen –normalmente en el momento de la aceptación del cargo, de tratarse de un perito de designación judicial–, y su omisión es subsanable. Su inobservancia no comporta la nulidad del dictamen, pues la objetividad del perito puede controlarse a través del mecanismo de la tacha o de la recusación, y constituye una irregularidad procesal a ponderar por el juez en el momento de dictar sentencia, de no haberse subsanado con anterioridad[2184]. La infracción del deber de actuar con objetividad puede incluso dar lugar al delito de falso testimonio (arts. 459 y 460 CP).

El perito tiene también el deber de comparecer. Tanto el perito de parte (art. 337.2 LEC) cuanto el de designación judicial (art. 346 LEC) tienen el deber de comparecer al acto del juicio o a la vista. Tratándose de perito de parte la petición de comparecencia por cualquiera de las partes –no solo la que aportó el dictamen– deviene vinculante para el

2183 SAP Barcelona, secc.16ª, de 24 de mayo de 2004, fto. jco.5º (AC 2004/1013).

2184 Entre otras, la SAP Les Illes Balears, secc.3ª, de 28 de septiembre de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/148790) que califica la omisión del juramento como «anomalía procesal» que no genera indefensión y la SAP Córdoba, secc.2ª, de 23 de junio de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/72112).

juez[2185], mientras que siendo el perito de designación judicial, el juez podrá o no atender la petición de las partes (art. 346 LEC), atendidos los términos potestativos de la dicción legal (SAP Zamora, 22 de febrero de 2005[2186]). En todo caso, el juez podrá acordar de oficio la comparecencia tanto del perito de parte (art. 338.2, II LEC) cuanto del perito de designación judicial (art. 346 LEC), aun sin mediar petición de parte.

Ahora bien, la comparecencia del perito para la ratificación del dictamen no es requisito de validez del dictamen, a diferencia del derogado art. 627 LEC 1881, que exigía la ratificación del dictamen pericial bajo juramento y a presencia judicial. La LEC no exige la ratificación del dictamen pericial en el acto del juicio, sino como facultad o posibilidad de las partes (arts. 337.2; 338.2 y 346 LEC[2187]). Del mismo modo el art. 429.8 LEC permite que cuando la única prueba practicada sea el dictamen pericial, y ni las partes ni el tribunal hayan solicitado la ratificación del perito, se pueda dictar sentencia, sin necesidad del previo juicio (SAP Pontevedra, 20 de febrero de 2003[2188]), lo que viene a corroborar la validez del dictamen pericial, aun no ratificado.

La incomparecencia justificada del perito puede producir la suspensión del señalamiento (art.183.4 LEC) o la interrupción de la vista (art.193.1.3º LEC), si el juez estima imprescindible su presencia. La incomparecencia injustificada, además de la interrupción de la vista de estimarse imprescindible la presencia del perito (art.193 LEC), acarrea también la multa (art. 292.1 LEC).

Y el perito debe aportar el dictamen. Tanto el perito de parte cuanto el perito de designación judicial tienen el deber de aportar el dictamen, siendo conveniente que en la diligencia de aceptación del cargo se le requiera para la emisión del dictamen en el plazo legalmente previsto[2189]. La infracción del deber de aportación por el perito de parte constituye un incumplimiento de un arrendamiento de servicios que, en el ámbito procesal, únicamente determina la preclusión probatoria, al exigirse la carga de la aportación de los

2185 En este sentido, Font Serra, E., *El dictamen de peritos…*, ob. cit., p.132; y Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 346 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1622; para quienes, mediando petición de parte, el juez debe acordar la citación del perito a la vista o al juicio.

2186 La SAP Zamora, secc.1ª, de 22 de febrero de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/36316) recuerda que la citación del perito de designación judicial para la contradicción del dictamen a la vista o al juicio, aun mediando petición de parte, es facultativa del juez conforme al art. 346 LEC.

2187 En este sentido SSAP Valencia, secc.9ª, de 17 de febrero de 2006, fto. jco.2º (AC 2006/461); AP Valencia, secc.8ª, de 26 de junio de 2006, fto.jco.3º (EDJ 2006/286459); y AP Valencia, secc.8ª, de 27 de septiembre de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/210276).

2188 SAP Pontevedra, secc.6ª, de 20 de febrero de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/75055).

2189 La SAP Cádiz, secc.5ª, de 25 de febrero de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/226490) recuerda que «la aportación del dictamen pericial por el perito designado por el Tribunal y su comparecencia a la vista se regula en los artículos 346 y 347 de dicho texto legal, sin que en el primero de dichos preceptos se establezca plazo alguno para la emisión del dictamen y su traslado a las partes antes de la comparecencia a juicio».

dictámenes de parte con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336 LEC), sin perjuicio de una eventual responsabilidad civil del perito por incumplimiento contractual.

Por el contrario, el perito de designación judicial puede infringir este deber bien por la imposibilidad de realizar el dictamen –ej. caso de no permitírsele el acceso al bien inmueble a reconocer–; bien por entregar el dictamen fuera del plazo establecido; bien, finalmente, por no entregar el dictamen. En el primer caso, el perito quedaría exento de emitir el dictamen. En el segundo, el dictamen se incorpora al proceso, pues aun cuando tardíamente, no se produce indefensión a las partes. Y en el tercero, el perito quedaría sujeto a responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes contraídos con su aceptación, y también a responsabilidad penal, discutiéndose la concreta figura delictiva –desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP) o denegación de auxilio (art. 412 CP)-[2190], cuestión que abordaremos al analizar la responsabilidad penal del perito en el epígrafe siguiente.

Para el perito de designación judicial, y además de los expuestos, existen otros dos deberes específicos: el de aceptar el cargo, salvo justa causa (art. 341.2 LEC); y el de dar aviso a las partes, con una antelación de cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que tendrán lugar las operaciones periciales (art. 345.2 LEC).

4.6. Responsabilidad del perito

El incumplimiento de los deberes del perito puede generar responsabilidad, ora penal, ora civil, o bien simplemente disciplinaria. Se trata de supuestos poco frecuentes, y que han merecido un interés doctrinal más bien escaso.

4.6.1. Responsabilidad penal

El legislador ha sancionado delitos especiales en los que expresamente se contempla al perito como sujeto activo de la infracción penal, tales como el falso testimonio (arts. 459 y 460 CP) o el cohecho (art. 420 CP); otros en que la conducta delictiva descrita puede suponer una infracción de los deberes profesionales del perito u otros profesionales o sujetos, tales como los desórdenes públicos (art. 558 CP) o la desobediencia (art. 556 CP); y todo ello sin perjuicio que, con motivo o desempeño de su cargo, el perito pueda incurrir en otros delitos generales[2191].

2190 En los supuestos de no entrega del dictamen por el perito de designación judicial Asencio Mellado, J.Mª (*Comentario al art. 335 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.679) se muestra partidario de proceder por desobediencia a la autoridad judicial. En el mismo sentido, Magro Servet, V. (coord.), *La prueba pericial…*, ob. cit., p.58.

2191 Illescas Rus, A.V., *La Prueba Pericial…*, ob. cit., pp. 152 y 153, enumera, sin ánimo exhaustivo, los siguientes: apropiación indebida (art. 252 CP), calumnia (art. 205 CP), acusación o denuncia falsa (art. 459 CP), coacciones (art. 172 CP), injurias (arts. 208 a 210 CP), falsedades documentales (art. 390 y ss. CP), usurpación de funciones públicas (art. 402 CP), intrusismo (art. 403 CP), desorden público

El delito de falso testimonio por perito, o con mayor precisión el delito de falsa pericia o falso dictamen del perito[2192] (arts. 459 CP y 460 CP), se configura como una modalidad agravada del tipo básico del delito de falso testimonio (art. 458 CP). Se trata de un delito de mera actividad, –pues no requiere la producción de un resultado concreto–; de propia mano, –requiere una realización personal de los elementos del tipo–, y de un delito especial propio –sujeto activo solo puede serlo el perito–, cuyo fundamento radica en la trasgresión del juramento de actuar con objetividad y de decir verdad (arts. 335, II y 365 LEC), siendo el bien jurídico protegido no el interés de las partes, sino el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, referida ésta a la función jurisdiccional en orden a la correcta valoración de la prueba practicada[2193].

Se distingue entre falso testimonio propio –«faltar a la verdad maliciosamente en su dictamen» (art. 459 CP)– y el falso testimonio impropio –«sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterasen con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueren conocidos» (art. 460 CP)–. La conducta típica consiste no en un error en el dictamen, sino en faltar a la verdad en lo que el perito sabe y entiende, con infracción del deber de actuar con objetividad (art. 335.2 LEC), antes identificado con el deber de «proceder bien y fielmente» en el desempeño del cargo (art. 618 LEC\1881)[2194], exigiéndose que el perito «actúe con conocimiento de la inexactitud del dictamen presentado, faltando así al deber de veracidad impuesto a todo perito que sirve a la Administración de Justicia» (SAP Baleares, 3 de noviembre de 2006[2195]).

El tipo objetivo requiere que la declaración del perito sea falsa. Puede consistir tanto en una acción –aportar juicios inveraces, bien sea «por falta de suficiente motivación o [que] ésta sea arbitraria, o bien que hayan sido tergiversadas las bases fácticas del informe»

–como delito (art. 558 CP) y como falta (art. 633 CP)–, e infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP).

2192 Font Serra, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, ob. cit., p.81.

2193 Bernal Valls, J., (*El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas*, en «Delitos contra la administración de justicia», ed. Comares, Granada, 1995, p.167) apunta que existe un interés jurisdiccional en que «la declaración se ajuste a las exigencias de autenticidad y de fidelidad, presupuesto para la reconstrucción de la realidad en que ha de basarse la decisión judicial». En la misma línea, el AAP Sevilla, secc.3ª, de 9 de mayo de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/357593) afirma que «este [el de falso dictamen pericial] es un delito especial que ataca como bien jurídicamente protegido a la justicia y concretamente a la fase probatoria de un proceso judicial».

2194 Beneytez Merino, L., *Comentario al art. 459 CP*, en «Código Penal. Doctrina y jurisprudencia», Conde-Pumpido Ferreiro, C., (dir), ed. Trivium, Madrid, 1997, p.4306, subraya la interdependencia entre el deber de fidelidad y lealtad y la comisión del delito, afirmando que dicho deber «se traduce en la exactitud o perfecta correspondencia de los resultados de los estudios realizados con lo que se manifiesta en el dictamen».

2195 SAP Baleares, secc.1ª, de 3 de noviembre de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/312308).

(STS 2 de noviembre de 2005[2196])– como en una omisión –silenciar juicios relevantes induciendo al juez una representación alterada de los extremos objeto del dictamen–. Y el tipo subjetivo requiere dolo directo de estar dictaminando falsamente, esto es, y en la dicción legal «maliciosamente» (art. 459 CP), referido no a la necesidad de un especial elemento subjetivo del injusto, sino al conocimiento de la falsedad propio del dolo.

Una de las mayores dificultades para la sanción penal es la comprobación de la falsedad, que requiere su confirmación por otro perito de la misma especialidad, «de modo que salvo que aquélla sea muy evidente (por ejemplo se miente sobre los datos examinados y no sobre la valoración), lo más que encontraremos serán opiniones científicas, técnicas o artísticas discrepantes»[2197]. La doctrina jurisprudencial ha destacado la mayor complejidad en la determinación de la comisión de un delito de falso testimonio en el caso de los peritos que en el de los testigos, ya que éstos declaran sobre hechos, mientras que para aquellos la conducta penal comenzará a partir de la línea que separa lo científicamente opinable de lo que es insostenible bajo cualquier óptica, razón por la cual el art. 459 CP exige que los peritos falten a la verdad, pero «maliciosamente»[2198].

Se excluyen de las conductas típicas los supuestos de una desacertada opinión científica (STS 28 de mayo de 1992[2199]); de falta de experiencia profesional del perito con la titulación adecuada (SAP Baleares, 3 de noviembre de 2006[2200]); de negligencia, poca capacidad, for-

2196 STS, Sala 2ª, de 2 de noviembre de 2005, fto.jco.2º (EDJ 2005/225567) que cita expresamente las SSTS de 30 de enero de 1998 (EDJ 1998/369) y de 28 de mayo de 1992 (EDJ 1992/5453). Del mismo modo la STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 2005, fto. jco.4º (EDJ 2005/37495) afirma que el «falso testimonio consiste en una falta de la verdad maliciosa en el informe pericial» y describe los elementos del tipo en términos muy similares.

2197 Domínguez Izquierdo, E. Mª, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p.669. Sobre el particular puede verse también la precitada SAP Baleares, secc.1ª, de 3 de noviembre de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/312308). Otras dificultades apuntadas por esta autora son las relativas al paso del tiempo que ha podido modificar las circunstancias del objeto de examen; la intrínseca dificultad de verificar la falsedad de una máxima de experiencia; o la existencia de opiniones confrontadas pero perfectamente defendibles desde el punto de vista técnico (ob. cit., pp. 669 y 671-672).

2198 Entre otras muchas, SAP Baleares, secc.1ª, de 3 de noviembre de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/312308); AAP Sevilla, secc.3ª, de 9 de mayo de 2006, fto.jco. 1º (EDJ 2006/357593); SAP Murcia, secc.1ª, de 6 de marzo de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/27442); AAP Barcelona, secc.6ª, de 15 de abril de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/57554); AAP Sevilla, secc.1ª, de 6 de octubre de 2004, fto. jco.1º (EDJ 2004/217465); SAP Pontevedra, secc.4ª, de 26 de enero de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/8173).

2199 STS, Sala 2ª, de 28 de mayo de 1992, fto. jco.8º (EDJ 1992/5453).

2200 La SAP Baleares, secc.1ª, de 3 de noviembre de 2006, fto.jco.1º (EDJ 2006/312308), en un supuesto de verificación de la viabilidad de las instalaciones de informática y domótica de un hotel de lujo, y designado por insaculación un perito judicial integrado en la relación facilitada por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales Superiores, razona: «que la falta de experiencia profesional de cualquier perito con la titulación adecuada carece de relevancia a efectos de delito que nos ocupa, pues nada impide que los dictámenes periciales sean emitidos por titulados recientes y de poca experiencia».

mación, criterio o defectuosa pericial del dictaminador (AAP Barcelona, 17 de octubre de 2005[2201]); de mera discrepancia entre dos o más informes periciales confrontados y opuestos (AAP Barcelona, 17 de octubre de 2005); o de informes que contienen algunas inconcreciones o que en algunos casos carecen de la debida precisión (SAP Valladolid, 6 de mayo de 2003[2202]).

De menor incidencia práctica, con respecto de los peritos, son los delitos de cohecho y desórdenes públicos. El cohecho, cuya conducta típica consiste en la solicitud, recepción o aceptación de dádiva, presente, ofrecimiento o promesa (art. 420 CP), protege la confianza depositada en los funcionarios públicos, otorgándose, a tal efecto y *ex lege*, a los peritos la condición de funcionario público (art. 422 CP). El delito de desorden público, cuya conducta típica consiste en la perturbación grave del orden de en la audiencia de un tribunal o juzgado (art. 558 CP), se traduce en la infracción de las normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias de los juzgados. Se sanciona también como falta, si la perturbación es leve (art. 633 CP).

La responsabilidad penal del perito que infringe el deber de emitir el dictamen o el deber de comparecer al juicio o la vista para someter el dictamen a contradicción es controvertida, discutiéndose si se trata de un delito de desobediencia y denegación de auxilio (art. 412 CP), o de un delito (art. 556 CP) o falta (art. 634 CP) de desobediencia a la autoridad judicial.

A favor de su consideración como delito de desobediencia y denegación de auxilio (art. 412 CP) se ha argumentado que el perito que acepta el cargo tiene la consideración de funcionario público en los términos previstos por el art. 24.2 CP[2203] y que el tipo del art. 412.1 CP[2204] permite acoger tanto la conducta del perito que se niega, sin justa causa, a acudir ante el órgano jurisdiccional, cuanto la conducta del perito, que habiendo comparecido, se niega a emitir el dictamen, resultando su penalidad más congruente con la prevista para un tipo más grave como la del falso dictamen pericial[2205].

Por el contrario, y a favor de considerarlo como un delito (art. 556 CP) o falta (art. 634 CP) de desobediencia a la autoridad judicial se ha alegado que la LEC contempla que el pe-

2201 AAP Barcelona, secc.9ª, de 17 de octubre de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/258299).

2202 La SAP Valladolid, secc.4ª, de 6 de mayo de 2003, fto. jco.1º (EDJ 2003/57936) excluye de la modalidad agravada del falso dictamen (art. 459 CP) el supuesto, frecuente en la LEC de 1881, del denominado «perito extrajudicial», por considerar que no era propiamente una prueba de peritos, sino de documentos.

2203 Cuyo tenor literal dispone: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente partícipe en el ejercicio de funciones públicas».

2204 Cuyo tenor literal dispone: «El funcionario público que requerido por autoridad competente, no prestare auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por el tiempo de seis meses a dos años».

2205 Garciandía González, P.Mª, *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, ob. cit., p.235.

rito incompareciente sin excusa previa sea requerido para que comparezca, a una nueva citación «bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad» (art.292.2 LEC)[2206]; y que el perito carece de la condición de funcionario público en los términos del citado art. 24.2 CP, exigencia ineludible en los delitos de desobediencia y denegación de auxilio, puesto que, si bien participan en el ejercicio de funciones públicas, carecen del título de incorporación o título habilitador de la condición de funcionario público[2207].

A diferencia del testigo que tiene un deber de declarar, aun contra su voluntad y dejando a salvo los supuestos legales de testigos con deber de guardar secreto (art. 371 LEC), el deber del perito de comparecer al juicio o la vista nace de la aceptación voluntaria del encargo –sea por la parte, sea por la inclusión en las listas oficiales remitidas por los colegios profesionales al Juzgado (art. 341 LEC)–, por lo que la negativa a informar del perito merece, si cabe, mayor reproche penal.

4.6.2. Responsabilidad civil

En ausencia de una regulación legal específica de la responsabilidad civil del perito, y como apunta Serra Domínguez, se discute tanto su admisibilidad, cuanto su fundamento, los supuestos de responsabilidad, y el procedimiento a seguir[2208].

En orden a su admisibilidad se ha objetado que la exigencia de responsabilidad civil podría afectar a la autoridad de la cosa juzgada. Pero parece más acertado distinguir entre la reparación de los perjuicios originados por un dictamen inexacto y la invariabilidad de la sentencia que en dicho juicio se ha dictado. En efecto, al igual que sucede en el proceso de responsabilidad civil de jueces y magistrados[2209], en el que la sentencia que le pone fin no alterará la resolución firme recaída en el proceso (art. 413.2 LOPJ)[2210], tampoco la sentencia declarando la responsabilidad civil del perito permitirá alterar o modificar la sentencia de la que se origina dicha responsabilidad, pues a salvo del cauce de la revisión de las sentencias firmes, la responsabilidad civil del perito por dictamen inexacto no destruye la fuerza de la cosa juzgada.

2206 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 292 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1377.

2207 Luaces Gutiérrez, A. I., *La responsabilidad del perito. Aspectos prácticos*, en Uned, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 24, 2004, p.164.

2208 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*…, ob. cit., pp. 306 y 307.

2209 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.307; y del mismo autor, y con anterioridad, *Comentario al art. 1243 CC*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.521.

2210 Sobre los aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil de jueces y magistrados vide Álvarez Sánchez, J. I., *La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores*, en «La responsabilidad civil profesional», obra dirigida por el mismo autor, Cuadernos de Derecho Judicial, nº VII/2003, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 22-29.

La sentencia civil de la que se deriva la responsabilidad del perito ha producido ya cosa juzgada (art. 222 LEC), la cual solo podrá ser objeto del recurso de revisión que, como es sabido, es recurso extraordinario y con motivos tasados. Uno de estos motivos es la condena por falso dictamen pericial de la declaración que sirvió de fundamento a la sentencia (art. 510.3 LEC), cuya novedad, respecto del antiguo art. 1796.3 LEC\1881 ha sido añadir, a la figura del testigo falso, la del perito mendaz[2211].

El fundamento de la responsabilidad civil era una cuestión ya controvertida bajo la vigencia de la LEC de 1881, y con importantes repercusiones, no solo a nivel teórico, sino también práctico, como puede ser, sin ir más lejos, el cómputo de la prescripción. Un sector doctrinal mayoritario consideraba la existencia de una responsabilidad extracontractual, con fundamento en el art. 1902 CC[2212], mientras que otro sector minoritario defendía la existencia de una responsabilidad contractual, con base en la existencia de un arrendamiento de servicios ya que normalmente «es la parte quien solicita la prueba, siendo las partes quienes deben abonar los honorarios de los peritos, y quienes sufren el perjuicio derivado de la dolosa e imprudente actuación de aquellos»[2213].

Dicho debate se ha complicado aun más con la doble modalidad de dictámenes –de parte y de designación judicial– introducida por la LEC, siendo necesario examinar el vínculo o naturaleza jurídica de la relación que se origina entre el perito y las partes. En actualidad, un sector doctrinal entiende que el fundamento de la responsabilidad es contractual, tanto si el perito es designado por las partes, supuesto en que se crea un arrendamiento de servicios[2214], cuanto en el supuesto de designación judicial, pues la inclusión en las listas supone la aceptación voluntaria del dictamen[2215].

Otro sector doctrinal, por el contrario, distingue entre la responsabilidad contractual del perito de parte, por entender que hay un arrendamiento de obra y la responsabilidad extracontractual del perito de designación judicial, por entender que el nombramiento por el órgano judicial y la aceptación del cargo no supone la celebración de ningún contrato,

2211 Sobre la configuración del recurso de revisión y la propuesta *de lege ferenda* de otros procedimientos alternativos para paliar sus inconvenientes puede verse Nieva Fenoll, J., *La cosa juzgada*, ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 280-286.

2212 Font Serra, E., *La prueba por peritos,* ob. cit., pp. 84-86 quien, además efectúa un análisis de los requisitos de la responsabilidad extracontractual con relación al perito; Garciandía González, P. Mª., *La peritación*…, ob. cit., p.238; Montero Aroca, J., *La prueba*…, ob. cit., p.338; López-Muñiz Goñi, M., *La prueba pericial,* ob. cit., p.212.

2213 Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos,* ob. cit., p.520.

2214 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob.cit., p.307.

2215 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.67, añade, además, que «el servicio que deben prestar [los peritos] está bien definido por las partes en los escritos que solicitan la «pericia judicial» y los honorarios están igualmente fijados desde un inicio con anterioridad a la emisión del dictamen».

no siendo posible la exigencia la reparación del daño con fundamento en un contrato inexistente, sino por la norma general del *alterum non laedere*[2216].

La responsabilidad civil del perito puede nacer de una acción, sea previa – ej. pérdida del objeto entregado para el examen o deterioro del mismo–, o sea posterior a la emisión del dictamen –ej. error inexcusable en la elaboración del dictamen–; y puede nacer también de una omisión –ej. no realización del dictamen pericial o elaboración tardía del dictamen pericial–.

La dificultad de la exigencia de responsabilidad radica en la acreditación de la antijuridicidad de la acción u omisión de la que deriva la responsabilidad civil, pues se trata que la parte perjudicada por el dictamen pericial acredite, por una parte, la falta de diligencia en el reconocimiento o emisión del dictamen –acción u omisión culpable–, y por otra parte, que esa falta de diligencia tuvo incidencia en la resolución judicial –relación de causalidad entre la acción y omisión y el resultado lesivo–. De ahí que se ha propuesto una gradación de las conductas antijurídicas en función de la entidad de la culpa y de la dificultad del objeto de la pericia y se ha afirmado que en los supuestos de dificultad en la pericia responde por culpa inexcusable y en los supuestos de pericias ordinarias responde por culpa leve[2217].

La responsabilidad será inexigible en el supuesto que el dictamen no sea tenido en cuenta en la sentencia o resulte preferido otro dictamen[2218], pues aun en el supuesto del dictamen de parte, cuya naturaleza jurídica es la de un arrendamiento de obra, el alcance del encargo se limita a la elaboración del dictamen, con independencia del resultado positivo o no de la pericia en el juicio, pues será impredecible el resultado del dictamen en la sentencia, al gozar el juez de una valoración libre y motivada (art. 348 LEC). Tampoco será exigible la responsabilidad civil en el supuesto que el perito no alcance una conclusión cierta en su dictamen, puesto que el perito, a diferencia del juez no está afectado por un *non liquet*, y puede sostener la imposibilidad de llegar a conclusiones por falta de datos o elementos suficientes (SAP Córdoba, 3 de diciembre de 1999[2219]).

La doctrina jurisprudencial puede resumirse, siguiendo a González Pillado y a partir de la STS de 16 de octubre de 1985, en una doble afirmación, a saber, la libre valoración judicial de la prueba pericial no exime la responsabilidad del perito de actuar con la

2216 Montero Aroca, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.338, quien no obstante matiza que «no es imaginable que se exija responsabilidad al perito de parte por su propia parte»; Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob. cit., pp. 156-158, para quien en caso de dictamen de parte «se concluye un genuino contrato de arrendamiento de obra».

2217 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial,* ob. cit., p.307.

2218 Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.158.

2219 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.68. En la misma línea, la SAP Córdoba, sección 2ª, de 3 de diciembre de 1999, fto. jco. 2º (EDJ 1999/54813) afirma que «el perito no está ligado por la prohibición del «non liquet» que pesa sobre los órganos jurisdiccionales, pudiendo sostener que en el caso en cuestión una tesis no es segura, pero sí probable, o al menos posible, e incluso concluir que de los varios extremos discutidos, ninguno de ellos tiene razón suficiente para ostentar preferencia sobre los demás».

diligencia profesional exigible, sin incurrir en dolo o negligencia en la emisión del dictamen; y que la conducta dolosa o negligencia del perito puede generar responsabilidad civil en el caso de producir un error judicial causante del daño cuyo resarcimiento se reclama[2220].

En orden al procedimiento a seguir, y al igual que bajo la vigencia de la anterior LEC de 1881, la falta de una regulación legal específica de la responsabilidad del perito comporta la inexistencia de un procedimiento concreto, ante lo cual la doctrina estima que deberá acudirse al juicio declarativo que corresponda por la cuantía[2221], siendo conveniente esperar a la firmeza de la sentencia, que es la que declara el perjuicio derivado en el dictamen inexacto o en la omisión del dictamen.

Dado que la firmeza de la sentencia implicaría agotar los trámites de la apelación (entre unos 6 y 18 meses en la práctica judicial) y, en su caso, la casación (actualmente unos 6 años) y teniendo en cuenta que la prescripción de la reclamación de los honorarios se produce a los tres años (art. 1967.1º CC) conviene matizar que en dicho supuesto el «dies a quo» de la prescripción es el de la firmeza de la sentencia, prevalenciendo el art. 1969 CC sobre en el art. 1967.1º CC.

4.6.3. Responsabilidad disciplinaria

Suele distinguirse una responsabilidad disciplinaria del perito ante los órganos judiciales, exigible por el juez o tribunal ante el que se haya emitido el dictamen, y una responsabilidad disciplinaria del perito ante su Colegio profesional, exigible normalmente previa reclamación del particular agraviado o de oficio por la propia Corporación o Institución.

La responsabilidad disciplinaria puede concurrir junto con la penal o civil, a modo de sanción complementaria, o puede ser autónoma, cuando la conducta del perito, sin constituir un ilícito penal o civil, infringe las normas de conducta o ética profesional[2222] ante los tribunales o de la corporación profesional de pertenencia.

La responsabilidad ante los órganos judiciales se origina con la aceptación del cargo y se traduce en el correcto comportamiento en vistas y audiencias, guardando la consideración debida a las partes, al público y al tribunal (arts. 193 y 194 LOPJ) –esto es, y en una terminología clásica, la llamada «policía de vistas»–, cuya infracción se sanciona con multa (art. 193 LOPJ), con constancia documental en el acta del hecho que motiva la sanción, las explicaciones que, en su caso, dé el sancionado y el acuerdo que se adopte por el juez

2220 González Pillado, E. e Iglesias Canle, I., *La prueba pericial*…, ,ob. cit., pp. 327 y 328.

2221 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial,* ob. cit., p.307; Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.159; Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.68; Luaces Gutiérrez, A. I., *La responsabilidad del perito. Aspectos prácticos*, ob. cit., p.167.

2222 Font Serra, E., *La prueba de peritos*…, ob. cit., define la ética profesional, «no en cuanto moral profesional, sino en cuanto obligación profesional», del modo siguiente: «el conjunto de las obligaciones que se imponen a cada miembro por los Estatutos».

(art. 194.1 LOPJ), y fijándose el límite máximo de la cuantía de la multa en la «cuantía de la multa más elevada prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas» (art. 192 LOPJ).

También se sanciona con multa –entre 180 € y 600 €–, y previa audiencia de cinco días, la incomparecencia no justificada del perito al acto del juicio o de la vista (art. 292 LEC). Se aplica, según el apartado primero del citado art. 292 LEC, a «los peritos citados», esto es, aquellos que han sido citados por el órgano judicial, independientemente que se trate de un perito de parte o de designación judicial, pero sin extenderse a los que las partes se comprometieron a presentar[2223].

Y en su apartado segundo, el art. 292 LEC regula el apercibimiento al perito de proceder contra él por desobediencia a la autoridad ante una nueva incomparecencia, aun cuando tal remisión no está exenta de dificultades, dado que, por una parte, el delito de desobediencia de los arts. 410 y 412 CP solo puede ser cometido por funcionarios públicos, y, por otra parte, el tipo desobediencia grave o leve a la autoridad (arts. 556 y 634 CP), como apunta Moreno Catena, «tampoco no resulta fácil desde el punto de vista penal»[2224].

La responsabilidad ante el Colegio profesional se recoge bien en Reglamentos, bien en Estatutos. No podemos detenernos en el examen de la normativa de los distintos profesionales, pero a título de ejemplo podemos citar el Reglamento Orgánico de los Médicos Forenses –aprobado por Real Decreto de 23 de febrero de 1996–[2225] y el Reglamento sobre responsabilidad disciplinaria de la «Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses col·laboradors de l'Administració de Justicia» –aprobado en fecha 8 de junio de 2006–[2226].

Respecto de los médicos forenses, en el capítulo VIII del precitado Real Decreto, rubricado «Régimen disciplinario», se sienta la subsidiariedad del régimen disciplinario con respecto al proceso penal, pues deberá esperarse, en su caso, hasta la sentencia firme recaída en el proceso penal (art. 75.2); la gradación de las faltas en muy graves (art.77), graves (art.78) y leves (art. 79); los tipos de sanciones, comprensivas de: a) advertencia; b) multa de hasta 1.803 €; c) suspensión de hasta tres años; d) traslado forzoso; y e) separación– (art. 80); así como los órganos y el procedimiento sancionador, desde su iniciación hasta su ejecución (arts.82 a 89), extendiéndose también a la cancelación (art.90) y extinción de la responsabilidad disciplinaria (art.91).

2223 Así lo entiende Garcimartín Montero, R., *Comentario al art. 292 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón-Moreno y otros (coords.), ed. Aranzadi, Navarra, reimpresión de 2007, p.1039.

2224 Moreno Catena, V., *Comentario al art. 292 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2250.

2225 Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, publicado en el boe 53/1996, de 1 de marzo.

2226 Puede consultarse en www.perits.org

Respecto de la «Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses» se atribuye el ejercicio de las facultades disciplinarias al Presidente de la Asociación y a la Junta Directa (art.1), y las sanciones se extienden a: a) apercibimiento por escrito; b) reprensión privada; c) suspensión de la condición de socio por un término no superior a cinco años; y d) expulsión de la Asociación (art.1.3).

Para la imposición de cualquier sanción, excepto de las calificadas como faltas leves –que solo requieren la audiencia del inculpado–, será necesario la formación de un expediente seguido por los trámites que se especifican en el Reglamento de Procedimiento Disciplinario de la propia Asociación. Dicho Reglamento, adaptado a la Ley 30/19992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, «será aplicable en las actuaciones que realice al Asociación para la exigencia de responsabilidades disciplinarias en que puedan incurrir los socios en caso de infracción de sus deberes profesionales periciales o deberes propios de su condición de asociados, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal exigible a los mismos» (art. 1).

Del análisis ambas normativas, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses y Reglamento de la «Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses», a modo de patrones, se concluye el interés de la corporación profesional por velar por el prestigio de la institución y de la correcta actuación de sus miembros, tanto en lo relativo a su conducta profesional en el curso proceso, cuanto a la observancia de los deberes propios del Cuerpo o Asociación de pertenencia.

5. Procedimiento de la pericia y el dictamen pericial

5.1. La doble modalidad de dictámenes en la Ley 1/2000 y su compatibilidad

El decimonónico sistema de pericia única, intraprocesal y judicial de la LEC de 1881 ha sido sustituido en la LEC por un novedoso sistema mixto de pericial dual y opcional que admite tanto el dictamen por peritos designados libremente por las partes (pericial de parte) cuanto el dictamen de peritos designados, a instancia de parte, por el tribunal (pericial de designación judicial). Este último, como se ha dicho acertadamente, «mal llamado dictamen judicial –no es del *juez,* pues nace por designación judicial a instancia *de parte»*[2227].

La LEC de 1881 regulaba un sistema de pericia judicial. Las partes proponían la prueba pericial y el juez mantenía el juicio sobre la admisión de la prueba, determinaba los extremos del dictamen, el número (uno o tres) de peritos, la condición profesional del perito (art. 613 LEC\1881), pudiendo acordar de oficio una prueba pericial para mejor proveer con peritos

2227 Yáñez Velasco, R., *El Peritaje en el Proceso Civil*, Grupo Difusión, Madrid, 2005, p.353.

de su elección (arts. 340.3º y 630, II LEC\1881). Se admitían los dictámenes extrajudiciales, pero su naturaleza jurídica era muy discutida, pues aun existiendo una doctrina jurisprudencial consolidada que no les reconocía el carácter de prueba pericial al no haberse llevado a cabo con observancia de las normas que regulaban su práctica (SSTS 9 de marzo de 1998[2228] y 26 de noviembre de 1990[2229]), unas veces se les consideraba «pericias documentadas» que debían ser ratificadas a través de la prueba testifical (SSTS 15 de noviembre de 2007[2230], 6 de febrero de 1998[2231] y 13 de mayo de 1996[2232]), mientras que otras veces se les negaba la naturaleza probatoria de documento a efectos del recurso de casación (SSTS 30 de julio de 1992[2233] y 26 de septiembre de 1988[2234]) o se les negaba la naturaleza de declaración testifical (STS 4 de diciembre de 1965[2235]). A menudo, con mayor prudencia y acierto, se las trataba como unas conclusiones técnicas que el juzgador debía atender en una valoración conjunta de la prueba (STS 26 de noviembre de 1990[2236] y las que en ella se citan).

La LEC otorga carta de naturaleza al dictamen extrajudicial y modifica la configuración legal de la prueba pericial. En primer lugar, prioriza la pericial de parte, que se convierte

2228 La STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 1998, fto. jco. 4º (EDJ 19998/1516) recuerda que «…es reiterada doctrina de esta Sala, […], la de que a los informes acompañados con la demanda, en cuanto prueba preconstituida extraprocesalmente, no se les puede atribuir el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el referido informe con las garantías procesales exigidas para una prueba de esta naturaleza (artículos 612, 614, 617, 619 LEC 1881art.612 EDL 1881/1 art.614 EDL 1881/1 art.617 EDL 1881/1 art.619 EDL 1881/1 , 626 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881art.626 EDL 1881/1 art.628 EDL 1881/1)».

2229 STS, Sala 1ª, de 26 de noviembre de 1990, fto. jco.2º (EDJ 1990/10740).

2230 La STS, Sala 1ª, de 15 de noviembre de 2007, fto. jco.2º (EDJ 2007/206035) razona: «En realidad, el motivo de casación, más que combatir la valoración del dictamen elaborado por el perito judicial, pretende imponer las resultas del dictamen médico aportado con la demanda, que en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 carece, en rigor, del carácter de prueba pericial, tratándose de un informe de parte que no puede tener más valor probatorio que el propio de un documento cuyo contenido se ha ratificado por su autor, por vía de declaración testifical prestada en el periodo probatorio de la primera instancia».

2231 STS, Sala 1ª, de 6 de febrero de 1998, fto. jco.1º (EDJ 1998/588) la cual, a su vez, cita las SSTS de 30 de diciembre de 1985, de 10 de febrero de 1988 y de 18 de mayo de 1993.

2232 STS, Sala 1ª, de 13 de mayo de 1996, fto. jco. 4º (EDJ 1996/2168).

2233 STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1992, fto. jco. 1º (EDJ 1992/8463).

2234 STS, Sala 1ª, de 26 de septiembre de 1988 (AC 73/1989).

2235 STS, Sala 1ª, de 4 diciembre de 1965 (RAJ 1965/5742).

2236 La STS, Sala 1ª, de 26 noviembre 1990, fto. jco. 2º (EDJ 1990/10740) afirma que «…corresponde al Juzgador de instancia en todo caso su apreciación según las reglas de la sana crítica ya que, en definitiva, en uno y otro supuesto [en referencia al dictamen extrajudicial y al judicial], tienen el mismo contenido intrínseco de auxilio para el Juez, ilustrando la libre valoración y apreciación, conforme a los artículos 1.243 del Código Civil y 642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin estar obligado a sujetarse a dichos dictámenes». Cita, a su vez, las SSTS de 17 de junio, 20 de noviembre y 7 de diciembre de 1987, y 24 de febrero y 18 de noviembre de 1988.

ahora en la modalidad ordinaria de prueba pericial, relegando a un lugar subsidiario a la pericial de designación judicial. En segundo lugar, y en la modalidad de la pericial de parte, las partes deciden la aportación del dictamen, designan al perito de su confianza y determinan los extremos del dictamen pericial, sin ninguna intervención judicial[2237]. En tercer lugar, y en la modalidad de la pericial de designación judicial, las partes proponen la prueba, limitándose la intervención judicial al juicio de pertinencia, pues el perito se designa conforme al sistema de lista corrida –a salvo que hubiera conformidad de las partes en la persona del perito (art. 339.4 LEC)–. Y en cuarto lugar, la adopción de una prueba pericial de oficio, y salvo los supuestos de los procesos no dispositivos (art. 339.5 LEC), tiene difícil encaje legal.

El sistema de pericia dual ha tenido una recepción doctrinal desigual. Un sector doctrinal advierte un «claro retroceso respecto de la anterior [regulación], al convertir en normal la pericia extrajudicial y en subsidiaria y eventual la pericia judicial»[2238] y califica la regulación legal de «verdadero caos normativo»[2239] o «auténtico galimatías procesal»[2240], postulando la necesidad de su reforma[2241]. Otro sector doctrinal, por el contrario, con una recepción más pacífica, destaca la regulación dentro de los medios de prueba y la admisión de los dictámenes extrajudiciales[2242].

La jurisprudencia «menor», tras constatar el cambio radical con respecto a la regulación de 1881 (SSAP Madrid, 12 de abril de 2005[2243] y AP Zaragoza, 18 de junio de 2004[2244]), remarca la doble modalidad de dictámenes, precisando los momentos de aporta-

2237 Serrano Massip, M., *Los caracteres de la prueba pericial privada y su influencia en la inclusión de los honorarios de los peritos en las costas procesales* en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004, num. 13, pp. 2-8, efectúa un análisis ordenado y sistemático de los caracteres de los dictámenes a instancia de parte.

2238 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.291.

2239 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G., *La prueba pericial,* ob. cit., p.412.

2240 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.335.

2241 Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000, sobre enjuiciamiento civil*, en rev. Jurídica Catalunya, nº 3, 2003, pp. 841-845, efectúa una propuesta de redacción alternativa al actual articulado legal, no sin antes advertir que la necesaria reforma debería centrarse básicamente en la consideración del perito como auxiliar del juez y considerar preferible el articulado de la LEC de 1881, corregido en aquellos aspectos necesitados de reforma; y López Chocarro, I., *Sombras y contradicciones que justifican una futura reforma*, en rev. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 703, de 20 de abril de 2006, pp. 6-12, quien apunta, entre otros extremos necesitados de reforma, el delicado tema de la verificación de la capacitación de los peritos incluidos en las listas de los órganos judiciales.

2242 Entre otros, Font Serra, E., *El dictamen de peritos…*, ob. cit., pp. 28 y 34 a 37; Montero Aroca, J., *La prueba…*, ob. cit., p.315-321, para quien «posiblemente la discusión doctrinal sobre la naturaleza del perito y de su actividad sea excesiva»; Riá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 335 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., pp. 1571-1572; Banacloche Palao, J., *La pericia: claves para su planteamiento eficaz*, en rev. Iuris, núm. 71, abril 2003, pp. 4 y 5. para quien «con la LEC 2000, la prueba pericial recupera su carácter de verdadero medio de prueba, equiparable a los demás».

2243 SAP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556).

2244 SAP Zaragoza, secc.5ª, de 18 de junio de 2004, fto. jco.5º (EDJ 2004/72226).

ción y los sistemas de designación del perito (SSAP A Coruña, 4 de octubre de 2005[2245] y Ourense, 25 de abril de 2005[2246]).

La SAP Barcelona de 31 de marzo de 2006[2247] destaca la sustitución del sistema de «prueba pericial intraprocesal por otro de orientación preferente por prueba pericial preprocesal», apunta la ausencia de «un sistema de tercer peritaje dirimente», y analiza detenidamente lo que califica como «el nuevo paradigma de la prueba pericial» que caracteriza, literalmente, con las siguientes notas:

«a) El conocimiento técnico y científico se aporta al proceso por la parte actora como realidad preprocesal; b) Se presume una sola verdad científica que el actor debe aportar como elemento constitutivo de su pretensión; c) Corresponde al demandado desvirtuar la validez del método aplicado por el perito del actor (a modo de contra-pericia y no como prueba pericial alternativa); d) El papel del juez se ha de centrar en el control de la cientificidad del proceso de investigación llevado a cabo por el perito y en el análisis lógico – deductivo de los informes y dictámenes, a la vista de su fundada crítica».

Se ha discutido la compatibilidad entre la prueba pericial de parte y la de designación judicial[2248]. Los argumentos contrarios a la compatibilidad pueden resumirse, siguiendo a Asencio Mellado, en el uso de la conjunción disyuntiva «o» en el art. 335 LEC al enunciar la doble modalidad de dictámenes, según el cual «las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos necesarios *o* solicitar en los casos previstos en la ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal»; la voluntad del legislador de excluir los dictámenes dirimentes; y la falta de lógica de permitir ambos dictámenes sobre una misma materia, que convierte al emitido en segundo lugar en inútil[2249].

A estos argumentos cabría añadir, siguiendo el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, núm. 10, de 27 de octubre de 2003, la preferencia por el dictamen de parte que recogía el borrador de la LEC (arts. 388 y 389.1) –y aún recoge la actual Exposición de Motivos–, el incremento del coste del proceso derivado de la compatibilidad de los dictámenes, la eventualidad de contradicciones entre los dictámenes (de parte y de designación judicial) aportados por una misma parte, o que la valoración del dictamen debe efectuarse conforme al rigor de sus conclusiones y no al sistema de designación del perito[2250].

2245 SAP A Coruña, secc.5ª, de 4 de octubre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/332045).

2246 SAP Ourense, secc.1ª, de 25 de abril de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/93808).

2247 SAP Barcelona, secc. 14ª, de 31 de marzo de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/270837).

2248 Una completa síntesis de argumentos contarios y favorables a la compatibilidad con referencia a las distintas posiciones doctrinales puede verse en Calvo González, S., *Compatibilidad entre la pericial de parte y la de designación judicial en la LEC 2000*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 96-108. También se ha pronunciado a favor de la compatibilidad Seoane Spielgeberg, J.L., *La Prueba*…, ob. cit., pp. 266-268.

2249 Asencio Mellado, J. Mª, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., pp. 665 y 666.

2250 AJPI Bilbao, núm. 10, de 27 de octubre de 2003, fto. jco.3º (AC 2003\1455).

Más matizadamente, Bonet Navarro excluye la compatibilidad cuando ambas pericias versan sobre unos mismos hechos (prueba inútil), dado que la pericia judicial no tiene por función ratificar la pericia de parte o resolver la oposición que pueda darse entre los dictámenes aportados por las partes. Pero admite que la pericial judicial pueda completar la pericial de parte cuando surgen nuevas cuestiones al contestar la demanda o en la audiencia previa (arts. 427.4 y 339.3 LEC) o cuando se aleguen hechos nuevos o de nueva noticia (arts. 426.5 y 435.1.3º LEC)[2251].

Junto con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria[2252] admitimos la compatibilidad entre la pericial de parte y la de designación judicial, no solamente ante la inexistencia de prohibición legal alguna, sino porque la pericial de designación judicial se configura con carácter eventual y subsidiario para el supuesto que las partes, con el fin de rebatir las conclusiones del perito de contrario, deseen solicitar la emisión de un dictamen por un perito no designado por ellas directamente, sino determinado conforme a un criterio neutro, como es el sistema de lista corrida. De alguna manera, la pericial de designación judicial se convierte en un mecanismo eventual, a modo de contrapeso ante los inevitables riesgos de parcialidad que pesan sobre la modalidad ordinaria de dictamen –la pericial de parte–.

5.2. El dictamen a instancia de parte: la carga de la aportación

La LEC, al preceptuar la aportación de la pericial de parte junto con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336, I LEC), equipara el tratamiento procesal de los dictámenes a instancia de parte con los documentos fundamentales, de manera que el dictamen no acompañado con la demanda o la contestación a la demanda no podrá ser aportado con posterioridad, por efecto de la preclusión procesal (art. 269 LEC), que se extiende tanto a los documentos fundamentales cuanto a los dictámenes a instancia de parte –y, en general, a todos los «documentos» enumerados en el art. 265 LEC–.

Se ha justificado esta equiparación procesal y la necesidad de la aportación inicial de los dictámenes periciales, a partir de la Exposición de Motivos de la LEC, en razones de agilidad y simplicidad del procedimiento, y también en razones de igualdad de armas procesales y buena fe puesto que «sirve para que el litigante conozca *ab initio*, uno de los medios probatorios importantes de que se valdrá su adversario procesal» (SAP Tarragona, 15 de enero de 2007[2253]).

2251 Bonet Navarro, A., *Cuestiones relativas a la prueba*, en «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora», Ureña Gutiérrez, P. (dir.), Manuales de Formación Continuada, núm. 29/2004, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 80-85.

2252 SAP Cádiz, secc.5ª, de 25 de febrero de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/226490); AJPI, núm. 4, de A Coruña, de 14 de junio de 2006 (SEP/AUTRJ/96951); AJPI Santander, núm. 1, de 4 de diciembre de 2002 (AC 2002\1911); AJPI, núm. 9, de A Coruña, de 7 de julio de 2001, fto. jco.1º (JUR 2001\282646).

2253 SAP Tarragona, secc.1ª, de 15 de enero de 2007, fto.jco.3º (EDJ 2007/32125).

Sin embargo, mal puede hablarse de simplicidad cuando la regla general de la aportación inicial (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC) admite varias excepciones (arts. 337 y 338.1 y 2 LEC) y, si añadimos las posibilidades de aportación de dictámenes de designación judicial y de oficio, se han contabilizado hasta doce momentos distintos de aportación del dictamen pericial lo que, en gráfica y sintética expresión de Picó i Junoy, constituye un auténtico *«labyrinthus peritiae»*[2254].

La admisión de los dictámenes a instancia de parte no exige resolución expresa, como tampoco se precisa con los documentos fundamentales. Ello no impide la inadmisión de los dictámenes por razones materiales en los supuestos siguientes: a) dictámenes que no versen sobre aspectos técnicos; b) dictámenes que contengan conclusiones jurídicas; y c) dictámenes que versen sobre hechos tan simples que no precisen de conocimientos técnicos o prácticos.

La inobservancia de defectos formales, tales como la falta del juramento o promesa de decir verdad (art. 335.2º LEC) o la omisión de los soportes a los que alude el art. 336.2 LEC, permite conceder un plazo de subsanación, en coherencia con la doctrina jurisprudencial que tilda la omisión del juramento como una «anomalía procesal» no generadora de indefensión (SAP Les Illes Balears, 28 de septiembre de 2004[2255]) e incluso permite su subsanación en el trámite de contradicción del art. 347 LEC (SAP Córdoba, 23 de junio de 2003[2256]).

Las partes no solo tienen la facultad de la aportación inicial de los dictámenes periciales, sino que tienen una auténtica carga procesal, de la que se derivan varias consecuencias: 1ª) La consagración de la opción legislativa por un sistema de pericia (del actor) y de contrapericia (del demandado), con dificultad para el encaje legal de la pericia dirimente (SAP Barcelona, 31 de marzo de 2006[2257]); 2ª) La imposibilidad de subsanar la no aportación inicial, por efecto de la preclusión (art. 269 LEC); 3ª) La carga de «pronunciarse» sobre los dictámenes presentados de adverso, de manera que demandante y demandado han de admitir, contradecir o ampliar los dictámenes periciales aportados inicialmente (art. 427.2 LEC), de modo similar a como sucede con respecto de los documentos fundamentales (art. 427.1 LEC y SAP Córdoba, 23 de junio de 2003[2258]); y 4ª) La necesidad de justificar la aportación posterior en los

2254 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.82, recoge una enumeración de hasta doce momentos distintos de aportación del dictamen pericial. También puede verse la clasificación efectuada por Gómez de Liaño González, F., *Del dictamen de peritos*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)», AAVV, coordinador F. Gómez de Liaño, ed. Forum, Oviedo, 2000, p.387.

2255 La SAP Les Illes Balears, secc.3ª, de 28 de septiembre de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/148790) recuerda que la falta de objetividad del perito puede ser denunciada mediante el mecanismo de la tacha (art. 343 LEC) y que, en todo caso, en la valoración de la prueba es donde debe producirse por el órgano jurisdiccional el control de la imparcialidad del perito.

2256 SAP Córdoba, secc.2ª, de 23 de junio de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/72112).

2257 SAP Barcelona, secc.14ª, de 31 de marzo de 2006, ftos. jcos. 1º y 2º (EDJ 2006/270837).

2258 La SAP Córdoba, secc.2ª, de 23 de junio de 2003, fto.jco.2º (EDJ 2003/72112) destaca que los dictámenes a instancia de parte «se incorporan inicialmente al proceso como prueba documental» y ello determina que «bien en su contestación bien en la audiencia previa, demandado y demandante han de reconocer, impugnar u oponerse al contenido de dichos documentos».

supuestos legalmente previstos (art. 337.1 LEC), los cuales, en todo caso, deberán ser objeto de una apreciación judicial restrictiva, en virtud de la presunción de aportación inicial sentada por el art. 336.3 LEC (SAP Ourense, 31 de marzo de 2003[2259]).

Algún autor ha instado a los jueces a efectuar una interpretación restrictiva de la no aportación inicial de los dictámenes periciales, en coherencia con la defensa de la incompatibilidad entre el dictamen de parte y el de designación judicial, de manera que si el actor (o, en su caso, el demandado) no aporta el dictamen con la demanda (o, en su caso, con la contestación a la demanda), tendrán que solicitar en este momento el de designación judicial, y les habrá precluído la posibilidad de aportación posterior a instancia de parte[2260].

En el juicio ordinario, constituyen excepciones a la carga de aportación inicial:

a) El anuncio de su aportación con los escritos iniciales. Para el demandante cuando justifique que la defensa de su derecho no le ha permitido demorar la interposición de la demanda hasta la aportación del dictamen (arts. 336.3 y 337.1 LEC), como cuando pueda producirse la prescripción del derecho o la caducidad de la acción, o la necesidad de presentar una demanda dentro de los treinta días siguientes a la adopción de una medida cautelar (art. 730 LEC).Y para el demandado cuando justifique la imposibilidad de pedir y obtener el dictamen dentro del plazo concedido para contestar a la demanda (arts. 336.4 y 337.1 LEC). En ambos casos deberán aportarse antes de iniciarse la audiencia previa en el juicio ordinario.Y

b) La aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda (art. 338. 1 y 2 LEC), esto es, dictámenes cuya necesidad venga motivada a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia previa a tenor del art. 426 LEC.

5.3. El dictamen de designación judicial: proposición y admisión

La LEC configura la pericial de designación judicial con carácter opcional, subsidiario y eventual. Opcional, porque las partes podrán escoger entre aportar la pericial de parte o solicitar la pericial de designación judicial; y podrán aportar la una –la pericial de parte– y solicitar, además, la otra –la pericial de designación judicial–. Subsidiario, porque la modalidad ordinaria de prueba pericial es el dictamen por perito designado por la parte, sujeto a la carga de aportación inicial, bajo sanción de preclusión.Y eventual, porque la modalidad de pericial de designación judicial constituye una facultad de las partes, sujeta a un juicio de pertinencia

2259 La SAP Ourense, secc.2ª, de 31 de marzo de 2003, fto.jco.2º (EDJ 2003/56075) afirma que el art. 336 LEC sienta la regla general de aportación inicial con los escritos de alegaciones, «estableciendo la propia norma la presunción de aportación», la cual podrá ser desvirtuada «cuando el proponente justifique cumplidamente que no ha podido demorar la interposición de la demanda hasta la obtención del dictamen».

2260 Asencio Mellado, J. Mª, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.695.

judicial[2261]. Esta interpretación viene ratificada por la tramitación parlamentaria de la LEC, en cuyo borrador inicial no estaba prevista la pericial de designación judicial[2262], y por la Exposición de Motivos de la LEC [«…se reserva la designación por el tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario»].

Alguna resolución judicial destaca la subsidiariedad de la pericial de designación judicial afirmando que «... [la LEC] no solo admite, junto a los dictámenes periciales que emiten los peritos nombrados por el juez, los dictámenes periciales preconstituidos extrajudicialmente que las partes aporten al proceso junto a los escritos de demanda o de contestación, sino que además, a estos últimos, se les otorga carácter principal y a los primeros tan solo subsidiario para supuestos excepcionales» (SAP Madrid, 12 de abril de 2005[2263]).

La proposición y admisión de la prueba se complica con la pluralidad de supuestos de pericial de designación judicial, la compatibilidad entre la pericial de parte y la de designación judicial, y la diversidad de requisitos para la admisión de la pericial de designación judicial en función de cada supuesto.

En efecto, los supuestos de pericial de designación judicial son múltiples, pues la solicitud podrá ser instada por una de las partes en los escritos de alegaciones (art. 339.2 LEC), por ambas partes en los escritos de alegaciones (art. 339.2, III LEC)[2264], a consecuencia de alegaciones o peticiones complementarias durante el transcurso del proceso y durante la audiencia previa (arts. 339.3 y 427.4 LEC), o, finalmente, podrá ser acordada de oficio por el juez y normalmente en el acto de la vista (art. 339. 5 en relación con los arts. 443.3 y 732, todos ellos de la LEC)[2265]. Por su parte, el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita no precisa efectuar una solicitud, sino que el legislador se limita a exigirle que anuncie su propósito de aportar un dictamen (art. 339.1 LEC).

El demandado podrá solicitar la pericial de designación judicial, aun cuando no la hubiera solicitado el actor. Y el actor podrá solicitar una pericial de designación judicial, bien en cualquier caso, bien con carácter eventual y para el supuesto que el demandado acompañase una prueba pericial que resultase contradictoria con la aportada por el actor con la demanda. Muñoz Sabaté ha justificado la solicitud «eventual « de dictamen pericial

2261 En sentido similar, Garciandía González, P., *Comentario al art. 339 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1166, afirma una «clara predilección del legislador» por los dictámenes de parte.

2262 Se introduce en los arts. 386 y 390 ALEC, en términos muy restrictivos, manteniéndose similar redacción en los arts. 336 y 340 PLEC, y algo más amplia en el actual art. 339 LEC.

2263 SAP Madrid, secc.21ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/60556).

2264 La SAP Coruña, secc. 5ª, de 4 de octubre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/332045) justifica el carácter preclusivo de la solicitud en los escritos de alegaciones «en la necesidad de garantizar que el dictamen se confeccione antes de la celebración del juicio».

2265 Esta enumeración de supuestos se recoge en la SAP Palencia de 12 de febrero de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/20971). La designación judicial de perito de oficio se analiza en el epígrafe 5.5.

de designación judicial por el actor en el hecho que, atendiendo a sus distintas posiciones procesales, el demandado conoce que el dictamen que aporta es contradictorio con el aportado por el actor, mientras que, por el contrario, el actor al aportar el dictamen de parte con la demanda desconoce si el demandado aportará o no un dictamen contradictorio[2266].

Ambos, actor y demandado, podrán solicitar una pericial de designación judicial, aun cuando no hubieran aportado un dictamen por perito de parte en los escritos de alegaciones (SAP Palencia, 30 de junio de 2003[2267]).

Los requisitos de admisibilidad de la prueba varían en cada supuesto. Cuando se solicita una pericial de designación judicial con los escritos de alegaciones, y no obstante el silencio legal, se deberán expresar los extremos del dictamen y motivar su solicitud, razonando la pertinencia y utilidad de la prueba pericial (art. 339.2 LEC). La pertinencia viene referida, como cualquier prueba pericial, a la necesidad de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (art. 335. 1 LEC). La utilidad, en aquellos supuestos en que las partes hayan acompañado una pericial de parte, se refiere a la necesidad de otra pericial distinta de la inicialmente aportada.

La admisión de la prueba y el nombramiento de perito debe efectuarse «en el plazo de cinco días desde la contestación a la demanda» (art. 339.2, II LEC), aun cuando parece más prudente diferir la admisibilidad de la prueba y el nombramiento de perito a la audiencia previa (art. 429.1 LEC), una vez efectuados, en su caso, las alegaciones aclaratorias y complementarias (art. 426 LEC) y fijados los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC), que será el momento en el que el juez estará en condiciones de decidir la pertinencia o utilidad del dictamen, así como la fijación de los extremos del mismo[2268].

El juicio de admisibilidad parece excluirse en los supuestos en que la parte fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1 LEC), habiéndose justificado tal exclusión en el hecho que el legislador no ha querido hacer de peor condición al litigante asistido por dicho beneficio que al litigante que ha podido costearse su dictamen y aportarlo con los escritos de alegaciones[2269]. A nuestro entender son cuestiones distintas el juicio sobre la admisión de la prueba pericial y la situación económica del beneficiario de la asistencia gratuita, y aun en este supuesto el juez debe conservar el juicio de admisibili-

2266 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba…*, ob.cit., p.343.

2267 SAP Palencia, secc.1ª, de 30 de junio de 2003, fto. jco. 3º (EDJ 2003/144407).

2268 La SAP Madrid, secc. 14ª, de 8 de septiembre de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/168275) analiza las ventajas e inconvenientes de efectuar la admisión y nombramiento de perito judicial bien en los cinco días posteriores a la contestación a la demanda, bien en la fase de la audiencia previa, razonando que la admisión y designación en cualquiera de ambos momentos no comporta la nulidad ni la ilicitud de la prueba.

2269 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.342, quien no obstante, matiza que en los supuestos de litigantes asistidos por el beneficio de justicia gratuita el juez aun conserva el juicio de admisibilidad, que deberá aplicar con un mayor grado de flexibilidad.

dad, pues la pertinencia y utilidad van referidas a la conveniencia o necesidad de la prueba, abstracción hecha de la posición económica de las partes.

Mayor dificultad presenta el juicio de admisión en los supuestos de dictamen solicitado a consecuencia de alegaciones o peticiones complementarias, dada la confusa redacción del art. 339.3. LEC, cuyo tenor literal dispone: «En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del art. 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, la acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen que del perito que el tribunal nombre».

El art. 339.3 LEC condiciona la admisibilidad del dictamen pericial a un triple requisito: 1º) la pertinencia y utilidad del dictamen; 2º) que ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericial; y 3º) que los dos acepten que el tribunal nombre el perito[2270].

La expresión «...en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre» (art. 339.3 *in fine* LEC) no supone, a pesar de la literalidad legal, que las partes quedan vinculadas por el dictamen pericial, sin posibilidad de contradecirlo, sino que significa que sea un único perito el que emita el dictamen y que tal perito sea designado por el juez[2271]. Ello no obstante, no faltan autores para quienes por exagerado que pueda parecer, «se impone a las partes un deber de aceptación del peritaje», esto es, «un compromiso de que no lo van a atacar»[2272].

En coherencia con la orientación preclusiva de la prueba pericial se ha fijado un término final para la solicitud de la pericial de designación judicial, de modo que «salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente» (art. 339.2 II LEC).

De *lege ferenda* se ha propuesto simplificar la regulación del art. 339 LEC del modo siguiente:

a) reconducir a un solo momento, la audiencia previa –en el juicio ordinario– o el acto de la vista –en el juicio verbal– la fase de proposición, dejando por sentado que la solicitud de una pericial de designación judicial no depende de la previa aportación de una pericial de parte («Háyanse o no aportado dictámenes periciales de parte, éstas podrán solicitar, bien en la audiencia previa, bien en el acto del juicio verbal, que se proceda a la designación judicial de un perito para cada uno de los conocimientos especializados objeto del debate»).

b) exigir la concreción de los extremos del dictamen pericial, permitiéndose la ampliación por la parte no proponente («Al interesar la práctica del dictamen pericial,

2270 Montero Aroca, J., *La prueba…,* ob. cit., p.346.

2271 Así se pronuncia Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 339 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. II, ob. cit., p.1599.

2272 Guzmán Flujá, V. *Comentario al art. 339 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2468.

las partes deberán concretar cuales sean los extremos concretos sobre los que debe versar la pericia. La partes que no haya propuesto el dictamen podrá interesar su ampliación respecto de aquellos concretos que le interesen»).

c) mantener y simplificar el juicio de admisión judicial («El tribunal no vendrá vinculado por la solicitud de las partes en torno a la designación judicial de perito, acordándola cuando la para la resolución de cualquier cuestión de influencia decisiva para la decisión del proceso sea necesaria la posesión de conocimientos técnicos especializados»).

d) acordar la suspensión caso que la solicitud se efectúe en la vista del juicio verbal («Cuando la solicitud de dictamen pericial se efectúe en el acto de la vista, se suspenderá esta por el plazo que el tribunal considere necesario para que se emita el dictamen por el perito»)[2273].

5.4. Aspectos comunes a ambas modalidades de dictámenes: reconocimiento, emisión y contradicción

La prueba pericial de parte y la de designación judicial se sujetan a unos trámites comunes de reconocimiento, emisión y contradicción, parcamente regulados en la LEC.

Por reconocimiento pericial, y siguiendo a Font Serra, entendemos «la observación y apreciación –percepción y deducción– de los hechos objeto de prueba por los peritos, que son los sujetos activos de la práctica de la prueba pericial»[2274], distinguiéndose hasta cuatro fases distintas, consistentes en el examen, análisis, recogida de datos y estudio pertinente[2275]. La LEC sustituye la expresión «reconocimiento pericial» (art. 626 LEC\1881) por la de «operaciones periciales» (art. 345 LEC) y otorga carácter eventual a esta fase al disponer que podrá acordarse «cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas» (art. 345.1 LEC)[2276].

El objeto del reconocimiento deberá ser puesto a disposición del perito y en el supuesto que se halle en poder de un tercero cabe acudir a distintas medidas, tales como la resolución del tribunal para facilitar el acceso al lugar, pudiendo llegar a la orden de entrada; el requerimiento para la puesta a disposición del tribunal; o la presunción de prueba (STS, 12 de noviembre de 1985[2277]).

2273 Se transcriben literalmente y entre comilladas las propuestas de reforma de Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil*, en Revista Jurídica Catalunya, nº 3, 2003, p.842.

2274 Font Serra, E., *La prueba…,* ob. cit., p.170.

2275 Gómez Orbaneja, citado por Font Serra, E., *La prueba…*, ob. cit., p.172.

2276 Garciandía González, P., *Comentario al art. 345 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1187.

2277 La STS, Sala 1ª, de 12 de noviembre de 1985, fto. jco 3º (RJ 1985\5576) razona «…si el error en que pudo haber incurrido el perito es consecuencia de la insuficiencia de la documentación aportada al

Normalmente las operaciones periciales tendrán lugar en el despacho, oficina o taller del perito, aun cuando en algún caso puede ser necesaria la recogida de muestras o el examen de lugares, objetos o personas (ej. entrada en inmueble para reconocimiento de vicios; examen de una obra de arte; reconocimiento de la cicatriz de un perjudicado en accidente de circulación; examen del presunto incapaz en proceso de incapacitación), resultando una fase esencial de la prueba pericial hasta el punto que, cada vez con mayor frecuencia, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales destaca las operaciones periciales como uno de los parámetros de valoración de la prueba pericial conforme a la sana crítica (SAP Baleares, 20 de diciembre de 2005[2278]).

La LEC admite la intervención de la partes en las operaciones periciales. La solicitud, limitada a las partes y los abogados –con exclusión de técnicos (SAP Tarragona, 10 de febrero de 2004[2279])– se condiciona a los siguientes requisitos: a) objeto del dictamen: necesidad de reconocimiento de lugares, objetos o personas (art. 345.1 LEC); b) forma: necesidad de solicitud «de forma expresa y modo escrito» (SAP Burgos, 2 de septiembre de 2003[2280]), efectuada con anterioridad al acto del juicio o de la vista (SAP Tarragona, 30 de marzo de 2006[2281]), y con citación directa del perito a las partes con una antelación de cuarenta y ocho horas (art. 345.2 LEC); c) fondo: que la presencia de las partes «no impida o estorbe la labor del perito y se pueda garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen» (art. 345.1 LEC).

---

proceso y sobre la que operó tal perito para emitir su dictamen, no puede olvidarse que dicha insuficiencia es imputable al recurrente, titular de la empresa frente al exterior y a cuya disposición debía encontrarse toda o la mejor parte de la documentación del negocio que no aportó al proceso».

2278 En SAP Baleares, secc.3ª, de 20 de diciembre de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/231630) se razona: «En consecuencia, el juez deberá valorar los dictámenes tomando en cuenta sus propias máximas de experiencia, como son la lógica interna del informe del experto, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia, la relación entre el resultado de la pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, el detalle y exhaustividad del informe, la metodología *o las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de análisis*». (La cursiva es mía).

2279 La SAP Tarragona, secc.3ª, de 10 de febrero de 2004, fto. jco.1º (EDJ 2004/16055) razona que el art. 345 LEC permite la presencia de partes y defensores en las operaciones periciales, pero que ello no autoriza que la parte se acompañe por un técnico, cuya presencia, en cuanto tercero, se excluye de las operaciones periciales.

2280 SAP Burgos, secc.2ª, de 2 de septiembre de 2003, fto. jco.4º (EDJ 2003/205396). En un supuesto de acción reivindicatoria, y no habiendo interesado ni la actora ni la demandada la intervención en el reconocimiento de la vivienda y trastero reclamado al amparo del art. 345 LEC, se afirma que la presencia de la parte actora en el reconocimiento de la vivienda, aun no solicitada, es imprescindible para que pueda practicarse el reconocimiento de la vivienda y el acceso a la vivienda, facilitado por la actora, se fundamenta en el deber constitucional «de prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso». Ello justifica que la parte actora, aun no solicitándolo, estuviera presente en las operaciones del reconocimiento, y no lo estuviera la parte demandada.

2281 SAP Tarragona, secc.3ª, de 30 de marzo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/280686).

No se prevé, por el contrario, la presencia judicial en las operaciones periciales, aun cuando tampoco se impide, y algunos autores lo han admitido[2282], mientras que otros interpretan el silencio del legislador como una «velada declaración de la no necesidad de inmediación judicial durante la realización de estas diligencias»[2283].

La emisión del dictamen comprende la descripción del objeto del dictamen, las operaciones periciales llevadas a cabo, el resultado de las operaciones periciales, y las conclusiones[2284], como prevé para el proceso penal el art. 478 Lecrm, cuyo contenido literal dispone: «El informe pericial comprenderá, si fuere posible: 1º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo o del modo en que se halle. El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes; 2º Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior. 3º. Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia y arte».

La LEC regula la forma del dictamen, el plazo de aportación y la solicitud de comparecencia del perito al trámite de contradicción (art. 346 LEC). A diferencia de la LEC de 1881, que admitía que el dictamen pudiera rendirse en forma oral o escrita (art. 627 LEC), la LEC solo admite el dictamen por escrito (arts. 336 y 346 LEC)[2285], normativa que, una vez más, permite afirmar la equiparación, en cuanto a su tratamiento procesal, del dictamen de peritos y de los documentos. Además, el dictamen deberá ser motivado, cuya omisión, aun no siendo causa de nulidad, devalúa su fuerza probatoria. Se acompañarán los documentos, instrumentos o materiales necesarios de que se ha servido el perito, previsión específica para los dictámenes a instancia de parte (art. 336.2 LEC), pero extensible también a los dictámenes de designación judicial.

La aportación de los dictámenes a instancia de parte tiene un plazos preclusivos (art. 269 LEC), sea porque tengan que aportarse bien con los escritos iniciales de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC), bien antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o antes de la vista del juicio verbal (art. 337.1 LEC), bien con cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista (art. 338.2 LEC); mientras que la aportación de los dictámenes de designación judicial tiene un plazo flexible, pues el perito debe rendirlo «en el plazo que se le haya señalado» (art. 346 LEC), esto es, sin que exista «plazo alguno para la emisión del dictamen y su traslado a las partes antes de la comparecencia a juicio» (SAP Cádiz, 25 de febrero de 2005[2286]). Existe, eso sí, un plazo final, pues el dictamen se traslada

2282 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial,* t. II, ob. cit., p.401.

2283 Garciandía González, P., *Comentario al art. 345 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1190.

2284 Font Serra, E., *La prueba de peritos*…, ob. cit., p.116.

2285 Obviamente, ello no obsta a la posibilidad de una ampliación oral del dictamen pericial en el acto del juicio (art. 347.1.4º LEC).

2286 La SAP Cádiz, secc.5ª, de 25 de febrero de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/226490) descarta expresamente la aplicación a los dictámenes de designación judicial del plazo –cinco días con antelación a

a las partes por si quieren someterlo a contradicción y ello deberá efectuarse con anterioridad a la vista o al acto del juicio (art. 346 LEC).

Las partes podrán interesar la presencia del perito al acto del juicio o la vista para someter a contradicción el dictamen (arts. 337.2 y 346 LEC), pudiendo también el tribunal interesar la comparecencia del perito (arts. 338.2, II y 346 LEC). Aun cuando alguna interpretación del art. 338.2, II LEC ha limitado la solicitud por el tribunal a los supuestos del art. 338.2 (dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por alegaciones de la audiencia previa) debemos entender que la posibilidad de contradicción es común a las distintas modalidades de dictamen y censurar, con Díaz Fuentes, «la mala técnica legislativa [consistente en] usar expresiones distintas para referirse a la intervención del perito, una cuando actúe por iniciativa del tribunal [art.346], otra en el inciso anterior del artículo si lo piden las partes, y otra en los arts. 337.2 y 338.2, cuando de peritos de parte se trate»[2287].

Tratándose de dictámenes a instancia de parte, la petición de comparecencia de perito la podrá realizar tanto la parte que aportó el dictamen como la adversa (art. 337.2 LEC), del mismo modo que ambas partes pueden interesar la comparecencia del perito de designación judicial (art. 346 LEC), aun no habiendo interesado su designación (SAP Madrid, 26 de septiembre de 2006[2288]).

La contradicción, regulada en el art. 347 LEC sin carácter de *numerus clausus*, comprende el contenido de la intervención del perito en el acto del juicio o de la vista, distinguiéndose hasta seis actuaciones distintas, que resumidamente enunciadas son: 1º) exposición del dictamen; 2º) explicación del dictamen o de alguno de sus puntos; 3º) respuestas a preguntas y objeciones sobre método y conclusiones; 4º) respuestas a solicitudes de ampliación a extremos conexos; 5º) crítica del dictamen por el perito de la adversa; y 6º) formulación de tachas que afecten al perito.

Se trata, como indica Rifá Soler, «no de una mera ratificación, sino de una declaración del perito a instancia de las partes o del Juez»[2289], pues no debe olvidarse que la prueba pericial «no solo alcanza la emisión escrita de su informe, sino su intervención [del perito] en el juicio con explicaciones y respuestas a las preguntas de las partes y del juez (art. 347 LEC)» (SAP Cantabria, 19 de septiembre de 2005[2290]).

---

la celebración del juicio o la vista– previsto en el art. 338.2 LEC para los dictámenes de parte.

2287 Díaz Fuentes, A., *La prueba…,* ob. cit., p.277.

2288 SAP Madrid, secc.25ª, de 26 de septiembre de 2006, fto. jco.6º (EDJ 2006/356674). En el mismo sentido, STSJ Navarra, de 17 de mayo de 2006, fto.jco.2º (EDJ 2006/98933).

2289 Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 337 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1628.

2290 SAP Cantabria, secc.3ª, de 19 de noviembre de 2005, fto. jco.4º (EDJ 2005/169663). Y, en sentido similar, la SAP Toledo, secc.1ª, de 19 de septiembre de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/286091) recuerda que «la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporte a los autos, sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste

Desborda el contenido del presente estudio el análisis individualizado de cada una de las posibilidades de intervención del perito[2291], pero queremos dejar constancia que una interpretación amplia del art. 347.1.5º LEC («crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria») permite admitir el «careo entre peritos». No podemos ignorar que la LEC no prevé expresamente esta posibilidad[2292], pero entendemos que el enfrentamiento dialéctico entre peritos facilita el ejercicio de la sana crítica judicial, y ya el derogado art. 629 LEC\1881 admitía que «si estuvieren en discordia [los tres peritos], se pondrán por separado tantas declaraciones o dictámenes escritos cuantos sean los pareceres».

Resulta censurable que se permita la ampliación del dictamen a puntos conexos a instancia de cualquiera de las partes (art. 347.1.4º LEC) y, por el contrario, se prohíba –salvo en los procesos no dispositivos– la ampliación del dictamen por el juez de oficio (art. 347.2 LEC), pues siendo el juez el destinatario de la prueba pudiera estar interesado en su ampliación para mejor formar su convicción judicial, tal y como admitía la derogada LEC de 1881 (arts. 340 y 634 LEC) y se producía en la práctica forense sin oposición en el foro ni en la doctrina.

No obstante el silencio legal, se ha admitido la rectificación del dictamen por el perito, aun sin necesidad que una norma lo autorice y siempre que la rectificación sea anterior a la sentencia[2293]. También se ha admitido la renovación o repetición del dictamen, si éste es insuficiente o carece de la debida motivación, a menos que las demás pruebas en el proceso la hagan innecesaria y siempre agotando el trámite de aclaraciones[2294].

5.5. Iniciativa del juez

Como anticipa la Exposición de Motivos de la LEC el legislador regula «las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad» e introduce, por vez primera en una Ley de Enjuiciamiento Civil, un artículo, rubricado expresivamente «iniciativa de la actividad probatoria» (art. 282 LEC) que, como regla general, atribuye la ini-

---

en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a las preguntas u objeciones de las partes y del Tribunal (art. 347 LEC)».

2291 Aragó Honrubia, I. Mª, *La intervención del perito en el acto de la vista*, en «Aspectos Prácticos de la Prueba Civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 431-444, efectúa un análisis pormenorizado de cada una de las posibles actuaciones del perito en el acto del juicio o la vista a partir de la exégesis del art. 347 LEC.

2292 Así lo pone de manifiesto, para no admitir el careo entre peritos Ribelles Arellano, J. Mª, *La prueba*, en «La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia», Alegret Burgués, Mª E. y López López, E. (dirs.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 44/2003, CGPJ, Madrid, 2004, p.358. De modo distinto, la SAP A Coruña, secc.4ª, de 14 de junio de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/216110) parece admitir el careo entre peritos.

2293 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.315 y Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., pp. 341 y 408.

2294 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial,* t. II, ob. cit., p.411.

ciativa probatoria a las partes, si bien admite la iniciativa probatoria de oficio con carácter reglado, esto es, «cuando así lo establezca la Ley» (art. 282 *in fine* LEC).

La misma Exposición de Motivos, en referencia concreta a la prueba pericial, y salvo en los procesos no dispositivos, afirma que «no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar»[2295].

En coherencia con estas premisas, la LEC admite la adopción de una prueba pericial de oficio en los procesos no dispositivos (art. 339.5 LEC), en cuyo caso el juez podrá acordar la prueba pericial y designar directamente al perito de su elección. Así expresamente y para un supuesto de reclamación de paternidad no matrimonial se razona: «en materia de filiación, maternidad y paternidad es facultad del tribunal, incluso de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente, por lo que, aun cuando el Tribunal pueda oír a las partes sobre sus peticiones o alegaciones en orden a la práctica de dicha prueba, si el mismo considera oportuno la designación de perito, puesto que es facultad que le ofrece la LEC en su art. 339.5, el acuerdo de la práctica de dicha prueba en modo alguno puede constituir causa de indefensión» (SAP Murcia, 16 de marzo de 2004[2296]).

También se puede acordar una prueba pericial de oficio en los procesos de incapacidad, pese a la ambigüedad de la dicción legal, cuyo tenor literal dispone: «Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado de oficio por el tribunal» (art. 759 *in fine* LEC).

En la doctrina existen tres posibles interpretaciones de este artículo. Una primera, es la obligatoriedad de una pericial médica de oficio, aun cuando se hayan aportado dictámenes a instancia de parte[2297]. Una segunda, es la necesidad de que, cuando menos, uno de los dictámenes sea médico[2298]. Y una tercera interpretación, es que el dictamen

2295 Exposición de Motivos, epígrafe XI, párrafo 14ª.

2296 SAP Murcia, secc.5ª, de 16 de marzo de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/28589). En un supuesto de reclamación de filiación no matrimonial la SAP Coruña, secc.4ª, de 26 de octubre de 2006 (EDJ 2006/340533) acordó tanto en la instancia cuanto en la apelación, de oficio, la práctica de pruebas biológicas, valorándose en sentencia la negativa injustificada del demandado a someterse a las mismas.

2297 Banacloche Palao, J., *Comentario al art. 759 LEC*, en «Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.1281; Ramos Chaparro, E., *Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (glosa general)*, en rev. «Actualidad Civil», 2001-1, p.354.

2298 Gómez de Liaño, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Forum, Oviedo, 2000, p.872. También Álvarez Alarcón, A., *Los procesos relativos a la capacidad de las personas*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. IV, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Difusa, Barcelona, 2000, p.107. El mismo autor sugiere que acaso deba entenderse que el dictamen de psicólogos no es suficiente, exigiendo que se practique por neurólogos o psiquiatras.

preceptivo es el que acuerde el tribunal, no el que aporten las partes[2299], o en otras palabras, «que es preceptivo que conste en el procedimiento informe pericial médico, y no cualquier informe, sino el acordado por el Tribunal, de tal manera que no son las partes quienes deciden la pericial a practicar, sino el tribunal» (SAP Barcelona, 10 de octubre de 2003[2300]).

La proposición final del art. 759.1 LEC recoge cumulativamente, aun cuando de modo confuso, la doble exigencia de la inexcusabilidad de una peritación médica y de la inexcusabilidad que tal pericial sea de oficio[2301]. Para acordar la incapacitación no basta cualquier tipo de dictamen, sino que es preciso que sea un dictamen médico. Se trata de una exigencia lógica puesto que el perito se pronunciará sobre la capacidad de una persona para su autogobierno y la administración de sus bienes, extremos éstos que deben ser examinados por un médico.

Además, y sin perjuicio de las peritaciones –incluso médicas– que hayan podido aportar las partes, es necesario que el dictamen médico sea acordado de oficio. Acaso en esta segunda exigencia el legislador evidencia una desconfianza hacia la peritación de parte. Se pretende, como apunta Banacloche Palao «un informe por persona desvinculada de actor y demandado, como es un perito designado por el juez»[2302].

Resulta, por el contrario, más discutible la posibilidad de «sugerir» una prueba pericial para paliar la eventual insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1, II LEC) o acordar de oficio una prueba pericial como diligencia final de oficio (art. 435.2 LEC).

Una de las muchas cuestiones controvertidas que suscita la normativa del art. 429.1 II LEC es la posibilidad que el juez pueda «sugerir» un dictamen pericial para paliar la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes. Frente a los partidarios de la tesis de la preclusión probatoria –no pueden aportarse dictámenes cuyo momento procesal ha pre-

2299 Guilarte Martín-Calero, C., Los procesos sobre la capacidad de las personas, en AAVV, «El derecho de familia y sucesiones en la nueva ley de enjuiciamiento civil», 2ª ed., ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p.333; Aparicio Auñon, E., Comentario al art. 758 LEC, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. IV, Lorca Navarrete, A. Mª., (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.3999) indica que se trata de una aclaración necesaria porque la LEC otorga el carácter de pericial a los dictámenes de partes.

2300 SAP Barcelona, secc.18ª, de 10 de octubre de 2003, fto. jco.1º (EDJ 2003/138497).

2301 La SAP Tarragona, secc.3ª, de 28 de enero de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2003/39617) razona que «… el artículo 758.1 de la LEC [debe entenderse el art. 759.1 LEC] aparte de las pruebas propuestas, exige tres presupuestos imprescindibles:1) Audiencia de los parientes más próximos. 2) Examen o exploración del presunto incapaz. 3) Obligatoriedad de acordar de oficio un dictamen pericial médico».

2302 Banacloche Palao, J., *Comentario al art. 759 LEC*, en «Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.1281.

cluido (SSAP Rioja, 31 de enero de 2005[2303] y AP Murcia de 15 de febrero de 2002[2304])– y a los partidarios de la no preclusión y la posibilidad de sugerir dictámenes periciales –pues la preclusión vincula a las partes, pero no al juez[2305]–, entendemos que solo cabrá en aquellos supuestos legalmente previstos, esto es, los supuestos de alegaciones o pretensiones complementarias (art. 427.3 LEC en relación con el art. 426. 1, 2 y 3 LEC[2306]) de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286.3 LEC).

Fuera de estos casos, y por imperativo del art. 339.2, II («salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o contestación, informe pericial por perito designado judicialmente»), ante la existencia de dictámenes de parte contradictorios aportados con los escritos de alegaciones, el juez sólo podrá sugerir la conveniencia de la intervención del perito en el acto del juicio o la vista[2307].

Compartimos y hacemos nuestra la doctrina contenida en la SAP Burgos de 23 de julio de 2002, que en la parte que interesa, dispone literalmente:

> «… la prueba pericial «judicial» es ciertamente poco incardinable en el artículo 429.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pues, al ser obligatoria su solicitud en los escritos iniciales –artículo 339.2 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil–, es en dicho momento, salvo el supuesto de las alegaciones complementarias, que no es el de autos y que tiene un régimen concreto cual es el de artículo 339.3, cuando se puede proceder a su solicitud, sin que el legislador haya previsto ninguna excepción a dicho supuesto que sea aplicable al caso, por lo que la aplicación del régimen especial del artículo 429 de la Ley Procesal se presenta extraordinariamente complicada»[2308].

2303 La SAP La Rioja, secc.1ª, de 31 de marzo de 2005, fto. jco. 1º (EDJ 2005/25757) razona que «[…] el Juez a quo no puede subsanar, al amparo de la facultad que le confiere el artículo 429-1 de la Ley Civil Adjetiva, la omisión de los informes periciales que deben acompañarse con la demanda (art. 336 LEC), la omisión del anuncio de dictamen cuando no se pueda aportar con la demanda (art. 337 LEC) y la falta de solicitud en el escrito de demanda de la designación judicial de perito (art. 339 LEC); es decir, que la facultad que establece el artículo 429-1 de la Ley Procesal Civil no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes, por no ajustarse a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento».

2304 SAP Murcia, secc.3ª, de 15 de febrero de 2002, fto. jco.1º (EDJ 2002/11920).

2305 Picó i Junoy, J., *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en «Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 159-160. En la misma línea, puede verse también de la Rúa Navarro, J., *La facultad del art. 429.1, II y III LEC y la preclusión probatoria. ¿Puede el juez proponer medios de prueba cuyo momento procesal ha precluído (ej. dictámenes y documentos)?*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords), J.M.Bosch, Barcelona, 2005, pp. 253 y ss.

2306 SAP Burgos, sec. 2ª, de 23 de julio de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/43197).

2307 Puede verse más ampliamente esta tesis en Chico Fernández, t. , *La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del art. 429.1, II y III LEC de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Aspectos Prácticos de la Prueba Civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 264-271.

2308 SAP Burgos, secc. 2ª, de 23 de julio de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/43197).

Y en parecidos términos se expresa la SAP Huelva de 30 de septiembre de 2004 al razonar:

> «es más que dudoso que pueda acudirse a la designación de un tercer perito nombrado ya en sede judicial para ayudar a dirimir la discordia ofreciendo una tercera opinión más aséptica o desligada de las partes, bien a instancia de los mismos litigantes o bien por indicación del Tribunal, en uso de las facultades que le confiere el art. 429.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil»[2309].

Tampoco resulta pacífica la adopción de un dictamen pericial como diligencia final de oficio, al amparo del art. 435.2 LEC. Sin ignorar la existencia de resoluciones judiciales[2310] y de pronunciamientos doctrinales contrarios[2311], nos inclinamos por su admisiblidad partiendo, por un parte, de la inexistencia de una prohibición expresa y de la necesidad de efectuar una interpretación no restrictiva de las normas que limiten la eficacia del derecho a la prueba, y por otra parte, bajo el entendimiento que cuando han existido dos dictámenes periciales abiertamente contradictorios, y tras la fase de contradicción (art. 347 LEC) aun persisten dudas en el juez, deberá estimarse que las pruebas practicas no «han resultado conducentes» (art. 435.2 LEC) para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Algunas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor han admitido la viabilidad de practicar una pericial dirimente de oficio, en el caso que las propuestas y practicadas a instancia de las partes arrojasen resultados contradictorios (SAP Málaga, 25 de febrero de 2005[2312] y SAP Cáceres, 27 de enero de 2003[2313]). Esta última resolución admite, ante la existencia de periciales contradictorias de las partes, que el juez acuerde una pericial judicial como diligencia final de oficio, mayormente cuando tal petición se había efectuado por el demandante en el acto del juicio, razonando del modo siguiente:

> «A la vista de las periciales aportadas en autos que no han resultado esclarecedoras para el resultado perseguido, no se ve inconveniente alguno para que se pueda acordar una pericial-judicial que puede dar luz al juez de instancia para la adecuada resolución del caso a él sometido. Es claro que existen motivos más que fundados para creer que la pericial-judicial permita una mejor certeza sobre los hechos que se enjuician, por su consideración de meramente técnicos

2309 SAP Huelva, secc.2ª, de 30 de septiembre de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/240218).

2310 La SAP Barcelona, secc.14ª, de 31 de marzo de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/270837) niega la subsistencia del llamado «peritaje judicial» (LEC 1881) y afirma que una pericial dirimente, acordada como diligencia final, constituye una «sobre-pericia» o una «pericial superpuesta» que no tiene encaje dentro de los requisitos del art. 435.2 LEC. En sentido similar, SAP Sevilla, secc. 3ª, de 3 de julio de 2006, fto. jco. 6º (JUR 2007\78645) razona que se acordó indebidamente una prueba pericial médica de oficio en el acto del juicio para suplir la deficiencia de la pericial ya existente, cuando se debió aplicar las reglas de la carga de la prueba.

2311 Banacloche Palao, J., *La pericia: claves para un planteamiento eficaz de la prueba*, en rev. Iuris, núm. 71, abril 2003, pp. 4 y 5.

2312 SAP Málaga, secc. 5ª, de 25 de febrero de 2005, fto. jco.2º (JUR 2005\149487).

2313 SAP Cáceres, secc.1ª, de 27 de enero de 2003, fto. jco.1º (JUR 2003\45278).

> y la necesidad de otro informe que pudiera revestir un grado de imparcialidad del que carecen las periciales unidas al procedimiento por las partes intervinientes, y en cierto modo a su propia conveniencia. Ya en el acto de la Audiencia Previa, celebrada con fecha 11 de octubre de 2001, el juez de instancia consideró oportuna una prueba pericial de tales características. Así mismo en la celebración del Juicio conforme consta en el acta de fecha 9 de noviembre de 2001, la parte actora solicita como diligencia final esta prueba pericial-judicial, como consecuencia de que los informes periciales aportados no habían resultado esclarecedores.

En todo caso, la falta de solicitud de aclaraciones del dictamen pericial (art. 347.1.2º LEC) no puede suplirse por la vía del recurso a las diligencias finales (SAP Pontevedra, 21 de diciembre de 2006[2314]).

También resulta sumamente ilustrativo el voto particular al AAP Pontevedra de 28 de mayo de 2010, en el que se pronuncia a favor de un dictamen pericial de oficio en la segunda instancia[2315]. El supuesto de hecho, descrito en el fundamento jurídico del voto particular es el siguiente: demanda y reconvención ejercitan pretensiones derivadas, respectivamente, de los arts. 107 y 118 Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) 1964, para la decisión del conflicto planteado está en juego la valoración de la vivienda arrendada. Cada parte aportó su respectivo informe pericial; según el informe de la actora, el valor de la vivienda es de 118.800 €; según el dictamen en que se apoya el demandado reconviniente sería de 23.877 €. La tasación es decisiva para el reconocimento del derecho de resolución que regula el art. 118 LAU 1964, y es evidente que una de las tasaciones está lejos de la realidad.

Los argumentos en contra la práctica de las diligencias finales de oficio en segunda instancia se recogen, escuetamente, en el auto mayoritario y consisten en: 1º. Carácter restrictivo de las diligencias finales de oficio en la regulación legal (art. 435.2 LEC); 2º– No concurren todos los requisitos legales, en particular, la existencia de circunstancias impeditivas cuya desparición haga posible la obtención de resultados no obtenidos; 3º. El requisito consistente en la existencia de obstáculos ajenos a la voluntad de las partes que impidieron la culminación de la actividad probatoria, cuando tales obstáculos no han desaparecido, no se acomoda al conflicto de pericias contradictorias.

Los argumentos a favor de la prácitica de diligencias finales de oficio en segunda instancia se recogen, con mayor amplitud, en el voto particular –que compartimos– y pueden resumirse del modo siguiente: 1º. No es lo mismo una discrepancia entre pericias –habitual en la práctica forense– que pericias absolutamente divergentes y frente a la cuales el Tribunal carece de criterios de contraste para averiguar cuál de ellas es errónea; 2º. Ante la existencia de pericias absolutamente divergentes, y ante la ausencia de otros elementos probatorios existentes en los autos, el Tribunal está abocado a una elección errónea y, por ende, injusta; 3º. La admisión de una tercerca pericia por la vía de la diligencia final, en estos

2314 SAP Pontevedra, secc.1ª, de 21 de diciembre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/381007).

2315 Puede verse nuestro comentario en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010, Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y 15. Voto particular formulado por el Ilmo. Dº Julio Picatoste Bobillo.

supuestos, permite recuperar la función de la prueba pericial: auxiliar al juez allí donde los peritos han actuado prácticamente como auxiliares de las partes en defensa de su pretensión o su resistencia; 4º. La LEC ni excluye ni prohíbe la aportación de una prueba pericial por vía de diligencia final, pero no las fuentes de prueba que pueden acceder al proceso a través de esta vía; 5º. Es cierto que falta la previsión legal que hayan desaparecido los obstáculos o impedimentos que hicieron en su momento inconducente el resultado de la prueba, pero no es menos cierto que, para que desaparezca esa inconducencia, es necesario la práctica de una nueva pericial; 6º. La hipótesis que la práctica de una nueva prueba sea la única forma de salvar la incidencia probatoria ha sido admitida por el Tribunal en otros supuestos (p.ej. defectos de audición de testigo o perito que obligan a la práctica de la prueba como diligencia final en segunda instancia; fotografías que ofrecen un estado de cosas sesgado o incompleto y que obligan a la práctica de la diligencia final en segunda instancia de reconocimiento); 7º. Debe procurarse una interpretación del precepto del art. 435.2 LEC a la luz del art. 24.2 cE efectuando una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; 8º. En el caso de no admitirse una pericial dirimente, podría admitirse una pericial que ilustrase al Tribunal sobre las pautas o criterios que condujeron a criterios tan divergentes.

5.6. Referencia especial al juicio verbal

En el diseño de la LEC la proposición y práctica de prueba tiene encaje en el proceso declarativo, con una fase separada de proposición (audiencia previa) y otra de práctica de prueba (acto del juicio) y presenta desajustes en el juicio verbal «común», con una fase concentrada de proposición y práctica de prueba[2316].

En el juicio verbal «común» (con contestación oral en la vista), algunos autores ha defendido la posibilidad de aportación del dictamen en la vista bajo los argumentos que el juicio verbal principia por una demanda sucinta, e incluso puede redactarse en impresos normalizados de ser la cuantía inferior a 900 € (art.437 LEC), y que el demandado formula oralmente su contestación en el acto de la vista[2317], razonándose también que en caso de demanda de juicio verbal sucinta, la ley no exige la aportación del dictamen pericial con la demanda[2318]. Por nuestra parte entendemos que el actor deberá aportar el dictamen junto con la demanda, por ser la solución que mejor tutela el derecho de defensa del demandado

2316 Para paliar los inconvenientes de la práctica de la prueba en el juicio verbal puede verse Ontiveros, F., *¿Afecta el principio de concentración de la actividad probatoria en el juicio verbal?*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 418 a 423, en el que se analizan como alterantivas moderadoras del rigor legal del principio de concentración la pluralidad de sesiones (suspensión e interrupción de vistas), la prueba separada, las diligencias finales y aún otras alternativas.

2317 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.308.

2318 Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 336 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1580.

y observar la regla general de aportación de documentos y dictámenes junto con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC)[2319].

Y el demandado deberá aportar del dictamen pericial en la vista, que es cuando tiene lugar la contestación a la demanda (arts. 265.1.4º y 265.4 LEC). Con precisión procesal se ha matizado que «...en el juicio verbal no puede hablarse de contestación a la demanda, sino que conforme el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es en el acto de la vista cuando el demandado puede formular su oposición a la pretensión de la actora y es en dicho acto, conforme al número 4 del referido artículo, cuando las partes propondrán las pruebas, la cuales una vez admitidas se practicarán seguidamente»(SAP Tarragona, 17 de diciembre de 2003[2320]).

No es posible, a partir de una aplicación analógica del art. 338 LEC [«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 a tenor del art. 426 LEC»] afirmar que el demandado debe aportar el dictamen pericial con cinco días de antelación a la vista, para evitar la indefensión del actor[2321]. En el juicio verbal «común», la aportación del dictamen pericial a instancia de parte debe efectuarse en la propia vista, pues tal es el régimen general de aportación de los dictámenes a instancia de parte, según se deduce de los artículos 265.1.4º y 336 LEC, y a partir del hecho que en el juicio verbal «común» la contestación es oral y se efectúa en la vista (STC, 26 de marzo de 2007[2322]).

Como apunta acertadamente Bonet Navarro en el juicio verbal «común», con contestación oral en el acto de la vista, «si como consecuencia de lo alegado en la contestación a la demanda, fuera necesario [para el actor] aportar un dictamen pericial, no cabrá otra posibilidad que interrumpir la vista, conforme dispone el art. 193[2323]».Y también tendrá que interrumpirse la vista cuando el demandado solicite la designación judicial de perito en el acto de la vista.

Las anteriores afirmaciones deben matizarse con respecto al juicio verbal con contestación escrita (ej. procesos sobre capacidad, filiación y menores del art. 753 LEC; o la oposición en el juicio cambiario del art. 826 LEC). En tales supuestos, el actor deberá efectuar la aportación con la demanda y el demandado en el momento procesal correspondiente a la contestación a la demanda, que tiene lugar con anterioridad a la vista, y dentro de los veinte días siguientes a la admisión de la demanda (art. 753 LEC).

2319 Con respecto al juicio verbal y los distintos momentos de aportación del dictamen pericial puede verse el completo estudio de Forcada Noguera, M., *Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 395 y ss.

2320 SAP Tarragona, secc.3ª, de 17 de diciembre de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/220126).

2321 En este sentido, Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.335.

2322 STC, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2007, fto. jco.4º (EDJ 2007/19462), comentada por Magro Servet, V., en el artículo *Proposición de prueba pericial en el juicio verbal: análisis de la STC 60/2007*, en rev. de Jurisprudencia El Derecho, núm. 3, junio 2007, pp. 1 y ss.

2323 Bonet Navarro, A., *Cuestiones relativas a la prueba*, en «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento: propuesta de mejora», ob. cit., p.75.

En estos procesos la contestación a la demanda se efectúa con anterioridad a la vista y la aportación del dictamen pericial puede ajustarse al esquema del art. 338 LEC. Por ende, el actor podrá aportar dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a raíz de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones complementarias en la audiencia previa, en cuyo caso deberá aportarlos con cinco días de antelación a la vista[2324].

Tanto en el juicio verbal «común» cuanto en el juicio verbal con contestación escrita se admite que el actor anuncie su aportación posterior cuando justifique que la defensa de su derecho no le ha permitido demorar la interposición de la demanda hasta la aportación del dictamen (arts. 336.3 y 337.1 LEC). Y para el demandado cuando justifique la imposibilidad de pedir y obtener el dictamen dentro del plazo concedido para contestar a la demanda (arts. 336.4 y 337.1 LEC).

En sentido contrario, se ha pronunciado Montero Aroca, para quien la excepción del art. 337 LEC solo es posible en los procesos verbales especiales con contestación por escrito. Cita en apoyo de su tesis la SAP Jaén, de 28 de octubre de 2003 (AC 2003, 22992) que, en la parte que interesa, razona: «tratándose de un juicio verbal común cuya contestación no es por escrito, el momento para la aportación de los dictámenes periciales es también el de la contestación en el propio juicio al igual que el resto de los documentos (art. 265.4º LEC)»; añadiendo, a continuación «sin que lo dispuesto en el art. 337 de la LEC sea aplicable al juicio verbal común, pues se refiere a aportación «posterior» a la contestación escrita, lo que sólo está previsto en la LEC para algunos juicios verbales especiales en los que la contestación es por escrito (art. 748 y ss)»[2325]. Por nuestra parte, y de la literalidad del art. 337 LEC, no deducimos que se refiera exclusivamente a los juicios con contestación por escrito, pues se limita a regular el anuncio de dictámenes que no puedan acompañarse con la demanda o contestación, sin distinguir si ésta es por escrito u oral.

5.7. Práctica conjunta de la prueba pericial con el reconocimiento judicial

Siguiendo el precedente del art. 635 LEC\1881[2326] y del art. 514 del Proyecto de Profesores de 1974[2327] el legislador ha previsto la práctica conjunta de la prueba pericial con el

2324 SAP Lleida, secc.2ª, de 30 de mayo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/50468). Las SSAP Zamora, secc.1ª, de 29 de julio de 2005, fto. jco.2º (Id. Cendoj: 49275370012005100269) y AP Cuenca, de 8 de marzo de 2002, ftos. jcos. 1º y 2º (AC 2002\736) admiten la aportación por el actor del dictamen pericial en la vista, si la necesidad surge de la oposición al monitorio por parte del demandado.

2325 Montero Aroca, J., *Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal,* en «La prueba pericial en el proceso civil», Ledesma Ibáñez, P. y Zubiri de Salinas, F. (dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII/2006, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 83-84.

2326 Cuyo tenor literal era: «Cuando se acuerden el reconocimiento judicial y el pericial de una misma cosa, se practicarán simultáneamente estos medios de prueba, conforme a las reglas establecidas para esta sección».

2327 Cuyo tenor literal era: Art. 514.I «Cuando el juez lo crea conveniente podrá disponer que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo extremo, siguiéndose el

reconocimiento judicial, «cuando el tribunal lo considere conveniente» (art. 356.1 LEC)[2328]. Pero mientras el art. 635 LEC\1881 disponía que el reconocimiento judicial y el pericial se practicarían «conforme a las reglas establecidas para cada uno de ellos», el art. 356 LEC dispone que se practiquen «en un solo acto...siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección» (la del reconocimiento judicial), esto es, conforme a las reglas del reconocimiento judicial.

Se ha denunciado la parquedad legal del art. 356 LEC, que silencia extremos tan importantes como las condiciones de proposición y admisión de la práctica conjunta, su contenido y la forma de dejar constancia de sus resultados. En realidad, la regulación legal parte de unos presupuestos, no explicitados, que son los siguientes: 1º) El reconocimiento judicial tiene lugar fuera de la sede del juzgado, pues la práctica conjunta se celebra en lugar distinto de la sede judicial y en tiempo distinto del acto del juicio o de la vista; 2º) Solo es posible la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la pericial de designación judicial, pues en la pericial de parte el reconocimiento se habrá producido, por lo general, con anterioridad y fuera del proceso; 3º) Es precisa la identidad de objeto del reconocimiento judicial y del pericial, esto es, «que el lugar, objeto o persona que ha de ser sometido a examen por el juez y el análisis del perito coincidan»[2329].

En orden a su proposición, la práctica acumulada se podrá acordar, de oficio (art. 356.1 LEC) o a instancia de parte (art. 356.2 LEC)[2330], siempre que la prueba pericial y de reconocimiento judicial haya sido propuesta por las partes, conjunta[2331] o separadamente. Como afirma Solé Riera «así, aunque una parte haya solicitado la prueba pericial, y la otra el reconocimiento, o bien una parte haya propuesto ambas pruebas, el tribunal podrá acordar la práctica conjunta sin otros requisitos que la «conveniencia»[2332]. Y sin que la petición de práctica conjunta, efectuada por una o ambas partes, vincule al tribunal.

---

procedimiento establecido para cada uno de ellos». Y art. 514.II «Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el juez la ordenará si la estima procedente».

2328 Cuyo tenor literal es: Art. 356.1. «Cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona, siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección». Y art. 356.2. «Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el tribunal la ordenará si la estima pertinente».

2329 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil,* Madrid, 2005, p.219.

2330 Con respecto al derogado art. 635 LEC\1881, la STS de 22 de septiembre de 1997, fto. jco.1º (EDJ 1997/6822) razona que no se produce su infracción cuando el reconocimiento judicial tuvo lugar para mejor proveer y no fue acompañado de la pericial puesto que «[…] los recurrentes, al proponer prueba, no pidieron expresamente la práctica simultánea de la pericial con la inspección ocular. Se trataba de un derecho que les asistía y no ejercitaron».

2331 La SAP Zamora, secc.1ª, de 21 de septiembre de 2009, fto. jco.3º (EDJ 2004/141273) razona que no se infringe el principio dispositivo cuando la prueba de reconocimiento judicial y la del interrogatorio de testigos ha sido solicitada por ambas partes, y el juez, de oficio, acuerda su práctica conjunta.

2332 Solé Riera, J., *El reconocimiento judicial*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.351.

En orden a su práctica, y dada la parquedad legal, en la doctrina se distinguen tres posturas. Para unos autores, la práctica conjunta se refiere solo al «reconocimiento pericial» del art. 345 LEC, pues en todo lo demás y por lo que se refiere a la prueba pericial –designación, aceptación, juramento, nombramiento, emisión y contradicción del dictamen– se seguirán los trámites de la pericial, pues se trata de pruebas de naturaleza muy distinta y no puede exigirse al perito que emita un dictamen oral en el acto del juicio, que precisará una elaboración intelectual posterior[2333].

Para otros autores lo que se solicita del perito no es la emisión de un dictamen o informe (que puede limitarse a la aportación al tribunal de una máxima de experiencia especializada sin que haya existido un contacto previo con los hechos), sino que se lleve a cabo un reconocimiento (junto con el judicial) de la cosa o persona de que se trate, aportando sus conocimientos, y cuyo resultado se recogerá en el acta única que se levante (art. 358 LEC)[2334].

Y para la mayoría de los autores se trata de una práctica conjunta, produciéndose una suerte la «concentración de trámites» en la prueba pericial, de modo que el reconocimiento, la emisión y contradicción se producen en un solo acto[2335]. El sometimiento a la normativa de esta sección (la del reconocimiento) implicará, cuando menos: 1º) Que las partes serán citadas a la práctica de las operaciones del reconocimiento pericial en todo caso, y salvo que concurran razones para que sea secreto (art. 355.1 LEC), a diferencia de lo previsto en el art. 345 LEC; 2º) Que el perito deberá rendir su dictamen o sus apreciaciones en el propio acto (art. 358 LEC), salvo que, por razón de la dificultad o complejidad de la materia, el perito solicite y el juez admita la emisión diferida del dictamen.

Ahora bien, habrá que convenir, con DE LA OLIVA SANTOS, que «la referencia en el art. 356.1 a «esta Sección» no excluye la aplicabilidad de las normas sobre la pericia que, por la misma naturaleza y circunstancias de caso, sean de aplicación»[2336], esto es y cuando menos, de las normas relativas a la designación, aceptación, nombramiento y solicitud de provisión de fondos por el perito.

El juez, en uso de sus facultades directivas durante la práctica de la prueba, deberá adoptar y flexibilizar la normativa legal y sopesar, en cada caso, si es más prudente oír las observaciones del perito (primero) y practicar el acto reconocimiento (a continuación); y si es más prudente que las conclusiones se emitan oralmente en el acto del reconocimiento o se difieran a un momento posterior mediante un informe escrito.

2333 MORENO GARCÍA, J. M., *Comentario al art. 356 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», t. II, Suárez Robledano, J.M. (coord.), ed. Dijusa, Madrid, 2003, p.1158.

2334 CORDÓN MORENO, F., *Comentario al art. 356 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón Moreno; Muerza-Esparza; Armenta-Deu; Tapia-Fernández (coords.), Aranzadi, Navarra, 2007, p.1211.

2335 RIFÁ SOLER, J. Mª, *Comentario al art. 356 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., pp. 1660-1661.

2336 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 356 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», De la Oliva y otros, ed. Civitas, Madrid, 2001, p.614.

En orden a su valoración, el dictamen pericial se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, pero la práctica conjunta puede contribuir a un incremento de la eficacia de la prueba, pues las percepciones judiciales pueden verse ayudadas por las aportaciones de un sujeto técnico[2337], de aquí que, con razón, se haya afirmado que se trata de una «prueba asistida»[2338]. Pensemos, a título de ejemplo, en un reconocimiento judicial de un presunto incapaz (art. 759 LEC) que se puede practicar conjuntamente con el reconocimiento médico; o el reconocimiento judicial de una finca a efectos de una acción reivindicatoria a practicar conjuntamente con la inspección de un perito topógrafo.

6. Valoración del dictamen pericial

6.1. Valoración conforme a la sana crítica

De conformidad con el artículo 348 LEC «el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», a cuyo respecto interesa efectuar las siguientes observaciones[2339].

1ª) A partir de la propia terminología legal, y de modo pedagógico, Guasp explicaba que las «reglas de la sana crítica» «son los criterios normativos ('reglas', pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva ('sana') para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: 'crítica' acerca de una cierta realidad)»[2340].

2ª) Recientemente se ha propuesto la «reformulación del paradigma de la sana crítica», como reacción frente a la apreciación acrítica del dictamen único del perito de designación judicial (LEC 1881), a partir de la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales (art. 120 CE), y la necesidad de introducir elementos cognitivos (lógicos) o valorativos (psicológicos) en la valoración judicial de la prueba pericial.

Partiendo de la estructura de la prueba pericial en la LEC y de la revigorizada función del juez, se postula repensar el sentido y alcance de la sana crítica atendiendo, resumidamente, a los siguientes factores: a) «el control del método utilizado por el perito», de modo que el juez actúa como «gatekeeper» o controlador del método tecnológico o científico, admitiendo solo aquella prueba pericial que resulte me-

2337 Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 356 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.862. En el mismo sentido, Montero Aroca, J., *La prueba*…, ob. cit., pp. 428, quien no obstante recomienda que en el acta «se distinga claramente lo que es producto del reconocimiento judicial y lo que es el dictamen oral realizado por el perito».

2338 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.382.

2339 Con respecto a la noción de «sana crítica» puede verse el epígrafe 3.2.2 (Las máximas de experiencia judiciales –sana crítica–) del Capítulo X (La valoración de la prueba) de esta obra.

2340 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. 1º, 2ª parte, M. Aguilar, editor, Madrid, 1947, pp. 647. En sentido similar, Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., pp. 187-188.

todológicamente segura; b) «el análisis de la pericia misma conforme a criterios lógico-deductivos», reforzando aspectos, ya tenidos en cuenta, de lógica racional, de valoración probatoria, de argumentación y de análisis técnico-jurídicos; c) y «la plasmación clara en la resolución judicial del control del método y de su valoración racional», lo que comprende, entre otros extremos, la identificación de los extremos de la pericia y la justificación de la convicción judicial, la selección de la información relevante, la aplicación de técnicas de detección de errores o lagunas, el uso adecuado de la terminología, la coherencia y conclusividad del razonamiento[2341].

3ª) El legislador no distingue, en orden a la valoración probatoria, entre el dictamen pericial emitido a instancia de parte y el dictamen pericial de designación judicial, sujetando ambos dictámenes a idéntico sistema de valoración y sin establecer gradación o jerarquía entre ellos.

6.2. Criterios orientadores de la valoración judicial

La valoración judicial del dictamen pericial debe inspirarse sobre todo en dos principios. En primer lugar, la antigua máxima que consideraba al Juez «peritus peritorum», reconocida en los arts. 609 y 632 LEC de 1881 y suprimida en el actual art. 348 LEC, que destacaba con especial énfasis que los Jueces «no están obligados a seguir el dictamen pericial», por cuyo motivo podían aceptarlo o rechazarlo. Y en segundo lugar, como consecuencia del anterior principio, que tanto si el juez acepta como rechaza el dictamen pericial deberá valorarlo críticamente, pudiendo acudir para ello a su propio conocimiento privado, dado el carácter notorio de las máximas de experiencia técnica, bien por poseer privadamente dicho conocimiento, bien por procurárselo privadamente, lo que parte de la doctrina considera incluso «deber del juez»[2342].

Partiendo de los dos anteriores principios, debemos examinar los distintos criterios orientadores de la valoración judicial de la prueba pericial expuestos por la doctrina[2343]/[2344]

2341 Pereda Gámez, F.J., *La prueba pericial en los litigios derivados de la Ley de la edificación*, en «La prueba pericial en el proceso civil», Ledesma Ibáñez, P. y Zubiri de Salinas, F. (dirs), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII/2006, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 116-122. En línea similar, y sobre la necesidad de someter la valoración de la prueba pericial a métodos científicos, Zubiri de Salinas, F., *Valoración de la prueba pericial*, en «La prueba pericial en el proceso civil», ob. cit., pp. 242-246.

2342 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, ob. cit., pp. 322 y 323.

2343 En su monografía sobre la prueba el Magistrado Seoane Spielgeberg enumera hasta seis criterios de valoración de la prueba pericial: 1º) Cualificación del perito; 2º) Método observado; 3º) Condiciones de la observación; 4º) Vinculación del perito con las partes; 5º) Proximidad en el tiempo y carácter detallado; y 6º) Criterio de la mayoría coincidente. (*La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*…, ob. cit., p.409).

2344 Tampoco faltan estudios con criterios para la valoración de la prueba pericial en determinadas materias y así con respecto a los vicios de la construcción, el Magistrado Pereda Gámez, F.J., (*La prueba*

y la jurisprudencia[2345]. Con ánimo sistemático, y sin carácter exhaustivo, podemos agrupar y resumir los criterios orientadores de la valoración judicial en los siguientes apartados:

a) Criterios personales, inherentes a la persona del perito y a su relación con las partes, que determinan la competencia profesional del perito y su imparcialidad, redundando en una mayor calidad del dictamen emitido.

- *La cualificación del perito*. Aun cuando la LEC admite que el perito pueda ser una persona con título oficial o sin título oficial, e incluso permite la designación de «prácticos» (art. 340 LEC), deberá atenderse a la relación del título profesional del perito con la materia del dictamen y su especialidad sobre la misma.

  También se deberán ponderar factores tales como la competencia profesional, experiencia, especialización o curriculum profesional del perito y, en general, cualquier dato revelador de su solvencia científica –ej. reconocimiento por la comunidad científica de condición de experto sobre una determinada materia–. En el caso de la pericia corporativa (art. 340, II LEC) deberá atenderse a la solvencia y prestigio de la Academia, institución cultural o científica y su especialización sobre la materia objeto del dictamen.

  La «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales: a) otorga preferencia al perito de título superior grado frente al de grado inferior, como sucede en reclamaciones derivadas de vicios de la construcción, en las que se prefiere al dictamen del Arquitecto Superior frente al del Aparejador (SAP Castellón, 20 de abril de 2004[2346]); b) reconoce legitimidad al perito de mayor especialidad sobre la materia, como sucede en una acción de interdicto de recobrar en la que es necesaria una pericia agrícola para determinar circunstancias relativas a fincas rústicas y caminos de acceso, proclamando que el dictamen debía ser emitido por un técnico agrícola, y no por un ingeniero industrial (SAP Pontevedra, 9 de noviembre de 2006[2347]); o en una acción para determinar el valor de uso de un inmueble, en la que basta que el dictamen sea emitido por un experto inmobiliario y miembro de la Asociación de Peritos Judiciales Inmobiliarios, y no por un arquitecto (SAP Barcelona, 20 de junio de 2006[2348]); c) en supuestos de valoración de daños y perjuicios derivados de accidente de circulación, pese a reconocer la objetividad del dictamen del médico forense, en cuanto carente de interés en los hechos, afirma que no debe prevalecer

pericial en los litigios derivados de la Ley de la edificación, en «La prueba pericial en el proceso civil», ob. cit., pp. 115-168) ofrece hasta diez criterios concretos de valoración de la prueba pericial.

2345 Entre otras muchas, destacamos las SSAP Baleares, secc.3ª, de 3 de octubre de 2006, fto. jco.4º (EDJ 2006/312402); y AP Bizkaia, secc.3ª, de 17 de noviembre de 2005, fto. jco.2º (AC 2006\300).

2346 SAP Castellón, secc.1ª, de 20 de abril de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/83960).

2347 SAP Pontevedra, secc 1ª, de 9 de noviembre de 2006, fto.jco.3º (EDJ 2006/316983).

2348 SAP Barcelona, secc.1ª, de 19 de junio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/376325).

sobre los demás dictámenes emitidos en autos (SAP Sevilla, 29 de septiembre de 2006[2349]); d) reconoce la mayor objetividad e imparcialidad de los informes emitidos por los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de familia (SAP Almería, 27 de octubre de 2005[2350]).

- *La vinculación del perito con las partes*. Bajo la LEC de 1881 se otorgaba prevalencia al informe elaborado por técnicos de un organismo público o por un perito de designación judicial frente a los contradictorios de las partes «por coincidir en ellos una mayor presunción de objetividad» (STS, 31 de marzo de 1997[2351]).

  La jurisprudencia «menor» de la Audiencias Provinciales: a) advierte de los riesgos de parcialidad de los dictámenes a instancia de parte, puesto que se caracterizan porque «la parte ha podido escoger a un perito de su conveniencia, lo que le puede garantizar un control sobre el resultado, en el sentido de que si éste no es favorable puede encomendar un nuevo dictamen a otro perito hasta así obtener uno que sea favorable a sus tesis« (SAP Baleares, 3 de octubre de 2006[2352]); y «subjetivamente el Tribunal pueda tener una lógica propensión a atribuir mayor verosimilitud al dictamen emitido por perito designado por el Tribunal» (SAP Zaragoza, 18 de junio de 2004[2353]); b) reivindica que deberá atenderse a la razonabilidad y objetividad que se desprenda del resultado del dictamen, cualesquiera que fuera el sistema de designación del perito (SAP Baleares, 3 de octubre de 2006[2354] y SAP Zaragoza, 18 de junio de 2004[2355]) o el momento en que se hubieran aportado los dictámenes (SAP Navarra, 2

2349 SAP Sevilla, secc. 5ª, de 29 de septiembre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/392105).

2350 La SAP Almería, secc. 3ª, de 27 de octubre de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/298007) califica dichos informes como «de naturaleza técnica no jurídica», destacando que su mayor credibilidad radica «no solo en sus propias apreciaciones [las del equipo psicosocial] derivadas de las entrevistas personales sostenidas con las partes y de la interacción paterno-filial del menor con ambos progenitores, sino también en un detallado estudio de los antecedentes que obran en las actuaciones y de la interpretación de los instrumentos de evaluación empleados».

2351 STS, de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2542).

2352 SAP Baleares, secc. 3ª, de 3 de octubre de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/312402).

2353 SAP Zaragoza, secc. 4ª, de 18 de junio de 2004, fto. jco.5º (EDJ 2004/72226).

2354 La SAP Baleares, secc.3ª, de 3 de octubre de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/312402) que, en la parte que interesa, razona: «[…] Ahora bien, aunque, en su origen, el dictamen de un perito designado por el juez pueda estar dotado de mayor objetividad que el aportado por la parte, a lo que debe atenderse en el momento de la valoración es a la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia a los que antes se ha aludido y que el artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 intenta garantizar instaurando la tacha de los peritos que no sean de designación judicial».

2355 SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 18 de junio de 2004, fto. jco.5º (EDJ 2004/72226).

de abril de 2007[2356]); c) recuerda que el legislador ha optado por la aportación de los dictámenes con los escritos de alegaciones y por peritos designados por las partes, de modo que «tal hecho no puede servir para restar eficacia probatoria a los dictámenes» (SAP Madrid, 9 de abril de 2007[2357]); d) descarta que deba prevalecer el dictamen de designación judicial por este solo hecho (SAP Álava, 24 de julio de 2006[2358]), aun cuando tampoco faltan resoluciones que, probablemente por el peso de la inercia histórica, otorgan preferencia al dictamen de designación judicial, por su carácter más objetivo e imparcial (SAP Castellón, 20 de abril de 2004[2359]).

- *La concurrencia de algún motivo de tacha en el perito.* En el acto del juicio o de la vista cualquiera de las partes podrá poner de manifiesto la concurrencia de algún motivo de tacha en los peritos de parte (art. 347.1.5º LEC). Dicha manifestación, sin determinar la sustitución del perito por otro, supone una advertencia al juzgador de la posible concurrencia de alguna circunstancia que, en abstracto, puede menoscabar la objetividad e imparcialidad del perito.

  En la sentencia no es necesario un pronunciamiento específico sobre la estimación o desestimación del motivo de tacha, pero el juez deberá razonar porque otorga credibilidad (o no) al dictamen del perito, no obstante concurrir la tacha, lo cual exigirá una motivación reforzada. A tal efecto, deberá ponderar el motivo de tacha invocado, su eventual negación o contradicción por el perito y la prueba practicada, pudiendo imponer a la parte responsable una multa, si apreciare temeridad o deslealtad (art. 344. 2 LEC).

  Para un supuesto particular, la SAP A Coruña de 27 de septiembre de 2006[2360], sobre defectos constructivos instada por una comunidad de propietarios, y a la vista que uno de los dictámenes había sido aportado por un perito que era el yerno de uno de los propietarios del inmueble no cuestiona su validez, aun sugiriendo la eventualidad de una tacha:

2356 La SAP Navarra, secc.2ª, de 2 de abril de 2007, fto. jco.4º (EDJ 2007/140753) razona: «En efecto, la Sala no puede compartir la razón por la que se viene a rechazar de plano toda virtualidad probatoria a dicha prueba pericial [en referencia a un dictamen pericial de parte] (la consideración de que el dictamen emitido por el perito judicial resulta especialmente objetiva por su imparcialidad), pues, con arreglo a la vigente regulación de tal medio probatorio, la valoración de los distintos informes periciales que se hubiesen aportado a los autos no puede hacerse en consideración al momento procesal en que se hubiesen incorporado, sino en razón, única y exclusivamente, a su propio contenido y explicaciones que, en su caso, se hubiesen proporcionado por los peritos en el acto del juicio.

2357 SAP Madrid, secc.3ª, de 9 de abril de 2007, fto. jco. 3º (EDJ 2007/96660).

2358 SAP Álava, secc. 1ª, de 24 de julio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398039).

2359 SAP Castellón, secc.1ª, de 20 de abril de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2007/83960).

2360 SAP A Coruña, secc. 4ª, de 27 de septiembre de 2006, fto. jco. 6º (EDJ 2006/307404).

> «En este caso, se insiste igualmente en el recurso que el perito de la parte actora es yerno de uno de los propietarios del inmueble, mas tal circunstancia no impide valorar el dictamen por el mismo elaborado, en tanto en cuanto quien demanda no es su suegro, sino la comunidad de vecinos, siendo aquél simplemente uno de los afectados. En cualquier caso, al ser perito designado por la parte y no judicialmente no podría ser objeto de recusación, sino, de concurrir causa legal (art. 343), de tacha, y ésta, como es sabido, no invalida la pericia, máxime cuando se reconoció expresamente tal relación de parentesco».

b) Criterios relativos al objeto del dictamen, derivados de la clase de encargo que asume el perito y del análisis de los llamados aspectos «no técnicos» del dictamen, esto es, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen pericial; y la correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen.

- *La clase de dictamen pericial*. Se distingue entre el peritaje científicamente objetivo y el peritaje de opinión[2361]. En el primero se trata de verificar un hecho (ej. el ADN de una determinada persona) y se han identificado con el peritaje *percipiente*, en los que la actividad pericial es esencialmente verificadora de los hechos afirmados por una de las partes. En el segundo se trata de apreciar o valorar un hecho o alguna circunstancia del mismo (ej. alcance de las secuelas derivadas de accidente de circulación) y se ha equiparado con el peritaje *deducente*, en los que la actividad pericial puede consistir en reconstruir hechos del pasado o proyectarlos hacia el futuro.

  Se ha afirmado que en el peritaje objetivo no caben dictámenes contradictorios, pues, por seguir con el ejemplo, el ADN de una persona es el que es y no caben dos opiniones; a diferencia de lo que sucede con el peritaje de opinión, más frecuente en la práctica forense, y en el que caben dictámenes contradictorios.

- *La correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen*. En la pericial de parte, la parte aporta el dictamen y designa sus extremos, sin intervención de la contraparte o del juez. En la pericial de designación judicial, no obstante el silencio legal, además de los extremos de la parte solicitante del dictamen debe darse traslado a las demás partes personadas por si desean ampliar el dictamen en algunos extremos.

  La valoración judicial deberá ponderar si el perito se ha ajustado a los extremos propuestos por las partes y admitidos por el juez, o, por el contrario, se ha extralimitado, bien por exceso, emitiendo su parecer sobre cuestiones no sometidas

2361 Véase esta distinción en Montero Aroca, J., *Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal*, en «La prueba pericial en el proceso civil», ob. cit., pp. 58-61.

a sus conocimientos (STS, 18 de julio de 2006[2362]), bien por defecto, eludiendo su parecer sobre extremos admitidos (SAP Madrid, 12 de abril de 2005[2363]).

- *La correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen pericial*. La doctrina más clásica sostiene que la prueba pericial no tiene por finalidad introducir hechos en el proceso, sino proporcionar al juez sus conocimientos especializados para valorar los hechos ya introducidos por las partes en el proceso (SAP Madrid, 12 de abril de 2005[2364]), sin que el perito pueda introducir calificar jurídicas propias que son competencia exclusiva del juzgador (STS, 15 de noviembre 2005[2365]).

  Sin embargo, esta afirmación ha sido rebatida por Ramos Méndez al afirmar que «existe un temor ancestral e injustificado a admitir que el perito pueda introducir hechos en el juicio».Y añade el mismo autor: «…el perito investiga e introduce hechos en el juicio, que luego son sumamente relevantes para decidir el caso. No otra cosa ocurre cuando se encarga al perito, por ejemplo, la reconstrucción de las causas de un accidente o el descubrimiento de las características

2362 La STS, Sala 1ª, de 18 de julio de 2006, fto. jco. 4º (EDJ 2006/10569) razona: «La pericial de la primera instancia, en sí, reúne todas esas garantías procesales (publicidad, contradicción, audiencia e igualdad en la participación en ella de las partes), y es aceptable por ello en principio, si no es contradicha por otras pruebas, con fuerza para ello. El rechazo de la 2ª, está plenamente razonado en la Sentencia recurrida, por esa pretensión de la misma de atacar la anterior prueba, que no es su cometido (pretende convertirse el Perito, en «Juez» de la contienda, en el aspecto probatorio de los hechos, la que, como se dice, no es su misión), y asimismo se razona su «desvío» sobre lo que efectivamente debió ser la materia del dictamen, y por ello, la Sentencia dicha, con razón, la tilda de «falta de objetividad».

2363 En SAP Madrid, secc. 10ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/43340) se razona: «Este análisis crítico tanto puede alcanzar a los aspectos «no técnicos del dictamen pericial» cuanto, pese a su mayor dificultad, a «las máximas de experiencia técnica proporcionadas por el perito». Respecto de los primeros, mediante la comprobación de si el perito ha observado estrictamente los límites del encargo, o si, diversamente, ha incurrido en eventual exceso o defecto, sin perjuicio de lo cual señala que el Juez puede recurrir a cualesquiera máximas de experiencia que facilite el perito «aunque excedan los límites del encargo siempre y cuando sean útiles a los efectos del proceso», con base en que «...el Juez podía utilizar personalmente dichas máximas de experiencia sin intervención del Perito».

2364 En la ya citada SAP Madrid, secc. 10ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/43340) y en cuanto al análisis de aspectos no técnicos del dictamen se añade: «…en segundo lugar, contrastando «si los hechos sobre los que el Perito aplica sus conocimientos técnicos, coinciden o no con los hechos probados en el proceso, de modo que «...si el perito introduce hechos nuevos en el proceso, o parte de hechos que pese a haber sido alegados por las partes no han resultado acreditados a través de la prueba, el Juez podrá rechazar el dictamen pericial fundado en tales hechos».

2365 La STS, Sala 1ª, de 15 de noviembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/183446) analiza un supuesto de reclamación de vicios en la construcción y razona que «… no pueden tenerse en cuenta las alegaciones que se hacen en el motivo sobre no haber tenido en cuenta el juzgador de instancia la calificación que da el perito judicial a los defectos por él apreciados de «ruina funcional»; tal calificación es una cuestión jurídica de la exclusiva competencia de los juzgadores y que, por tanto, excede de las facultades atribuidas al perito».

que demuestran que un producto está falsificado o pirateado. Como resultado de su trabajo, el perito rescata hechos del pasado, ocultados hasta ese momento, si bien relativos al caso»[2366]. Y en sentido similar, Muñoz Sabaté admite que a través del peritaje se pueden introducir hechos nuevos en el proceso, y remite a la ponderación judicial dilucidar si se trata de una estrategia procesal «para suplir por esta vía la introducción a destiempo de unos hechos que se omitieron revelar pese a tener conocimiento de los mismos» o bien se trata «de una revelación tardía imposible de haberse podido adquirir con anterioridad»[2367].

c) Criterios relativos a las operaciones periciales, extraídos de la intervención de las partes en las mismas, del método empleado por el perito, de las condiciones del reconocimiento, y de la práctica conjunta con otras pruebas, que inciden en la fases de inspección, extracción de muestras o la realización de análisis para el estudio y preparación del dictamen pericial.

- *La intervención de las partes en las operaciones periciales*. No siendo preceptiva la intervención de las partes en las operaciones periciales (art. 345 LEC), sino facultativa del juzgador, éste deberá ponderar si la intervención de las partes ha tenido o no alguna incidencia en la fase de reconocimiento pericial. Así no puede ignorarse que en los dictámenes a instancia de parte, a diferencia de lo que sucede en los dictámenes de designación judicial, se caracterizan porque «se hace imposible la participación de parte adversa en las operaciones periciales» (SAP Baleares, 2 de noviembre de 2006[2368]).
- *El método empleado por el perito*. El dictamen normalmente contiene un apartado donde se expone el método seguido por el perito, y en la contradicción se pueden solicitar del perito «respuestas a preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen» (art. 347.1.4º LEC). Al presentar el dictamen el perito deberá acompañarlo de «los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia» (art. 336.2 LEC)[2369].

2366 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ed. Atelier, ob. cit., p.795.

2367 Muñoz Sabaté, LL., *El peritaje y la introducción de hechos nuevos en el proceso*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2007, núm. 3, pp. 853-854.

2368 SAP Baleares, secc. 3ª, de 2 de noviembre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/339094). En el mismo sentido y de la misma sección 3ª de la AP Baleares también la Sentencia 20 de diciembre de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/231630).

2369 La STS, Sala 1ª, de 2 de febrero de 1989, fto. jco.4º (EDJ 1989/912) razona: «Lo que dice la citada resolución es que al estar dicho informe pericial sustentado en los datos obtenidos por el Ministerio de Hacienda para determinar los frutos que dio la industria eléctrica, debe reputarse (el informe pericial) «falto de rigor ya que es bien sabido que, casi siempre, los datos fiscales, a más de ser sectarios no son fiables en relación a la realidad», debiendo añadirse además que las actas de Hacienda se refieren a la íntegra actividad de la empresa y no sólo al negocio objeto de las presentes actuaciones».

Así, por ejemplo, parece razonable otorgar prevalencia al dictamen del perito que ha inspeccionado el vehículo y los daños reclamados frente al que no lo ha hecho (SAP Las Palmas, 30 de noviembre de 2006[2370]); al dictamen del perito que ha examinado la mercancía defectuosa frente al que ha prescindido de dicho examen (SAP Toledo, 26 de junio de 2007[2371]); al dictamen del perito que ha inspeccionado los cables de telefónica dañados y ha comprobado las reparaciones ejecutadas frente aquel que emite su informe sobre la base de los datos suministrados en el dictamen de la actora (SAP Sevilla, 7 de diciembre de 2005[2372]); al dictamen que versa sobre vicios de construcción en el que se han efectuado catas frente al dictamen que se basa en la sola experiencia del perito; al dictamen de especialistas en el que el perito se ha entrevistado con ambos padres frente al dictamen en el que solo ha escuchado el parecer de uno de ellos.

- *Las condiciones del reconocimiento*. En los ejemplos propuestos por Seoane Spielgeberg «es racional dar mayor valor a un informe psiquiátrico basado en la valoración clínica de un paciente ingresado en un centro durante meses, que quien lo elabora basado en una entrevista de poco o escaso tiempo, o el del arquitecto que efectúa el reconocimiento un día en que llueve y comprueba las filtraciones»[2373].
- *La práctica conjunta de la prueba pericial con otras pruebas*. La prueba pericial puede practicarse conjuntamente con el reconocimiento judicial (art. 356 LEC), tal como sucede, a título de ejemplo, en el reconocimiento de un presunto incapaz en presencia de médico forense en un proceso de incapacitación. En tal caso la percepción judicial puede verse asistida por la ayuda de un técnico, lo cual puede redundar en su mayor eficacia probatoria.

2370 En la SAP Las Palmas, secc. 5ª, de 30 de noviembre de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/390914) se afirma: «La Sala se muestra conforme con la valoración probatoria que realiza el Juez de instancia, la cual es ajustada a las normas de la sana crítica y a la lógica del razonar humano, y que llevan a prescindir del informe del perito judicial pues carece de rigor, se verifica sin haber siquiera examinado e inspeccionado el vehículo, pero sobre todo sin haber comprobado el sistema concreto de funcionamiento del sensor del vehículo del actor que determina que el airbag lateral ubicado en los asientos delanteros se accione».

2371 La SAP Toledo, secc.1ª, de 26 de junio de 2007, fto. jco.2º (EDJ 200//17159), en un supuesto de acción de indemnización de daños y perjuicios por el adquirente de unas mercancías suministradas en mal estado, razona: «Lo primero que expresa la sentencia en cuanto a tal valoración, es la razón por la que de mayor credibilidad y valor a la pericial de la actora que a la de la demandada, que no es otra que el hecho de que el primero ha realizado su informe directamente sobre la mercancía suministrada, lo que no ha hecho la perito de la demandada, y ha examinado el lugar de almacenamiento (lo que tampoco ha hecho este perito), por lo que en definitiva ha accedido de un modo mucho más directo e inmediato a lo que constituía el objeto de la pericia».

2372 SAP Sevilla, secc. 5ª, de 7 de diciembre de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/306114).

2373 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*…, ob. cit., p.409.

d) Criterios relativos a la emisión y al contenido del dictamen, comprensivos de aspectos formales o externos, tales como la fecha de la emisión o la emisión de más de un dictamen pericial, y aspectos que integran el llamado análisis técnico del dictamen, y relativos a la solidez de las conclusiones, el grado de conclusividad o las máximas de experiencia empleadas por el perito.

- *La proximidad con los hechos*. Cuanto más lejano sea el dictamen de la fecha en que ocurrieron los hechos objeto del dictamen mayor el riesgo de imprecisión por el mero hecho del transcurso del tiempo, o por la desaparición o alteración de las huellas, vestigios u objetos sobre los que debía versar el dictamen.

  A título de ejemplo, ofrece mayor credibilidad el dictamen sobre la causa de incendio efectuado transcurrido unas pocas horas que aquel que se efectúa cuando ya han transcurrido varios días; o el dictamen sobre valoración del daño corporal cuando el lesionado es visitado por primera vez en fecha próxima a la lesión y anterior a la curación que aquel otro dictamen emitido con el alta del lesionado y que se basa sobre informes asistenciales previos[2374]; o el dictamen sobre los daños en una vivienda efectuado tras una inspección y en fecha cercana a la demanda que otro anterior y emitido en fecha más lejana a la demanda (SAP Sevilla, 1 de junio de 2004[2375]).

- *La concurrencia de varios dictámenes periciales y el criterio mayoritario*, también llamado «principio de la pluralidad coincidente»[2376]. Se ha afirmado que «el dictamen conteste de varios técnicos es racional que prevalezca sobre el contradictorio de uno de ellos»[2377]. Es un criterio orientativo, y no un axioma inmutable, dado que el juez puede optar por uno de los dictámenes contradictorios; puede separarse de la opinión de los peritos, aun siendo unánime (STS, 10 de febrero de 1994[2378]); puede aceptar en parte y rechazar en parte

2374 Puig Basili, L., *Prueba pericial médica. Valoración del daño corporal*, en «La prueba pericial en el proceso civil», ob. cit., p.179.

2375 SAP Sevilla, secc. 5ª, de 1 de junio de 2004, fto. jco. 5º (EDJ 2004/91307).

2376 SAP Coruña, secc.4ª, de 24 de abril de 2006, fto. jco.5º (EDJ 2006/660089).

2377 Seoane Spielgeberg, J. L., (*La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*…, ob. cit., pp. 413-414) cita en apoyo de su tesis la STS de 11 de mayo de 1981 (RJ 1981\2036) que dispone, en la parte que interesa: «…la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, *sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente* o el del alejamiento ante el interés de las partes» (La cursiva es nuestra). En sentido similar, puede verse también la STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 1989, fto. jco.4º (EDJ 1989/1081).

2378 La STS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 1994, fto. jco.4º (EDJ 1994/1134) que, a su vez, cita la STS de 31 de marzo de 1967, razona: «…de modo que el juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos

la opinión pericial y, a mayor abundamiento, puede preferir la opinión del perito discrepante[2379] o simplemente no quedar convencido por ninguno de los dictámenes[2380], por mantener una situación que algún autor ha calificado como «duda auténtica»[2381].

En esta materia el juzgador goza de libertad, debiendo, en todo caso, motivar su decisión, especialmente cuando se aparte de la opinión pericial unánime u opte por la opinión del perito minoritario. El criterio cuantitativo debe ponderarse con suma cautela, porque importa no tanto el número de opiniones coincidentes, cuanto el proceso deductivo del perito para alcanzar su conclusión.

- *El carácter detallado y la solidez de las conclusiones del dictamen*. Cuanto más particularizadas las observaciones del perito en el cuerpo del dictamen mayor calidad del dictamen, puesto que importa «el detalle, exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición, así como la solidez de las deducciones» (AAP Álava,15 de marzo de 2006[2382]). En este sentido, resulta decisiva la coherencia interna del propio dictamen entendido como correlación entre las manifestaciones del perito en el cuerpo del dictamen y las conclusiones contenidas en el mismo.
- *La conclusividad del dictamen*. El dictamen suele contener un apartado de conclusiones o consideraciones, en el que el perito suele pronunciarse en grado de certeza, probabilidad o posibilidad sobre los hechos sometidos a su conocimiento. En un supuesto de impugnación de un testamento ológrafo por falta

---

si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes». Doctrina reiterada por constante jurisprudencia «menor» y así, entre otras muchas, las SSAP Vizcaya, secc.5ª, de 13 de marzo de 2007 (EDJ 2007/39394); AP Madrid, secc.13ª, de 28 de marzo de 2007, fto.jco.4º (EDJ 2007/86632); AP Barcelona, secc. 19ª, de 20 de junio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/464486). De modo explícito la SAP Lleida, secc. 2ª, de 7 de marzo de 2005, fto. jco. 2º, EDJ 2005/38096, razona: «Así en los supuestos en los que existen varios dictámenes periciales el juzgador, en ejercicio de sus facultades de valoración, puede aceptar el resultado de uno de ellos y prescindir de los demás, e incluso alejarse o discrepar de todos, siempre que no sustituya arbitrariamente el criterio pericial por el suyo propio y que se motive de forma conveniente la decisión adoptada».

2379 Lessona, C., *Teoría general de la prueba en derecho civil*, t. IV, Instituto editorial Reus, Madrid, 1942, pp. 555-556.

2380 Muñoz Sabaté, LL., *¿Qué puede hacer un juez ante dos dictámenes contradictorios?*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1-2008, pp. 227-230.

2381 Muñoz Sabaté, LL., *Introducción a la probática*, J.M.Bosch, editor, Barcelona, 2007, p.89, distingue, con agudeza, tres situaciones de duda en la formación de la convicción judicial:»Existe una duda *auténtica*, que no es más que un puro convencimiento que se duda, una duda *útil*, que emplean algunos jueces para salirse del atolladero de la complejidad de los hechos y que en otro lugar he indicado como *complejo de Pilates* y una duda *estratégica* que también se emplea para poder aplicar soluciones tuitivas o de equidad».

2382 AAP Álava, secc. 2ª, de 15 de marzo de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/59821).

de capacidad del testador, no es lo mismo la afirmación del perito que «el testador tenía comprometida gravemente su capacidad de juicio», o la afirmación que «el testador es probable que tuviera comprometida su capacidad de juicio», a la afirmación que «el testador es posible que tuviera comprometida su capacidad de juicio». Las conclusiones, así formuladas, revelan distintos grados de convicción del perito[2383].

- *La revisión de las máximas de experiencia técnica empleadas por el perito*. En palabras de la SAP Madrid, de 12 de abril de 2005[2384], que hacemos nuestras:

  «Sin embargo, ha de repararse en que, como se ha dicho con acierto, «no es lo mismo no saber hacer lo que hace el perito, que apreciar luego sus argumentos, puesto que el que no sabe hacer una cosa, puede, sin embargo, criticarla». […] Este análisis crítico tanto puede alcanzar a los aspectos «no técnicos del dictamen pericial » cuanto, pese a su mayor dificultad, a «las máximas de experiencia técnica proporcionadas por el perito».[…] en tercer lugar, mediante la revisión de los razonamientos lógicos y jurídicos eventualmente vertidos por el perito, que exceden de su específico cometido; y en cuarto lugar, a través del examen de «... la propia coherencia interna del dictamen en lo que respecta a sus aspectos técnicos», ya que «tanto en el dictamen como a través de las aclaraciones solicitadas al dictamen, puede detectar el Juez contradicciones entre los varios pronunciamientos técnicos del dictamen pericial que hagan sospechosa la corrección del dictamen»».

e) Criterios relativos a la contradicción del dictamen, derivados de la intervención del perito en el acto de la vista o del juicio.

- *La ratificación o rectificación del perito*. En el acto del juicio o de la vista la firmeza en la ratificación del perito o las aclaraciones y puntualizaciones efectuadas pueden realzar el valor de la prueba pericial[2385]. De modo distinto, las

2383 Puede verse un ejemplo en el supuesto de la SAP Cantabria, secc. 1ª, de 13 de mayo de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/60884): «Pues bien, valorados los distintos informes y las explicaciones que sus autores dieron en el juicio, el Juez entiende más ajustado a la lógica el de la perito de nombramiento judicial, lo cual no puede entenderse en absoluto ilógico o irracional, habiéndose aportado elementos suficientes que corroboran sus manifestaciones: así, la fotografía en la que se observan manchas, posiblemente de humedad, justo en el alféizar debajo de la ventana; la prueba practicada por Sr. Romeo en 2002, sin que se haya acreditado que hubiera obras posteriores que modificaran el estado de cosas; el testimonio del perito Sr. Bernardo, que observó la existencia de goteo por los laterales derechos de los cajones de persiana de la cocina y dormitorio, goteo coherente con la versión de filtración de humedad por la cámara de aire y hoja interior de la fachada hasta la carpintería inferior, *concluyendo en su informe que es probable la entrada a través de la carpintería exterior de la vivienda superior*». (La cursiva es nuestra).

2384 SAP Madrid, secc. 10ª, de 12 de abril de 2005, fto. jco. 5º (EDJ 2005/43340).

2385 La SAP Lleida, secc. 2ª, de 7 de marzo de 2005, fto. jco. 2º (EDJ 2005/38096) razona: «[…] el juez otorga mayor credibilidad y considera más fiable a aquel de los dos informes periciales que se ha emitido de forma más consecuente, sin contradicciones, siendo congruente lo que consta en el informe escrito con lo que se manifiesta en el acto de la vista».

respuestas evasivas, genéricas o inconcretas del perito pueden disminuir la credibilidad del perito, al igual que puede hacerlo las contradicciones entre las opiniones vertidas por escrito con las emitidas en la vista o el acto del juicio.

La doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales: a) recuerda que la «ratificación» del dictamen pericial, a diferencia de lo que sucedía con la LEC de 1881, no es requisito de validez del dictamen (SAP Navarra, 2 de abril de 2007[2386]); b) advierte que la contradicción es particularmente importante cuando se trata de dictamen emitido a instancia del tribunal penal y aportado al juicio civil (SAP Burgos, 27 de febrero de 2007[2387]); c) debe ponderarse el silencio ante las preguntas del juez (SAP Las Palmas, 30 de noviembre de 2006[2388]); d) de existir varios dictámenes periciales, y unos sometidos a contradicción y otros no, no puede obviarse tal extremo (SAP Sevilla, 29 de septiembre de 2006[2389]); e) ayuda a formar la convicción judicial y complementa las conclusiones del informe escrito, en la medida en que en este trámite «el Juez observa directa y personalmente al perito» (SAP Murcia, 28 de marzo de 2006[2390]).

2386 La SAP Navarra, secc.2ª, de 2 de abril de 2007, fto. jco.4º (EDJ 2007/140753) razona: «El hecho de que el informe no haya sido sometido a contradicción en la vista del juicio verbal tampoco es impedimento legal a su apreciación: a) de un lado, porque la Ley no contempla la actuación de los peritos en la vista como necesaria, sino como «posible», haciéndola depender de la solicitud de «las partes» (art. 347 LECiv) –de cualquiera de ellas y no sólo de la aportante del informe–«.

2387 La SAP Burgos, secc.2ª, de 27 de febrero de 2007, fto. jco.5º (EDJ 2007/102090) afirma: «No hay duda que el dictamen pericial emitido a instancias del Tribunal penal en el curso de la instrucción de un ilícito penal, que aporta una de las partes a un posterior juicio civil, tiene el carácter de prueba pericial, de igual manera que lo es el emitido a instancias de una de las partes fuera del proceso aportado luego a éste; prueba que tanto en un caso como en otro será valorada por el Juzgador civil con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), teniendo especial consideración el hecho de que se haya sometido el dictamen a la contradicción de las partes, esto es, que éstas hayan podido pedir las explicaciones que hayan tenido por conveniente».

2388 La SAP Las Palmas, secc. 5ª, de 30 de noviembre de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/39014) apunta que «es especialmente significativo que el perito no conteste a las preguntas del Juez de instancia sobre la causa de la activación de los sistemas de protección en el siniestro de autos».

2389 En la SAP Sevilla, secc.5ª, de 29 de septiembre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/392105) se dice: «A estos efectos, no podemos olvidar que el médico forense es un profesional al servicio de la Administración de Justicia, por tanto impregnado por la objetividad, en cuanto carece de interés directo en los hechos, y por su rectitud. Sin embargo, ello no supone que siempre, de modo automático o con escasa valoración, deba estimarse, rechazando los demás informes que existan en los autos. En el presente supuesto, es patente que dicho profesional no ha comparecido en el acto de la vista a los efectos de concretar y clarificar su informe, al contrario de lo que ha ocurrido con el otro perito, Sr. Juan Ramón».

2390 La SAP Murcia, secc.1ª, de 28 de marzo de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/68996) aborda un supuesto de indemnización basada en responsabilidad extracontractual derivada de accidente de circulación en el que la Audiencia revoca la sentencia de instancia que había otorgado mayor credibilidad, en la

- *La posibilidad de careo entre peritos*. El careo entre peritos de cualificación profesional idéntica o similar puede realzar o disminuir la credibilidad de los informes escritos ya aportados. Aun cuando algunas resoluciones judiciales, apegadas a la literalidad legal, niegan expresamente que el art. 347.1.5º LEC autorice un «careo de peritos» (SAP Granada, 3 de marzo de 2006[2391]), otras resoluciones, más o menos implícitamente y partiendo de una interpretación finalista, lo admiten (SAP Barcelona, 4 de junio de 2006[2392]), pues la confrontación de pareceres de peritos de idéntica o similar titulación, dirigida por el juez en el acto de la vista o del juicio, puede arrojar claridad sobre los hechos controvertidos.
- *La ampliación de extremos de la prueba pericial*. En el acto del juicio o de la vista se puede ampliar el dictamen pericial a extremos que sean conexos y decisivos en términos del fallo de la resolución.

f) Criterios derivados de principios del Derecho Probatorio y de la doctrina jurisprudencial.

- *Valoración conjunta de los criterios orientadores.* Ninguno de los anteriores criterios puede valorarse aisladamente, sino que deberá procederse a una valoración conjunta de los distintos criterios expuestos.

  Así, y para un supuesto de vicios en la construcción, lo efectúa la SAP Castellón, de 20 de abril de 2004[2393] al razonar:

  «Nada cabe objetar al hecho de que la Juez de instancia, dada la titulación superior del perito judicial (Arquitecto Superior) frente a la titulación de grado medio del peritaje privado de la parte actora (Aparejador), y su carácter más objetivo e imparcial frente a los dictámenes aportados por ambas partes litigantes, y en atención a su contenido que recoge una completa y pormenorizada relación de defectos constructivos constatados por la perito judicial y

---

determinación de las lesiones y secuelas del perjudicado, al informe médico forense aportado por el demandado, y, por el contrario, estima mejor fundado el informe médico-legal aportado por la actora, habiéndose rechazado por la magistrada de instancia la ratificación del informe médico-legal aportado por la actora y no habiéndose interesado por el demandado la ratificación por el médico forense.

2391 SAP Granada, secc. 3ª, de 3 de marzo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/90463) en la que la parte recurrente alegaba que se le había ocasionado indefensión al no haber admitido la juzgadora de instancia la declaración simultánea y cruzada de dos peritos médicos.

2392 SAP Barcelona, secc. 17ª, de 4 de junio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/422749). En esta línea, también pueden verse la SAP Baleares, secc. 5ª, de 6 de febrero de 2006, fto. jco.6º (EDJ 2006/43710); SAP Baleares, secc. 4ª, de 14 de julio de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/216110) que explícitamente admite un careo entre peritos al amparo del art. 347.1.5º LEC; SAP Asturias, secc. 3ª, de 13 de julio de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/75849).

2393 SAP Castellón, secc.1ª, de 20 de abril de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/83960).

la determinación de cada una de las causas que lo produjo, y establecimiento de la valoración de la reparación de esos defectos apreciados, acudiera para formar su convicción en la materia específica de la construcción al dictamen emitido por el Arquitecto Sr. Joaquín con prioridad o preferencia sobre los informes técnicos de las partes, siendo aquél no sólo mas completo y de un titulado superior, sino mas objetivo e imparcial».

- *Principio de la apreciación conjunta de la prueba.* En su formulación más general, y con Jiménez Conde, por apreciación conjunta de la prueba se entiende «poner en relación unos medios de prueba con otros a fin de otorgar a cada uno, en consideración con los restantes, el valor o grado de eficacia acreditativa que –legalmente o según el criterio discrecional del Juzgador– le corresponda»[2394].

  Ello significa que el resultado del dictamen pericial debe ponerse en relación con el resultado de las demás pruebas, pues por imperativo del art. 218.2 LEC, la motivación «deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, entendidos individualmente y en conjunto», lo cual significa que el juez deberá valorar un dictamen pericial, en relación con los demás dictámenes periciales, si los hubiera, y en relación con las demás pruebas que se hayan practicado, las cuales, podrán completar, ratificar o refutar las conclusiones del perito (SAP A Coruña, 27 de septiembre de 2006[2395]).

2394 Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación,* Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, p.337, para quien esta apreciación es esencialmente necesaria bien ante la concurrencia de varios medios de prueba cuyos resultados se complementan, bien ante la contradicción entre los resultados de diversas pruebas.

2395 La citada SAP A Coruña, secc. 4ª, de 27 de septiembre de 2006, fto. jco.7º (EDJ 2006/307404) con claridad conceptual afirma: «hemos de reseñar que en el ámbito del proceso civil rige el principio de valoración conjunta de la prueba. [...]. En este sentido, todas las pruebas han de ser valoradas por el Juez, tanto individualmente como en su interrelación con las otras, por ello no podemos sino concluir que la apreciación conjunta de las pruebas es obligada, pues, evidentemente, el Juez debe considerar todos los datos probatorios para fundar el juicio de hecho de su sentencia, sin que pueda basarse en uno solo, con exclusión de los restantes, dado que, como se ha dicho por la doctrina científica, el razonamiento judicial –el correcto, claro está– siempre mueve y combina conjuntos». Y de manera concluyente la SAP Vizcaya, secc. 3ª, de 22 de noviembre de 2007, fto. jco.2º (EDJ 2007/267787) afirma: «es necesario proceder, de verdad, a una apreciación conjunta de la prueba, que en rigor es algo distinto de su mera afirmación formal en las sentencias como tropo o fórmula estereotipada, como método para eludir una auténtica valoración o para ofrecer como aparentemente motivada una decisión decretal, apriorística, o producto de simples prejuicios». En una línea similar se inscriben el ATS, Sala 1ª, de 22 de abril de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/14966) –que cita, a su vez, la STS, Sala 1ª, de 25 de enero de 2000 (EDJ 2000/174)– al recordar que «no hay obligación de sujetarse total y únicamente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio que deben ser valorados en su conjunto»; y más recientemente la STS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 2007, fto. jco.3º (EDJ 2007/206013).

Así en un supuesto de impugnación de un testamento ológrafo por falta de capacidad del testador, la SAP Toledo de 7 de mayo de 2002[2396] razona:

> «Se ha de tener en cuanta además, que los tres informes a que nos venimos refiriendo, los de las dos partes y el pericial propiamente dicho, se emiten por doctores que no han podido apreciar directamente la situación del informado, y se basan en el estudio y examen de su historia clínica […].
>
> Por ello, cobra especial importancia la opinión que acerca del estado mental del testador pudiera tener su médico de cabecera Dr. SB, que aún no siendo psiquiatra, si es el que más de cerca lo trato, por no decir el único que verdaderamente le trató, lo que hizo según su propia declaración desde el año 1977, conociendo además todos los informes médicos que el propio testador le mostraba cuando acudía a su consulta, el cual afirma que el deterioro psíquico del testador no le consta sino en el último año de su vida más o menos (respuesta a la pregunta novena), es decir, que falleciendo en el año 1997, no tiene constancia alguna que en el año 1992 [fecha del testamento ológrafo], tuviera perturbadas sus facultades mentales».

- *Proscripción de la arbitrariedad judicial*. El juez no viene obligado a someterse al dictamen pericial, pero no puede sustituir el criterio técnico del perito por el subjetivo del juez, debiendo éste explicitar los motivos por los que se aparta de la conclusión del perito (SAP Castellón, 12 de julio de 2006[2397]).

6.3. Colisión del dictamen pericial con los medios de prueba

Pueden distinguirse tres supuestos de colisión entre medios de prueba[2398]. En primer lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración. Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba tasada, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. Son los supuestos de colisión entre la prueba pericial con el interrogatorio de testigos, con otros dictámenes periciales, y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. En tal caso, y por su carácter vinculante para el juez, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre la prueba pericial con la prueba documental y, en determinados supuestos, con el interrogatorio de las partes.

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado. En tal supuesto se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez. No

2396 Rollo núm 36/02 dimanante del juicio número 4/2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ocaña.

2397 SAP Castellón, secc. 3ª, de 12 de julio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/37149).

2398 Seguimos la sistematización efectuada por Jiménez Conde, F, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, ob. cit., 1977, pp. 346-352. Más recientemente, y del mismo autor, un resumen en *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 182 y 183.

concurre tal hipótesis en el supuesto de la prueba pericial que, por definición, es de libre valoración (art. 348 LEC).

La prueba pericial puede entrar en contradicción con el contenido de un documento, con las declaraciones de un testigo, con las conclusiones de otro dictamen pericial y, con mayor dificultad, con el resultado del interrogatorio de las partes y del reconocimiento judicial.

a) Con el resultado del interrogatorio de las partes.

Es difícil que la prueba pericial entre en colisión con el interrogatorio de las partes, en la medida que, por un lado, las partes declaran sobre hechos –sean o no personales– pero no sobre cuestiones que requieran conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos[2399] y, por otro lado, la prueba pericial aporta máximas de experiencia técnicas sobre hechos ya introducidos en el proceso[2400].

Si, a pesar de ello y como sucede en la práctica forense, el dictamen introduce nuevos hechos o sus conclusiones entran en conflicto con los hechos admitidos en el interrogatorio de las partes se ha propuesto atender a la naturaleza de los datos introducidos, esto es, «el mayor o menor carácter especializado de los conocimientos técnicos introducidos por el perito»[2401]. Si se trata de datos muy técnicos deberá prevalecer la prueba pericial, pero si se trata de datos comunes de fácil apreciación por la parte interrogada, el resultado del interrogatorio de la parte puede prevalecer sobre la pericial. Así resulta del ejemplo propuesto por Serra Domínguez, reconociendo la parte que ha obtenido unos determinados beneficios, la estimación por los peritos de unos beneficios inferiores en perjuicio de la contraparte debe ceder ante el resultado del interrogatorio de la parte[2402].

b) Con el contenido de un documento.

El documento es el ejemplo por antonomasia de la prueba tasada y si entra en conflicto con la prueba pericial, debemos distinguir dos supuestos. En primer lugar, en el ám-

2399 La STS, Sala 1ª, de 26 de enero de 1966, en referencia a la derogada confesión en juicio de la LEC de 1881, recuerda que «ha de recaer sobre hechos personales, y nunca acerca de problemas y aspectos técnicos que tienen su marco más adecuado en otra clase de prueba».

2400 La STS, Sala 1ª, de 12 de abril de 2000, fto. jco.1º (RJ 2000\1826) afirma que «…la prueba pericial ha de recaer sobre hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil».

2401 Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos,* en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Albaladejo. M. (dir), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.538, afirma: «La aplicación de los conocimientos técnicos muy especializados difícilmente podrá verse afectada por los medios de prueba. Por el contrario, los conocimientos técnicos sencillos están relativamente al alcance de personas de mediana cultura, y precisamente por su mayor vulnerabilidad crítica, pueden verse contradichos por los medios de prueba, tanto legales como libres».

2402 Serra Domínguez, M., *De la confesión,* en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», ob. cit., p.309, nota a pie núm. 38.

bito de eficacia tasada del documento no impugnado, esto es, sobre «el hecho, acto o estado de cosas que documentan, la fecha en que se produce la documentación, y la identidad de los fedatarios y demás intervinientes» (art. 319.1 LEC) prevalecerá el documento sobre lo afirmado por un perito, en la medida que el documento, dentro del ámbito de tasado de prueba legal, tiene fuerza vinculante para el juez.

La expresión legal «…los documentos públicos […] harán prueba plena…» (art. 319.1 LEC) significa que tendrán fuerza vinculante para el juzgador, no obstante el resultado de cualesquiera otro medios de prueba y resulta más contundente, si cabe, que su antecedente histórico el art. 1218 CC –no derogado expresamente por la LEC– que, con menor intensidad gramatical aun cuando con idéntico efecto legal, postulaba «los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste»[2403].

En segundo lugar, fuera del ámbito de eficacia tasada, el contenido de un documento puede resultar desvirtuado por las conclusiones del perito[2404]. Así, la afirmación razonada del perito que el precio de mercado de un inmueble es tantos euros debe prevalecer sobre las manifestaciones del comprador y vendedor en la escritura de compra venta del referido inmueble. Es reiterada la jurisprudencia en el sentido que el valor tasado de la prueba documental no alcanza la veracidad intrínseca de las manifestaciones contenidas en el documento que están sujetas al principio de libre valoración de la prueba (STS, 19 de mayo de 2006[2405]), pudiendo el contenido del documento ser desvirtuado mediante prueba en contrario (STS, 31 de mayo de 2006[2406]), y sin que el documento público tenga prevalencia

2403 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 319 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1521, explica que la expresión prueba plena no se contenía ni en la LEC de 1881 ni en el CC, pero sin embargo aparecía en la primera redacción del art. 1218 CC o era similar a la expresión «plena fe» del art. 1201 del Proyecto de 1851. Pero, según añade el mismo autor, la expresión del art. 1218 CC «hacen prueba» significaba ya para la jurisprudencia «prueba plena» (SSTS de 14 de febrero de 1983, de 14 de marzo de 1983, de 6 de mayo de 1993).

2404 Devis Echandía, H., *Teoría de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., afirma que «la veracidad del documento puede ser desvirtuada por otras pruebas de igual o mejor calidad» (p.537) y, con cita de Lessona, coincide en que en contra del dictamen pericial «pueden practicarse nuevos medios de prueba, como documentos» (p.339).

2405 La STS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 3047/2006) afirma «[…] que la valoración de la prueba documental, cuando la controversia gira en relación a la veracidad del contenido de los documentos, no es legal o tasada, sino que rige el sistema de libre apreciación».

2406 La STS, Sala 1ª, de 31 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006/3176) sostiene que «[…] el hecho de que los documentos sean públicos no significa que su valor o eficacia se extienda a su contenido, pues la veracidad intrínseca de los mismos puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, sin que tal medio probatorio (el documento público) tenga prevalencia sobre los demás, vinculando tan solo al órgano judicial su otorgamiento y fecha […]». En sentido similar SSTS, Sala 1ª, de 17 de marzo de 1997, fto. jco.1º (RJ 1997/1718) y de 7 de julio de 1989 (RJ 1989/5414).

sobre los demás medios de prueba, vinculando al juez solo respecto de la fecha y de su otorgamiento (STS, de 30 de septiembre de 1995[2407]).

c) Con las declaraciones de un testigo.

Aun cuando la LEC considera que tanto la prueba pericial cuanto el interrogatorio de testigos son medios de prueba de libre valoración (arts. 348 y 376 LEC, respectivamente), lo cierto es que el perito aporta máximas de experiencia especializadas sobre una rama del saber que, en caso de ser atendidas por el juez y en caso de contradicción con las declaraciones de un testigo, deberán prevalecer. Como gráficamente apunta Serra Domínguez: «por ejemplo, la afirmación del Perito que el desencofrado de un inmueble debe efectuarse a los veintiocho días, determinará la falta de credibilidad del documento o del testigo que afirme que puede desencofrarse sin peligro a los veinte días»[2408].

El testigo, al prestar su declaración, debe dar la razón de su ciencia (art. 370.3 LEC), mientras que la razón de ciencia del perito está implícita en su capacidad (art. 335.1 LEC), de ahí que sus conclusiones, y salvo acreditarse la falta de fiabilidad, gocen de una mayor solidez científica que las declaraciones del testigo.

d) Con las conclusiones de otro dictamen pericial.

El modelo dual –pericial de parte y de designación judicial– y la carga de aportación inicial de los dictámenes con los escritos iniciales (arts. 265.1.4º y 336 LEC) favorece la contradicción entre dictámenes periciales, sin que el legislador haya ofrecido pautas legales para resolver este conflicto. Ninguna norma otorga prioridad al dictamen de designación judicial sobre el dictamen de parte, por lo que ambos están sometidos a la sana crítica (art. 348 LEC) y pueden desplegar idéntica virtualidad probatoria (SAP Zaragoza, 18 de junio 2004[2409] y SAP Murcia, 28 de marzo de 2006[2410]).

2407 La STS, Sala 1ª, de 30 de septiembre de 1995, fto. jco. 1º (RJ 1995/6465) razona que: «[…] el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan las otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas».

2408 Serra Domínguez, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.538, nota a pie número 138.

2409 La SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 18 de junio de 2004, fto. jco.5º (EDJ 2004/72226) afirma que «Este sistema dual de la prueba, bien peritos de parte, bien perito judicial, lleva, para la primera de las posibilidades una cierta privatización de la prueba, que […] tiene un efecto inmediato y directo sobre la apreciación de la prueba por parte del Juez, que ha de otorgar, *dentro de los parámetros legales sobre su valoración, la misma validez al dictamen de dichos peritos que al que pueda emitirse judicialmente*, siquiera subjetivamente el Tribunal pueda tener una lógica propensión a atribuir mayor verosimilitud al dictamen emitido por perito designado por el Tribunal». (La cursiva es nuestra).

2410 La SAP Murcia, secc. 1ª, de 28 de marzo de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/68996) en un supuesto de reclamación de indemnización basada en responsabilidad extracontractual derivada de accidente de

Los dictámenes contradictorios se sujetan a los criterios de valoración de cualquier dictamen pericial, tales como los razonamientos de cada dictamen y los efectuados en el acto de la vista; las conclusiones conformes y mayoritarias; el examen de las operaciones periciales; la competencia profesional del perito y las circunstancias que acrediten su objetividad (SAP Bizkaia, 17 de noviembre de 2005[2411]), prestando particular atención a la intervención de los peritos en el acto de la vista o del juicio, en cuanto que la declaración, simultánea o sucesiva, de varios peritos respondiendo a las preguntas y aclaraciones de los letrados y del propio juez, puede resultar decisiva para la formación de la convicción judicial, tanto más cuanto cada perito puede exponer la falta de fundamento de los métodos, premisas, máximas de experiencia o conclusiones aportadas de contrario (art. 347.1.5º LEC).

Podemos atender también a criterios derivados de la naturaleza del proceso, dispositivo o no dispositivo, y a la mayor o menor posibilidad de la iniciativa probatoria de oficio, puesto que en los procesos no dispositivos, el juez puede acordar de oficio un dictamen pericial o acordar uno dirimente ante la existencia de dictámenes contradictorios (art. 752.1, II LEC), facultad más restringida en los procesos dispositivos.

e) Con el resultado del reconocimiento judicial.

No es frecuente la colisión entre la prueba pericial y el reconocimiento judicial. Este último tiene unos perfiles propios que dificultan su catalogación como «prueba legal» o «prueba libre»[2412], puesto que se trata de una prueba de percepción judicial directa que, por definición, produce en el juez una certeza superior a los medios de prueba indirectos, como puede ser la prueba pericial.

Si el juez precisa de conocimientos técnicos que no exijan su percepción directa bastará que admita la prueba pericial (ej. pericial biológica para determinar una filiación) y se evita la colisión entre ambos medios de prueba. Si estos conocimientos exigen (o, cuando menos, hacen conveniente) la percepción judicial directa (ej. fijación de los lindes de una finca, la determinación de una servidumbre de paso, el examen de un costoso vestido de gala desteñido tras el lavado en una tintorería), el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial (art. 356 LEC), con lo que también es más fácil evitar la colisión.

Si, a pesar de ello, no se acuerda la práctica conjunta de ambos medios de prueba o se practican separadamente ambas pruebas, como es más frecuente, porque el dictamen ya consta aportado con los escritos iniciales (ej. dictamen de parte sobre vicios de construcción y reconocimiento judicial posterior) en caso de conflicto se había propuesto, bajo la vigencia de la derogada LEC de 1881, la alternativa de la repetición del reconocimiento

---

circulación otorga mayor credibilidad a un detallado informe de la parte actora, que explica razonadamente las lesiones y secuelas, frente al poco fundado informe forense aportado por el demandado.

2411 SAP Bizkaia, secc.3ª, de 17 de noviembre de 2005, fto.jco.2º (AC 2006\300).

2412 Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal*…, ob. cit., p.348.

judicial[2413], posibilidad que no tiene fácil encaje legal habida el carácter restrictivo de las diligencias finales. De no resultar posible la repetición del reconocimiento judicial, se tratará de un conflicto entre dos medios de prueba, y dado que ninguno de ellos tiene carácter tasado, el juez deberá motivar porqué otorga prioridad a sus percepciones directas sobre las máximas de experiencias o conclusiones aportadas por el perito.

7. Impugnación del dictamen pericial

7.1. Impugnación del juicio de admisión

El modelo dual de prueba pericial –pericial de parte y de designación judicial– comporta que la impugnación del juicio de admisión de la prueba pericial varíe en función de la tipo de dictamen.

En los dictámenes a instancia de parte, –sea los aportados con la demanda y la contestación (art. 336 LEC); sea los «anunciados» con los escritos de alegaciones (art. 337 LEC), sea los que son consecuencia de actuaciones procesales posteriores a la demanda (art. 338 LEC)– no cabe la impugnación del juicio de admisión. El legislador ha equiparado los dictámenes a instancia de parte –cuando menos los aportados con la demanda y contestación (art. 336 LEC)– con los documentos fundamentales, como lo demuestra que ambos se sujetan a idéntica carga de aportación inicial (art. 265.1.4º LEC) y a idéntico régimen de preclusión (art. 269 LEC)[2414].

La admisión a trámite de la demanda (o, en su caso de la contestación a la demanda) comporta la incorporación de los dictámenes de parte a las actuaciones, pues no están sujetos a un juicio de pertinencia y utilidad como los restantes medios de prueba (arts. 283 y 285 LEC[2415]), y la única intervención que se prevé del juez en los artículos 336 y 337 LEC es el llamamiento de los peritos al juicio (SAP Asturias, de 1 de septiembre de 2005[2416]).

2413 Serra Domínguez, M., *De la inspección personal del juez*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, p.428.

2414 Pueden verse el epígrafe 3.2 (Admisibilidad de la prueba pericial) y 5.2. (El dictamen a instancia de parte: la carga de la aportación inicial).

2415 En este sentido, Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., p.70; Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.245; Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 336 LEC y al art. 339 LEC*, ob. cit., pp. 1578 y 1596. De modo distinto, Flores Prada, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, ob. cit., pp. 275-277, para quien es necesario no solo la verificación de los requisitos formales y temporales –presentación en plazo–, sino también un juicio de pertinencia y utilidad.

2416 La SAP Asturias, secc. 5ª, de 1 de septiembre de 2005, fto. jco. 3º (EDJ 2003/151856) razona los motivos del tratamiento procesal idéntico de los dictámenes a instancia de parte y los documentos fundamentales y la necesidad de rechazar los dictámenes de parte extemporáneos «al modo que el art. 272 de la LEC prevé para los documentos fundamentales que deba acompañarse con la demanda». art.336 EDL 2000/77463 art.337 EDL 2000/77463

Lo mismo cabe afirmar *mutatis mutandi* respecto de los dictámenes no aportados pero «anunciados» con la demanda y con la contestación a la demanda en los que el juez deberá únicamente verificar la justificación de la no aportación inicial y su presentación antes de la audiencia previa o de la vista (art. 337.1 LEC). Y en los dictámenes consecuencia de alegaciones posteriores a la vista, el juez deberá verificar su aportación con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista (art. 338.1 LEC), así como, obviamente, que la presentación del dictamen obedece a desvirtúar las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia previa, y no se trata de una aportación extemporánea de un dictamen pericial.

La incorporación de la pericial de parte a las actuaciones impide que la adversa pueda impugnar la idoneidad del perito designado por la parte aportante o la correlación entre los extremos del dictamen y los hechos que fundamentan la demanda (o, en su caso, la contestación). Pero no impide impugnar la aportación cuando sea extemporánea – fuera de los plazos preclusivos[2417]– o cuando sea innecesaria – cuando los dictámenes no versen sobre aspectos técnicos, contengan conclusiones jurídicas o versen sobre aspectos tan simples que no precisen de conocimientos técnicos–, sin perjuicio de la posibilidad de manifestar la contradicción o solicitar la ampliación del dictamen pericial en la audiencia previa (art. 427.2 LEC) o de impugnarlo en el trámite de conclusiones (art. 433.2 LEC).

Frente a la admisión (o, en su caso de inadmisión) del dictamen de parte en el auto de admisión a trámite de la demanda o de la contestación a la demanda cabe recurso de reposición, de trámite escrito y general (art. 451 LEC). Frente a la admisión (o, en su caso inadmisión) del dictamen de parte que tiene lugar antes o durante la audiencia previa cabe recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral (art. 285.2 LEC); y si se desestimare, la parte perjudicada podrá formular protesta a los efectos de hacer valer el dictamen en la segunda instancia[2418].

Por el contrario, los dictámenes de designación judicial están sujetos a un juicio de pertinencia y utilidad y a unas exigencias temporales –solicitud con la demanda y con contestación– (art. 339.2 LEC)[2419]. Se podrán impugnar los dictámenes que sean impertinentes

2417 La SAP Madrid, secc. 20ª, de 27 de octubre de 2004, fto. jco. 3º (EDJ 2004/231574) y para un supuesto de acción reivindicatoria considera indebidamente admitido una pericial sobre la finca reivindicada al amparo del art. 338.2 LEC, cuando debió aportarse junto con la demanda inicial al amparo del art. 336.1 LEC.

2418 La SAP Ourense, secc. 2ª, de 31 de marzo de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/56075) y para un supuesto de aportación posterior por la actora de dictámenes al amparo del art. 337.1 LEC razona «la parte demandada se limitó a impugnar el contenido de los mismos [al amparo del art. 427.2 LEC] sin recurrir debidamente la admisión de esa prueba pericial, posibilidad que le confería el artículo 285 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal forma que el no haberlo hecho así supone, necesariamente, considerar que la parte demandada consintió la prueba pericial propuesta de contrario, admitida a medio de la resolución dictada en la audiencia previa».

2419 Vide supra epígrafe 3.2. (Admisibilidad de la prueba pericial) y 5.3. (El dictamen de designación judicial: proposición y admisión).

–por no guardar relación con los hechos controvertidos–; inútiles –por no contribuir en ningún caso al esclarecimiento de los hechos controvertidos– (art. 339.2 LEC); y extemporáneos –por haberse solicitado con posterioridad a los escritos de demanda y contestación–, a salvo que se refieran a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda (art. 339.3 LEC)[2420]. Y a pesar del silencio legal, también se podrán impugnar los extremos del dictamen propuestos por la parte solicitante.

Cabe también impugnar la designación judicial de perito del litigante con derecho de asistencia jurídica gratuita. La dicción legal del art. 339.1 LEC («Si cualesquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita») puede dar a entender que la admisión del dictamen es automática y no cabe su impugnación, cuando en realidad el precepto legal no contempla el juicio de admisión –tal vez presupuesto implícitamente–, sino la forma de designación del perito por remisión a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

No debe confundirse la admisibilidad del dictamen, sujeta a los parámetros habituales de pertinencia y utilidad (art. 283 LEC), con la situación económica del peticionario, sujeta a los criterios de ponderación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (arts. 3, 4 y 5). El hecho que el peticionario sea beneficiario de la asistencia jurídica gratuita y el perito sea, en su caso, designado conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no excluye el juicio de pertinencia y utilidad[2421], ni la posibilidad de impugnar su admisión por razón de impertinencia, inutilidad o extemporaneidad[2422]. No existe en estos supuestos una admisión automática de la prueba pericial[2423] y, a lo sumo, deberá procederse con mayor flexibilidad en el juicio de admisión[2424].

La designación judicial de perito a raíz de alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa (art. 339.3 LEC) se podrá impugnar por tres razones:

2420 La SAP, Navarra, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/58555) y para un supuesto de reclamación de secuelas derivadas de accidente de circulación, declara indebidamente admitido un dictamen pericial solicitado por la actora, con fundamento en el artículo 339.2 LEC y en la audiencia previa, cuando no lo aportó junto con el escrito de demanda.

2421 En este sentido Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 339 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., pp. 2470-2471, quien, además, pone de manifiesto la deficiente ubicación sistemática del precepto atribuible al hecho que la pericia por designación judicial se incorporó en tramitación parlamentaria; e Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.257.

2422 La SAP Guadalajara, secc. 1ª, de 10 de marzo de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/38337) razona que es extemporánea la solicitud de designación judicial de perito efectuada en la audiencia previa, sin que la parte demandante y peticionaria del derecho de asistencia jurídica gratuita hubiera efectuado su «anuncio» de que fueran designados peritos en el escrito de demanda conforme al art. 339.1 LEC.

2423 Tal parece ser la opinión de Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.105.

2424 Así lo sugiere Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos…*, ob. cit., p.342.

1ª) falta de pertinencia o utilidad; 2ª) falta de acuerdo de las partes en el objeto de la pericia; 3ª) falta de conformidad de las partes en el perito nombrado por el tribunal.

Frente a la admisión (o, en su caso, inadmisión) del dictamen de designación judicial cabrá un recurso de reposición, y si se desestimare, la parte perjudicada podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

En segunda instancia la parte podrá solicitar la prueba pericial inadmitida en la instancia o no practicada en el escrito de interposición del recurso (art. 460.2 LEC) o en el de impugnación de la sentencia (art. 461.3 LEC) o la prueba admitida pero que por cualquier causa no imputable al recurrente, no se haya podido practicar, ni como diligencia final (art. 460.2.2º LEC).

Si la prueba pericial solicitada en segunda instancia es denegada, la parte gravada podrá interponer recurso de reposición (arts. 206.2, 451 y 464 LEC), que constituye, a su vez, el presupuesto para que en el supuesto que la Audiencia confirme su decisión e inadmita la prueba pericial, poder interponer un recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1 LEC) o eventualmente un recurso de amparo (art. 44 LOTC).

En relación con algunos supuestos específicos cabe manifestar: a) si se deniega la prueba pericial anticipada, y pese al silencio legal (art. 294 LEC), cabe interponer el recurso de reposición[2425], siquiera algún autor ha defendido que si la solicitud de la pericial anticipada es anterior al inicio del proceso, «en la medida en que todavía éste no existe, contra el auto denegatorio de la prueba (art. 285.2 LEC), que pone fin a las actuaciones, tan sólo cabe interponer recurso de apelación (art. 455.1 LEC)»[2426]; b) en el supuesto que la pericial fuera adoptada al amparo de la normativa del art. 429.1, II y III LEC cabrá recurso de reposición no contra la «indicación o sugerencia» judicial –que no es una resolución– sino contra la resolución que admite la prueba pericial a raíz de la citada «indicación o sugerencia»[2427]; c) en el supuesto que la pericial fuera adoptada como diligencia final –ordinaria o extraordinaria–, y frente al auto de admisión (o, en su caso inadmisión), cabe recurso de reposición de trámite escrito y general.

7.2. Impugnación del dictamen pericial con anterioridad a la valoración en sentencia

Con anterioridad a la valoración judicial en sentencia, el dictamen pericial puede ser objeto de impugnación en la fase de alegaciones, en la fase de audiencia previa o vista,

2425 En este sentido, Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.176.

2426 Así se pronuncia Picó i Junoy, J, (*La prueba pericial…,* ob. cit., pp. 92 y 93) para quien si la solicitud de la pericial anticipada es posterior al inicio del proceso, «en la medida en que el auto denegatorio no pone fin a las actuaciones y ya se encuentran personadas todas las partes litigantes, procederá el recurso de reposición y la posterior protesta a fin de lograr la práctica de la prueba pericial en la segunda instancia (art. 285.1 LEC)».

2427 Ello no obstante, y sobre la dificultad de acordar una pericial al amparo del art. 429.1, II y III LEC puede verse el epígrafe 5.5 (Iniciativa del juez).

y en la fase de conclusiones. El término «impugnar» se entiende en sentido amplio, no circunscrito a la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios de prueba que desvirtúen las máximas de experiencia técnicas o conclusiones del dictamen pericial de adverso[2428].

En la fase de alegaciones, el demandado podrá en su escrito de contestación a la demandada bien efectuar las alegaciones que rebatan las conclusiones del dictamen aportado por el actor junto con la demanda, bien aportar un dictamen contradictorio, bien solicitar la designación judicial de perito (SAP Teruel, 26 de febrero 2004[2429]). Y lo mismo puede hacer el actor con respecto al dictamen aportado por el demandado al amparo del art. 338 LEC.

En la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal) cada parte debe «posicionarse» sobre los dictámenes de contrario. Según dispone el art. 427.2 LEC: «Las partes, si fuere el caso, expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen. También se pronunciarán sobre los informes que se hubieren aportado al amparo del número 5 del a apartado 1 del artículo 265».

Algunos autores han justificado este trámite como actividad preparatoria del acto del juicio y en la necesidad de depurar el proceso «de obstáculos formales que impidan un examen de fondo de los dictámenes en la referida audiencia principal [en referencia al acto del juicio]»[2430]; otros autores lo han justificado como consecuencia del modelo de pericial escogido por el legislador y en la conveniencia de un «mecanismo a través del cual la parte que no ha intervenido en dicha prueba [el dictamen pericial] pueda impugnarlo y pedir las aclaraciones o ampliaciones correspondientes»[2431]; y otros autores, con mejor acierto, ven en este trámite la posibilidad de obviar el acto del juicio y de «dictar inmediatamente sentencia

2428 Obviamente, y en el sentido amplio aquí expuesto, el dictamen pericial también puede ser impugnado en el acto del juicio o de la vista en el trámite del art. 347 LEC, a cuyo efecto nos remitimos al epígrafe 5.4. (Aspectos comunes a ambas modalidades de dictámenes: reconocimiento, emisión y contradicción).

2429 La SAP Teruel, secc. 1ª, de 26 de febrero de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/39653) razona, en la parte que interesa: «[…] la prueba pericial debe practicarse ordinariamente aportando los correspondientes dictámenes con la demanda y la contestación (artículos 336 y 337 de la Ley de E. Civilart.336 EDL 2000/77463 art.337 EDL 2000/77463), y por tanto la aportación por el demandante de dictamen pericial, cumple con las exigencias de la carga de la prueba, sin que la validez del mismo quede enervada por la simple impugnación dialéctica efectuada en la contestación a la demanda, siendo preciso para rebatir áquel que se aporte el correspondiente dictamen con la contestación a la demanda, o que se solicite la designación judicial de perito, en los términos señalados en el artículo 339. 2 de la citada Ley Procesal […]».

2430 Gimeno Sendra, V., *Comentario al art. 427 LEC*, en «Práctica Procesal Civil», t. IV, Madrid, 2005, p.445.

2431 Moreno García, J. A., *Comentario al art. 427 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», ed. Dijusa, Madrid, 2003, p.1417.

sin celebración del juicio oral si las pruebas a que nos referimos [documentos y dictámenes] son las únicas admitidas y no hubieran sido impugnadas»[2432].

Puede entenderse un trámite de «posicionamiento» sobre documentos, a fin de admitir el documento o impugnar su autenticidad (art. 427.1 LEC)[2433], y permitir que el documento no impugnado pueda desplegar su eficacia probatoria. Pero raramente se impugna la autenticidad de un dictamen pericial y su eficacia probatoria dependerá –amén de la solidez del propio informe escrito– de la contradicción que, en su caso, tenga lugar en la vista o en el acto del juicio, cualesquiera que sea la posición que sobre el mismo haya manifestado la parte[2434].

El art. 427.2 LEC permite a las partes la admisión, la contradicción o la ampliación de los dictámenes aportados hasta el momento. La admisión del dictamen pericial de adverso será poco frecuente y, en todo caso, no impide que la parte aportante solicite la presencia del perito al acto del juicio o de la vista (art. 347 LEC), ni exime al juez de su valoración conforme a la sana crítica (art. 348 LEC). La admisión del dictamen pericial no comporta la admisión de hechos, de modo que estos se conviertan en no controvertidos y exentos de prueba (art. 281.3 LEC), pues el perito no aporta hechos, sino máximas de experiencia técnicas.

Se ha dicho acertadamente que la admisión del dictamen pericial «significa la voluntad de no desarrollar actividad probatoria directa sobre dicho dictamen» y en el ejemplo propuesto por Picó i Junoy «en una demanda por responsabilidad médica, el actor aporta un dictamen pericial en el que se acredita que la muerte de su cliente se debe a una negligencia del cirujano en la técnica quirúrgica; y el demandado aporta otro dictamen en el que se acredita que la muerte del paciente, al margen de la eventual mala praxis quirúrgica, se hubiese producido de igual modo debido a otras múltiples circunstancias. En este caso, el demandado puede admitir el dictamen de la parte actora, esto es, no entrar a contradecirlo, sin que ello signifique la admisión o conformidad de hechos litigiosos, ya que éstos se contradicen con el dictamen pericial que dicha parte aporta»[2435].

La contradicción del dictamen pericial es una manifestación de parte de disconformidad con el contenido del dictamen, que traslada el debate sobre el contenido del dicta-

2432 Etxebarría Guridi, F.J., *Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC (y II)*, en Diario La Ley, núm. 5379, de 20 de septiembre de 2001, p.6.

2433 Molins García-Atence, J., *Impugnación y autentificación documental*, en rev. «La Ley», año XXV, número 6143, 2004, p.1.

2434 La SAP Sevilla, secc.5ª, de 1 de junio de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/91307) razona: «La llamada «impugnación» del dictamen a la que se refiere el apelante no tiene relevancia alguna ya que carece de contenido y efectos respecto a la valoración que haga el tribunal del mismo, pues no es una postura procesal de las que puede adoptar la parte frente al dictamen que regule la Ley de Enjuiciamiento Civil».

2435 Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.154.

men al acto del juicio o de la vista[2436], donde tiene lugar la verdadera contradicción, respondiendo el perito a las preguntas que le sometan los letrados y el propio juez (art. 347 LEC).

La manifestación de contradicción ni siquiera exige necesariamente «la obligación de llamamiento de perito de contrario a los efectos de explicación de su informe» (SAP Alicante, 1 de octubre de 2002[2437]), pudiéndose contradecir el dictamen pericial con otras pruebas destinadas a desvirtuar su contenido, como un dictamen contradictorio aportado por la parte impugnante u otros medios de prueba. De ahí que se haya distinguido entre una contradicción expresa del dictamen pericial, mediante la manifestación de disconformidad expresada en el acto de la audiencia previa o de la vista, y una contradicción tácita, mediante la aportación de un dictamen pericial contradictorio[2438].

La ampliación del dictamen pericial en la fase de audiencia previa es una posibilidad ya prevista en la fase del juicio o de la vista (347.1.4º LEC). Si es el demandado quien quiere ampliar el dictamen aportado por el actor con la demanda, le basta con aportar un dictamen en la contestación a la demanda o solicitar una pericial de designación judicial.Y si es el actor, lo mismo puede hacer al amparo del art. 338 LEC[2439].

En todo caso, la ampliación debe concretarse a puntos conexos a los que han sido objeto de pericia, no resultando admisible que, al amparo de tal ampliación «el perito amplie o extienda su pericia o informe a nuevos hechos o datos que, siendo conocidos de antemano, pudieron y debieron ser objeto de pericial en el informe inicial, aportado por la propia parte» (SAP Toledo, 18 de octubre de 2005[2440]).

2436 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., (*La audiencia previa*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. .II obra coordinada por el mismo autor, ed. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, p.163) afirma que «cabe entender que en este momento procesal [el trámite del art. 427.2 LEC en la audiencia previa] la actuación se limitará a expresar cualesquiera de tales posturas que en el caso de que no sea la de simple admisión del dictamen deberá comportar que su debate se efectúe en el juicio sobre el fondo del asunto».

2437 La SAP Alicante, secc. 4ª, de 1 de octubre de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/63574), y para un supuesto de indemnización de lesiones y secuelas derivadas de accidente de circulación, entiende que la parte demandada efectúa una efectiva impugnación y contradicción del dictamen aportado por el actor, aportando un dictamen pericial contradictorio y diversa documentación, así como otras diligencias de prueba, tales como la ratificación y ampliación del informe por el perito firmante del dictamen contradictorio, testifical, documental e interrogatorio de la parte.

2438 de la Rúa, J., *El «posicionamiento» ante documentos y dictámenes en la audiencia previa*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), ed. J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006, p.237.

2439 Moreno Catena, V., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica*, vol. I, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (dirs.), ed. Tecnos, Madrid, 2004, p.1272.

2440 La SAP Toledo, secc.1ª, de 18 de octubre de 2005, fto. jco.1º, (EDJ 2005/203575), en un supuesto de declaración de nulidad de una Junta General de un Sociedad Limitada, razona que la actora no puede solicitar, al amparo del art. 427.2 LEC, una ampliación del dictamen pericial inicialmente aportado por ella misma, pues con independencia de lo que pudiera decir el informe pericial de la

En la fase de conclusiones, una vez incorporados y/o admitidos los dictámenes periciales y, en su caso, sometidos a contradicción en el acto del juicio o de la vista, los letrados podrán impugnar críticamente el dictamen pericial[2441]. Esta impugnación se sujeta a los mismos parámetros ya analizados con respecto a la valoración del dictamen pericial y que, sin ánimo exhaustivo, enunciamos: la falta de cualificación profesional del perito, la concurrencia de algún motivo de tacha que devalúe su credibilidad, la extralimitación del perito respecto de los extremos del dictamen pericial, la aportación de conclusiones jurídicas competencia exclusiva del juzgador, la imposibilidad de intervención en las operaciones periciales, la debilidad de los métodos que sustentan el dictamen, la ausencia de un examen de los objetos sobre los que informa, la lejanía respecto de los hechos informados, la concurrencia de varios dictámenes discrepantes entre sí, la falta de solidez de las conclusiones, la revisión de las máximas de experiencia técnica del perito, las eventuales contradicciones entre las conclusiones expuestas en el informe y las manifestaciones efectuadas el acto de la vista o del juicio.

La impugnación en fase de conclusiones requerirá un examen crítico por el letrado de los dictámenes aportados, analizados individualmente y conforme a los criterios expuestos, y también en relación con los restantes medios de prueba, los cuales pueden ratificar o desvirtuar las conclusiones o máximas de experiencia aportadas por los peritos, pudiendo alcanzar el análisis de las conclusiones las circunstancias determinantes de la inclusión o la exclusión en las costas de los honorarios de los peritos[2442].

En la práctica forense, el trámite de conclusiones orales, formuladas una vez practicada la prueba y sin solución de continuidad, se revela a menudo inadecuado para poder efectuar una crítica por las partes del dictamen pericial, particularmente tratándose de cuestiones técnicas o numéricas. Sin perjuicio que de *lege ferenda* sería preferible establecer un trámite escrito de conclusiones, podrían articularse alternativas legales que permitirían aprovechar mejor este trámite, tales como la posibilidad de señalar una nueva fecha para las conclusiones o, incluso, y previa conformidad de las partes, que dichas conclusiones se formulen por escrito.

Y, de no aceptarse una fecha para señalamiento o las conclusiones por escrito, se ha propuesto una interrupción de la vista durante el tiempo indispensable para que los letrados pudieran ordenar el material probatorio y preparar sus conclusiones, con fundamento en la solicitud de común acuerdo por las partes, alegando justa causa a juicio del tribunal (art. 188.1. 3º LEC) que, aun cuando se refiere a las causas de suspensión de las vistas, sería aplicable por la remisión de las causas de interrupción de las vistas (art.193.1. 4º LEC)[2443].

---

parte demandada, ambas periciales se efectuaron sobre la base de idéntica documentación, y la actora pudo y debió aportar los datos que interesó en la audiencia previa, en su informe pericial inicial.

2441 En este sentido también Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*…, ob. cit., p. 325 y Picó i Junoy, J., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.159.

2442 Serrano Massip, M., *Los caracteres de la prueba pericial privada*…, ob. cit., p.17.

2443 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», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.),

7.3. Impugnación del dictamen pericial tras la valoración en sentencia: recursos frente a la resolución judicial

Una vez dictada sentencia, cabe la impugnación del dictamen pericial sea mediante la interposición de los recursos ordinarios –apelación–, o de los recursos extraordinarios –recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal– o del juicio de revisión, resultando muy discutible la revisión mediante el recurso de casación, a la vista de una jurisprudencia, ya muy consolidada, de carácter restrictivo.

La valoración del dictamen pericial efectuada por el Juez de Primera Instancia puede ser revisada por la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación. Tal como se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC, se ha optado por el modelo de apelación limitada (*revisio prioris instantiae*[2444]), de modo que el tribunal de apelación goza de la misma libertad para valorar la prueba practicada en la instancia sin necesidad de su reiteración y puede incluso practicar nuevas pruebas en los supuestos del art. 460 LEC (prueba indebidamente denegada en la instancia contra la que se formuló protesta; pruebas admitidas y no practicadas en primera instancia; prueba sobre hechos ocurridos durante la primera instancia; y las pruebas del rebelde[2445]), sin olvidar que en los procesos no dispositivos el tribunal podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime necesarias, tanto en primera instancia como en segunda instancia (art. 752.3 LEC).

Tratándose de la prueba pericial, y como recuerdan Montero Aroca y Flors Maties, bajo la vigencia de la LEC de 1881 se había reconocido la posibilidad de solicitarla en segunda instancia a la parte inicialmente no proponente, pero que había interesado la ampliación a extremos distintos, debiéndose acomodar este criterio a las modalidades de prueba de peritos por aportación de parte y por designación judicial (arts. 336 y 337 LEC)[2446].

En segunda instancia el tribunal podrá revisar la valoración del dictamen pericial efectuada por el juez de instancia. De existir un único dictamen pericial la Audiencia Provincial podrá ratificar o rectificar la valoración efectuada por el juez de instancia. De existir varios dictámenes periciales, lo cual es más frecuente dado el modelo de pericia dual instaurado por la LEC, la Audiencia Provincial podrá ratificar las valoraciones de la instancia o discrepar de ellas, bien por estimar que debe prevalecer la pericial de designación judicial

---

J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, p.575.

2444 Exposición Motivos LEC, epígrafe XIII, párrafo segundo: «La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en la 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*». (La cursiva es nuestra).

2445 Con respecto a los supuestos de la prueba en la segunda instancia, y con carácter general, puede verse Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 134-147.

2446 Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Los recursos en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.227, quienes citan, a modo de ejemplo, la STS de 24 de julio de 1999.

sobre la pericial de parte[2447]; bien por estimar que, por el contrario, debe primar la pericial de parte sobre la de designación judicial[2448]; bien, finalmente, para extraer certeza probatoria tanto de la pericial de parte cuanto de la pericial de designación judicial.

Cabe también impugnar el dictamen pericial mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el artículo 469.3 LEC, alegando defectos procesales tales como la falta de citación de las partes a las operaciones periciales, si la hubieren solicitado, o la falta de citación a la emisión del dictamen pericial, o la falta de cualquier aclaración al dictamen pericial, siempre y cuando la infracción procesal hubiera podido producir indefensión[2449]. La indefensión, como presupuesto para recurrir una sentencia o auto en casación, se tiene que haber producido «como consecuencia de una infracción legal, que produzca un perjuicio real a la parte que lo invoca, que no haya sido provocada por ella misma, que sea real y no hipotética, siendo alegable solo por la parte que la sufre y que no haya sido posible subsanar la falta»[2450].

La jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la disconformidad con la valoración de la prueba pericial efectuada por el Tribunal de Apelación debe impugnarse, cuando sea posible su presentación, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y no por la vía del recurso de casación, habiéndose dictado ya, bajo tal argumento, numerosos autos de inadmisión de recurso de casación. Así se razona, entre otros muchos, en el Auto del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2007[2451], que literalmente afirma:

2447 La SAP A Coruña, secc.5ª, de 16 de febrero de 2007, fto. jco. 2º (EDJ 2007/154678), en un supuesto de indemnización de lesiones derivadas de accidente de circulación, revoca la valoración del dictamen pericial efectuada en la instancia –que otorgaba mayor credibilidad al informe de parte aportado por la entidad aseguradora junto con la contestación a la demanda– y acuerda una indemnización mayor sobre la base de otorgar preferencia al informe emitido por perito de designación judicial –informe médico forense–.

2448 La ya citada SAP Murcia, secc. 1ª, de 28 de marzo de 2006, fto. jco. 3º (EDJ 2006/68996), y en un supuesto de indemnización de lesiones y secuelas derivadas de accidente de circulación, revoca la valoración de los dictámenes periciales efectuada en la instancia, y acuerda una ampliación de la indemnización sobre la base de otorgar mayor credibilidad al dictamen pericial de parte presentado por la actora, que está ampliamente detallado, sobre el dictamen pericial del médico forense presentado por la demandada, y que está poco fundamentado.

2449 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*…, ob. cit., p.325.

2450 Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, ob. cit., p.186.

2451 ATS, Sala 1ª, de 9 de octubre de 2007, fto. jco. 4º (JUR 2007\8088) que a, su vez, razona que el criterio de inadmisión del recurso de casación en supuestos en que se impugna la valoración de la prueba pericial ha sido recogido también en «numerosos Autos de esta Sala de inadmisión de recursos de casación ya interpuestos 11, 18 y 25 de mayo, 1 y 8 de junio, 28 de septiembre, 26 de octubre y 2 de noviembre de 2004, en recursos 4/2002 (JUR 2004, 175672), 1915/2001 (JUR 2004, 175541) , 3122/2002 (JUR 2004, 183393) , 1030/2001, 96/2002, 1395/2001 (JUR 2004, 285127), 992/2001 (JUR 2004, 284913) y 1257/2001 (JUR 2005, 14016)».

> «En relación al cuarto motivo de los recursos de casación interpuestos, en la causa de inadmisión de interposición defectuosa, por plantear cuestiones que exceden del recurso de casación, prevista en el art. 483.2.2º en relación con el art. 481.1 y 477.1 de la LEC. Los recurrentes plantean en este motivo su disconformidad con la valoración que hace el Tribunal de Apelación de la prueba pericial realizada en las actuaciones, así como del propio contenido de la citada prueba. En la medida en que ello es así, el recurrente plantea en fase de interposición cuestiones que exceden del ámbito del recurso de casación y que hubieran requerido la previa formulación del recurso extraordinario por infracción procesal para desvirtuar esa base fáctica que constituye el sustento de la conclusión de la Audiencia, intentándose impugnar la valoración de la prueba a través de un recurso inadecuado, cual es el recurso de casación, habida cuenta que los aspectos atinentes a la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de esas reglas y principios que rigen los diferentes medios de prueba y de ésta en su conjunto se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal cuando sea posible su presentación, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, a la aplicación al supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, y en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa (art. 477.1 LEC)».

Resulta más discutible es la revisión del dictamen pericial a través del recurso de casación. Una jurisprudencia muy consolidada ha negado la revisión de la valoración del dictamen pericial en casación, salvo que contenga conclusiones absurdas o ilógicas[2452], bajo el argumento que las reglas de la sana crítica no aparecen recogidas en precepto alguno y, por ello, no podían fundar la casación en el error de derecho (art. 1692.5º LEC\1881 y art. 447.1º LEC).

Frente a ello algunos autores, ya desde la vigencia de la LEC de 1881, han afirmado la posibilidad de revisar en casación la valoración del dictamen pericial por infracción de las máximas de experiencia probatorias (con fundamento en el art. 1692.5º LEC\1881 y art. 447.1º LEC). Desde esta postura se afirma que «partiendo de la similitud estructural entre la presunción y la pericia, las reglas del criterio humano del antiguo art. 1.253 CC (actualmente 386 LEC) y las reglas de la sana crítica del art. 632 LEC 1881 (actualmente 348 LEC), estimamos que la tradicional doctrina jurisprudencial en torno a la revisión de las presunciones en casación, debe ser aplicada también a la prueba pericial, de tal forma que el Tribunal Supremo tenga en la aplicación de las máximas de experiencia técnica la misma libertad que tenía el Tribunal de instancia». Y se añade que «con ello no se entra en la revisión de los hechos probados ni se convierte la casación en una tercera instancia; sino

2452 Una sistematización de los supuestos en que el Tribunal Supremo aprecia una infracción de las reglas de la sana crítica puede verse en Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial…,* ob. cit., pp. 438-451. También pueden verse, entre otras muchas, las STS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2011, fto. jco.3º (RJ 2010\5391) y de 20 de julio de 2007, fto. jco.6º (EDJ 2007/152400) que recoge una síntesis de los supuestos excepcionales en los que se admite el recurso de casación por infracción de las reglas de la sana crítica.

pura y simplemente se permite revisar en casación el enjuiciamiento de las máximas de experiencia utilizadas en la instancia»[2453].

Cabe también la impugnación del dictamen pericial mediante el recurso extraordinario de revisión, en el supuesto que el dictamen pericial se hubiera obtenido fraudulentamente. Constituye motivo de revisión que la sentencia recaída lo hubiera sido «en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia» (art. 510.3º LEC).

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 el motivo de revisión se circunscribía a «los testigos que hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia (art. 1796-3º LEC\1881), mientras que el vigente art. 510.3 LEC incluye en el supuesto integrante de esta causa de revisión tanto a los testigos cuanto a los peritos cuya declaración falsa hubiera constituido el fundamento de la sentencia impugnada.

La responsabilidad penal por delito de falso testimonio del perito (arts. 459 y 460 LEC) es estadísticamente poco frecuente, dada la dificultad de comprobación de la falsedad que requiere normalmente la verificación por otro perito. Y la jurisprudencia del TS es muy restrictiva, pues para que pueda prosperar como motivo de revisión se exige: 1) Una sentencia penal que declare la existencia del delito de falso testimonio –léase falso perito–; 2) Que la declaración del testigo o testigos –léase peritos– condenados haya sido decisiva para adoptar el fallo de la sentencia que se pretende rescindir o anular; 3) Que el carácter decisivo anterior haya sido reconocido o declarado en la sentencia dictada en el proceso penal»[2454].

8. Coste del dictamen pericial

8.1. Provisión de fondos

Tanto el perito designado a instancia de parte, cuanto el de designación judicial pueden solicitar una provisión de fondos, a modo de anticipo a cuenta de la liquidación final. Con ello se pretende atenuar la problemática de la remuneración de los peritos en el momento de aceptar el cargo (epígrafe XI, párrafo 16º Exposición Motivos LEC), huérfana de regulación legal en la precedente LEC de 1881, y que había originado problemas de práctica forense, tales como condicionar la entrega del dictamen a la previa satisfacción de los honorarios pro-

2453 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.326 y del mismo autor *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, pp. 1149-1150. En el mismo sentido, Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, ed. Ariel, Barcelona, 2003, pp. 176-178.

2454 STS, Sala 1ª, de 29 de marzo de 2004, fto. jco.1º (EDJ 2004/12730) la cual, a su vez, cita las SSTS de 21 de febrero de 1989 (EDJ 1989/1875), de 3 de febrero de 1994 (EDJ 1994/850); de 26 de mayo de 1997 (EDJ 1997/4503); y de 14 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/441c64).

fesionales mediante el depósito del dictamen en el colegio profesional del perito, práctica ya censurada por el Tribunal Supremo (SSTS, 14 de febrero de 1994 y 31 de marzo de 1997[2455]).

A menudo se traduce en una solicitud anticipada del importe total de la pericia, como postulan algunos profesionales[2456], y si bien es cierto que la solicitud de provisión de fondos no impide presentar una posterior minuta de honorarios más elevada, existe una cierta «práctica habitual de actuación de los peritos judiciales, a la hora de solicitar la provisión de fondos, de ajustar la misma a la previsible liquidación final» (SAP Asturias, 27 de marzo de 2006[2457]).

Dispone el art. 342.3 LEC: «El perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El tribunal, mediante providencia, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubieran propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del tribunal, en el plazo de cinco días.

Transcurrido dicho plazo, si no se hubiera depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a nueva designación.

Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere se ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior».

La regulación legal ha sido objeto de severas críticas, entre las que destacamos: a) el termino de tres días, a contar desde el nombramiento, para la solicitud de provisión de fondos es demasiado breve para efectuar una estimación objetiva del trabajo por el perito[2458], como también es excesivamente breve el plazo de cinco días para efectuar el depósito[2459]; b) la exención de elaborar el dictamen pericial sin nueva designación de perito si la parte obligada no deposita la provisión de fondos en el plazo legalmente fijado, lo cual equivale a subordinar la eficacia de una prueba pertinente y útil a la observancia de una condición económica[2460]; c) en el supuesto que sean dos las partes que han solicitado la prueba peri-

2455 SSTS, Sala 1ª, de 14 de febrero de 1994, fto. jco.1º (EDJ 1994/1235) y de 31 de marzo de 1997, fto. jco. 2º (EDJ 1997/1626).

2456 Balagué Doménech, J.C., *Los honorarios de peritos judiciales. Vías legales para su cobro*, 2ª ed., ed. Bosch, 2007, p.29, quien justifica su parecer en evitar situaciones desagradables, «especialmente si la parte que ha de liquidarlo [el importe de la provisión de fondos] no haya sido la más favorecida con la prueba pericial objetiva y, además, es la que perdió».

2457 SAP Asturias, secc. 6ª, de 27 de marzo de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/74174).

2458 Balagué Doménech, J.C., *Los honorarios de peritos judiciales…*, ob. cit., p.34.

2459 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.798.

2460 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial,* ob. cit., pp 303 y 320; Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial…*, ob. cit., p.312.

cial, y una de ellas no pague la provisión de fondos que le corresponde, se obliga a la otra –la que sí ha adelantado la cantidad que le corresponde–, a completar la provisión de fondos si quiere que el dictamen se emita, y no siempre la parte puede estar en condiciones de efectuar tal complementación[2461]; d) la necesidad de adecuar la normativa procesal, excesivamente rígida, a un marco más constitucional que garantice la efectividad del derecho a la prueba, a cuyo efecto se ha sugerido, entre otras medidas, la posibilidad de moderación de la cantidad solicitada por el juez; la indicación de las bases del cálculo o de los criterios de facturación; la necesidad de tener conocimiento previo del importe total aproximado del coste de la pericia, incluyendo la comparecencia del perito en el debate y los impuestos que, en su caso, graven la factura; la conveniencia de dar audiencia a las partes; la adecuación de la provisión a las circunstancias del pleito; recurrir a pericias más baratas mediante la flexibilización o cambio del sistema de designación de peritos[2462].

Sería conveniente que el perito no se limitara a solicitar una cantidad alzada, sino que justificara la provisión solicitada, en atención, entre otros factores, a los gastos para cubrir desplazamientos, la necesidad de efectuar análisis o ensayos, la complejidad del trabajo encomendado, la cuantía del proceso, su previsible duración, la emisión del dictamen y su eventual contradicción a presencia judicial. Del mismo modo sería útil que, con anterioridad a decidir sobre la provisión de fondos, el juez pudiera oír previamente a las partes sobre su importe.

El perito debe dirigir un escrito –sin necesidad de abogado y procurador– al tribunal –y no a la parte– con la cantidad solicitada en concepto de provisión de fondos, dentro de los tres días siguientes a su designación. La solicitud no es vinculante para el tribunal, quien podrá reducirla, sin que el perito pueda negarse a elaborar el dictamen pericial pues, como se ha dicho, la provisión de fondos es un anticipo, a cuenta de la liquidación final, y solo se contempla como motivo de exención la falta de depósito de la cantidad fijada por el tribunal (art. 342.3, II LEC). Tampoco parece razonable que el tribunal fije una cantidad mayor que la solicitada, pues el perito puede presentar la posterior liquidación de una cantidad mayor en la fase de tasación de costas.

El perito podrá solicitar, con posterioridad a los tres días siguientes a su designación, una ampliación de la cantidad solicitada, de concurrir circunstancias sobrevenidas y no previstas inicialmente, máxime si atendemos a que el perito es un tercero en el proceso, pudiéndose flexibilizar el rigor preclusivo de los plazos procesales que, en puridad procesal, solo afectan a las partes (art. 136 LEC). El tribunal podrá aumentar la cantidad fijada en concepto de provisión de fondos, siquiera será conveniente que el perito justifique las circunstancias que *ex novo* justifican su ampliación (ej. necesidad de nuevos ensayos o análisis a partir de los inicialmente presupuestados) y que el tribunal proceda restrictivamente[2463].

2461 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 342 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p. 2492.

2462 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 798-799.

2463 En sentido contrario, argumentan la imposibilidad de ampliar la solicitud inicial, Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 342 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p. 1609,

Incomprensiblemente si la parte que ha solicitado la designación judicial de perito no deposita la cantidad solicitada en concepto de provisión de fondos, el perito queda eximido de emitir el dictamen, «sin que pueda procederse a nueva designación» (art. 342. 3, II LEC), privando al juez de un dictamen que ha estimado ya pertinente y útil (art. 339.2, I LEC), pudiéndose evitar tan indeseable consecuencia bien mediante la solicitud de la provisión de fondos a cualesquiera de las partes, bien mediante la aceptación del cargo por un perito que renunciase a la solicitud de una provisión inicial de fondos, bien permitiendo a la parte peticionaria de la prueba ofrecer una garantía suficiente (ej. aval bancario) para cubrir el importe de la provisión de fondos[2464].

Se ha discutido si es exigible la provisión de fondos al perito designado, en fase de ejecución, para la valoración de bienes embargados en el procedimiento de apremio (art. 639 LEC), existiendo resoluciones judiciales opuestas. Los argumentos favorables a la exigencia de la provisión de fondos al perito tasador en el proceso de ejecución son, resumidamente: 1º) La necesidad de acudir a una aplicación analógica del art. 343.2 LEC, ante la inexistencia de una previsión específica en materia de ejecución; 2º) Que tal exigencia debe subsumirse en el deber que corresponde al ejecutante de satisfacer los gastos y costas que vayan produciéndose durante la ejecución, sin perjuicio de su posterior reembolso tras la decisión de las costas (AAP Córdoba, 7 de noviembre de 2002[2465]); 3º) Ni la LOPJ ni ninguna otra norma reglamentaria contempla la existencia de un cuerpo de peritos (o peritos funcionarios), por lo que la parte ejecutante debe pechar con el pago de los honorarios del peritos, siendo la provisión de fondos un anticipo de que el perito será retribuido por su trabajo; 4º) Es función del perito auxiliar al juez en determinadas actuaciones tendentes a la prestación de la tutela judicial efectiva, y entre ellas a valorar los bienes que deben ser objeto de apremio (AAP Toledo, 19 de diciembre de 2005[2466]).

Por el contrario, los argumentos contrarios a la exigencia de la provisión de fondos se resumen del modo siguiente: 1º) El principio de legalidad procesal, pues en la fase de apremio no está prevista una provisión de fondos como ocurre en la fase probatoria; 2º) El art. 343.2 LEC encierra un cierto privilegio a favor del perito que, como tal beneficio, debe interpretarse de forma restrictiva; 3º) Ambos peritos no son equiparables, ni desde el punto de vista de la función que desempeñan, ni desde el punto de vista del tratamien-

nota 2; YÁÑEZ VELASCO, R., *El Peritaje en el Proceso Civil. Estudio especial de su coste económico: Provisión de fondos, justicia gratuita y costas procesales (Doctrina, jurisprudencia y modelos)*, Grupo Difusión, Madrid, 2005, p.260; y rectificando una anterior opinión PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial…,* ob. cit., p.120.

2464 La SAP Madrid, secc.10ª, de 8 de noviembre de 2006, fto. jco.8º (EDJ 2006/372934) razona: «Ex abundantia, conviene reparar en que la LEC configura el ingreso de la provisión de fondos acordada por el órgano jurisdiccional no como un presupuesto formal y, por ende, subsanable, sino como un requisito material cuya inobservancia determina la irremisible pérdida de la oportunidad de practicar la prueba de que se trate».

2465 AAP Córdoba, secc.3ª, de 7 de noviembre de 2002, fto. jco.1º (EDJ 2002/66017).

2466 AAP Toledo, secc.2ª, de 19 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/236455).

to procesal (designación, nombramiento, renuncia...); 4º) La trascendencia de la renuncia por parte de la parte proponente es distinta en uno y otro supuesto: mientras que en fase probatoria supone la renuncia a un medio de acreditación de las alegaciones vertidas, en la fase de apremio supone la imposibilidad de continuar ésta, produciéndose una suspensión indefinida; y 5º) El carácter imperativo que reviste el artículo 639 LEC, que no permite condicionar la realización del informe pericial a la percepción o no de provisión de fondos (AAP Valladolid, 19 de noviembre de 2002[2467]). A tales argumentos, que resultan más convincentes, aun cabría añadir que la previsión de la provisión de fondos (art. 342.3 LEC) se ubica tras una proposición de prueba admitida por el tribunal, sin que en el supuesto del perito tasador exista propiamente una fase probatoria[2468].

8.2. Honorarios del perito y su repercusión en costas

En orden a los sujetos obligados al pago a los peritos hemos de partir del modelo dual de pericia instaurado por la LEC. En la pericial de parte, existe un arrendamiento de servicios profesionales, que determina que sea la propia parte quien asuma inicialmente el pago de los honorarios del perito designado a su instancia, sin perjuicio que, de haber obtenido una sentencia favorable, pueda repercutirlo a la parte condenada en costas.

Algunos autores consideran que el coste de los dictámenes a instancia de parte no se pueden incluir en la tasación de costas (arts. 241.1.4º y 243.2 LEC), ni repercutir sobre la parte vencida, alegando que se trata de dictámenes extraprocesales y que no existe una referencia expresa a los derechos de los peritos de parte en el art. 241.1 LEC[2469]. Se argumenta, desde esta posición, que la inclusión de los honorarios de los peritos de parte en la tasación de costas puede dar lugar a abusos, ya que al haber sido designados por una de las partes, que no viene limitada por el número y calidad de los peritos elegidos, puede incrementar considerablemente el coste del proceso, y al no existir un previo juicio de conveniencia o necesidad del dictamen pericial podría ser incluido en la tasación pese a ser innecesario.

Pese a la autoridad doctrinal de los autores que defienden tal postura, y sin ignorar sus repercusiones prácticas, no podemos compartir dicha tesis por varias razones: a) es cierto que bajo la vigencia de la LEC de 1881 los dictámenes extrajudiciales no se podían incluir en la tasación de costas, por tratarse de una prueba preconstituida sin las garantías procesales acerca de la designación del perito y su contradicción efectiva (SSTS 15 de marzo de 1988 y 18 de

2467 AAP Valladolid, secc.3ª, de 19 de noviembre de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/67290).

2468 Yáñez Velasco, R., *El peritaje en el proceso civil*, ob. cit., p.295, quien extiende la no necesidad de provisión a todos los supuestos en que el perito interviene en ejecución de sentencia –condenas de hacer (art. 706 LEC); liquidación de daños y perjuicios (art. 715 LEC); determinación dineraria de una prestación no dineraria (art. 717 LEC); liquidación de frutos y rentas (art. 718 LEC); pago de frutos en especie (art. 947 LEC)–.

2469 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.318.

mayo de 1993[2470]); pero no es menos cierto que con la LEC los dictámenes elaborados por las partes al margen del proceso e incorporados con sus escritos de demanda y contestación son también prueba pericial y por ello los gastos en que sus honorarios consisten tienen la consideración de costas, sin que tales dictámenes puedan merecer ya la consideración de daños y perjuicios (SAP Ourense, 3 de junio de 2005[2471]); b) el art. 241.1.4º LEC regula el contenido de las costas procesales, y alude a los «derechos de los peritos», sin distinguir entre los peritos por el sistema de su designación, por lo que *ubi lex non distinguire nec nos distinguere debemus*, máxime cuando tan perito es el designado a instancia de parte cuanto el de designación judicial (SAP Palencia, 12 de febrero de 2003[2472]); c) se trata gastos que tienen su origen directo e inmediato en un pleito (art. 241.1 LEC), pues aun cuando no se han elaborado en el seno del proceso, «son actuaciones en las que se fundan y justifican tanto la reclamación como la defensa de los derechos deducidos en el proceso»[2473]. y d) de producirse abuso en el número de peritos escogidos por la parte o de aportarse dictámenes innecesarios pueden subsanarse por la vía de impugnación de la tasación de costas, e impugnarse los honorarios del perito sea por excesivos, sea por indebidos (art. 245.2 LEC).

En la pericial de designación judicial, y siguiendo a Serra Domínguez, se han apuntado tres reglas para el pago de los honorarios del perito: 1º. En principio la parte que ha solicitado la designación judicial de peritos corre a cargo de las costas procesales; 2º. Si son ambas partes las que lo han solicitado y convienen en que sea un solo perito el que emita el dictamen las costas se repartirán por partes iguales entre ellas; 3º. Los honorarios devengados por el perito se incluirán en la tasación de costas y serán reintegrados por la parte condenada[2474].

Los honorarios del perito, sea de parte o de designación judicial, pueden incluirse en la tasación de costas, con independencia que el perito haya acudido a ratificar su informe en el acto del juicio o de la vista[2475]. Se ha razonado acertadamente que: 1º) los dictámenes a instancia de parte –y lo mismo cabe afirmar con respecto a los dictámenes de designación judicial– no precisan de ratificación para su validez y son un auténtico medio de prueba.Y 2º) la mención a la intervención en el proceso de los peritos (art. 241.1.4º LEC), referida al «proceso» lo es a éste en toda su amplitud, no pudiendo ser reducida exclusivamente a la vista o juicio[2476].

A los efectos de su repercusión en costas, habrá que estar a la resultancia del pronunciamiento –condenatorio o no– sobre las costas procesales. Como resume Montero

2470 SSTS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 1988, fto. jco.2º (EDJ 1988/2164) y de 18 de mayo de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/4677).

2471 SAP Ourense, secc.2ª, de 3 de junio de 2005, fto. jco.5º (EDJ 2005/14613).

2472 SAP Palencia, de 12 de febrero de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/20971).

2473 Serrano Massip, M., *Los caracteres de la prueba pericial privada*…, ob. cit., p.10.

2474 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.318.

2475 SAP Barcelona, secc. 16ª, de 14 de diciembre de 2005 (citada por Achón Bruñen, M.J., ob. cit., pp. 135, nota a pie núm. 292).

2476 Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 335 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.668.

Aroca, debemos distinguir dos supuestos: 1º) Si hay condena en costas, la parte condenada debe pagar los honorarios de todos los peritos; los de la parte contraria dentro de la condena y tasación de costas y los peritos propios fuera de ellas, incluidos los peritos de parte; 2º) Si no hay condena en costas, cada parte pagará las costas propias y la mitad de las comunes. La regla general es que la prueba propuesta por las dos partes origina unas costas comunes, mientras que la pedida por sólo una parte origina costas propias, salvo cuando haya habido una ampliación a objeto no pedido por la parte proponente[2477].

Respecto de los peritos designados de oficio (art. 339.5 LEC) –una de las modalidades de designación judicial–, algunos autores se inclinan por excluirlos de la tasación de costas y entender que deben ser abonados por el Estado[2478], aun cuando estimamos preferible que se incluyan en la tasación de costas, dado que no existe precepto alguno en el orden civil – a diferencia de lo que sucede en el proceso penal (arts. 358 y 465 Lecrm)– que obligue al Estado al pago de los honorarios de los peritos, y tratándose de un dictamen acordado de oficio debemos entender que se adoptó en interés de ambas partes y para la mejor formación de la convicción judicial[2479]. En los supuestos de peritos designados de oficio (art. 339.5 LEC) se estará en primer lugar a la imposición de costas, y en defecto de imposición, será posible dividirlas entre las partes.

Problema similar se origina con respecto de los dictámenes periciales acordados excepcionalmente como diligencia final de oficio (art. 435. 2 LEC), que también deberán incluirse en la tasación de costas[2480], como sucedía con respecto de las derogadas diligencias para mejor proveer. En tal caso – al igual que en el supuesto de designación de perito de oficio del art. 339.5 LEC– se estará en primer lugar a la imposición de las costas procesales, y sólo en defecto de imposición, es posible dividirlas entre las partes, como si se tratara nuevamente de un perito de designado de común (art. 339.2 *in fine* LEC)[2481].

En el supuesto de ampliación del dictamen se han propuesto diversas alternativas: unos autores postulan que su importe se divida entre quien solicitó el dictamen y la parte que solicitó la ampliación[2482]; otros sostienen que los gastos de la ampliación corran a cargo de la parte que designó al perito, no para la parte proponente de la ampliación[2483]; y para

2477 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.337.

2478 Fuentes Soriano, O. y Gimeno Sendra, V., *Las costas. Tasación e impugnación*, en «Proceso Civil Práctico», t. III, Gimeno Sendra, V. (dir), ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 2-12.

2479 Achón Bruñen, Mª J., *Las costas y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2008, p.135.

2480 SAP Jaén, secc.2ª, de 30 de enero de 2004 (citada por Achón Bruñen, Mª. J, ob. cit., pp. 136, nota a pie núm. 295).

2481 Yáñez Velasco, R., *El Peritaje en el Proceso Civil*, ob. cit., p.354.

2482 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., p.375.

2483 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos…*, ob. cit., p.339.

unos terceros el pago de los honorarios de la ampliación corresponde a quien la ha solicitado porque aumenta el trabajo del perito[2484].

Debemos distinguir si la ampliación versa sobre el mismo objeto de la pericia, a modo de matización, en cuyo caso las gastos corren a cargo del proponente de la prueba; o, por el contrario, se amplía el objeto de la pericia a otros extremos no pedidos por la parte proponente, a modo de lo que podríamos considerar una contraprueba pericial, en cuyo caso los gastos del perito se deberán sufragar por mitad entre la parte proponente de la prueba y la parte proponente de la ampliación o en la proporción que corresponda, según recoge el art. 342 LEC[2485].

Los honorarios de los peritos, al igual que los de los letrados, podrán ser impugnados por excesivos, en cuyo caso tras oír al perito y recabar el dictamen del colegio al que pertenezca, el tribunal deberá resolver si mantiene la tasación de costas o reduce su importe (art. 246 LEC). Mayor dificultad presenta la impugnación de los honorarios de los peritos por indebidos, pues no obstante cierto sector doctrinal admite su impugnación cuando los dictámenes de parte han resultado inútiles o superfluos[2486], debemos recordar que tienen un tratamiento procesal muy similar a los documentos, sin que exista propiamente un juicio de admisión, y suscita la duda de si es necesario en la sentencia –o, en su caso, en el auto de inadmisión– un pronunciamiento específico sobre la inutilidad del dictamen.

8.3. Procedimiento para reclamar los honorarios del perito

El devengo de los honorarios del perito se produce con la emisión del dictamen pericial, con independencia del resultado del proceso, y a abonar por la parte que lo haya propuesto, con independencia también que existiendo condena en costas puedan incluirse en la tasación de costas, debiéndose analizar las vías legales que dispone el perito en el supuesto que sus honorarios no sean atendidos voluntariamente por los sujetos obligados al pago.

A diferencia de los procuradores y los letrados, los peritos no podrán acudir al procedimiento de la jura de cuentas para reclamar sus honorarios, aun cuando durante la tramitación parlamentaria de la LEC se intentó introducir un procedimiento con la finalidad de habilitar para los peritos el cauce de la jura de cuentas (enmienda núm. 1124 del Grupo Convergència i Unió).

2484 Serra Domínguez, M., *Prueba pericial,* ob. cit., p.318.

2485 Del mismo parecer Martín Contreras, L., *La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, cntencioso-administrativo y social (Legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, 5ª ed., ed. Comares, Granada, 2005, pp. 48-49.

2486 Achón Bruñen, M.J., *Las costas procesales…*, ob. cit., p.134, quien limita la impugnación por indebidos a los dictámenes de parte, excluyéndola con respecto a los dictámenes de designación judicial, «pues se presume que su actuación ha sido necesaria».

Dicha enmienda pretendía la adición del art. 353 bis al PLEC, con el tenor literal siguiente:

«Los peritos que intervengan en el proceso podrán exigir los honorarios correspondientes a los dictámenes realizados a la parte o partes que deban satisfacerlos de acuerdo con el artículo 239.1.

Si las partes obligadas al pago no lo hiciesen en el plazo de veinte días desde su reclamación por el perito, éste podrá solicitar que el órgano jurisdiccional proceda por la vía de apremio. En su caso, el órgano jurisdiccional dará traslado de la solicitud a las partes por plazo común de diez días, para que las partes aleguen lo que a su derecho convenga. La tramitación y la decisión de la impugnación se resolverá de acuerdo con lo establecido en el artículo 244.

Las disposiciones de los apartados anteriores no se aplicarán a la parte titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita. El pago de los honorarios en ningún caso será exigible con anterioridad a la firmeza de la resolución por la que finalice el proceso y el sujeto que, en su caso, resulte finalmente obligado al pago de los honorarios se determinará con arreglo a lo que establece la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita»[2487].

La citada enmienda no prosperó, y a diferencia de lo que sucede en el proceso penal (art. 242 Lecrm), el perito no podrá acudir al procedimiento de jura de cuentas (arts. 34 y 35 LEC), cuya legitimación activa se circunscribe a los abogados y procuradores, tal y como recuerda constante jurisprudencia (STS, 1 de octubre de 1991[2488]).

Otra cosa es que el perito se sirva del procedimiento de jura de cuentas a través de la figura del procurador para reclamar sus honorarios o que *de lege ferenda* se postule reformar la vigente regulación para reconocer la jura de cuentas del perito. Así se ha propuesto que «una vez emitido el dictamen pericial, el perito podrá utilizar para el cobro de sus honorarios el procedimiento establecido en el art. 35 frente a la parte que hubiere interesado su nombramiento o frente a la parte condenada al pago de las costas, interesándose en su caso informe del Colegio al que pertenezca»[2489].

Para reclamar los honorarios del perito existen varios procedimientos. En primer lugar, el proceso declarativo ordinario que corresponda según la cuantía. La jurisprudencia ha sancionado tal posibilidad «sin que, en consecuencia, tengan [los peritos] que esperar el resultado condenatorio en costas, ni menos aún sujetarse al estricto y específicamente

2487 Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 1479, 26 de marzo de 1999, p.530.

2488 STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 1991 (Ar. 7711).

2489 Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.845.

determinado procedimiento de tasación de costas, regidas por las normas y finalidad propia del proceso del que dimanan» (SAP Madrid, 10 de febrero de 2003[2490]).

Con mayor razón podrán acudir los peritos al juicio ordinario en el proceso concluido por la sentencia en la que no se hace expresa condena en costas, situación en la que, como es sabido, no se puede instar la tasación de costas, en cuyo caso los peritos deberán reclamar sus honorarios contra quien o quienes les propusieron en el juicio ordinario correspondiente (SAP Madrid, 11 de junio de 2007[2491]). El perito designado por la parte deberá dirigir su demanda frente a ella; y el perito de designación judicial dirigirá su demanda frente a ambas partes, si ambas propusieron la prueba pericial, o frente a la parte proponente de la prueba pericial, si solo fue propuesta por una de ellas.

La acción del perito para reclamar sus honorarios profesionales por vía ordinaria prescribe por el transcurso de tres años (art. 1967 CC), pero presenta el doble inconveniente de que puede resultar lento y que el juez que resuelve la reclamación de honorarios es distinto que el juez que conoció el proceso en el que el perito emitió su dictamen[2492].

En segundo lugar, y en caso que la sentencia contenga condena en costas, pueden reclamarse los honorarios del perito por la vía de apremio, si la parte condenada no los hubiera satisfecho antes que la contraria solicite la tasación de costas (art. 242.1 LEC). El perito carece de legitimación activa para instar la vía de apremio, pues es la parte vencedora y no el perito –ni el abogado, ni el procurador– el titular del crédito que lleva aparejada la condena en costas (entre otras muchas, STC de 26 de febrero de 1990[2493] y STS de 15 de marzo de 1985[2494]), y deberá esperar a que la parte favorecida por la condena en costas inicie la vía de apremio. Otra cosa es que el perito –al igual que los abogados, procuradores y demás personas que han intervenido en el juicio–, puedan dirigirse no a la parte procesal por cuya cuenta haya actuado, sino directamente a la secretaría del tribunal presentando minuta detallada de sus honorarios (art. 242.3 LEC).

En tercer lugar, el proceso monitorio. El perito, sea designado a instancia de parte o sea de designación judicial, puede reclamar sus honorarios a través del juicio monitorio,

2490 SAP Madrid, secc.18ª, de 10 de febrero de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/22291).

2491 SAP Madrid, secc. 11ª, de 16 de junio de 2007, fto. jco. 3º (EDJ 2007/108765).

2492 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.319.

2493 La STC de 26 de febrero de 1990 (EDJ 1990/2133) razona: «El titular del crédito privilegiado que origina la condena en costas es la parte beneficiaria de la misma y no los profesionales que la han representado y defendido».

2494 La STS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 1985, fto. jco.1º (EDJ 1985/7234) razona: «[...] la relación establecida entre el perito que haya emitido su informe y la parte que interesó la prueba pericial, no se altera ni modifica por la condena en costas impuesta en la sentencia, pues la nueva relación jurídica derivada de tal pronunciamiento se establece única y exclusivamente entre los litigantes, es decir, entre la parte vencedora, como acreedora, y la parte condenada, como deudora, y en modo alguno entre el Abogado, Procurador, perito, etc., de la parte favorecida y la parte condenada».

puesto que si se ha admitido –no sin controversia doctrinal[2495] y jurisprudencial[2496]– tal facultad a los abogados, también debe reconocerse a los peritos, en cuanto ambos son profesionales intervinientes en el proceso, con el añadido, en el caso de los peritos, que no pueden acudir a la vía de la jura de cuentas (SAP Asturias, 22 de diciembre de 2004[2497]).

A los efectos del art. 815.1 LEC, esto es, de la necesidad de acompañar en el juicio monitorio un documento que constituya «un principio de prueba del derecho del peticionario» se ha considerado suficiente la aportación de la copia del acta de aceptación del cargo de perito y la correspondiente minuta por la emisión del dictamen (AAP Barcelona, 17 de marzo de 2003[2498]).

Y, por último, también cabrá acudir al procedimiento arbitral. Ya lo había puesto de manifiesto Font Serra con respecto a la derogada LEC de 1881, también con la vigente LEC nada impide reclamar los honorarios periciales a través del juicio arbitral, mediando el oportuno contrato de compromiso y en estos supuestos hay que tener en cuenta que el laudo se ejecuta por el Juez de 1ª Instancia[2499].

En los supuestos de justicia gratuita el pago de la minuta de honorarios del perito procederá reclamarlos al Ministerio de Justicia, a través de la Gerencia Territorial de la Administración de Justicia, y en aquellas Comunidades Autónomas que tengan transferida esta competencia, a través del organismo competente del Gobierno autonómico[2500].

2495 En la doctrina, también se ha mostrado favorable a la reclamación de los honorarios del abogado por el cauce del juicio ordinario Correa del Casso, J. P., *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p.76; Achón Bruñen, M.Jª, *Las costas procesales…*, ob.cit., p.236. Y, en sentido contrario, no admite la posibilidad de acudir al juicio monitorio para la reclamación de honorarios de Letrado Magro Servet, V., *El proceso monitorio*, ed. Sepin, Madrid, 2006, pp. 68-73, quien efectúa una síntesis de los argumentos a favor y en contra de tal posibilidad.

2496 A favor de la admisibilidad del proceso monitorio para la reclamación de los honorarios de abogados y procurador –AAP Guipúzcoa, secc. 2ª, de 14 de febrero 2005; AAP Barcelona, secc.14ª, de 27 de abril de 2006; AAP Sevilla, secc. 5ª, de 26 de diciembre de 2006; AAP Madrid, secc. 20ª, de 9 de abril de 2007; AAP Girona, secc. 2ª, de 11 de abril de 2007; y en contra de la admisibilidad del proceso monitorio para la reclamación de honorarios de Letrado y Procurador –AAP Guipúzcoa, secc. 2ª, de 20 de febrero de 2006–, jurisprudencia toda ella que puede verse en Garberí Llobregat, J., *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Bosch, 2008, pp. 104-114.

2497 SAP Asturias, secc. 5ª, de 22 de diciembre de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/206655), la cual invoca también en su favor los AAP Barcelona de 17 de marzo de 2003 y AP Burgos de 6 de mayo de 2003. En la doctrina, también se ha mostrado favorable a su reclamación por el cauce del juicio ordinario Achón Bruñen, M. Jª, *Las costas procesales…*, ob.cit., p.236.

2498 AAP Barcelona, de 17 de marzo de 2003, citado en la antedicha SAP Asturias, de 22 de diciembre de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/206655).

2499 Font Serra, E., *La prueba de peritos en el proceso civil*, ob. cit., p.79.

2500 Balagué Doménech, J. C., *Los honorarios de los peritos…*, ob. cit., p.76.

8.4. Asistencia pericial gratuita

La designación en los supuestos de asistencia jurídica gratuita se regula en el art. 6.6 de la Ley Asistencia Jurídica Gratuita, modificado por la disposición final decimoquinta de la LEC, cuyo párrafo primero es del tenor literal siguiente: »El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: [6] Asistencia pericial gratuita a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de la Administraciones públicas».

Y en el párrafo segundo, del mismo art. 6.6, y con carácter restrictivo, se añade: «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».

A los efectos de emitir el dictamen el legislador ha fijado una gradación en función de la especialización del perito y de su mayor o menor vinculación con la función pública; de modo que, en primer lugar, deberán emitir el dictamen el personal técnico adscrito al órgano jurisdiccional; en segundo lugar, y a falta de este personal, los funcionarios, organismos o servicios públicos dependientes de las Administraciones públicas; y solo en tercer lugar, y de modo excepcional, los peritos privados.

El nombramiento del perito privado, a partir del transcrito art. 6.6, II LAJG, se somete a una triple exigencia: 1º) La excepcionalidad del supuesto, entendiendo por tal la falta de especialización de los peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones Públicas; 2º) La necesidad de llevar a cabo la pericia, apreciada por el órgano judicial en resolución motivada; y 3º) La designación del perito privado se hará por insaculación entre los peritos privados que correspondan (actualmente, sistema de lista corrida)[2501].

La regulación legal de la asistencia pericial gratuita presenta desventajas económicas y técnicas. Económicas puesto que solo se reconoce el derecho a la prueba pericial una vez iniciado el proceso, y la persona que carece de recursos económicos difícilmente va a poder aportar –ni siquiera «anunciar» (art.339.1 LEC)– el dictamen si tiene que sufragarlos con sus propios recursos, con lo que tácitamente renunciará a su aportación, y además, no puede elegir a la persona que deba efectuar el dictamen[2502].

Y técnicas, puesto que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita prevé con carácter excepcional la designación del perito «privado»[2503], que es la modalidad ordinaria de dictamen

2501 Rodríguez García, N., *Justicia gratuita: un imperativo constitucional*, ed. Comares, Granada, 2000, p.146.

2502 González Pillado, E. e Iglesias Canle, I., *La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista Xurídica Galega, núm. 27, 2º trimestre, 2000, p.315.

2503 Garciandía González, P., *Algunas cuestiones relativas a la asistencia pericial gratuita*, en RDP, núm. 1, 1998, p.136.

prevista en la LEC[2504]. De ahí que las personas con recursos económicos pueden aportar el dictamen por perito a instancia de parte y solicitar, además, el dictamen de designación judicial, mientras que, por el contrario, las personas con menos recursos económicos difícilmente van a poder presentar un dictamen de parte, aun cuando lo consideren necesario para la defensa de su derechos.

La situación para el titular el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es equiparable a la del que dispone de recursos económicos, porque en la práctica si no se dispone de recursos económicos difícilmente se podrá aportar un dictamen de perito privado[2505]; y si se tiene que acudir al sistema de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, solo se podrá designar al perito una vez iniciado el proceso, y sin que se pueda elegir a la persona del perito, al recaer la designación sobre peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas (art. 6.6 LAJG)[2506].

Para paliar estos inconvenientes, y en aquellos supuestos de reclamación judicial de una cantidad que no pueda determinarse si no a través de un informe pericial, el actor y titular de la asistencia jurídica gratuita podrá aportar su dictamen y determinar la cantidad exacta objeto de indemnización, no con la demanda –como exigen imperativamente los arts. 265.1.4º y 336.1 LEC–, sino en un informe posterior –como permite el art. 339.1 LEC–, pero en todo caso con anterioridad a la Audiencia Previa, si se trata de un juicio ordinario o antes de la vista si se trata de un juicio verbal. Esta posibilidad, permite el acceso a la tutela judicial efectiva del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y no genera indefensión a ninguna de las partes, porque en el acto de la Audiencia Previa o de la vista se podrá efectuar alegaciones sobre la cantidad solicitada (AAP Cáceres, 21 de junio de 2004[2507]).

En cuanto al procedimiento, los peritos designados conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita deben remitir a la Gerencia del Ministerio Competente una previsión del coste económico de la pericia, en función del tiempo previsto para la realización de la pericial y los gastos necesarios para su realización. La provisión inicial del coste quedará automáticamente aprobada si en el plazo de un mes, desde su remisión, la Gerencia Territorial no formula ninguna objeción a su cuantificación (art. 39 RAJG[2508]).

2504 Blasco Soto, Mª C., *La asistencia pericial gratuita en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000*, Diario La Ley, 2000, Ref. D-253, Tomo 7, ed. La Ley.

2505 Como advierte con agudeza Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 339 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2470, «incluso dicha presentación podría tomarse como un indicio de que las circunstancias económicas alegadas para obtener el reconocimiento del derecho no eran correctas lo que puede originar la revocación del derecho, artículo 19 LAJG».

2506 La situación de desigualdad del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita es destacada por Blasco Soto, Mª C., *La asistencia pericial gratuita en la Ley de Enjuiciamiento de 2000*, diario La Ley, 2000, ref. D-253, t. 7 y también por Picó i Junoy, J., *La prueba pericial…*, ob. cit., pp. 104-105.

2507 AAP Cáceres, secc.1ª, de 21 de junio de 2004, fto.jco.2º (EDJ 2004/68373).

2508 AAP Cáceres, secc. 1ª, de 21 de junio de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/68373).

En cuanto a la remuneración del perito, si se trata de personal adscrito a los órganos jurisdiccionales o dependientes de las Administraciones del Estado su retribución se subsume en el salario que perciben del Estado. Mientras que si se trata de técnicos privados, su remuneración corre también a cargo del Estado, a través del Ministerio de Justicia (art. 38.1 RAJG), el cual podrá exonerarse de su pago en tres supuestos: 1º) Si el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita obtiene un pronunciamiento favorable en costas (art. 38.1 a) RAJG), en cuyo caso la parte condenada en costas deberá retribuir a los peritos privados; 2º) Si no existiera condena en costas, y los beneficios obtenidos por el titular del derecho a la asistencia justicia gratuita superan en tres veces la cuantía de las costas causadas en su defensa (art. 38.1 b) RAJG), en cuyo caso el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita deberá retribuir a los peritos privados; y 3º) Si el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita hubiera sido condenado en costas, pero en los tres años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna (art. 38.2 c) RAJG), también deberá retribuir a los peritos privados.

9. Prueba pericial caligráfica

La prueba pericial caligráfica, regulada en los artículos 349 a 351 LEC, ha sido definida como «una pericia específica que consiste en un procedimiento por el cual se procede a verificar la autenticidad de una letra escrita en un documento cuando aquella hubiera sido puesto en duda por la parte a quien pudiera perjudicarle»[2509]. Y en la Partida Tercera, Título VIII, Ley 118, se definía a los peritos calígrafos como «buenos omes, e sabidores consigo, que sepan bien conocer, e entender las formas e las figuras de las letras, e los variamientos de ellas»[2510].

Se trata de una prueba de naturaleza jurídica pericial siquiera «especial»[2511] o «instrumental de la prueba documental»[2512], cuyo objeto puede ser tanto un documento público cuanto un documento privado –aun cuando más comúnmente éste último– y referida no al contenido del documento, sino a la autenticidad del mismo.

Desde esta perspectiva debe ponerse en relación la prueba pericial caligráfica con la carga que pesa sobre las partes de pronunciarse sobre los documentos de contrario en la au-

2509 Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 349 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1632.

2510 de Miguel y Alonso, *La cientificidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español*, en rev. Iberoamericana derecho procesal, 1972, p.67.

2511 Destacan la naturaleza jurídica de prueba pericial «especial» Asencio Mellado, J. Mª, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.825 y Guzmán Flujá,V., *Comentario al art. 349 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob.cit., p.2540.

2512 Garciandía González, P., *Comentario al art. 349*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1201.

diencia previa (art. 427.1 LEC). En todo caso, como se ha dicho acertadamente la función del perito calígrafo es determinar la autenticidad de una firma o de una letra, pero no la capacidad mental de su autor, que debe ser objeto de una pericial médica, o la antigüedad de una firma, que debe ser objeto de una pericial química[2513].

En orden al estatuto jurídico del perito las dos cuestiones más relevantes son las relativas a su capacidad y el sistema de designación. No se establece ninguna norma sobre la capacidad específica del perito calígrafo, pudiendo ser incluso prácticos en la materia (art. 340.1 LEC), aun cuando normalmente son titulados en documentoscopia, grafística (pericia caligráfica) o grafología, ya sea en el marco de una titulación universitaria –en donde existan dichas especialidades–, ya sea en el marco de otros estudios o títulos no universitarios pero reconocidos oficialmente, y pertenecen a asociaciones profesionales (ej. Asociación Profesional de Peritos Calígrafos o Sociedad Española de Grafología), superando una jurisprudencia más antigua que venía entendiendo que podían ser designados peritos los técnicos del Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios y, en su defecto, profesores de enseñanza general básica (STS, 8 de mayo de 1978[2514]).

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 y al amparo del art. 631 LEC, se había admitido la pericia de corporaciones oficiales, tales como el Gabinete Técnico de identificación de la Dirección General de la Policía (STS 29 de enero de 2001[2515]), resultando una cuestión más alambicada con la LEC en la medida que la pericia de designación judicial debe efectuarse conforme al sistema de lista corrida del art. 341 LEC y pueden suscitarse dudas de si se acude a tales expertos como técnicos de una Administración Pública o simplemente como expertos privados –fuera de su horario de servicio y con la debida compatibilidad–, y todo sin perjuicio de otros problemas importantes derivados del proceso civil, cual es el relativo a la retribución que percibirían[2516].

En cuanto al sistema de designación, la remisión legal del art. 349.3 LEC a los artículos 341 y 342 LEC ha comportado que algún sector doctrinal niegue la posibilidad

2513 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob.cit., p.328.

2514 La STS, Sala 1ª, de 8 de mayo de 1978, fto. jco. 1º (EDJ 1978/143): «[…] y puesto que los artículos 606 y 609 de la Ley rituaria no hacen mención alguna de la calidad específica que han de reunir «los peritos revisores» de letras, *es correcta la designación de un Maestro de instrucción primaria, en la actualidad Profesores de E. G. B.*, según se desprende de tales disposiciones en relación con el artículo 615 de la propia Ley, *cuando no existiere en el partido judicial técnico perteneciente al Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios*, siendo de resaltar, por lo que al caso importa, que el demandado solicitó que la prueba de cotejo de letras propuesta por su antagonista fuese practicada por el Gabinete Técnico de la Dirección General de Seguridad, poco ajustada sin duda a las normas ordinarias de realización de la pericia en el proceso civil fuera del supuesto singular contemplado por el artículo 631,…» (La cursiva es nuestra).

2515 STS, Sala 1ª, de 29 de enero de 2001, fto. jco.3º (EDJ 2001/359).

2516 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 349 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob.cit., p.2544, se muestra partidario de explorar alternativas legales para poder contar como peritos calígrafos a los funcionarios especializados de los Cuerpos de Fuerzas y Seguridad del Estado porque sus dictámenes gozan de gran reputación y de una garantía de acierto elevado.

que la prueba pericial caligráfica pueda ser practicada por peritos designados a instancia de parte[2517]. Sin embargo, parece más acertado distinguir dos supuestos:

1º) En el caso que una parte impugnare la autenticidad de un documento privado o de un documento público del apartado 2º del art. 349, el cotejo se practicaría por perito designado judicialmente, tal y como se establece en el art. 349.3 LEC.

2º) En el caso que una parte dispusiera de un documento privado y un documento indubitado podría aportar la correspondiente prueba pericial caligráfica que sería admisible, siempre que fuera pertinente y útil[2518].

En orden al procedimiento, la prueba pericial caligráfica se propondrá en la audiencia previa en el juicio ordinario o en la vista del juicio verbal, habiéndose postulado *de lege ferenda* suavizar el rigor preclusivo del momento de la proposición, en cuanto que siendo una prueba de carácter normalmente subsidiario –y para el supuesto que se negare la autenticidad de una firma o una letra en el interrogatorio de las partes o en el interrogatorio de testigos– sería preferible esperar a la práctica de estas pruebas, para evitar inconvenientes derivados del sistema de designación, aceptación y nombramiento del perito[2519].

La práctica de la prueba consiste en el contraste entre un documento dubitado y otro que se considera indubitado o, de no existir documentos indubitados, en la formación de un cuerpo de escritura (art. 350 LEC). El documento dubitado, como es sabido, es aquel cuya firma o letra ha sido impugnado. El documento indubitado viene enumerado, sin carácter de *numerus clausus*, en la ley, considerándose como tales: los documentos reconocidos como tales por las partes; las escrituras públicas relativas al documento nacional de identidad; los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa; el escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique (art. 350.2 LEC).

En la casuística jurisprudencial se ha negado el carácter de firma indubitada a la plasmada en el momento de practicar la derogada confesión en juicio, cuando el firmante conocía que tal firma serviría para cotejar las firmas dubitadas de un contrato, mayormente cuando no se había formado un cuerpo de escritura, ni tampoco se había ofrecido al perito la posibilidad de cotejar las firmas debitadas con las que obraban en la fotocopia del DNI (SAP Murcia, 19 de septiembre de 1995[2520]).

De no existir documentos indubitados, se procederá por parte de quien se atribuya el documento dubitado a la formación de un cuerpo de escritura que dictara el Tribunal

2517 Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., p.169.

2518 de la Oliva, A., *Comentario al art. 349 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.606.

2519 Serra Domínguez, M., *La prueba pericial*, ob. cit., p.327.

2520 SAP Murcia, secc.2ª, de 19 de septiembre de 1995, fto.jco.4º (EDJ 1995/10256).

o el Secretario Judicial (art. 350.3 LEC). En este particular, hay que atender a dos normas de valoración específicas.

Una norma es el art. 350.3 LEC, que establece que, a falta de los documentos que el mismo precepto [en su apartado segundo] considera indubitados, se puede requerir a la parte a la que se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice, para que forme cuerpo de escritura, y si el requerido se negase a ello, el documento impugnado se considerará reconocido. Desde la jurisprudencia se ha considerado que la incomparecencia del autor de la firma dubitada para la formación del cuerpo de escritura debe apreciarse como una conducta obstativa, que solo puede redundar en su contra (SAP A Coruña, 20 de febrero de 2002[2521]).

Otra norma es el art. 350.4 LEC, que establece que si no hubiese documentos indubitados y fuese imposible el cotejo de un cuerpo de escritura, por fallecimiento o por ausencia de quien debiera formarlo, el tribunal apreciará el valor del documento impugnado, sin que se haya practicado el cotejo de letras, conforme a las reglas de la sana crítica. Como apunta Font Serra, ello significa que el documento puede constituirse en un elemento más para formar la valoración judicial en una valoración conjunta de la prueba, tal y como venía sosteniendo la jurisprudencia[2522] (STS, 11 de junio de 1985[2523]).

Cuando del cotejo de letras o comprobación se desprendiera la autenticidad del documento, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o la comprobación serán exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Además, si a juicio del tribunal, la impugnación hubiera sido temeraria, podrá imponerle una multa de 120 a 600 euros (art. 326.2 II en relación art. 320.3, ambos de la LEC).

La valoración de la prueba pericial caligráfica se remite a las normas generales de valoración de la prueba pericial (art. 351.2 LEC), y a diferencia de la anterior regulación, no se establece que el tribunal haga por sí mismo la comprobación (art. 609 LEC). El resultado de la prueba pericial caligráfica puede ser negativo, en el sentido de concluir que el documento dubitado y el indubitado no han sido escritos por la misma persona[2524]; puede ser positivo, para concluir, en sentido contrario, que ambos documentos –dubitado e indu-

2521 SAP A Coruña, secc. 1ª, de 20 de febrero de 2002 (EDJ 2002/15776).

2522 Font Serra, E., *El dictamen de peritos*…, ob. cit., p.174.

2523 La STS, Sala 1ª, de 11 de junio de 1985, fto. jco.4º (EDJ 1985/7415) afirma: «[…] finalmente, no es cierto que se haya procedido por el juzgador de la instancia con quebrantamiento de ese precepto, pues, en efecto, acudiendo a los antecedentes puntualizados para el debido examen del motivo, nada impide que, *en hipótesis (que el recurrente mantiene) de falta absoluta de documento indubitado con el que efectuar el cotejo, opere el párrafo segundo del artículo seiscientos siete, que autoriza al órgano jurisdiccional para que aprecie el documento privado según su sano juicio y (supuesto que ellas existan) en combinación con las demás pruebas*, de suerte que en ese supuesto extremo de no contarse con documento indubitado todavía el documento privado ha de ser valorado…» (La cursiva es nuestra).

2524 SAP Almería, secc.1ª, de 22 de junio de 2004, fto. jco. 3º (EDJ 2004/83135).

bitado– son obra de una misma persona, o puede, finalmente, concluir que no es posible establecer si ambos documentos han sido escritos, o no, por la misma persona[2525].

Bibliografía

Abel Lluch, X. con Picó i Junoy, J., *Viabilidad de las diligencias finales de oficio en segunda instancia*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010, Diario La Ley, número 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y 15; Aragó Honrubia, I. Mª, *La intervención del perito en el acto de la vista*, en «Aspectos Prácticos de la Prueba Civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006; Balagué Doménech, J.C., *Los honorarios de peritos judiciales. Vías legales para su cobro*, ed. Bosch, Barcelona, 2007; Banacloche Palao, J., *La pericia: claves para un planteamiento eficaz de la prueba*, en rev. Iuris, núm. 71, abril, 2003; Blasco Soto, Mª. C., *La asistencia pericial gratuita en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000*, en Diario La Ley, 2000, Ref.D-253, t. 7, Editorial La Ley; Calvo González, S., *Compatibilidad entre la pericial de parte y la de designación judicial en la LEC 2000*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005; de la Rúa, J., *El «posicionamiento» ante documentos y dictámenes en la audiencia previa*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006; *–La facultad del art. 429.1, II y III LEC y la preclusión probatoria. ¿Puede el juez proponer medios de prueba cuyo momento procesal ha precluído (ej. dictámenes y documentos)?*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (coords), J.M.Bosch, Barcelona, 2005; de Miguel y Alonso, *La cientificidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español*, en rev. Iberoamericana derecho procesal, 1972; Devis Echandia, H., *Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1969, pp. 857-899; Domínguez Izquierdo, E.Mª, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002; Esparza Leibar, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000; Flores Prada, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000; *–La prueba de peritos en el proceso civil español*, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974; Forcada Noguera, M., *Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006; Garciandía González P., *Algunas cuestiones relativas a la asistencia pericial gratuita*, en RDP, núm. 1, 1998, pp. 129 y ss.; Gómez de Liaño González, F., *Del dictamen de peritos*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)», AAVV, coordinador F. Gómez de Liaño, ed. Forum, Oviedo, 2000; González Pillado, E.

2525 SAP Málaga, secc.4ª, de 25 de noviembre de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/81779).

e Iglesias Canle, I., *La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista Xurídica Galega, núm. 27, 2º trimestre, 2000; Illescas Rus, A.V., *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002; López Chocarro, I., *Sombras y contradicciones que justifican una futura reforma*, en rev. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 703, de 20 de abril de 2006; López-Muñiz Goñi, M., *La Prueba Pericial*, 2ª ed., ed. Colex, Madrid, 2004; Luaces Gutiérrez, A.I., *La responsabilidad del perito. Aspectos prácticos*, en Uned, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 24, 2004; Magro Servet, V. (coord.), *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación,* ed. La Ley, Madrid, 2007; –*Proposición de prueba pericial en el juicio verbal: análisis de la STC 60/2007*, en rev. de Jurisprudencia El Derecho, núm. 3, junio 2007; Montero Aroca, J., *Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal,* en «La prueba pericial en el proceso civil», Ledesma Ibánez, P. y Zubiri de Salinas, F. (dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII/2006, CGPJ, Madrid, 2006; –*La prueba en el proceso civil*, 4ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2005; Muñoz Sabaté, LL. *¿Qué puede hacer un juez ante dos dictámenes contradictorios?*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2008, núm. 1; –*El peritaje judicial y la introducción de hechos nuevos a través del mismo*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2007, núm. 3; Pereda Gámez, F.J., *La prueba pericial en los litigios derivados de la ley de ordenación de la edificación*, en «La prueba pericial en el proceso civil», Ledesma Ibáñez, P. y Zubiri de Salinas, F. (dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII/2006, CGPJ, Madrid, 2006; Picó i Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2001; Puig Basili, L., *Prueba pericial médica. Valoración del daño corporal,* en «La prueba pericial en el proceso civil», Ledesma Ibáñez, P. y Zubiri de Salinas, F. (dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII/2006, CGPJ, Madrid, 2006; Requero Ibáñez, J.L., *La prueba pericial en el proceso contencioso-administrativo*, rev. La Ley, nº 5000, de 25 de febrero de 2000; Ríos Salmerón, B., *Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros medios*, en «La prueba en el proceso laboral», Agustí Julia, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIII/1997, CGPJ, Madrid, 1998; Serra Domínguez, M., *Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2003, núm. 3; –*La prueba pericial*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. dijusa, Barcelona, 2000; –*De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, 2ª ed., Madrid, 1991; –*Nombramiento de peritos por insaculación*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Ariel, Barcelona, 1969; Serrano Massip, M., *Los caracteres de la prueba pericial privada y su influencia en la inclusión de los honorarios de los peritos en las costas procesales,* en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 13, ed Aranzadi, SA, Pamplona, 2004; Yáñez Velasco, R., *El Peritaje en el Proceso Civil. Estudio especial de su coste económico: provisión de fondos, justicia gratuita y costas procesales (Doctrina, jurisprudencia y modelos)*, Grupo difusión, Madrid, 2005; Zubiri de Salinas, F., *¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, núm. 50, julio 2004.

CAPÍTULO XIV

La prueba documental[2526]

1. Introducción. 2. La prueba documental. 2.1. Naturaleza jurídica. 2.2. Notas características. 2.3. Las nuevas fuentes de prueba y su acceso al proceso como prueba documental. 3. El documento. 3.1. Las diversas nociones de documento. 3.2. Elementos del documento. 3.3. Funciones del documento. 3.4. Tipología de documentos. 3.5. Diferencias entre documento e informe. Tipología legal de documentos a efectos probatorios en la LEC. 4.1. Documentos procesales. 4.2. Documentos y otros medios de prueba relativos al fondo del asunto. 4.3. Documentos exigidos en casos especiales. 5. La distinción entre el documento público y el privado. 5.1. El documento público: concepto y enumeración. 5.2. El documento privado. 5.3. El documento oficial. 5.4. Los libros de los comerciantes. 6. Presentación de los documentos. 6.1. Momento procesal. 6.2. Forma. 6.3. Idioma. 6.4. Copias. 7. Deber de exhibición documental. 7.1. Documentos en poder de la partes. 7.2. Documentos en poder de terceros. 7.3. Documentos de las entidades oficiales. Verificación documental. 8.1. Prueba de la autenticidad del documento. 8.2. Verificación del documento público. 8.3. Verificación del documento privado. 9. Eficacia probatoria de la prueba documental. 9.1 Eficacia común a todo documento. 9.2. Eficacia de los documentos públicos. 9.2.1. Documentos públicos en general. 9.2.2. Documentos públicos administrativos. 9.2.3. Documentos públicos en materia de usura. 9.2.4. Documentos públicos extranjeros. 9.3. Eficacia de los documentos privados. 9.4. Eficacia de las fotocopias. 9.5. Colisión de la prueba documental con otros medios de prueba. 10. Impugnación de la prueba documental. 10.1. Impugnación del juicio de admisión. 10.2. Impugnación del documento con anterioridad a la valoración en sentencia. 10.3 Impugnación del documento tras la valoración en sentencia: recursos frente a la resolución judicial. 10.4. Impugnación por falsedad documental. Bibliografía.

1. Introducción

El estudio de la prueba documental comprende varias cuestiones que agrupamos en los siguientes apartados. En un primer apartado, de carácter dogmático, se aborda la noción de prueba documental y de documento. Ante la incertidumbre doctrinal, deben precisarse las diversas nociones del documento, sus elementos constitutivos y sus clases, con particular atención a la distinción legal y tradicional en nuestros códigos procesales civiles entre documentos públicos y privados. Será necesario verificar si el denominado «documento electrónico» encaja en la noción legal de documento y verificar si las nuevas fuentes de prueba (internet, informática, etc.) pueden acceder al proceso a través de la prueba documental.

2526 Publicado en la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, núm. 4, J.M.Bosch, 2010 y revisado para esta obra.

Podemos anticipar que las nuevas fuentes de prueba pueden servirse del cauce de la prueba documental para acceder al proceso. De ahí que sea necesario distinguir entre una prueba documental en soporte escrito y una prueba documental en soporte no escrito (audiovisual, informático o electrónico). El presente capítulo se limita al estudio del régimen jurídico de la prueba documental en soporte escrito en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

En un segundo apartado, y desde el punto de vista del derecho probatorio, la cuestión más relevante es el acceso de los documentos al proceso, particularmente en atención a los momentos procesales de aportación, dado que se trata de un medio de prueba sujeto a estrictas reglas de preclusividad. Interesa también la forma y el idioma de aportación, especialmente cuando se trata de un documento redactado en idioma extranjero. Esta aportación está sujeta a una normativa específica, según el documento obre en poder de la parte contraria, de un tercero o de una Administración.

En un tercer apartado, y como presupuesto de la fuerza probatoria de prueba documental, hay que atender a la verificación documental, puesto que a la prueba documental precede la prueba de la autenticidad del documento, cuya verificación sigue una normativa distinta según se trate de un documento público o un documento privado.

En un cuarto apartado, se analiza la eficacia probatoria del documento, siendo necesario delimitar el ámbito de prueba tasada del documento, tanto público cuanto privado, de aquel otro ámbito en que queda sujeto a la libre valoración judicial, pues aun siendo la prueba tasada por excelencia el ámbito de eficacia tasada aparece circunscrito legalmente.

El estudio se cierra con un amplio análisis de la impugnación de la prueba documental, que comprende desde la impugnación del propio juicio de admisión de la prueba documental, pasando por la impugnación en la audiencia previa – a través del denominado trámite de posicionamiento ante documentos (art. 427.1 LEC)–, y por la impugnación a través de los recursos correspondientes una vez dictada sentencia en la instancia, hasta finalmente la impugnación por falsedad documental.

2. La prueba documental

2.1. Naturaleza jurídica

La prueba documental, en conocida afirmación de Guasp, es un medio de prueba, un medio de prueba procesal y un medio de prueba de naturaleza real[2527].

Es un medio de prueba en cuanto persigue la certeza sobre determinadas afirmaciones de hecho introducidas por las partes en sus escritos de alegaciones. Se recoge, en su doble categorización de documento público y privado, en la enumeración legal de los medios de prueba (art. 299.1. 2º y 3º LEC), siguiendo el precedente de la LEC de 1881 (art. 578.2º y 3º).

2527 Guasp, P. y Aragoneses, J., *Derecho Procesal Civil,* t. I, 7ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2005, p.455.

Es un medio de prueba procesal en cuanto se propone y practica para acreditar hechos controvertidos que se ventilan en un concreto proceso. La LEC ha puesto fin a la doble regulación de los medios de prueba en un cuerpo procesal (LEC\1881) y otro sustantivo (CC), siquiera con respecto de la prueba documental aún subsisten los artículos del Código Civil (arts. 1216 a 1230 CC, salvo el art. 1226 CC, expresamente derogado por la Disposición Derogatorio Única 2). La regulación de la normativa sobre documentos en el Código Civil, pese a su ubicación legal, tiene una naturaleza procesal indudable.

Y es un medio de prueba de naturaleza real, en cuanto constituido por una cosa u objeto, no por una persona ni por una actividad. Frente a la noción de prueba personal, en la que el instrumento probatorio se encuentra en las personas –sean las partes o terceros (testigos o peritos)–, se alza la de prueba real, en la que el instrumento probatorio lo constituyen las cosas, esto es, «todos aquellos objetos del mundo exterior que aparecen al hombre como desligados de su propia personalidad o de la de cualquier sujeto»[2528].

Incluso se ha afirmado que en el ámbito del common law, y particularmente en Estados Unidos, la tendencia dominante es considerar las pruebas documentales no como un tipo especial de pruebas, sino como un caso del concepto más amplio de prueba real o demostrativa[2529], entendiendo por prueba real una diversidad de elementos probatorios comprensivos de sucesos, comportamientos, situaciones u objetos que son o pueden ser directamente percibidos por el juzgador[2530].

La naturaleza jurídica de la prueba documental exige reparar en la doble distinción, procedente de Carnelutti[2531] y con influjo en toda en la doctrina posterior, entre documentos dispositivos y testimoniales; y entre documento y acto documentado.

Son documentos *dispositivos* –también llamados constitutivos– aquellos que encierran en sí mismos un determinado acto o negocio jurídico –ej. una escritura pública o un testamento–. Son documentos *testimoniales* –también llamados declarativos– los que contienen declaraciones de ciencia o conocimiento de los otorgantes –ej. una acta notarial, un albarán de entrega de una mercancía o una carta que narra lo presenciado o percibido–, distinguiéndose, a su vez, según la declaración proceda de los propios interesados –documentos confesorios– o de terceros –documento testimonial en sentido estricto-[2532].

2528 Guasp, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, en «Estudios Jurídicos», 1ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 410 y 411, quien también, y junto a las pruebas personales y las pruebas reales, incluye la prueba por presunciones, considerada en la LEC no como un medio de prueba, cuanto un método de razonamiento.

2529 Taruffo, M., *La prueba,* ed. Marcial Pons, 2008, p.76.

2530 Taruffo. M., *La prueba*, ob. cit., p.102.

2531 Carnelutti, F., *La prueba civil*, (traducc. Alcalá-Zamora y Castillo), 2ª ed., edit. Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 177 y ss.

2532 Esta distinción la recogen, entre otros autores: Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, Madrid, 1976, p.341, para quien el documento dispositivo «es el que incorpora una declaración

Los documentos dispositivos, en cuanto regulan relaciones jurídicas *inter partes*, producen sus efectos habitualmente al margen del proceso, limitando su eficacia probatoria, dentro del proceso y con el carácter de prueba plena, a determinados extremos –existencia del documento, fecha e intervinientes–. Por el contrario, los documentos testimoniales pueden tener una finalidad esencialmente probatoria, sujeta a la sana crítica del juez. Como expresa MONTERO AROCA, el hecho que un testigo exponga su conocimiento de los hechos ante un notario, no puede hacer que el testigo y su conocimiento de los hechos tengan valor de prueba legal[2533].

También desde CARNELUTTI se distingue entre el acto documentado, referido a la declaración de conocimiento o de voluntad, y el documento, entendido como el instrumento que incorpora dicho acto[2534]. Deberá separarse el hecho o acto jurídico de la cosa que lo representa. MONTERO AROCA ejemplifica la distinción del modo siguiente: «un contrato no es el papel en el que se plasma, sino el acto de declaración de voluntades que lo constituye; la distinción puede hacerse entre el acto (actividad humana) y el acta (documento), añadiéndose que uno es el autor del acto y otro del acta»[2535].

2.2. Notas características

Sin ánimo exhaustivo, destacamos las notas características siguientes:

a) Carácter indirecto de la prueba documental. Los códigos procesales enumeran los diversos medios de prueba, sin un orden lógico o científico. Desde el punto de vista científico pueden distinguirse medios de prueba directos –en los que el juez entra en contacto directo el objeto de la prueba (ej. reconocimiento judicial)– y los indirectos –en los que el contacto del juez con la prueba es por representación y el medio de prueba sirve para llevarle al juez el conocimiento de un hecho que no percibe (ej. documento)–.

   La prueba documental es un medio de prueba indirecto, pues la percepción judicial directa es sustituida por la representación. El documento recoge la representación presente de un hecho ausente y algún rastro de ese hecho ausente[2536], pudiendo ser la re-

---

jurídica constitutiva, un acto de voluntad jurídico-negocial o de otra clase (ley, sentencia, mandato de autoridad en general, o el negocio jurídico-privado, unilateral o bilateral: testamento, contrato, etc.) y el documento testimonial «contiene una declaración de *saber* de un acto jurídico»; GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p.448; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 231-234; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.290; y RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ed. Atelier, Barcelona, 2008, p.743.

2533 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.290.

2534 CARNELUTTI, F., *La Prueba Civil* (traduc. Alcalá-Zamora y Castillo), 2ª ed., ed. Desalma, Buenos Aires, 1982, pp. 154-156.

2535 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.290.

2536 COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., ed. B de F Ltda., Buenos Aires, 2004, p.216.

presentación de un hecho pasado, de un hecho presente e incluso de un hecho futuro, a diferencia del testigo, cuyo objeto es siempre la declaración sobre un hecho pasado[2537].

b) Carácter representativo de la prueba documental. Se ha afirmado acertadamente que «el documento carece de valor en sí mismo, teniéndolo exclusivamente el contenido del documento»[2538], pues el documento es el objeto que representa (esto es, reproduce o refleja) su contenido. Desde el punto de vista procesal, el documento es un objeto material capaz de representar un hecho con relevancia procesal.

La propia etimología confirma el carácter representativo, pues la voz documento, procedente del latín *docere*, significa «enseñar, hacer conocer»[2539]. La utilidad de la prueba documental radica en el hecho que incorpora mediante la escritura u otra señal impresa la representación de un pensamiento, de un conocimiento o de cualquier actividad humana y, entre ellas, las que tienen trascendencia jurídica[2540].

c) Carácter preconstituido de la prueba documental. Desde Bentham se distingue entre las pruebas preconstituidas, esto es, preparadas con anterioridad al proceso y con finalidad probatoria, y pruebas simples o causales[2541]. Y aun cuando muchas veces se utiliza el término preconstitución, desprovisto de la finalidad intencionada o probatoria, el documento nace y se constituye con anterioridad al proceso, a diferencia de otros medios de prueba –ej. interrogatorio de las partes o de testigos– que normalmente se producen en el proceso.

No es extraño que algunos autores analicen la prueba documental bajo el epígrafe de las pruebas preconstituidas[2542] y otros autores analicen los factores de indocumentación como constatación que la preconstitución de los negocios jurídicos «es una meta deseable, pero no una realidad actual»[2543].

Ahora bien, no se puede confundir la prueba documental con la prueba preconstituida, puesto que existen pruebas preconstituidas no documentales, como pueden ser un interrogatorio de testigos practicado antes del proceso. Lo decisivo para calificar a una prueba como preconstituida es que se haya formado con anterioridad al proceso, sea o no con intencionalidad probatoria[2544].

2537 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, 5ª ed., ed.Victor P. de Zavalía, 1981, p.520.

2538 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., 2000, p.234.

2539 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p.486.

2540 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.742.

2541 Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. Comares, Granada, 2001, pp. 23 y 195 y ss.

2542 Silva Melero,V., *La prueba procesal*, Madrid, 1964, I, pp. 235 y ss.

2543 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp. 395 y ss., analiza exhaustivamente lo que califica de «factores subjetivos de indocumentación» y «factores objetivos de indocumentación».

2544 Devis Echandía, H. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p.524.

d) Incertidumbre doctrinal sobre la noción de documento. Una de las mayores dificultades en el estudio de la prueba documental –como medio de prueba– reside en la diversidad de nociones del documento –como fuente de prueba–. El debate se ha centrado en la exigencia de la escritura y, en menor medida, del soporte papel, pues los avances de la técnica han permitido formas no escritas de representación (el sonido y la imagen) y recogidas en soportes distintos del papel (audiovisuales, informáticos o electrónicos)[2545].

Aun cuando la LEC acoge un concepto estricto de prueba documental, que presupone la escritura y el soporte papel, resulta pacífico que la representación de un hecho puede hacerse por formas distintas de la escritura –ej. la imagen y el sonido– y recogerse en soportes distintos de la escritura –ej. cintas magnetofónicas, películas, fotografías, discos de ordenador, ficheros electrónicos, etc.

e) Menor incidencia del principio de la oralidad y de sus principios-consecuencia de inmediación, concentración y publicidad. La oralidad es innecesaria para transmitir la información que el documento contiene, pues basta el examen del juzgador por sí mismo para apreciar la eficacia probatoria del documento.

La inmediación judicial es una garantía para la práctica de la prueba y, de impugnarse la autenticidad del documento, se establecen los mecanismos legales para su verificación con posibilidad de contradicción de las partes. La prueba documental tampoco requiere concentración en un solo acto, siquiera para preservar los principios de igualdad de armas y buena fe procesal la aportación de los documentos coincide, por regla general, con la fase de alegaciones procesales. La publicidad del documento se deriva del carácter público del proceso.

f) Carácter detallado de la regulación positiva de la aportación, exhibición y autentificación. La prueba documental es objeto de especial regulación procedimental en lo relativo a la aportación al juicio, los deberes de exhibición (entre partes, de terceros y de la Administración Pública) y la verificación de la autenticidad, caso de impugnación.

A diferencia de otros medios de prueba, en los que el legislador se ha centrado en los aspectos subjetivos, tales como la idoneidad del testigo, los sujetos que ostentan la condición de parte o la cualificación del perito, y el modo de introducir su declaración en el proceso, la regulación de la prueba documental se centra en los momentos de aportación del documento y el efecto preclusivo de la aportación extemporánea, las posibilidades de la obtención del documento, los efectos de la negativa a la exhibición, y los mecanismos para verificar su autenticidad.

g) Carácter disperso de la regulación legal sobre la prueba documental. La prueba documental se regula no sólo en Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también en el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley del Notariado y el Reglamento del Notariado.

2545 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.288.

La Disposición Derogatoria Única de la LEC ha suprimido los artículos que regulaban la prueba, pero ha mantenido casi todos los artículos (arts. 1216 a 1230 CC) reguladores de los documentos –tanto públicos como privados–, salvo el art. 1216 CC, objeto de derogación expresa.

Dentro la categoría de los documentos públicos notariales, la Ley y el Reglamento del Notariado permiten distinguir entre las escrituras públicas (art. 17 Ley del Notariado[2546] y art. 144 Reglamento del Notariado[2547]) y las actas, y, a su vez, dentro de éstas últimas, las de presencia (arts. 199 y ss. Reglamento del Notariado), de referencia (art. 208 Reglamento), de notoriedad (art. 209 y ss. Reglamento), de protocolización (art. 211 y ss. Reglamento) y de depósito ante Notario (art. 216 y ss. Reglamento).

2.3. Las nuevas fuentes de prueba y su acceso al proceso como prueba documental

La distinción entre fuente y medio de prueba, procedente de Carnelutti[2548] y desarrollada por Sentís Melendo[2549], resuelve el interrogante de con qué se prueba. Las fuentes de prueba son conceptos preexistentes al proceso (la parte, el testigo, el documento, la cosa que ha ser examinada, el conocimiento técnico del perito) y los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso (interrogatorio de las partes o de testigos, reconocimiento judicial, dictamen de peritos).

Las fuentes de prueba son los instrumentos que las partes deben averiguar para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que el juez se sirve para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos, con carácter limitado, por el legislador[2550].

La LEC resuelve la tensión entre el carácter ilimitado de las fuentes de prueba y el carácter limitado de los medios de prueba recogiendo una enumeración de medios de prueba «clásicos» (art. 299.1. LEC comprensivo del interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), positivizando unos medios de prueba «modernos» (art. 299.2 LEC, comprensivo de los medios de reproducción de palabra y sonido y de la prueba por

2546 Ley 2/1862 Orgánica del Notariado, publicado en la Gaceta de 29 de mayo de 1862.

2547 Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, publicado en el Boe de 7 de julio de 1944.

2548 Carnelutti, F., *La Prueba Civil*, ob. cit., pp. 67 y ss.

2549 Sentís Melendo, S., *La Prueba*, Ejea, 1979, pp. 14-16.

2550 Precisando aun más esta distinción, Montero Aroca, J. (*La prueba civil*, ob. cit., pp. 151-152) apunta que la fuente es un concepto extrajurídico, que existe con independencia que llegue a realizarse o no en el proceso y es lo sustantivo o material; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico –y, más específicamente, procesal–, que se forma en un proceso concreto y consiste en una actividad.

soportes informáticos) y abriendo las puertas a medios de prueba «futuros» e innominados (art. 299.3 LEC) mediante la fórmula legal siguiente: «Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

El art. 299.3 LEC contiene una fórmula genérica que actúa simultáneamente como cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas fuentes pruebas (desconocidas o atípicas) y como «cláusula residual que cierra todo el sistema probatorio»[2551]. Y aun cuando la literalidad del art. 299.3 LEC alude a «cualquier otro *medio* no expresamente previsto en los apartados anteriores», se está refiriendo, en puridad procesal, a cualquier otra *fuente* de prueba, puesto que los medios son limitados y las fuentes ilimitadas.

La aparición de nuevas fuentes de prueba derivadas de los avances tecnológicos (internet o documento electrónico, entre ellas) pueden encajar en el concepto de documento como fuente de prueba, aun no sirviéndose de un soporte papel. Como afirmaba Couture sería ilógico que el magistrado se viera privado de aplicar los nuevos métodos de prueba, en razón de que, cuando ocurrió el acto, ese medio de prueba no se hallaba instituido para demostrarlo[2552]. A su vez, y de modo distinto, observamos algunos documentos (el dictamen de peritos, entre ellos) plasmados por escrito y en soporte papel que se regulan y tienen encaje legal en la prueba pericial (arts. 335 y ss LEC).

De los anteriores razonamientos se desprende una doble conclusión:

1ª) No todo documento escrito accede al proceso como prueba documental. También es un documento escrito el dictamen de peritos que accede al proceso no por el cauce de la prueba documental, sino por el de la prueba pericial. La escritura y el soporte papel no comportan ineludiblemente el acceso de una fuente de prueba a través del cauce (medio) de la prueba documental.

2ª) No sólo el documento escrito se introduce en el proceso a través de la prueba documental. Así, y por citar los anteriores ejemplos, internet o el documento electrónico, pueden acceder al proceso a través de la prueba documental, y se trata de fuentes de prueba que se sirven de un soporte informático (internet) o electrónico (documento electrónico), sin necesidad de su traslación a un soporte papel para que puedan desplegar eficacia probatoria.

Una de las tareas del Derecho Probatorio será analizar si las nuevas fuentes de prueba (internet, documento electrónico, etc.) pueden servirse del cauce de la prueba documental para acceder al proceso y las dificultades inherentes a su introducción, como puede ser su impugnación o su eficacia probatoria. El *quid* de la cuestión radica en determinar a través de qué medio de prueba pueden acceder al proceso las nuevas fuentes de prueba.

2551 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.21.

2552 Couture, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.213.

Se ha admitido que el contenido de una página web o de un correo electrónico, por citar dos ejemplos, pueden ser reconocidos mediante el interrogatorio de las partes o de testigos, y que los documentos, tanto públicos como privados o multimedia, constituyen el medio idóneo para llevar al proceso los contenidos de la red. Se admite también que el dictamen pericial es un medio para probar hechos sucedidos en la red y que el reconocimiento judicial, a través de la llamada prueba por cibernavegación, es apto para trasladar al conocimiento judicial algún contenido de la red[2553].

3. El documento

3.1. Las diversas nociones de documento

A diferencia de otros medios de prueba, cuyo concepto es relativamente pacífico, existe «incertidumbre doctrinal»[2554] con respecto del documento, pudiéndose distinguir, en el ámbito procesal, tres orientaciones doctrinales, según el acento se sitúe en la movilidad (concepción amplia), en la escritura (concepción estricta) o en la función representativa (concepción intermedia) del documento.

Esta incertidumbre se agrava por la doble regulación de la prueba documental, en la LEC y en el Código Civil, y por el hecho que la doctrina civilista suele tener un concepto de documento distinto –normalmente más estricto, constreñido al solo escrito en el cual se ha fijado un pensamiento a través de palabras– que el de la doctrina procesalista[2555].

En una concepción amplia el documento es cualquier objeto físico mueble susceptible de ser llevado a presencia judicial. Representada por Guasp, para quien el documento es «aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado a la presencia del Juez para su posible incorporación a los autos»[2556], esto es, «cualquier objeto con función probatoria que puede ser llevado a presencia del Juez»[2557].

Este autor parte de la existencia de una prueba que llama real, en la que un objeto físico sirve como instrumento para convencer al juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales. Sostiene que la esencia del concepto de documento no radica en su función representativa, que pone en tela de juicio, ni tampoco su carácter escrito, sino en su movilidad y en su tratamiento procesal para la aportación al proceso.

2553 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, Revista Jurídica de Cataluña, 2001, p.1079.

2554 La expresión, gráfica y certera, es de Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil,* ob. cit., p.288.

2555 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, ob. cit., p.407.

2556 Guasp, J. y Aragoneses, J., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.446.

2557 Guasp, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales,* ob. cit., pp. 420 y 421.

Guasp incluye dentro del concepto de documentos aquellos objetos que no tienen una función representativa (un tejido o un papel sin escritura) y distingue los documentos –objeto que es susceptible de ser llevado a presencia judicial para su incorporación al proceso– de los monumentos –objeto cuyo examen se realiza mediante el traslado del juez al lugar donde se encuentra, por tratarse de un inmueble–. Se trata, en todo caso, de un concepto amplio de documento, que no presupone la escritura.

En sentido opuesto, una concepción estricta circunscribe el concepto de documento a todo objeto escrito, con independencia del soporte material y del lenguaje gráfico expresado. Representada por Gómez Orbaneja, para quien documento es «la incorporación de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales», puesto que «cuando la LEC y el CC hablan de documentos, entienden por tales los *escritos*»[2558].

La identificación entre documento y escrito, como explica Devis Echandía, «es consecuencia de que el CC de Napoleón y los que en éste se basan, se refieren únicamente a éstos últimos [instrumentos o escritos], distinguiéndolos en instrumentos públicos y privados»[2559]. En esta construcción dogmática, el soporte puede ser papel, pero también puede ser un trozo de tela, de metal, de madera, de piedra o de cualquier sustancia. Y el lenguaje debe ser escrito, bien por signos usuales, bien por signos convencionales.

Dentro de esta concepción estricta, algunos autores mantienen posiciones más matizadas y otros más restrictivas. Más matizadamente Prieto Castro distingue entre una noción estricta de documento, que comporta la escritura y es la que regula el derecho positivo, y una noción más amplia en que la que engloba todo material que encierre una representación de un pensamiento «aunque no sea por escrito»[2560]. Y más restrictivamente Cortés Domínguez restringe el concepto de documento, al exigir no solamente como presupuesto la escritura, sino también el soporte papel, pues «documento es sólo y exclusivamente la representación de un pensamiento escrito en papel» y «cualquier otra manifestación de pensamiento escrita en materia distinta del papel no puede ser objeto de prueba por documentos», siéndolo en todo caso de reconocimiento judicial[2561].

Una tercera concepción intermedia y mayoritaria considera como documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso. Esta teoría pone el acento más en la representación que en la grafía. La representación puede obtenerse bien mediante el sistema tradicional de la escritura, bien mediante otros sistemas más modernos, como pueden los instrumentos de reproducción de la imagen y del sonido, pues ya Carnelutti, desde principios del siglo pasado, había aceptado el documento fotográfico, fonográfico y cinematográfico.

2558 Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.339.

2559 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., p.488.

2560 Prieto Castro y Ferrándiz, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.166.

2561 Cortés Domínguez V., *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., ed. Colex, Madrid, 2001, p.291.

Desarrollada esta teoría por Carnelutti[2562], fue seguida por Devis Echandía[2563] y en España, entre otros, por Serra Domínguez[2564], Ramos Méndez[2565] y Montón Redondo. Este último autor afirma que documento es «todo aquello capaz de incorporar datos que cualquiera puede obtener, no solo por la lectura sino también por el visionado a la audición»[2566].

Dogmáticamente el concepto de documento permite incluir los objetos que se recogen en cualquier soporte, incluso los distintos del papel, y en cualquier grafía, incluso la no escrita, en línea con lo previsto en el Código Penal, conforme al cual documento es «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria» (art. 26 CP). La ampliación conceptual del término documento, ya existente desde hace años en otros países –ej. art. 2712 Código Civil italiano en relación con art. 261 Código Procedimiento Civil–, ha sido posible en España merced a la evolución jurisprudencial que ha dado cabida a documentos no escritos[2567].

Sin embargo, la LEC, en coherencia con el anunciado propósito de «no forzar la noción de prueba documental» (Exposición de Motivos[2568]) y siguiendo el precedente de la LEC de 1881[2569], opta por un concepto estricto de documento, que presupone el soporte

2562 Carnelutti, F., *La prueba civil*, ob. cit., pp. 156 y ss.

2563 Devis Echandía, H.; *Teoría de la prueba judicial*, t. 2, 5ª ed., 1981, p.486., para quien «documento es toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera».

2564 Serra Domínguez, M., *La prueba documental,* ob. cit., p.236, para quien documento «todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso».

2565 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., 2008, p.742.

2566 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.178.

2567 Cervelló Grande, J. Mª,. y Fernández, I., *La prueba y el documento electrónico*, en «Derecho de Internet», Mateu de Ros, R. y Cendova Méndez de Vigo, J.M. (dirs.), Aranzadi, Navarra, 2000, p.386, analizan la evolución del término documento en la jurisprudencia y en la legislación y citan, entre otras, y como reflejo de esta progresiva ampliación del término «documento» la STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992\ 9458) –que admite el video como medio de prueba–; la STS, Sala 1ª, de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9435) que define los documentos como aquellos en que hay constancia «generalmente escrita»; la STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1989 (RJ 1989\5283) en que se califican expresamente como documento privado unas fotografías; o la STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1996 (RJ 1996\6079) que admite perfeccionado un contrato mediante fax y le concede eficacia probatoria.

2568 Exposición LEC (párrafo 13ª epígrafe XI): «No habrá de forzarse la noción de prueba documental […] y no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una *consideración análoga a la de las prueba documentales*». Esto es, no son documentos, pero sí tienen tratamiento procesal similar.

2569 Recordemos que el art. 578. 3ª LEC 1881 aludía, literalmente, a «los documentos privados y la correspondencia», lo que significaba implícitamente que el documento privado debía revestir forma escrita y estaba relacionado con la correspondencia.

papel y la escritura. Varios son los argumentos que corroboran esta afirmación: a) La regulación de la aportación de documentos (arts. 265 y ss. LEC), pues al aludir a los medios de la reproducción de la imagen y del sonido y de los soportes informáticos, se hace de ellos una mención aparte y sin considerarlos documentos. La propia rúbrica del art. 265 LEC alude a los «documentos *y otros escritos y objetos* relativos al fondo del asunto»[2570]. b) La regulación de la presentación de copias (arts. 273 a 280 LEC) alude siempre a los escritos y documentos, nunca a las copias de los medios de reproducción de la imagen y del sonido o de los soportes informáticos. c) La enumeración de los medios de prueba en el art. 299 LEC, que en su apartado primero incluye los documentos y en su apartado segundo regula, de modo independiente –«y con cierto aire de secundariedad», en gráfica expresión de Monton Redondo[2571]–, los medios de reproducción de la imagen y del sonido y los soportes informáticos. d) Los arts. 317 a 323 (documentos públicos), 324 a 327 (documentos privados) y 328 a 334 (disposiciones comunes) regulan el régimen jurídico de las distintas clases de documentos y sus aspectos comunes, y entienden que se trata de escritos[2572].

Únicamente se aparta de la exigencia de la escritura el art. 333 LEC, rubricado «extracción de copias de documentos que no sean escritos», en alusión a «los dibujos, fotografías, croquis, planos, y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos».

De los anteriores argumentos se deduce que, a efectos de prueba civil, el documento requiere el doble requisito de la expresión escrita de un acto o pensamiento humano y del soporte que pueda llevarse al tribunal para ser unido a los autos[2573]. Se han definido como documentos aquellos que «su aportación vendrá al proceso por medio de un soporte mueble, generalmente papel, de carácter autónomo y fácilmente manejable y trasladable, que incorpora escritura en forma de palabras o cifras, y cuyo contenido y significado se puede entender y visualizar de forma inmediata»[2574].

Los medios de reproducción de la imagen y del sonido y la prueba por soportes informáticos se consideran un medio de prueba autónomo, distinto de los documentos, como se desprende de su enumeración aparte en el listado del art. 299 LEC y de su regulación autónoma (sección 8ª, dentro del Capítulo VI –«De los medios de prueba y las

2570 La cursiva es nuestra para resaltar la distinción legal entre los documentos, por una parte, y los otros escritos y objetos, por otra parte.

2571 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», ob. cit., p.177, afirma que los medios de reproducción «se introducen y regulan como medios independientes, incluso alejados de los demás en su tratamiento específico: núm. 1 del art. 299, los primeros; número 2 de mismo artículo, los segundos, encabezándose con el adverbio «también», como diciéndonos: junto a estos medios de prueba, que son los de siempre, los buenos, los auténticos, hay otros, como con cierto aire de subsidiariedad».

2572 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 292-293.

2573 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.293.

2574 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 264 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.2083.

presunciones»– del Título I del Libro II, arts. 382 a 384 LEC), siquiera en muchos aspectos su regulación es muy similar (así, por ejemplo, se impone también el deber de aportación inicial –art. 265.1.2º LEC–). Todo ello en coherencia con lo previsto en la Exposición de Motivos de la LEC que prevé la regulación de los medios audiovisuales y los soportes informáticos y anticipa que «haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales».

Para dar cabida a los medios de prueba técnicos dentro de la prueba documental era necesario reformular el concepto «clásico» de documento, apegado a la escritura y al papel, aceptando que «los nuevos soportes serán los documentos del siglo XXI»[2575], opción descartada por el legislador[2576], con olvido que estos nuevos soportes no son más que una modalidad de documentos singularizada por su obtención y materialización a través de medios técnicos.

Bajo la LEC de 1881 la incertidumbre doctrinal sobre el concepto de documento provocó que en otros textos positivos –ej. art. 26 CP de 1995, ya citado– se elaborara una noción autónoma de documento. La concepción tradicional del documento de la LEC, apegada a la escritura y al soporte papel, ha provocado que el legislador tenga que ofrecer nociones más amplias y comprensivas de documentos en soportes distintos del papel y mediante textos no escritos, sea en la propia LEC –art. 812 LEC, para el juicio monitorio o el art. 728.2 LEC para el solicitante de medidas cautelares, sea en leyes posteriores– ej. art. 114 Ley 24/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social o art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica–.

El citado art. 812 LEC, al regular las deudas que son susceptibles de reclamarse por el proceso monitorio, permite que se acrediten «mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase *o el soporte físico en que se encuentren,…*». El art. 728.2 LEC requiere al solicitante de medidas cautelares «los datos, elementos y justificaciones documentales» conducentes a justificar sus pretensiones y se admite que tal acreditación «en defecto de justificación documental» pueda hacerse de otra manera, abriendo la vía para los medios reproductivos. El art. 114 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social permite que los documentos públicos notariales se realicen en soportes informáticos y gocen igualmente de fe pública. Y el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ofrece una definición de documento electrónico (art. 3.5), considera que el documento electrónico puede ser el soporte de documentos públicos y privados (art. 3.6) y que el soporte en que se hallen firmados los datos electrónicamente sea admisible como prueba documental (art. 3.8), todo lo cual ha provocado que se añada un apartado 3º al art. 326 LEC, regulador de la fuerza probatoria de los documentos privados, que contempla el documento electrónico.

2575 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, p.441.

2576 Se puede ver una crítica al concepto legal de documento, como «extremadamente clásico y tradicional», en Lorca Navarrete, A.Mª, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, p.672.

Con la doctrina mayoritaria, entendemos por documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso[2577]. Bajo este concepto tienen cabida los documentos en soporte papel y no papel, expresados mediante la escritura u otra señal impresa, y también, por ende, los medios de reproducción de la imagen y el sonido y la prueba por soportes informáticos, e incluso los llamados documentos electrónicos, pues como afirma Serra Domínguez «documento no es sólo un escrito, sino cualquier objeto representativo, teniendo mayor poder de representación la palabra o la imagen que la escritura»[2578]. A efectos pedagógicos puede distinguirse entre la prueba documental en soporte escrito y la prueba documental en soporte no escrito (audiovisual, informático o electrónico).

3.2. Elementos del documento

Ante la incertidumbre doctrinal sobre el concepto de documento, la doctrina ha preferido enumerar los elementos que deben integrar la noción de documento, que básicamente son el soporte, el contenido y el autor, discutiéndose si la firma y la fecha son requisitos que afectan a la existencia del documento o solo a su eficacia probatoria.

El soporte, también identificado como la «cosa» u «objeto material», lo constituye una cosa mueble susceptible ser llevada a presencia judicial, excluyéndose los inmuebles. Aun cuando la LEC presupone el soporte papel y, por supuesto, un escrito es un documento (si reúne los demás elementos que veremos), no todo documento es un escrito, ni se puede reducir la noción de documento al soporte papel y la grafía de la escritura. En el pasado se utilizaron tablas de madera, papiros o pergaminos –por citar algunos ejemplos[2579]– y en nuestros días los soportes audiovisuales –cintas magnetofónicas, películas, fotografías–, informáticos –discos duros, pen drive, CD– o electrónicos –ficheros electrónicos– van sustituyendo cada vez con mayor frecuencia al soporte papel hasta el punto que la aparición de las nuevas tecnologías ha dado lugar a la llamada «sociedad de la información»[2580], con un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a cualquier conocimiento, y en el concreto ámbito de la Administración de Justicia, y fruto de la im-

2577 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.236.

2578 Serra Domínguez, M., *Comentario art. 1215 CC,* en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», tomo XVI, vol. 2, 2ª ed., Albaladejo, M. (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, p.106.

2579 Nuñez Lagos, R., *Concepto y clases de documentos*, en Revista de Derecho Notarial, 1957, pp. 8-12, al referirse a la historia de la corporalidad del documento, cita: ladrillo, liber o biblos, tabulae, papyrus, charta pergamena, charta demascena.

2580 Lesmes Serrano, C., *Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, en «Derecho de internet», Mateu de Ros, R. y Céndova Méndez de Vigo, J.M. (dirs.), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 371-372.

plantación de las nuevas tecnologías, se ha llegado a postular como *desideratum* el llamado «pleito electrónico»[2581].

El contenido, esto es, el acto documentado es mucho más relevante que el soporte. Contenido y forma de representación del documento aparecen muy unidos, aun cuando algunos autores los analizan separadamente[2582]. Del mismo modo que el soporte del documento puede ser distinto del papel, también caben formas de representación que no sean escritas. Puede representarse un hecho mediante la escritura –en cualquier de sus variantes, manuscrita, mecanografiada, impresa, taquigrafiada–, y también puede representarse un hecho mediante medios reproductivos –también en cualquier de sus variantes, fotos, planos, películas, cintas de video, disquetes informáticos, etc.–. Incluso la reproducción por medios reproductivos puede resultar más fiel que la simple escritura. Así, resulta más fidedigna la reproducción de un juicio a través del visionado de un CD que mediante la lectura del acta levantada a tal efecto por el Secretario Judicial.

El autor del documento. Debe ser entendido en sentido jurídico, pues como advierte Carnelutti, no es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación[2583]. Y lo ejemplifica Devis Echandía al señalar que «cuando un secretario o un amanuense escribe el documento que dos personas le encargan para hacer el contrato que han convenido celebrar, éstos son los autores del documento y no aquél, ni lo es el notario público que autentica o firma un documento privado, y cuando una persona firma una constancia o certificación que otra ha elaborado de antemano, su autor es aquélla y no ésta»[2584]. Para Nuñez Lagos los requisitos de la autoría del documento son: a) voluntad y conciencia de ser autor (elemento personal); b) acto de asunción de la paternidad del documento (elemento real); y c) cualquier modo de expresión y recognoscibilidad del autor: firma, antefirma, expresión del nombre en el texto, sin firma ni antefirma –así en telegramas: ministro de la Gobernación a gobernador civil– (elemento formal)[2585].

Una de las funciones esenciales del documento es la de garantía que permite atribuir el documento a una persona determinada. En los documentos escritos la autoría es decisiva, se acredita habitualmente mediante la firma, aun cuando no se excluye que pueda acreditarse mediante la huella dactilar o el sello[2586], y permite hablar de documentos indubitados, que son los utilizados a efectos de practicar el cotejo de letras (art. 350 LEC). En los documentos no escritos la autoría no es tan decisiva, pues importa no tanto quien

2581 de Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., *La Prueba Electrónica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, p.26.

2582 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.290.

2583 Carnelutti, F., *La prueba civil*, ob. cit., p.161.

2584 Devis Echandía, H., *Teoría de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p.516.

2585 Nuñez Lagos, R., *Concepto y clases de documento*, en Revista de Derecho Notarial, 1957, p.24.

2586 Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Albaladejo M. (dir.), ed. Edersa, pp. 119-121.

ha grabado una imagen o reproducido un sonido, cuanto la fidelidad de la imagen o del sonido grabado.

Se discute si la firma y la fecha son requisitos que afectan a la existencia o a la eficacia del documento. En cuanto a la firma, en algunos supuestos viene exigida *ex lege* (ej. art. 688 CC para el testamento ológrafo o art. 17.1, III Ley Notariado para la escritura matriz), en cuyo caso la ausencia de firma impide la existencia de acto jurídico documentado. Fuera de estos supuestos, la ausencia de firma no afecta a la existencia del documento, sino a su eficacia probatoria, admitiéndose que puedan surtir efectos probatorios los documentos privados no firmados y reconocidos por su autor.

En cuanto a la fecha, no puede afirmarse que un documento no datado sea inexistente, porque al igual que sucede con la firma, puede acreditarse por otros medios de prueba. En todo caso, la eficacia probatoria del documento carente de fecha puede resultar devaluada, de no acreditarse ésta.

3.3. Funciones del documento

Las funciones del documento son, fundamentalmente, de perpetuación, de garantía, probatoria[2587] y, en algunos casos, constitutiva.

Tiene una función de perpetuación, en cuanto que en un soporte material apto, permite perpetuar actos, hechos y declaraciones de voluntad. Como reza el adagio latino *verba volant, scripta manent*. Tradicionalmente se ha destacado la preponderancia de los documentos frente a los demás medios de prueba. Frente a la negativa de la parte a reconocer el hecho en el interrogatorio, el documento lo fija de forma permanente tal y como ocurrió en el momento en que la parte o las partes acordaron suscribirlo. Y frente a la fragilidad del recuerdo en la mente del testigo y su traslación más o menos fidedigna a través de su declaración a presencia judicial se ha esgrimido la fijeza que proporciona el documento que no precisa, además, de ningún acto de traslación, bastando su lectura por el juez para que pueda desplegar eficacia probatoria. En palabras de Devis Echandía el documento es «más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios»[2588].

Tiene una función de garantía, en cuanto el documento permite su atribución a un autor o autores determinados. Ello se manifiesta particularmente en los documentos públicos, pues la eficacia de la fe pública notarial se extiende, por imperativo legal, «a la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (art. 319.1 LEC). Un documento público es un documento auténtico en la medida que permite atribuir una declaración de voluntad o conocimiento a una determinada persona. Y con respecto al documento privado, caso de no ser impugnado, se ha equiparado su fuerza probatoria a la de

2587 Seoane Spielgeberg, J.L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ªed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.426.

2588 Devis Echandía, H., *Teoría de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., p.512.

los documentos públicos (art. 326.1 LEC), por lo que también cumplirá idéntica función de garantía. Una de las cuestiones que ha dificultado la aceptación del documento electrónico como medio de prueba es la identificación del suscribiente, pues la firma manuscrita permite identificar al autor, pudiendo generarse dudas respecto al remitente o interlocutor de un documento electrónico.

Tiene una función probatoria, pues a través del documento se puede acreditar un acto, hecho o negocio jurídico. Una vez creado y caso de ser aportado al proceso, permite dejar constancia de cuales eran los actos, hechos documentados o las relaciones jurídicas entre las partes. Ahora bien, la eficacia probatoria del documento será distinta en función de tratarse de un documento dispositivo o de un documento testimonial. Los primeros (dispositivos), en la medida que regulan relaciones jurídicas *inter partes*, producen sus efectos normalmente al margen del proceso, y cuando se aportan al proceso gozan de eficacia privilegiada en los extremos cubiertos por la fe pública –existencia, hecho e intervinientes–, no conservando eficacia superior a los restantes medios en los extremos no dispositivos o no cubiertos por la fe pública. Los segundos (testimoniales), en la medida que recogen un dato o saber en relación con un acto o negocio jurídico, pueden tener una finalidad esencialmente probatoria, siquiera sin el carácter de prueba tasada, sino sujeta a la libre valoración judicial[2589].

Tiene en ciertos casos una función constitutiva. El ordenamiento jurídico exige, como requisito *ad solemnitatem o ad substantiam*, la forma documental para determinados actos o negocios jurídicos. El documento puede revestir la doble naturaleza de medio de prueba y formalidad esencial del negocio, tal como sucede, para los actos y contratos que deben recogerse en documento público (art. 1280 CC). Se trata de una función extraprocesal, en cuanto determinante del nacimiento de un acto o negocio jurídico, pero con proyección procesal y trascendencia probatoria, cuando después de su formación el documento es aportado al proceso.

Las ventajas del documento escrito se han resumido en su fijeza, siendo fácil de comprobar cualquier modificación, su permanencia en el tiempo y su inequivocidad[2590]. Frente a ello podría argüirse la mayor vivacidad y flexibilidad de la declaración de un testigo, particularmente cuando se presta bajo inmediación judicial, y el mayor impacto acerca de la certeza o falsedad de sus afirmaciones en la convicción judicial. Se ha dicho que el testigo es la *vox viva* frente al documento, que es la *vox morta*[2591]. Podría argüirse también que las partes son las fuentes más caudalosas de información y que en manos de un Letrado experimentado son las que pueden ampliar el espectro cognoscitivo de los hechos deba-

2589 Puede verse la distinción en el epígrafe 3.4 de este capítulo y más ampliamente en Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., pp. 232-233.

2590 Gutiérrez de Cabides, E. y Cordón Moreno, F., en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.1117.

2591 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria*, ob. cit., p.393.

tidos en aras a reconstruir la pequeña historia del proceso. Y podría también argüirse que los medios de reproducción de la imagen y el sonido pueden resultar más fidedignos que la simple escritura.

3.4. Tipología de documentos

El legislador procesal parte de la doble dualidad de documento público (art. 317 LEC) y privado (art. 324 LEC); y de documento procesal (art. 264 LEC) y material (art. 265 LEC). Doctrinalmente son múltiples las clasificaciones del documento, por lo que, sin ánimo exhaustivo y desde la perspectiva del Derecho Probatorio, destacamos las siguientes:

A) Por el soporte empleado: documento escrito, audiovisual, informático y electrónico.

Partiendo de la distinción carneluttiana entre representación directa –mediante la estampación fidedigna de la imagen y del sonido, como sucede en la fotografía, cinematografía y fonografía– y la representación indirecta –mediante la escritura– y tomando como criterio distintivo la grafía, Muñoz Sabaté distingue entre documentos con *grafía directa* –fotográficos, cinematográficos y fonográficos– y documentos con *grafía indirecta* –manuscritos y mecanografiados–[2592]. En línea similar, Devis Echandía distinguía entre documentos *instrumentales*, consistentes en escritos, y documentos *no instrumentales*, como una grabación[2593].

Admitida legalmente la existencia de medios de reproducción de la imagen y del sonido (art. 382 LEC), de instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso (art. 384 LEC) y de los documentos electrónicos (art. 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica), y desplazando el criterio distintivo de la grafía al soporte empleado, podemos distinguir entre documentos escritos, audiovisuales, informáticos y electrónicos.

Serán *documentos escritos* los recogidos habitualmente en soporte papel y mediante la escritura, en cualquiera de sus modalidades: manuscrita, mecanografiada, impresa o taquigrafiada. Aun cuando los documentos escritos se plasman ordinariamente en papel también podrían recogerse (cuando menos desde un punto de vista dogmático) en soportes distintos, tales como tablas de madera, papiros o pergaminos y así fue frecuente en la antigüedad. Son documentos *audiovisuales* los recogidos en instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y «captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382.1 LEC), tales como las cintas magnetofónicas, las películas o las fotografías. Son documentos *informáticos* los recogidos en soportes informáticos y que «permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase» (art. 384.1 LEC), tales como los discos

2592 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria*, ob. cit., p.431. A su vez, dentro de los documentos manuscritos y mecanografiados subdistinguía entre «autógrafos», «heterógrafos», «tipográficos» y «dactilográficos».

2593 Devis Echandía, H., *Teoría de la prueba judicial*, ob. cit., t. 2, p.541.

duros, los CD o los pen drive. Y se considera documento *electrónico* a «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado» (art. 3.5 Ley 59/2003, de firma electrónica)[2594].

B) Por su autor: En atención al autor podemos efectuar, a su vez, varias subclasificaciones. Así la que distingue entre documento público y privado, que veremos más adelante[2595]; entre documento autógrafo y heterógrafo; y entre documento indubitado, legítimo, legalizado y auténtico.

Hemos razonado que el autor del documento no es quien físicamente lo redacta, sino a quien jurídicamente se le atribuye. Partiendo de esta premisa, son documentos *autógrafos* aquellos formados por quien realiza el acto documentado, estos es, aquellos en los que la declaración procede del mismo documentador. Son documentos *heterógrafos* los formados por una persona distinta a quien realiza el acto documentado, esto es, cuando la declaración no procede del documentador, sino de un tercero. Los documentos heterógrafos se caracterizan por la «diversidad entre el autor de hecho documentado y el autor del documento»[2596], y son muestra de ellos por excelencia las escrituras públicas.

También a partir del autor, podemos distinguir los documentos *indubitados* que son aquellos incontrovertidos y sirven, a efectos del cotejo, para acreditar la autenticidad de otro documento (art. 350 LEC), efectuándose una enumeración legal de los mismos (art. 350.2 LEC)[2597]. Serán documentos *legítimos* aquellos que no se consideran falsos, ya sea por razones de forma o de fondo. Serán documentos *legalizados* los que contienen un requisito de garantía, «significando que la firma que obra en el mismo corresponde a la persona que lo suscribe»[2598]. Y serán documentos *auténticos* aquellos que corresponden a su autor o, en palabras de la STS de 17 de julio de 2001, aquellos en los que existe «concordancia entre el autor aparente del documento con el autor real»[2599].

2594 Algunos autores incluyen dentro de la noción de documento electrónico aquellos que se encuentran en soportes informáticos como son los disquetes y el CD-Rom (Cervelló, J.Mª, *La prueba y el documento electrónico*, ob. cit., p.393).

2595 Puede verse el epígrafe 5 de este capítulo.

2596 Carnelutti, F., *La Prueba Civil*, ob. cit., p.162.

2597 Compresiva de: 1º. Los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar esta prueba pericial. 2º Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad. 3º Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa. 4º. El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique (art. 350.2 LEC).

2598 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.740.

2599 La STS, Sala 1ª, de 17 de julio de 2001, fto. jco.4º (RJ 2001/5436) analiza un supuesto de ejecución de contrato de obra, en el que el recurrente alega que determinados documentos (presupuesto y medición de una obra) no habían sido adverados, pese haber sido expresamente impugnados. La

C) Por su forma: documento *ad solemnitatem* o *ad probationem*.

Son documentos *ad solemnitatem* aquellos que requieren una determinada forma como requisito para su existencia. Son documentos *ad probationem* aquellos que no precisan de una determinada forma como requisito de existencia, sin perjuicio que las partes pueden compelerse recíprocamente a otorgarlos conforme a las formalidades legales. Esta distinción adquiere mayor relevancia en el ámbito civil, donde podemos citar como documento *ad solemnitatem* el constitutivo de la hipoteca (art. 1875 CC) o los documentos públicos en los que se recogen actos y contratos que tienen por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1280 CC).

Se ha precisado que la solemnidad no es exclusiva del documento, pues también existen actos orales solemnes –ej. el matrimonio, el testamento en peligro de muerte y de epidemia, la declaración del testigo bajo juramento o promesa de decir verdad– y, ni siquiera es exclusiva del documento público, pues también existen documentos privados solemnes– ej. testamento ológrafo-[2600].

D) Por su contenido: documentos dispositivos y testimoniales, ya enunciada[2601], y documentos procesales o de fondo, que analizaremos más adelante[2602].

Junto a la distinción entre documentos dispositivos y testimoniales, cuya paternidad se atribuye a Carnelutti influyendo en toda la doctrina posterior, algunos autores, dentro de la clasificación de documentos por su contenido, incluyen los documentos *recognoscitivos* que, en expresión de Guasp, «es el que transcribe materialmente otro anterior y que recibe por ello el nombre de *copia*»[2603], sancionados legalmente y con valor probatorio en la LEC (art. 334 LEC), superando el silencio de la LEC de 1881.

E) Por su idioma: documento extranjero.

Son documentos *extranjeros* los redactados en idioma distinto del castellano o cualquier otro –distinto del castellano– y cooficial –junto con el castellano– en una Comunidad Autónoma. En el proceso civil pueden presentarse documentos redactados en cualquier idioma.

Sala afirma que no debe confundirse la autenticidad de un documento –concordancia entre autor aparente y real, esto es, la provinencia de su autor– y su eficacia probatoria – que los documentos prueben su contenido–. Y precisa, además, que la adveración puede proceder de personas más o menos interesadas en el pleito y que la impugnación o falta de reconocimiento de un documento por la adversa no impide que el Tribunal pueda otorgarle eficacia probatoria en unión con las demás pruebas.

2600 Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.123.

2601 Puede verse el epígrafe 2.1.

2602 Pueden verse los epígrafes 4.1 y 4.2.

2603 Guasp, J. y Aragoneses, P., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.448.

Los documentos redactados en castellano o en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tienen eficacia probatoria sin necesidad de su traducción al castellano, pero se procederá de oficio a su traducción en los supuestos que deban surtir efectos fuera de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma, cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión (art. 142.4 LEC).

Los documentos redactados en idioma extranjero deben acompañarse de una traducción, que puede ser privada. Si se impugna la traducción, se ordenará la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiere impugnado. Ahora bien, si la traducción oficial resulta ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos se cargan a quien la solicitó (art. 144 LEC).

F) Por su acceso al proceso: documento acompañado, aportado y requerido.

Desarrollada por Muñoz Sabaté, parte de la regulación procesal de la aportación de los documentos al proceso, sometida a estrictas reglas preclusivas[2604]. Será documento *acompañado* aquel que se presenta juntamente con los escritos de alegaciones para dar soporte a las afirmaciones que se vierten en los mismos.

Será documento *aportado* aquel que se presenta aisladamente del cuerpo de alegaciones, aunque obviamente sirva para probar o refutar alguna de ellas. Entre ellos: a) los documentos llamados complementarios y los que el actor puede presentar en la audiencia previa y cuyo interés o relevancia se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar la demanda (art. 265.3 LEC); b) los documentos que se pueden aportar en un momento no inicial de proceso (art. 270 LEC); c) los documentos que se pueden aportar como diligencia final en sustitución de otros actos de prueba fallidos (art. 435.2 LEC); y d) los documentos que se pueden presentar excepcionalmente frente a la regla de la preclusión definitiva (art. 271 LEC).

Será documento *requerido* aquel que se solicita o requiere a las otras partes o a un tercero para que proceda a su debida exhibición en el proceso, regulándose separadamente la exhibición entre partes (art. 328 LEC), por terceros (art. 329 LEC) y de las entidades oficiales (art. 333 LEC).

G) Por el «posicionamiento de las partes» en la audiencia previa: documentos admitidos y documentos impugnados.

Dispone el art. 427.1 LEC: «En la audiencia previa, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba sobre su autenticidad».

El posicionamiento de las partes en la audiencia previa se circunscribe a la autenticidad del documento, esto es, al hecho de la pertenencia de su autor o, en su caso, a las dudas sobre la manipulación o integridad del documento, pues en esta fase procesal carece de relevancia

2604 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 295-304, cuyas definiciones transcribimos literalmente.

posicionarse sobre la eficacia probatoria del documento, cuya apreciación corresponde al juzgador al dictar sentencia. Con precisión procesal la SAP Barcelona, de 23 de marzo de 2004[2605], resume el alcance de la impugnación ex art. 427 LEC en los términos siguientes:

> «El trámite previsto en el art. 427 LEC (posicionamiento de las partes ante los documentos y dictámenes presentados) no tiene por objeto calificar el valor probatorio, para cada parte, de las pruebas documental y pericial (función propia de la fase de conclusiones) sino impugnar la autenticidad formal de los documentos que las contienen. No es un trámite de valoración sino de autenticación. Se trata, básicamente, de evitar el libramiento de despachos de adveración de documentos públicos (mandamientos) y privados (arts. 267, 268, 318 y 325 LEC) que consten por copia simple y de ahorrar las testificales respecto a aquellos documentos elaborados por empresas, compañías de suministros y, en general, terceros ajenos al pleito (arts. 268 y 381 LEC). Por ello la impugnación debe ser fundamentada en serias dudas de autoría, manipulación o integridad, con concreción de los motivos o razones que llevan a la parte a impugnar el documento. La regla general ha de ser por tanto la de no impugnación y sólo en caso debidamente motivado el juez (siempre que, ante la impugnación, la parte proponente del medio probatorio solicite estas diligencias) despachará oficios y mandamientos o ordenará la presencia de testigos o peritos».

Partiendo de estas premisas, será documento *reconocido* aquel cuya autenticidad no haya sido cuestionada por las partes y será documento *impugnado*, a sensu contrario, aquel cuya autenticidad haya sido cuestionada. El documento reconocido podrá desplegar eficacia probatoria en sentencia, y el documento impugnado podrá desplegar eficacia probatoria, siquiera devaluada, de no acreditarse su autenticidad.

H) Clases de documentos públicos en atención a su forma de aportación.

En atención a su forma de aportación al proceso los documentos públicos se pueden dividir en *documentos públicos originales, copias fehacientes, copias simples, fotocopias.*

Siguiendo a Asencio Mellado ofrecemos las siguientes definiciones[2606]: son *documentos públicos originales* aquellos redactados directamente por el funcionario que intervino y que, por tal razón, se conservan en sus respectivos archivos, protocolos u oficinas, pudiéndose extraer copia de los mismos cuando los interesados así lo precisen. Son *copias fehacientes* los documentos públicos confeccionados a partir del original y por el mismo funcionario que redactó el original o sujeto habilitado al efecto. Son *copias simples* las expedidas a partir del original pero sin que contengan nota alguna de cotejo con el original y sin quede constancia en el original o matriz. Son *fotocopias* las reproducciones de un documento a partir de su original o de cualquier otra copia simple mediante mecanismos de reproducción.

A su vez, y dentro de las copias fehacientes, se distinguen entre las *copias* cuando el original es un documento notarial, *testimonio* cuando el original es un documento judicial y *certificación* cuando el original es administrativo.

2605 SAP Barcelona, secc.1ª, de 23 de marzo de 2004, fto. jco.3º (EDJ 2004/13419).

2606 Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario a los arts. 318 a 322*, en» Proceso Civil Práctico», t. III, Gimeno Sendra, V. (dir), ed. La Ley, Madrid, 2005, p.522.

3.5. Diferencias entre documento e informe

La prueba de informes consiste, en palabras de Almagro Nosete, «en la incorporación al proceso por escrito de datos de hecho extraídos de antecedentes documentales preconstituidos, obrantes en los archivos, libros o registros de entidades públicas o privadas, que son seleccionados y coordinados a tal fin, de acuerdo con los puntos a que se contrae la petición judicial, por quien ostenta la representación de aquéllas»[2607], para quien se trata de prueba de naturaleza autónoma, distinta de la prueba documental.

La prueba de informes, bajo esta denominación, no se recoge en la enumeración de los medios de los medios de prueba (art. 299.1 LEC), ni en precepto legal alguno, a diferencia del Proyecto de Profesores de 1974, que le dedicaba un artículo específico[2608]. En sede del interrogatorio de testigos, se regulan las llamadas «Respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas» (art. 381 LEC), esto es, el interrogatorio de las personas jurídicas que, en rigor procesal, debería configurarse como una prueba de informes singularizada, en la medida que se prevé la redacción de un informe por una persona jurídica o entidad pública, sujeto *ex lege* a un eventual y posterior trámite de aclaraciones o de contradicción.

La prueba de informes es una modalidad de la prueba documental, cuya naturaleza jurídica no resulta alterada por el hecho que el documento recoja la declaración de una persona con referencia a los datos que obren en sus archivos, pues sigue conservando una función esencialmente representativa[2609].

La principal diferencia entre el informe y el documento radica en el hecho que el informe presupone la existencia de un archivo y de una selección de los documentos obrantes en el mismo sobre los cuales se elabora una respuesta. El informe no se traduce en una certificación, sino que comporta una labor de selección y coordinación a cargo del sujeto informante[2610]. Se busca el conocimiento que la persona jurídica privada o la entidad pública pueda proporcionar, si caso consultando sus archivos y documentación.

2607 Almagro Nosete, J., *La prueba de informes*, Sevilla, 1968, p.224.

2608 Art. 510: I. El tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar de entidades y organismos públicos oficiales o privados que realicen actividades reputables de interés público, la emisión de informes que se refieran a puntos concretos de las cuestiones debatidas, siempre que aquéllos puedan basarse en datos documentales obrantes en las respectivas oficinas, que habrán de relacionarse en la contestación. II. Las entidades y organismos expresados habrán de emitir el informe a que el presente artículo se refiere, si bien podrán reclamar el pago de los gastos que la emisión haya podido originar».

2609 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1215 CC*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Albaladejo, M. (dir), ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 109-110.

2610 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.439.

4. Tipología legal de documentos a efectos probatorios en la LEC

A efectos probatorios el legislador distingue los documentos procesales (art. 264 LEC), los documentos y otros medios de prueba relativos al fondo del asunto (art. 265 LEC) y los documentos exigidos en casos especiales (art. 266 LEC). Los arts. 264 y 265 LEC recogen la clásica distinción entre documentos procesales y documentos materiales[2611], mientras que el art. 266 LEC enumera cinco supuestos, la mayoría de ellos asociados a juicios especiales, cuya demanda exige la aportación de determinados documentos, sea como presupuesto de procedibilidad o como principio de prueba.

4.1. Documentos procesales

El art. 264 LEC, siguiendo el precedente del art. 503 LEC\1881, regula tres clases, no homogéneas, de «documentos procesales», que sirven para acreditar presupuestos procesales que permiten la personación y prosecución en forma del proceso, a saber: el apoderamiento del procurador; los documentos que acrediten la representación con que actúan las partes; y los documentos o dictámenes acreditativos de la competencia y procedimiento aplicable.

a) El apoderamiento del procurador (art. 264.1 LEC). Podrá otorgarse mediante poder notarial conferido al Procurador o mediante apoderamiento «apud acta» ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto (art. 24 LEC). Con la aportación de este documento se acredita el cumplimiento del requisito de la postulación, previsto con carácter general en el art. 23 LEC.

   La omisión del poder con la demanda no comporta la inadmisión de la demanda, sino la subsanación, con fundamento en el art. 231 LEC, que posibilita la subsanación de todo acto procesal en el que se contenga su voluntad de correcta resolución y en la doctrina constitucional de la subsanabilidad de los defectos procesales advertidos en los actos de postulación o representación procesal de las partes[2612]. Si el actor no aporta el poder con la demanda, se le requerirá al efecto, sin necesidad de fijar un plazo, y quedará en suspenso el curso de la demanda, tal como preveía el art. 3 de la LEC de 1881[2613].

2611 Montero Aroca, J., *Presentación de documentos materiales con la demanda y contestación*, en Revista del Poder Judicial, núm. 17, p.38.

2612 Entre otras muchas, las SSTC, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2001, fto. jco. 6º (EDJ 2001/2664); de 26 de abril de 1999, ftos. jcos. 4º y 5º (EDJ 1999/6892); de 17 de junio de 1991, fto. jco. 2º (EDJ 1991/6450); de 17 de julio de 1989, fto. jco. 3º (EDJ 1989/7393); y la STC, Sala 1ª, secc. 4ª, de 3 de octubre de 1988, fto.jco.2º (EDJ 1988/490).

2613 Ribelles Arellano, J.Mª, *Comentario al art. 264 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler;Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona,

La subsanabilidad de la omisión del poder en el momento inicial de la demanda se fundamenta en varios argumentos, sintéticamente expuestos:

1º) El carácter excepcional de los supuestos de inadmisibilidad de la demanda (art. 403 LEC); 2º) La inadmisión de la demanda, por omisión del poder, no es una consecuencia prevista por el legislador, a diferencia de lo que ocurre con los escritos o solicitudes que no lleven firma de letrado, que no podrán ser proveídos (art. 31.1 LEC); 3º) El órgano jurisdiccional, al admitir a trámite la demanda, ha de velar de oficio por su jurisdicción, por su competencia objetiva, por su competencia territorial cuando proceda por venir determinada por normas imperativas (arts. 404 y 440 LEC), la clase de juicio que haya de seguirse (art. 254 LEC), pero no de la capacidad de las partes y de su representación, salvo en el caso de que se llegue a un acuerdo entre litigantes, respecto del cual se solicite la homologación judicial (art. 415 LEC). 4º) El juez debe procurar la subsanación de defectos procesales relativos a la postulación, pero sin necesidad de conceder un plazo que conduzca a la inadmisión de la demanda si no se subsanan, cuando tal posibilidad no está prevista legalmente. Por el contrario, el legislador ha señalado momentos procesales preclusivos para llevar a cabo tal subsanación, como son la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 414.2 LEC) y en el momento inicial de la vista en el juicio verbal (AAP Valencia, 18 de mayo de 2002[2614]).

La omisión del poder con la contestación es también subsanable, pero, a diferencia del supuesto anterior, es necesario fijar un plazo de subsanación para no dejar las actuaciones indefinidamente en suspenso, lo cual perjudicaría al actor. Transcurrido el plazo de subsanación sin verificarla, el demandado será declarado en rebeldía, dado que no se ha personado «en forma» (arts. 496 y 418.3 LEC)[2615].

Se ha cuestionado si el apoderamiento es presupuesto para la válida constitución de la audiencia previa. Así, el art. 414.2, II LEC dispone que cuando las partes no comparecen personalmente a la audiencia previa, sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir, suscitándose la duda de si este poder especial es un presupuesto sólo cuando las partes tienen la voluntad de intentar una conciliación o constituye un presupuesto para la válida constitución de la audiencia previa en cualquier caso.

2000, p.198 y también puede verse del mismo autor *La prueba documental*, en «Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», Studia Iuridica, núm. 19, CGPJ i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2003, pp. 203 y 204.

2614 AAP Valencia, secc. 11ª, de 18 de mayo de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002771421), cuyos argumentos reproduce literalmente la SAP Badajoz, secc.3ª, de 19 de mayo de 2003, fto. jco.1º (EDJ 2003/219981). En sentido contrario a la subsanación de la omisión del poder con la demanda, puede verse el AAP Zaragoza, secc.5ª, de 26 de mayo de 2005, ftos. jcos. 2º y 3º (AC 2005\899).

2615 Ribelles Arellano, J.Mª, *Comentario al art. 264 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, ob. cit., p.198.

Sobre las consecuencias de la insuficiencia del poder y la interpretación del art. 414.2, II LEC se advierten dos posturas en la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales. Una postura, apegada excesivamente a la literalidad legal, que sostiene que la finalidad del art. 414.2, II LEC es que a la audiencia previa concurra un sujeto, sea la propia parte o su procurador, con capacidad para renunciar, allanarse o transigir, dado que la comparecencia en forma de las partes es presupuesto para que el tribunal declare abierto el acto y compruebe si subsiste el litigio entre ellas (art. 415.1 LEC), de manera que si la parte no comparece por sí misma ni otorga poder especial al procurador, se le tendrá por incomparecida y no podrá intentarse con ella la conciliación, ni comprobarse por el Juez la posibilidad de acuerdo, ya que el Procurador carece de facultades para iniciar cualquier negociación en el seno de la audiencia previa, todo ello sin perjuicio de la posible subsanación del defecto. El poder especial deberá otorgarse en el momento inicial de la audiencia previa, como presupuesto para su válida constitución[2616], de manera que su ausencia genera un defecto legal «exclusivamente imputable al litigante»[2617].

Otra postura más flexible, y a la que nos adherimos, sostiene que la exigencia de poder especial para renunciar, allanarse o transigir se refiere sólo a la primera de las funciones de la audiencia previa, consistente en el intento de arreglo o transacción (art. 415.1, II LEC), y no debe impedir la continuación de la audiencia previa a los demás efectos, por lo que el poder especial sólo será requisito para la constitución de la audiencia previa cuando las partes manifiesten su intención de llegar a un acuerdo, pero no en los demás supuestos[2618].

En los supuestos de designación de oficio efectuada al amparo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, tras la aceptación del profesional correspondiente, se ha eximido a la parte de la carga de otorgar y presentar un específico apoderamiento notarial o ante el Secretario Judicial, por lo que la omisión del apoderamiento no comporta la inadmisión de la demanda (SAP Cantabria, de 19 de julio de 2007[2619]). El Procurador, en tales supuestos, puede personarse en juicio sin necesidad de poder

2616 SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/17562); SAP Valencia de 26 de febrero de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/11519); AAP Málaga de 8 de abril de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 2002/36881).

2617 Vallinés García, E., en el Capítulo *El acto de celebración de la audiencia previa al juicio*, en la obra colectiva «El tratamiento de la cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (con Banacloche Palao, J.; Gascón Inchausti, F. y Gutiérrez Berlinches, A.), 1ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2005, p.373, para quien la exigencia del art. 414.2, II LEC «aunque rigurosa, no es modo contraria al derecho fundamental que proclama el artículo 24.1, *i. f.* de la CE».

2618 AAP Cáceres de 4 de octubre de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/149126); SAP Granada de 6 de octubre de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/176439); AAP Cáceres de 6 de junio de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 2002/49047); AAP Cáceres de 25 de julio de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/64199).

2619 SAP Cantabria, secc.2ª, de 19 de julio de 2007, ftos. jcos. 2º y 3º (AC 2007\2238).

notarial ni comparecencia apud acta, pues es innecesario acudir a un Notario o ante un Secretario Judicial, dado que el Procurador no ha sido elegido por la parte, sino designado por el Colegio profesional (STSJ Madrid, 22 de diciembre de 2006[2620]).

b) Documentos que acrediten la representación con que actúa la parte (art. 264.2 LEC). Son aquellos documentos referidos a la capacidad de la parte para comparecer en juicio. Esta capacidad se atribuye «a los que están en pleno ejercicio de sus derechos civiles» (art. 7 LEC), por lo que serán aquellos documentos precisos para acreditar la capacidad de personas físicas incapaces y la capacidad de quienes legalmente representen a las personas jurídicas.

Son los documentos que acreditan la representación legal (con respecto menores o incapacitados), la representación necesaria (con respecto de personas jurídicas) o la representación también necesaria (con respecto de una masa patrimonial o una entidad sin personalidad). Lo más frecuente es que se acompañen con el poder, pues el representante habrá sido el poderdante[2621].

La aportación de tales documentos, en cuanto justifican la representación de personas –físicas o jurídicas– o entidades que no pueden comparecer por sí mismas, deberá verificarse de oficio, sin perjuicio de su alegación por el demandado, al contestar la demanda (art. 405.3 LEC) o por el actor, en la audiencia previa (art. 418.3 LEC).

La no aportación de los documentos acreditativos de la representación puede obedecer a la ausencia de representación, en cuyo caso se trata de un defecto no subsanable determinante de la inadmisión de la demanda (arts. 9 y 418 LEC), o puede obedecer a la falta de acreditación de la representación, en cuyo caso puede concederse un plazo para la subsanación, al igual que con la falta del apoderamiento del procurador[2622].

c) Documentos acreditativos de competencia y procedimiento aplicable (art. 264.3 LEC). Sin precedentes en la LEC de 1881, debe conectarse con el deber del demandante de «expresar justificadamente la cuantía de la demanda» (art. 253.1 LEC), inexistente en la LEC de 1881, y con la facultad del demandado de impugnar dicha cuantía (art. 255.2 LEC). Son aquellos documentos que, referidos al valor de la demanda, inciden en la determinación de la competencia o el procedimiento aplicable.

A diferencia del poder y de los documentos que acreditan la representación, su aportación no está sujeta a control de oficio. El demandado puede formular la excepción

---

2620 STSJ Madrid, Sala de Contencioso, secc.2ª, de 22 de diciembre de 2006, fto. jco.4º (RJCA 2007\522). En el mismo sentido, STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, secc. 2ª, de 19 de diciembre de 2006, fto. jco.5º (RJCA 2007\521) y de 28 de junio de 2005, fto. jco. 4º (RJCA 2005\199942).

2621 DE LA OLIVA, A., *Comentario al art. 264 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.491.

2622 ASENCIO MELLADO, J.Mª, *Comentario al art. 264 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. III, Gimeno Sendra, V. (dir), ed. La Ley, Madrid, 2005, p.1120.

de inadecuación de procedimiento en la contestación a la demanda y deberá resolverse en la audiencia previa (art. 422 LEC).

Todos los «documentos procesales» enumerados y descritos deberán presentarse bien con la demanda, con la contestación a la demanda, o, en fin, al comparecer la parte a la vista del juicio verbal.

4.2. Documentos y otros medios de prueba relativos al fondo del asunto

El art. 265 LEC recoge, junto con los documentos relativos al fondo del asunto (documentos materiales), lo que llama «medios, instrumentos, dictámenes e informes», amalgama jurídica que no se corresponde con el concepto estricto de documento, y que incluye la prueba por soportes audiovisuales e informáticos (arts. 382 a 384 LEC), susceptible de encajar en un concepto amplio de documento, e incluye también los dictámenes periciales a instancia de parte (art. 336 LEC), susceptibles de encajar en la prueba pericial, y cuyo tratamiento procesal es muy similar al de la prueba documental. Con respecto a los informes de detectives privados, su naturaleza jurídica es controvertida, discutiéndose si se trata de una prueba testifical, una prueba pericial, una documental atípica, o simplemente un *tertium genus* entre la testifical y la pericial.

La rúbrica del art. 265 LEC («Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto») permite el desglose siguiente: a) los «*documentos*» son los documentos materiales (art. 265.1.1º LEC); b) los «*otros escritos*» comprenden las certificaciones o notas registrales (art. 265.1.3º LEC), los dictámenes periciales a instancia de parte (art. 265.1.4º LEC) y los informes de los detectives privados (art. 265.1.5º LEC); y c) los «*objetos*» se refieren a los medios de reproducción de imagen y sonido y la prueba por soportes informáticos (art. 265.1.2º LEC).

Los documentos, así como los «medios, instrumentos, dictámenes e informes», deben aportarse junto con los escritos iniciales de alegaciones (art. 265.1 LEC), tanto en el juicio ordinario cuanto en el verbal, bajo la sanción de preclusión (art. 269 LEC). Constituyen un «acompañamiento de prueba», en feliz expresión de Muñoz Sabaté, esto es, un aporte probatorio producido con anterioridad a la fase de proposición de prueba y que aparece «vehiculizado a través de los escritos de alegaciones (de ahí el término acompañamiento) y con soportes generalmente escritos»[2623]. Y al igual que los dictámenes a instancia de parte, no están sujetos a un previo juicio de pertinencia[2624].

Se ha justificado el deber de aportación inicial en los principios de igualdad y buena fe procesal y en la propia especificidad de la prueba documental que, a diferencia de los restantes

2623 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.223.

2624 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.752.

medios de prueba, no precisa de una fase ulterior de práctica, bastando el mero examen del juzgador para su valoración en sentencia[2625], como se deduce con manifiesta claridad del art. 726 Lecrm., conforme al cual «el Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad». Se ha aducido también la necesidad de no generar indefensión por la aportación sorpresiva de medios de prueba esenciales en el acto de la audiencia previa al juicio, imposibilitando a la parte contraria articular los medios de prueba que disponga para contradecir los documentos fundamentales[2626].

La enumeración, con carácter de *numerus clausus*, del art. 265.1 LEC comprende:

a) «Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela jurídica efectiva» (art. 265.1.1º LEC). Son los documentos materiales, entendidos como aquellos «que generan la 'causa petendi'» (SSTS, 10 de noviembre de 2003[2627] y 10 de diciembre de 1996[2628]), esto es, aquellos documentos fundamentales que sirven de base a la pretensión ejercitada y generan la causa de pedir, ya contemplados en el art. 504 LEC\1881 que aludía a la necesidad de acompañar «a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte funde su derecho».

   Los documentos no fundamentales, esto es, los documentos complementarios, accesorios o auxiliares o aquellos otros documentos destinados a combatir las alegaciones de adverso se sujetan al principio de libre aportación (SSTS, 25 de marzo de 1999[2629] y 24 de julio de 1996[2630]).

b) Los medios e instrumentos del art. 299.2 LEC (art. 265.1.2º LEC). Son los medios reproductivos de la imagen y del sonido y la prueba por soportes informáticos (arts. 382 a 384 LEC), pero solo deberán aportarse con los escritos de alegaciones cuando revistan el carácter de «fundamentales», en los términos expresados para los documentos materiales.

   Podrá adjuntarse la transcripción escrita o fotográfica del material grabado, bien literal o en extracto, y tratándose de un documento electrónico puede resultar acon-

2625 Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, 5ª ed., ob. cit., p.305.

2626 SAP Málaga, secc.7ª, de 5 de octubre de 2005, fto. jco. 1º (AC 2005\2172). En un supuesto de responsabilidad civil por la actuación negligente de un abogado considera que no es documento fundamental el testimonio del acta del juicio de faltas donde supuestamente tuvo lugar la pretendida infracción profesional.

2627 STS, Sala 1ª, de 10 de noviembre de 2003, fto. jco.2º (RJ 2003\8284), la cual cita, a su vez, las SSTS de 5 de julio de 1974, de 24 de octubre de 1976, de 26 de abril de 1985 (RJ 1985\1993), de 10 de julio de 1991 (RJ 1991\ 5340) y de 5 de julio de 1995 (RJ 1995\ 5463).

2628 STS, Sala 1ª, de 10 de diciembre de 1996, fto. jco.4º (RJ 1996\8847), la cual, a su vez, cita las SSTS de 3 abril 1954 (RJ 1954\1011), de 2 julio y de 9 diciembre 1960 (RJ 1960\2616 y 4110).

2629 STS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 1999, fto. jco. 3º (RJ 1999\1864).

2630 STS, Sala 1ª, de 24 de julio de 1996, fto. jco.1º (RJ 1996\5570).

sejable su impresión en papel[2631]. También podrán acompañarse los dictámenes periciales o los documentos que se consideren convenientes (art. 382.1 y 2 LEC).

c) Las certificaciones y notas sobre asientos registrales, sobre el contenido de libros registro, o sobre actuaciones o expedientes de cualquier clase (art. 265.1.3º LEC). Mientras la certificación asegura la verdad del contenido del registro, la nota es un apunte sucinto a modo de comentario o noticia registral[2632]. Pueden referirse a asientos registrales (de la Propiedad, Mercantil, etc.), a libros registros (de los corredores de comercio) o a actuaciones o expedientes de cualquier clase (judiciales, administrativos, etc.) y normalmente constituyen documentos públicos (art. 317.4 LEC)[2633].

   La carga de aportación inicial de certificaciones y notas por las partes ha permitido erradicar una práctica forense, muy extendida bajo la derogada LEC de 1881, de solicitar indiscriminadamente al juez o tribunal la aportación de tales certificaciones y notas, y con ello ha reducido la carga de trabajo del órgano jurisdiccional.

d) Los dictámenes periciales a instancia de parte (arts. 265.1.4º y 336 LEC). En coherencia con la Exposición de Motivos, la LEC otorga carta de naturaleza al dictamen extrajudicial y modifica la configuración legal de la prueba pericial, priorizando la pericial de parte, que se convierte ahora en la modalidad ordinaria de prueba pericial, relegando a un lugar subsidiario a la pericial de designación judicial. Serán las partes quienes deciden la aportación del dictamen, designan al perito de su confianza y determinan los extremos del dictamen pericial, sin ninguna intervención judicial[2634].

   Las partes no sólo tienen la facultad de la aportación inicial de los dictámenes periciales, sino que tienen una auténtica carga procesal, de la que se derivan varias consecuencias: 1ª) La consagración de la opción legislativa por un sistema de pericia (del actor) y de contra-pericia (del demandado), con dificultad para el encaje legal de la pericia dirimente (SAP Barcelona, 31 de marzo de 2006[2635]); 2ª) La imposibilidad de subsanar la no aportación inicial, por efecto de la preclusión (art. 269 LEC); 3ª) La carga de «pronunciarse» sobre los dictámenes presentados de adverso, de manera que demandante y demandado han de admitir, contradecir o ampliar los dictámenes

2631 Muñoz Sabaté, LL. *Fundamentos de prueba judicial L.E.C 1/2000*, ob. cit., p.224.

2632 Lorca Navarrete, A. Mª., *Comentario al art. 265 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Lorca Navarrete, A., Mª, (dir.), Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.1717.

2633 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 265 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2039.

2634 Serrano Massip, M., *Los caracteres de la prueba pericial privada y su influencia en la inclusión de los honorarios de los peritos en las costas procesales*, en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, núm. 13, pp. 2-8, efectúa un análisis ordenado y sistemático de los caracteres de los dictámenes a instancia de parte.

2635 SAP Barcelona, secc.14ª, de 31 de marzo de 2006, ftos. jcos. 1º y 2º (EDJ 2006/270837).

periciales aportados inicialmente (art. 427.2 LEC), de modo similar a como sucede con respecto de los documentos fundamentales (art. 427.1 LEC y SAP Córdoba, 23 de junio de 2003[2636]); 4ª) La necesidad de justificar la aportación posterior en los supuestos legalmente previstos (art. 337.1 LEC), los cuales, en todo caso, deberán ser objeto de una apreciación judicial restrictiva, en virtud de la presunción de aportación inicial sentada por el art. 336.3 LEC (SAP Ourense, 31 de marzo de 2003[2637]); y 5ª) En algún caso, se ha admitido la solicitud del dictamen pericial por medio de otrosí en el escrito de demanda, cuando la actora desconoce la cuantía de la indemnización a reclamar (SAP Sevilla, 20 de septiembre de 2004[2638]).

e) Los informes emitidos por profesionales de la investigación privada (arts. 256.1.5º y 380 LEC). Se discute si se trata de una prueba testifical que debe ser ratificada en el acto del juicio (STSJ Catalunya, 4 de diciembre de 2001[2639]) o de una prueba pericial, llegándose incluso a afirmar que constituyen «una singular prueba testifical (o testifical y pericial)»[2640] o «un tertium genus con relación a las pruebas pericial y testifical ordinarias»[2641].

La consideración del detective privado como perito se circunscribe a quien «esté habilitado por el Ministerio del Interior como detective privado», el cual «podrá actuar en el marco de un proceso judicial como perito sólo si reúne las condiciones que la LEC establece para esta figura y ha sido designado en tal concepto por el Juez o Tribunal, pudiendo emitir entonces el correspondiente dictamen pericial»[2642].

2636 La SAP Córdoba, secc.2ª, de 23 de junio de 2003, fto.jco.2º (EDJ 2003/72112) destaca que los dictámenes a instancia de parte «se incorporan inicialmente al proceso como prueba documental» y ello determina que «bien en su contestación bien en la audiencia previa, demandado y demandante han de reconocer, impugnar u oponerse al contenido de dichos documentos».

2637 La SAP Ourense, secc.2ª, de 31 de marzo de 2003, fto.jco.2º (EDJ 2003/56075) afirma que el art. 336 LEC sienta la regla general de aportación inicial con los escritos de alegaciones, «estableciendo la propia norma la presunción de aportación», la cual podrá ser desvirtuada «cuando el proponente justifique cumplidamente que no ha podido demorar la interposición de la demanda hasta la obtención del dictamen».

2638 La SAP Sevilla, secc.2ª, de 20 de septiembre de 2004, fto. jco. 3º (JUR 2004\292722) admite que la parte actora solicite en la demanda, por medio de otrosí, la práctica de prueba pericial contable, en orden a cuantificar los ingresos obtenidos por la demandada por venta de publicidad en el Boletín informativo que editaba, y cuyo montante aquélla desconocía.

2639 STSJ Catalunya, de 4 de diciembre de 2001, fto. jco.1º (AS 2002\734), la cual, invoca, a su vez, las SSTS de 26 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6516) y de 19 de julio de 1989 (RJ 1989\5878).

2640 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 266 LEC,* en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.494.

2641 Morales Prat, F. y Marco Fernández, F., *La naturaleza jurídico-procesal del detective privado: el testigo-perito*, en Actualidad Aranzadi, núm. 236, 1999, pp. 1 y 2.

2642 Segovia Arroyo, J. A., *¿Es el informe profesional del detective privado equivalente a un dictamen pericial?*, febrero 2003, en www.derecho.com

Puede contemplarse también como una modalidad de prueba documental singularizada por el doble dato que el contenido del documento describe lo visto u oído por un profesional de la investigación privada y que el profesional puede limitarse a la simple descripción de lo visto u oído o puede aportar también su conocimiento técnico.

Ya se admitían en la práctica forense bajo la vigencia de la LEC de 1881, y eran conocidos en procesos de separación, divorcio y nulidad (SAP A Coruña, de 10 de mayo de 1999), en procesos de propiedad intelectual para verificar la reproducción inconsentida de libros de autor (SAP Zaragoza, 2 de diciembre de 1998[2643]), o en procesos en que las Compañías de Seguros querían negar o reducir el importe de la indemnización, demostrando que las lesiones no impiden el trabajo (SAP Valencia, 2 de diciembre de 1999 y SAP Pontevedra, 13 de septiembre de 1999[2644]).

A efectos probatorios, su valoración dependerá de la aceptación o no del informe por las partes (art. 265.1.4º LEC). Si es aceptado por ambas partes, el informe del profesional de la investigación privada puede desplegar eficacia probatoria, sin necesidad de ratificación, como prueba documental privada, que tiene la misma fuerza probatoria que un documento público. Si no es aceptado, el informe deberá ser sometido a una ratificación *ad hoc* –en los términos del art. 380.1 LEC–, como prueba documental privada sometida a las reglas de la sana crítica.

4.3. Documentos exigidos en casos especiales

El art. 266 LEC contiene una enumeración de documentos que deben acompañarse con la demanda, con referencia a cuatro procesos –responsabilidad civil de jueces y magistrados; reclamación de alimentos; retracto; e interdicto de adquirir la posesión de los bienes hereditarios (art. 266, 1º a 4º LEC)– y un quinto supuesto, a modo de cláusula de cierre y abierta, referida a «aquellos otros documentos que esta u otra Ley exija expresamente para la admisión de la demanda» (art. 266.5º LEC).

Algunos documentos contienen requisitos de procedibilidad –certificación y testimonio de la firmeza del proceso del que dimane la eventual responsabilidad de jueces y magistrados (art. 266.1º LEC)– y otros sirven de principio de prueba o de presupuesto procesal para acreditar la legitimación o carácter con que actúa el demandante – el título en virtud del cual se piden alimentos (art. 266.2º LEC); la justificación del título en que se funda el retracto (art. 266.3º LEC); el título sucesorio en el interdicto de adquirir (art. 266.4º LEC)–.

El juez debe controlar de oficio la aportación de estos documentos, porque su omisión comporta la inadmisión *a limine* de la demanda (arts. 269.2 y 403.1 LEC), siendo preferible otorgar un breve plazo de subsanación, y solo después de agotarse este plazo

2643 SAP Zaragoza, secc.5ª, de 2 de diciembre de 1998, fto. jco.3º (AC 1998\2303).

2644 Guzmán Flujá,V., *Comentario al art. 265 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2095, de quien extraemos la cita de la jurisprudencia.

acordar la inadmisión de la demanda, siquiera algunos autores, más matizadamente, optan por distinguir los efectos de la no presentación de los documentos en función de los distintos supuestos del art. 266 LEC[2645], y otros autores, más rígidamente, parecen optar por la inadmisión automática en cualquier supuesto, sin posibilidad de subsanación[2646].

La subsanabilidad se funda en la conocida doctrina del Tribunal Constitucional que señala que el principio *pro actione* opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad «de manera que, si bien tal principio no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribe aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC, 9 de diciembre de 2002[2647]).

La subsanabilidad de los actos procesales deberá aplicarse cuando el acto en si mismo sea subsanable y cuando la subsanación no genere indefensión a la parte adversa, y la concesión de un plazo de subsanación al actor por la no aportación de un documento exigido preceptivamente por la ley, ninguna indefensión genera al demandado y permite al demandante el ejercicio de su derecho a la acción.

A título ejemplificativo, en las demandas de desahucio por falta de pago, se impone al actor la carga de alegar (y acreditar) las circunstancias que permiten la enervación o no por el demandado de la acción. Se dice literalmente: «No se admitirán las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario si el arrendador no indicare las circunstancias concurrentes que pueden permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio» (art. 439.3 LEC).

Si el actor omite con la demanda aportar la sentencia de enervación recaída en un proceso de desahucio anterior, es preferible conceder un plazo de subsanación que acordar la inadmisión, pues esta segunda resolución solo produce el efecto de obligar al actor a presentar una nueva demanda con el documento preterido en la primera. Por el contrario, la

2645 Valls Gombau, F.J., *Comentario al art. 266 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros, M.A; Rifá Soler, J.Mª; y Valls Gombau, F.J. (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1211, es partidario de acordar la inadmisión «a limine», sin conceder plazo de subsanación, en los supuestos 1º y 4º del art. 266 LEC y por suavizar el rigor en los números 2º y 3º del mismo art. 266 LEC.

2646 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 266 LEC*, en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.495.

2647 STC, Sala 2ª, de 9 de diciembre de 2002, fto. jco. 4º (RTC 2002\238). En sentido similar, la STC, Sala 2ª, de 25 de febrero de 2002, fto. jco. 2º (RTC 2002\45) razona: «[…] los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 LOPJ)».

subsanación y concesión de un plazo para aportación de la previa sentencia de enervación, ninguna indefensión genera para el demandado y permite al actor su acceso a la jurisdicción con mayor celeridad (AAP Barcelona, 6 de mayo de 2008[2648]).

Los supuestos contemplados en el art. 266 LEC son los siguientes:

a) Demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por daños y perjuicios causados, mediante dolo, culpa o ignorancia inexcusable, en el ejercicio de sus funciones (art. 266.1º LEC). En el juicio por responsabilidad civil de jueces y magistrados (arts. 411 a 413 LOPJ) se deberán aportar las certificaciones y testimonios que acrediten, por una parte, la firmeza del proceso (esto es, la sentencia o auto) donde se produzca la lesión, y por otra parte, que en dicho proceso se ha reclamado la reparación del daño o se ha recurrido interesando dicha reclamación. Con ello se hace referencia a dos presupuestos procesales habituales en este tipo de procesos, como lo son el agotamiento de los recursos y la reclamación judicial previa[2649].

b) Demandas cuyo objeto sea la reclamación de alimentos (art. 266.2º LEC).

En el juicio verbal por alimentos (art. 250.1.8º LEC), siguiendo la exigencia contenida en los arts. 1609 y 1610 LEC de 1881, el actor deberá acompañar el documento («título», en la dicción legal) que acredite la relación de parentesco, esto es, que el demandante es acreedor de alimentos frente al demandado.

c) Demandas de retracto (art. 266.3º LEC). Se debe aportar un doble documento. Primero, un principio de prueba, el título que acredite el derecho de adquisición preferente, esto es, la legitimación del demandante retrayante para poder instar la demanda de retracto, sin necesidad que dicho título figure inscrito en el Registro de la Propiedad, ni que haya liquidado los impuestos que lo graven. Y segundo, un

2648 El AAP Barcelona, secc. 3ª, de 6 de mayo de 2008, fto. jco. 1º (JUR 2008\206515) estima el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de 1ª Instancia que había inadmitido la demanda de desahucio por falta de indicación de las circunstancias que permiten la enervación, razonando expresamente: «No habiéndolo hecho así el Juzgado [esto es, concediendo un plazo de subsanación para que el actor indicare las circunstancias que permiten la enervación], incurrió en infracción del 11,3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la doctrina constitucional relativa al derecho de acceso a la actividad jurisdiccional».

2649 Más ampliamente, Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 266 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. III, ob. cit., pp. 1148 y 1149. En la jurisprudencia, y aun con referencia al derogado art. 906 LEC, la STS, Sala Civil, de 19 de febrero de 1994, fto. jco. 2º (RJ 1994\1101) resume la doctrina del modo siguiente: «En este sentido la exigencia del artículo 906 de la Ley Procesal Civil se presenta clara e imperativa, en cuanto dispone que necesariamente han de utilizarse en su tiempo los recursos legales procedentes, o, en su caso, haberse reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo (artículo 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). De esta manera se precisa tanto la reclamación correspondiente, lo que exige que sea acorde a la Ley, como que ésta se presente con oportunidad procesal, utilizando los remedios legales previstos». Posteriormente la STS, Sala Civil, secc. 1ª, de 7 de enero de 2006, fto. jco. 5º (RJ 2006\875) alude también al requisito «del agotamiento de los recursos o utilización a su tiempo de los recursos previstos en la Ley».

requisito de procedibilidad, consistente en el documento que acredite la consignación previa del precio del retracto si fuera conocido –o la prestación de caución para consignarlo en cuanto sea conocido– cuando tal consignación se exija por ley o por contrato, y que no debe confundirse con el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos que impone el art. 1518 CC (STC, 13 de septiembre de 2004[2650]).

d) Interdicto de adquirir (art. 266.4º LEC). Para la investidura de los bienes hereditarios destinados a obtener la posesión material de los bienes hereditarios se debe aportar también un doble documento. Primero, el título sucesorio, que es el documento en que se acredita de forma indubitada la sucesión a favor del causante. Y segundo, el ofrecimiento de información testifical, en referencia a la relación de testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario.

e) Cláusula de cierre por remisión a supuestos en que la LEC u otras leyes exijan la aportación de un documento para la admisión de la demanda (art. 266.5º LEC). En la LEC, y a título de ejemplo, se exige un documento en las demandas de determinación o impugnación de la filiación, a las que debe acompañarse un principio de prueba de los hechos en que se funda (art. 767 LEC); en las demandas sobre protección de derechos registrales del art. 250.1.7 LEC, a las que debe acompañarse a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia no contradictoria del asiento que legitima al demandante (art. 439.2.3º LEC); en las demandas de desahucio por falta de pago, a las que debe aportarse el documento relativo a la posibilidad o no del arrendatario de enervar el desahucio (art. 439.3 LEC); en las peticiones de juicio monitorio, en la que el legislador ha establecido en el art. 812 LEC un listado, meramente ejemplificativo, de los documentos que pueden servir para acreditar la apariencia de una deuda que debe acreditarse con la petición inicial[2651].

2650 La STC, Sala 2ª, de 13 de septiembre de 2004, fto. jco. 3º (RJ 2004\144) distingue a este efecto: «[…] de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el art. 266.3 de la vigente LEC, y que supedita, en el supuesto en que fuere conocido el precio de la cosa objeto de retracto, a que se exija por Ley o por contrato y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el art. 1518 CC, no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida Sentencia estimatoria del mismo». Doctrina seguida en el AAP Barcelona, secc. 4ª, fto. jco. único, de 26 de noviembre de 2007 (JUR 2008\65311).

2651 El AAP Cádiz, secc. 8ª, de 5 de septiembre de 2002, fto. jco. único (AC 2002\2105) inadmite una petición de juicio monitorio por falta de aportación de los documentos expresados en el art. 266.5º LEC, puesto que de la presentación de fotocopias de un informe médico-forense, de un informe médico, un informe expedido por un centro de rehabilitación y la factura correspondiente no puede establecerse «prima facie» una apariencia de derecho a favor del peticionario suficiente, pues de ninguno de los documentos se deduce una deuda vencida y exigible.

Fuera de la LEC, también algunas leyes especiales exigen la aportación inicial de documentos. A título de ejemplo, la demanda de propiedad horizontal de privación de uso del piso o local, exige la aportación del requerimiento previo y certificación del acuerdo de la Junta (art. 7.2.3º LPH) o el requerimiento previo de pago al Consorcio de Compensación de Seguros (art. 20 Estatuto Consorcio).

5. La distinción entre el documento público y el privado

5.1. El documento público: concepto y enumeración

La LEC, siguiendo el precedente del derogado art. 597 LEC\1881, no ofrece una noción de documento público, sino que efectúa una enumeración de los mismos (art. 317 LEC), para luego fijar su fuerza probatoria (art. 319 LEC) y su forma de impugnación (art. 320 LEC).

El legislador procesal asume la noción del artículo 1126 CC, («son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público, con las solemnidades requeridas por la Ley»), de donde se deducen tres requisitos: 1º) La autorización, expedición o intervención por funcionario público (*a publicis personis*); 2º) La actuación de dicho funcionario público dentro de su ámbito competencial de funciones; y 3º) Que el documento revista las formalidades o solemnidades previstas por la ley *(solemniter confecta)* .

Los tres elementos definitorios del documento público son el funcionario público, la competencia y la formalidad. Su diferencia respecto del documento privado es triple: 1º) Por la necesidad de un tercero autorizante (funcionario público o alguien que haga sus veces); 2º) Por su contenido (hace plena fe, salvo prueba de su falsedad); y 3º) Por su forma (reviste ciertas formalidades en relación al acto que pretende acreditar).

Se ha afirmado con precisión que «el criterio jurídico de definición es el del autor, que sea funcionario público, al que se reconducen los otros dos; porque el funcionario público sólo actúa como tal, sólo 'es' funcionario público, cuando actúa dentro de los límites de su competencia y de acuerdo con las normas que rigen su función»[2652], negándose el carácter de público al documento, aun extendido en impreso oficial, cuando el funcionario autorizante certifica cuestiones que exceden del ámbito de sus competencias (STS, 14 de diciembre de 2005[2653]) o al documento –ej. el informe emitido por Inspectores de Trabajo–

2652 Rodríguez Adrados, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)*, en «Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial», Fairén Guillén, V. y Gómez Colomer, J. L. (coords.), Universitat Jaume I, col·lecció «Estudis Jurídics», núm. 8, Castelló, 2004, p. 78.

2653 La STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2005, fto. jco. 1º (RJ 2005\10166) aborda un supuesto de impugnación de testamento por falta de capacidad de la testadora y no reconoce el carácter de documento público a los certificados médicos, aun extendidos en certificado oficial, al razonar: «El

en que el funcionario autorizante carece de la condición de funcionario público (STS, 21 de diciembre de 2006[2654]).

El art. 317 LEC contiene una enumeración de documentos públicos con trascendencia probatoria, casuística e incompleta. Tiene relevancia probatoria, pues de la dicción legal («A efectos de prueba en el proceso…») se deduce que sólo podrán servir como prueba documental pública los enumerados en el art. 317 LEC y sólo los calificados como documentos públicos podrán tener el valor probatorio atribuido en las leyes, materiales o sustantivas. La enumeración es casuística a partir del autor del documento (secretario judicial, notario, corredor de comercio, registrador de la Propiedad y Mercantil, funcionario público de órganos del Estado, de las Administraciones públicas), aun cuando contiene una cláusula abierta, al referirse a «los expedidos por funcionarios públicos legalmente habilitados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones» (art. 317.5º LEC), que permite englobar la totalidad de documentos públicos. Y la enumeración es incompleta, pues debe integrarse con los documentos administrativos previstos en el art. 319.2 LEC (documentos administrativos no previstos en los números 5º y 6º del art. 317[2655]) y los previstos en el art. 323 LEC (documentos públicos extranjeros).

A efectos sistemáticos, conserva plena vigencia la tradicional clasificación trimembre de los documentos públicos:

A) Documentos públicos judiciales (art. 317.1º LEC)

Son «las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales» (art. 317.1º LEC). El carácter público deriva de la intervención del Secretario Judicial, como encargado de dar

recurrente asigna el valor de documentos públicos a los que anteriormente se consignaron, pero no lo son obviamente, pues el artículo 1216 del Código Civil dice que son documentos públicos «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley», por tanto no tienen este concepto los tres certificados médicos aportados con la demanda, aunque consten en modelo oficial. Uno de ellos es de un médico inspector municipal de sanidad con el sello de la inspección, pero lo que certifica son cuestiones ajenas a las de su cargo oficial y competencias (el estado de salud de Dª Camila [la testadora]). Tampoco se puede llamar documento público al certificado del Alcalde, pues entre sus funciones no se encuentra la de dar fe del estado de salud de los habitantes del municipio».

2654 La STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2006, fto. jco.2º (RJ 2007\50) razona: »[…] los informes emitidos por los Inspectores de Trabajo carecen de la caracterización que para ser considerados como documentos públicos requieren los citados preceptos legales por no tener estos funcionarios la condición de fedatarios públicos, siendo doctrina común que los informes administrativos carecen de fuerza probatoria por sí solos».

2655 Con agudeza advierte Díaz Fuentes, A., que el legislador reconoce otros documentos públicos administrativos, «no calificados por lo que sean, sino por lo que no son: son los no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317» (*La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, p.196).

la «fe pública» judicial (arts. 281 y 473.1 LOPJ y art. 6.1 del Reglamento del Cuerpo de Secretarios Judiciales –RD 429/1988, de 28 de abril–) a quien corresponde dar fe de las actuaciones que se realicen en el tribunal o ante éste, así como expedir copias certificadas de las actuaciones no reservadas ni secretas (145.1 LEC).

En los documentos judiciales se distingue el original y el testimonio. El original es el documento que obra en las actuaciones judiciales («resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie») y el testimonio es el emanado al exterior y expedido por el Secretario Judicial bajo la fe pública judicial, habiendo recibido tal consideración el informe forense obrante en una causa penal anterior que hace prueba plena del hecho, acto y estado de cosas a los que se refiere (SAP Islas Baleares, de 6 de abril de 2006[2656]).

B) Documentos referentes al tráfico jurídico privado, civil y mercantil, emanados de quienes están facultados para dar fe pública en estos ámbitos (art. 317.2º, 3º y 4º LEC).

Son «los autorizados por Notario con arreglo a derecho» (art. 317.2º LEC); «los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidos por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho» (art. 317.3º LEC); y «las certificaciones que expidan Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales» (art. 317.4º LEC).

Los documentos notariales se recogen en Ley del Notariado de 28 de mayo de 1962 y el Reglamento de 2 de junio de 1994 (arts. 143 a 271), entre los que destacan las escrituras (arts. 156 y ss. Reglamento) y las actas (arts. 197 y ss. Reglamento). Las escrituras documentan la constitución, modificación y extinción de relaciones jurídicas privadas y las actas documentan hechos presenciados por el notario, siendo ambas documentos públicos, cuya distinción ha de hacerse sobre la base de su contenido (RDGN de 4 de noviembre de 2000[2657]). Conviene precisar que no todos los documentos notariales son públicos, pues también hay oficiales (notas, partes, etc.), profesionales (dictámenes, informes, recursos, cartas,…) e incluso documentos privados de las partes que el Notario haya aconsejado[2658].

En el documento público se distingue el original de la copia. La matriz es el documento público y original, redactado por el notario y que, firmado por los otorgantes y

2656 SAP Islas Baleares, secc. 3ª, de 6 de abril de 2006, fto. jco. 3º (JUR 2006\140106).

2657 RDGRN de 4 de noviembre de 2000, fto. jco. 3º (RJ 2000\10240): «La distinción entre escrituras públicas y actas notariales, […], ha de hacerse sobre la base de su contenido que, a su vez, condiciona las respectivas exigencias formales. Contenido propio de las escrituras públicas, dice el artículo 144 del Reglamento Notarial, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases, en tanto que la órbita propia de las actas notariales, sigue diciendo, afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte de aquellos casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada».

2658 Guzmán Flujá,V., *Comentario al art. 317 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2357.

testigos, y signado y firmado por el notario, conserva éste en su protocolo. Copias auténticas son las autorizadas por el notario dando fe que son transcripción fiel del original; y las copias simples las que carecen de esta autorización.

La importancia de los documentos notariales radica, por una parte, en el hecho que recogen básicamente relaciones jurídicas privadas y de ahí su trascendencia en el proceso civil y, por otra parte, en el hecho que a la eficacia probatoria común a todo documento público, se une la garantía de su permanencia en el tiempo[2659].

Con respecto a los Corredores de Comercio debe tenerse en cuenta que desde el 1 de octubre de 2000 se integraron en un Cuerpo único de Notarios (art. 1 RD 1963/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados).

Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles ostentan la fe pública registral, por lo que están autorizados para dar fe del contenido de los asientos registrales correspondientes (art. 335 del Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947, y art. 77 del Reglamento del Registro Mercantil, de 29 de diciembre de 1989).

A diferencia del derogado art. 597.6º LEC 1881, no se incluyen dentro de los documentos públicos las certificaciones del Registro Civil, cuya llevanza corresponde al Juez de Primera Instancia o por delegación de éste al Juez de Paz (art. 86.1 LOPJ).

C) Documentos públicos administrativos (art. 317, 5º y 6º LEC).

Son «los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones» (art. 317.5º LEC) y «los que, con referencia archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades» (art. 317.6º LEC).

Entre ellos, y a título de ejemplo, se encuentran los documentos emitidos por los Secretarios de las Corporaciones Municipales (art. 93.3.a) de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y art. 162 RD 2568/86, de 28 de noviembre, del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales) o las funciones establecidas para el Secretario en los órganos colegiados de la Administración pública (art. 25.3 e de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJPAC–)[2660].

En el documento administrativo se distingue entre original y certificación. El original forma parte de un expediente administrativo y queda incorporado a un archivo, y la certificación es el documento que se entrega a los particulares.

2659 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.242.

2660 Guzmán Flujá,V., *Comentario al art. 317,* en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2359.

Para completar la enumeración legal de los documentos públicos debemos referirnos a los documentos extranjeros. Son aquellos a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza prevista con general para los documentos públicos por el art. 319 LEC (art. 323.1 LEC).

Y, en defecto de norma internacional o de ley especial, tendrán la consideración de documentos públicos siempre concurran dos requisitos: primero, que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio; y segundo, que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (art. 323.2 LEC).

5.2. El documento privado

A diferencia del documento público, el legislador ofrece una definición del documento privado, aun cuando sea por vía de exclusión. Dispone el art. 324 LEC que «se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317».

Se trata de una definición con relevancia probatoria, negativa y sin una enumeración legal de documentos privados. La relevancia procesal, y más concretamente probatoria, se desprende de la literalidad legal, pues se precisa con claridad diáfana que la definición legal lo es «[…] a los efectos de prueba en el proceso [...]», lo que algunos autores destacan como un acierto del legislador al limitar la regulación legal a los efectos probatorios «sin pretensión de otras virtualidades ni, menos aún, de tomar partido en discusiones doctrinales»[2661]. En todo caso, la referencia legal «a los efectos probatorios», no excluye que en otros contextos sea útil un concepto de documento privado distinto[2662].

Es una definición negativa o residual, esto es, por exclusión de los documentos públicos, en coherencia con lo anticipado en la Exposición de Motivos de la LEC («Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal…)»[2663] y siguiendo las recomendaciones de la Exposición de Motivos del Proyecto de Profesores de 1974 («una definición del documento privado comprensiva de todas las especies que lo integran presenta muy serias dificultades, en una ley se acude a la fórmula de determinarlo por eliminación, en un artículo (artículo 470 Pr.)»[2664].

2661 DE LA OLIVA, A. *Comentario al art. 324 LEC*, en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.570.

2662 GUZMÁN FLUJÁ, V., *Comentario al art. 324 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2394.

2663 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo noveno.

2664 Art. 470 Proyecto de Profesores 1974. Clases de documentos privados. «Son documentos privados aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 464 y los del número 1º del mismo, que sean defectuosos por incompetencia del fedatario, o por otra falta de forma, si estuvieran fir-

La noción legal prescinde, a diferencia del art. 317 LEC («Clases de documentos públicos») y a pesar de la rúbrica del art. 324 LEC, («Clases de documentos privados»), de una enumeración casuística de documentos privados, puesto que la tipología de documentos privados es ilimitada.

El elemento definitorio del documento privado es la ausencia de funcionario público o de persona que tenga atribuida legalmente la facultad de dar fe. Han sido definidos como «aquellos que las partes extienden por sí o a lo sumo en presencia de testigos, pero sin la intervención de un funcionario público que los autorice prestándoles autenticidad»[2665]. Y más recientemente como «aquellos confeccionados sin intervención de fedatario oficial y que, además, no hayan sido emitidos por entidades, dependencias y organismos públicos, que pueden, o no, tener atribuida legalmente la facultad de dar fe»[2666] y como «cualquier objeto material representativo de un hecho formado por los sujetos interesados en el mismo»[2667].

Asumiendo el riesgo que toda clasificación comporta, podemos agruparlos, siguiendo a Montero Aroca, en dos categorías[2668]:

1ª) Documentos bilaterales, esto es, aquellos en cuya suscripción han intervenido dos partes y que contienen un negocio o acto jurídico. Son los documentos dispositivos del art. 1225 CC, que literalmente dispone: «El documento privado, legalmente reconocido, tendrá el mismo valor que la escritura entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes». Tal como expresa la jurisprudencia el «art. 1225 del Código Civil no se aplica a toda clase de documentos privados, sino únicamente a un categoría determinada de ellos: los suscritos por los litigantes ya que tienen por objeto un acto o contrato jurídico» (SSTS, 11 de junio de 2001 y 20 de abril de 1989[2669]).

2ª) Documentos unilaterales, esto es, suscritos únicamente por una parte, que si bien a veces contienen actos jurídicos dispositivos (ej. testamento ológrafo), las más de las veces son documentos testimoniales, a veces ni siquiera firmados y a los que se refieren los artículos 1228 CC («asientos, registros y papeles privados») y 1229 CC («nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que obre en su poder…»). Tal como expresa la jurisprudencia «los papeles privados a los que se refiere este precepto (el art. 1228 CC) son los de índole estrictamente particular o

---

mados por los otorgantes». El art. 464 del Proyecto enumeraba las clases de documentos públicos. Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas, «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Madrid, 1974, p.74.

2665 Manresa Navarro, J. Mª., *Comentarios al Código Civil*, t.VIII, vol. II, p.88.

2666 de la Oliva Santos, A., *Comentarios al art. 324 LEC*, en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.569.

2667 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.244.

2668 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.298.

2669 SSTS, Sala 1ª, de 11 de junio de 2001, fto. jco. 2º (RJ 2001\5676) y de 20 de abril de 1989, fto. jco. 5º (RJ 1989\3243).

«domésticos» (art. 1211 Proyecto 1851), que son los que se forman y se conservan por el interesado, siendo su finalidad el de mantenerlos consigo, distinta de los documentos privados propiamente dichos, los cuales se crean para el tráfico o interrelación entre personas, es decir, para tener publicidad» (STS, 6 de abril de 2001[2670]).

Se incluyen dentro de los documentos privados los documentos públicos defectuosos (art. 1225 CC) y los libros de los comerciantes, estos últimos integrados dentro de la sección que regula los documentos privados, a modo de una categoría especifica, remitiéndose, en cuanto a su utilización como medios de prueba, a las leyes mercantiles (art. 327 LEC). Y se excluyen aquellos «escritos» a los que la propia LEC otorga una consideración distinta, como pueden ser los dictámenes periciales a instancia de parte (art. 265.1.4º LEC), que constituyen una modalidad de prueba pericial; o los informes de los profesionales de la investigación privada (art. 265.1.5º LEC) que, en caso de no reconocimiento de hechos, se asemejan más a una prueba testifical.

Los documentos privados suelen ser autógrafos, esto es, producidos por las propias personas que intervienen en el acto, a diferencia de lo que sucede con los documentos heterógrafos (los documentos públicos) en los que se distingue entre la persona que los redacta (el funcionario público) y la persona interesada en ellos.

A pesar de su carácter ilimitado, Muñoz Sabaté ha efectuado una enumeración de los documentos privados, y distingue: 1ª) Synagrapha, esto es, el contrato, documento que contiene una declaración de voluntad; 2ª) Apoka, documento consistente en la carta de pago del deudor; 3ª) Instrumenta doméstica, identificados con asientos, registros y papeles privados del art. 1228 CC, y que comprenden cartas, borradores, diarios íntimos y folletos de propaganda; y 4ª) documentos mercantiles, que comprenden albaranes, facturas y libros de comercio[2671]. Por su parte, Serra Domínguez enumera como documentos privados los siguientes: negocios jurídicos dispositivos, bien unilaterales (testamento ológrafo, donación), bien bilaterales (contratos); fotografías; copias y fotocopias; películas cinematográficas y las cintas de video; cintas magnetofónicas; planos y folletos impresos[2672].

2670 STS, Sala 1ª, de 6 de abril de 2001, fto. jco.3º (RJ 2001\6645). Y en sentido similar otras resoluciones del TS han excluido del ámbito del art. 1228 CC: a) los documentos existentes en las oficinas bancarias cuya utilización y destino no sean estrictamente particulares (STS de 6 de junio de 2000, fto. jco.2º, RJ 2000\5095); b) las facturas y albaranes de entrega, (STS de 24 de mayo de 1999, fto. jco. 5,º RJ 1999\3928); c) los documentos obrantes en una oficina bancaria con intervención de ésta en su confección y conservación (STS, de 3 de febrero de 1994, fto. jco.5º, RJ 1994\972); d) asientos, registros y papeles privados escritos por terceras personas ajenas al proceso (STS, de 11 de julio de 1986, fto. jco.5º, RJ 1986\4497); e) los asientos de los libros privados del acreedor porque se trata de «los extractos de operaciones contables cuya utilización y destino no son exclusivamente personales» y de «los libros y registros llevados por una de las partes suscritas por ella, sobre todo si se hace en cumplimiento de una obligación legal» (STS, de 21 de enero de 1985, considerando 2º, RJ 1985\190).

2671 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria,* ob. cit., pp. 409-421, ofrece una enumeración y un estudio particular de cada uno de ellos.

2672 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., pp. 244-246.

5.3. El documento oficial

La LEC considera que todo documento es público o privado, puesto que distingue únicamente entre los documentos públicos y privados (arts. 299.1, 2º y 3º, respectivamente), sin referencia a ninguna otra clase de documentos. La regulación legal efectúa una enumeración de los documentos públicos (art. 317 LEC) y considera documento privado –además de los libros de los comerciantes (art. 324 LEC)– todo aquel no susceptible de encajar en la enumeración de los documentos públicos (art. 324 LEC).

A modo de categoría intermedia, cada vez se postula con mayor insistencia la aparición de la categoría de los documentos oficiales, flexibilizando el rígido dualismo entre documentos públicos y privados. Etimológicamente el término oficial procede del latín *offitialis*, derivado a su vez de *officium*, e identificado como perteneciente al oficio, empleo o cargo.

Son documentos oficiales los «documentos administrativos públicos que carecen de alguna o algunas de las características previstas en la Ley para que un documento sea verdaderamente considerado público (v.gr.: otorgado por funcionario no autorizado para dar fe, o sin las solemnidades requeridas por la Ley, o fuera del ámbito de su competencia)»[2673]. Y, en palabras de la STS de 27 de julio de 1994, «los documentos oficiales, en cuanto que expedidos por funcionario público en el desempeño de sus funciones o fines, de modo que acrediten una situación jurídica, función o garantía mediante intervención de algún organismo público estatal reconocido»[2674].

Son documentos confeccionados por funcionarios públicos no legalmente facultados para dar fe[2675], como una suerte de segunda clase de documentos administrativos[2676], y que poseen ciertos elementos identificadores (papel con membrete, sello, etc.) que les permite desplegar fuerza probatoria sin necesidad de efectuar una compulsa con los originales (si los hay disponibles)[2677].

Aparecen recogidos en el art. 319.2 LEC, cuyo tenor literal reza: «La fuerza probatoria de *los documentos administrativos no comprendidos en los números 5 y 6 del artículo 317* a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los

2673 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 319*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2370.

2674 STS, Sala 1ª, de 27 de julio de 1994, fto. jco. 2º (RJ 1994\6929).

2675 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., p.321 y Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.69.

2676 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.296.

2677 Rodríguez Adrados, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)*, ob. cit., p.84.

efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado»[2678]. De ahí que se distinga para fijar la eficacia probatoria:

a) Si una ley especial que les reconoce el carácter de público establece expresamente la fuerza probatoria de los mismos, habrá que estar a lo que dispone la ley especial.

b) Si la ley especial no establece expresamente la fuerza probatoria, hay una «presunción de verdad» en cuanto a los «hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos», que admite prueba en contrario.

Ejemplo de este tipo de documentos es el previsto en el artículo 144.1 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en la redacción de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre[2679]), que literalmente dice: «las actas extendidas por la inspección de los tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario» [2680].

Como advierte Montero Aroca, en este supuesto se pretende que una persona (funcionario en órgano de recaudación) realice un acto y dé fe del contenido de dicho acto, cuando en los números 4º, 5º y 6º del art. 317 LEC los funcionarios expiden una certificación, lo que presupone la existencia de un archivo y de un documento original, y que el funcionario goza por ley de fe pública. En las diligencias extendidas por funcionarios de los órganos de recaudación ni existe documento original en un archivo ni el funcionario tiene fe pública[2681].

La jurisprudencia reconoce como documentos oficiales los atestados instruidos por la Guardia Civil, en cuanto que documentos confeccionados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, pero carentes de la fe pública. La SAP Barcelona, de 30 de abril de 1999[2682], literalmente y en la parte que interesa, dice:

> «[…] constituyendo dicho atestado desde el punto de vista civil un documento susceptible de incardinación en el núm. 7 del artículo 596 LEC [léase hoy art. 317-5º LEC] en cuanto que se incorpora a un proceso judicial, y, en sentido amplio, es un documento oficial, en cuanto es confeccionado por funcionarios públicos competentes en el ejercicio de sus cargos, aun cuando sus autores no tienen reconocida fe pública de ninguna clase. El atestado no puede,

2678 La cursiva es nuestra.

2679 Publicada en el BOE de 18 de diciembre de 2003, núm. 302.

2680 Ver la STS, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 1995 (RAJ 9476), citada por Ormazábal en *La prueba documental,* ob. cit., p.70. Se considera que su fuerza probatoria es similar a la de los documentos públicos, aunque solo generan una presunción *iuris tantum* de aquellos datos o estados de cosas percibidos por el funcionario correspondiente y no, como los documentos públicos, prueba plena.

2681 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.297.

2682 Sentencia citada por Guzmán Flujá, V., ob. cit., p.2371. Más recientemente la STS, Sala 1ª, de 19 de junio de 2003, fto. jco. 3º, (RJ 2003\5357) también considera el atestado como documento oficial, con cita de la STS de 29 de junio de 1915.

pues, asimilarse a un documento privado, el cual debe en principio ser adverado por sus autores u otras pruebas para poder ser tenido en cuenta como un elemento probatorio en el proceso civil».

El documento oficial ha tenido, por el contrario, un reconocimiento más explícito en el proceso penal, pues el vocablo oficial se utiliza en la rúbrica de la sección primera del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Penal («De la falsificación de documentos públicos, *oficiales* y de comercio y de los despachos telegráficos») y en el art. 392 CP, relativo a la falsedad cometida por particular[2683].

La noción de documento oficial tampoco ha sido pacífica en la doctrina y jurisprudencia penal[2684], siquiera la mayoría entiende que se trata de un sinónimo de documento público e identifica como documentos oficiales los del art. 317.3 LEC: «Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones»[2685]. A juicio de Quintero Olivares la confusión tiene su origen en una mala traducción arrastrada del Código Penal francés de 1810 que aludía a documentos administrativos y que el legislador español optó por traducir por oficiales, siendo que los documentos administrativos contemplados por el legislador francés son precisamente algunos de los descritos como públicos en el anterior art. 596 LEC\1881 y ahora en el vigente 317 LEC[2686].

5.4. Los libros de los comerciantes

El art. 327 LEC, al igual que el derogado art. 605 LEC\1881, regula los llamados «libros de los comerciantes», dentro de la sección destinada a la regulación de los documentos privados, y mediante una remisión indirecta a los arts. 31 a 33 CCom, en los términos literales siguientes: «Cuando haya de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles. 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».

2683 Art. 392 CP: «El particular que cometiere en documento público, *oficial* o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado I del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses». (La cursiva es nuestra)

2684 Moner Muñoz, E., *Falsificación de documentos oficiales. Doctrina del Tribunal Supremo. Cambio de orientación en la doctrina del Tribunal Supremo*, en Revista General de Derecho, Año LI, núm. 606, marzo 1995, pp. 1659-1666, recoge las definiciones más frecuentes a nivel doctrinal sobre documento oficial.

2685 Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial,* ed. Dykinson, S.L., 2003, pp. 251-252, quien ofrece una enumeración casuística de supuestos concretos en los que el Tribunal Supremo ha calificado un documento como oficial.

2686 Quintero Olivares, G., *Comentario al art. 390 CP*, con AAVV, en «Comentarios al nuevo Código Penal», Quintero Olivares, G. (dir.) y Valle Muñiz, J.M. (coord.), ed. Aranzadi, Navarra, 1996, p.1734.

Tradicionalmente se ha considerado que los libros de los comerciantes constituyen la única categoría específica de documentos privados reconocida en la LEC, dotada de cierta especialidad[2687]. Más matizadamente se ha afirmado que el reconocimiento o exhibición de los libros de comercio es un supuesto de prueba documental combinada con la de reconocimiento judicial, e incluso con la de prueba pericial, algo que ya prevé el art. 356 LEC[2688].

Otros autores entienden que los libros de los comerciantes y los soportes informáticos en los que consta su contabilidad tienen mejor encaje legal dentro de los «instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase» (art. 299.2 LEC)[2689]. A favor de esta tesis cabe aducir que el art. 317 LEC admite que los libros de los comerciantes se presenten en soportes informáticos, posibilidad ya prevista en la Instrucción sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos, de 31 de diciembre de 1999. Y tampoco faltan autores que sostienen la disciplina procesal de los libros de los comerciantes «está a caballo de la prueba documental y de las pruebas por medios electrónicos e informáticos»[2690].

En orden a la proposición de la prueba, los libros de los comerciantes están sujetos al deber de exhibición documental entre litigantes del art. 328 LEC (SAP Madrid, 31 de marzo de 2004[2691]), resultando aconsejable que la parte proponente de la prueba indique los concretos asientos cuya exhibición pretende, recomendación que deviene exigencia legal cuando la prueba se practica excepcionalmente en la sede del juzgado (art. 327 LEC), y con el control por parte del juez de los puntos que tengan relación con la cuestión litigiosa (STS, 3 de junio de 2008[2692]).

2687 Puede verse *per omnia*, Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental.* , ob. cit., p.26. Sobre la naturaleza jurídica de los libros de contabilidad puede verse el amplio análisis de Marina García Tuñon, A., (*La función de los libros de contabilidad*, en «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont», t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2130-2139) desde la doble perspectiva formal o en relación al propio libro como tal –en cuyo caso los libros de contabilidad son un documento– y sustancial, respecto del asiento que integra su contenido –en cuyo caso constituyen una declaración de conocimiento– y si ambas perspectivas son compatibles.

2688 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 327 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2410.

2689 Rojo, A., *La contabilidad. Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba*, en «Curso de Derecho Mercantil», Uría, R. y Menéndez, A. (dirs.), 2ª ed., 2006, p.180.

2690 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.749.

2691 SAP Madrid, secc. 14ª, de 31 de marzo de 2004, fto. jco.4º (AC 2005\391).

2692 La STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2008 (BDB 4663/2008) analiza un supuesto de no ejecución de una prueba de requerimiento de libros por defectuosa petición de la parte solicitante. Recuerda el TS que la solicitud de exhibición de libros de comercio de la contraparte debe efectuarse en la forma prevista en el art. 32.3 Ccom, «con la finalidad de que se ordenase el reconocimiento en el establecimiento del empresario, como ordena el art. 33 Ccom., con el control por parte del juez de la determinación de los puntos que tenga relación con la cuestión litigiosa (art. 32.3

La «práctica» de los libros de los comerciantes presenta especificidades con respecto a su alcance, al lugar y a las formas de reconocimiento (comunicación o exhibición). El alcance del reconocimiento de los libros es parcial, pues no cabe examinar la contabilidad en su conjunto de una empresa fuera de los supuestos del art. 32. 2 Ccom (sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo y cuando los socios o representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo).

El lugar en que debe llevarse a cabo su examen o reconocimiento es el establecimiento del empresario, en presencia del empresario o persona comisionada por él, y con la posibilidad de que el solicitante de la prueba se haga acompañar de auxiliares técnicos (art. 33 Ccom). A modo de salvedad y como novedad, se permite que el reconocimiento tenga lugar en la sede del Juzgado (art. 327.2 LEC), posibilidad sujeta a la necesidad de motivación mediante resolución judicial y con carácter restrictivo, aun cuando en este supuesto el alcance del reconocimiento sigue teniendo también carácter parcial («siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados»). Se ha afirmado que cabe pensar en casos en que la documentación contable esté intervenida y en poder del Banco de España o un Juzgado, con lo que para poderla examinar será necesario recabar su comunicación a la entidad o auxilio judicial[2693].

El reconocimiento de la contabilidad puede hacerse mediante comunicación o exhibición. La comunicación supone un reconocimiento general del conjunto de libros, documentos contables, justificantes y correspondencia del empresario. En la medida que supone una excepción al derecho al secreto contable (art. 32.1 CCom), la ley establece los casos tasados –ya mencionados– en los que es posible el examen de la contabilidad del empresario en su conjunto (art. 32.2 CCom).

Por el contrario, la exhibición supone un reconocimiento parcial, limitado a los asientos o documentos relacionados con los hechos controvertidos, siendo conveniente que la parte proponente de la prueba especifique el concreto o los concretos asientos cuya exhibición se pretende, como exige el art. 327 LEC, cuando la exhibición debe efectuarse en la sede del Juzgado.

La eficacia probatoria de la contabilidad se recoge en el Código Comercio, al afirmar que «el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas de Derecho» (art. 31.1 Ccom), expresión poco afortunada, que debe interpretarse como una negativa a la sumisión a reglas de valoración tasada y una remisión al racional criterio del Juzgador (STS, 26

II Ccom) y con la adopción de medidas oportunas para la conservación y custodia de los libros y documentos».

2693 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.27.

de junio de 2001[2694]), o las reglas de valoración de la prueba en la LEC[2695], o a las reglas de la sana crítica[2696].

La valoración de los libros de contabilidad puede reconducirse a una serie de máximas de experiencia, habiéndose señalado por Döhring como indicios de corrección de los asientos contables los siguientes: 1) Cuando los distintos hechos negociables han sido anotados con arreglo a los principios de contabilidad admitidos; 2) Cuando no hay errores de cálculo; 3) Cuando están registrados todos los hechos que había obligación de registrar; 4) Cuando la contabilidad causa una impresión general favorable, también en otros aspectos; 5) Cuando el resultado al que se ha llegado al parecer correctamente, responde a las experiencias habituales del ramo[2697].

La jurisprudencia ha limitado el valor probatorio de la contabilidad a la acreditación de hechos, no de actos jurídicos, puesto que los contratos no son objeto de anotación contable y no pueden ser un medio de prueba directa de negocios jurídicos (SSTS, 7 de marzo de 1986, 2 de junio de 1990[2698]; y 22 de noviembre de 1993). La doctrina mercantilista ha reivindicado un mayor alcance probatorio de los libros de comercio, esto es, no limitado a la simple acreditación de meros hechos materiales, pues los asientos contables recogen el contenido de las prestaciones que efectúan las partes en ejecución de contratos y, en consecuencia, pueden probar hechos que tienen efectos jurídicos. También se ha reivindicado que una contabilidad llevada conforme a Derecho permite acreditar la existencia de un determinado acto o contrato, particularmente si quien interesa la prueba es la parte contraria a quien ha redactado los libros contables[2699].

Por último, y como afirma la jurisprudencia, no cabe identificar los libros contables con los asientos, registros y papeles privados, regulados en el artículo 1228 CC, pues éstos últimos son de índole «doméstica», sin vocación de publicidad, mientras que los primeros se llevan por imposición legal.

2694 La STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2001, fto. jco. 4º (RJ 5084\2001) afirma: «Tratándose, por tanto, de asientos contables sus resultancias no están sujetas en cuanto a su valoración a regla tasada, sino que en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 del Código de Comercio son apreciadas, según las reglas generales del Derecho, conforme con racional criterio del Juzgador».

2695 Sánchez Calero, F., *Principios de Derecho mercantil,* 7ª ed., Madrid, 2003, pp. 49-50.

2696 Muñoz Sabaté, LL., *Técnica probatoria*…, ob. cit., p.418.

2697 Dóhring, E., *La prueba,* Valletta ediciones, Buenos Aires, 2003, p.239.

2698 La STS, Sala 1ª, de 2 de junio de 1990, fto. jco. 3º (RJ 1990\4725) afirma que «[…] los asientos contables reflejan actos materiales de carácter patrimonial careciendo de fuerza probatoria para acreditar directamente actos jurídicos […]».

2699 Uría, R., *Derecho mercantil,* 28ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 62-63. En el mismo sentido, Rojo, A., *La contabilidad. Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba*, en «Curso de Derecho Mercantil», Uría, R. y Menéndez, A. (dirs.), 2ª ed., 2006, pp. 181-182.

6. Presentación de los documentos

6.1. Momento procesal

La aportación de documentos está sujeta a estrictas reglas de preclusión. Rige la carga de la aportación inicial –de documentos fundamentales (art. 265.1.1º LEC)–, con fundamento bien en el derecho a la información de la contraparte[2700], bien en el principio de igualdad procesal[2701], bien en el derecho de defensa[2702], bien en el principio de la buena fe procesal[2703]. Y rige también la carga de la imposibilidad de aportación posterior a la vista o al juicio –de cualquier tipo de documentos (art. 271.1 LEC)–. Ambas cargas procesales derivan de la especial naturaleza probatoria del documento y presentan rígidas excepciones[2704].

Con respecto a los documentos fundamentales se impone la carga de su aportación inicial con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.1º y 269 LEC), «para información de la parte contraria» –en justificación literal de la Exposición de Motivos LEC[2705]–, extendiéndose dicha carga al actor y al demandado, con la finalidad de dar soporte probatorio a las alegaciones vertidas en la demanda y contestación[2706].

La carga de aportación inicial comporta un tratamiento distinto de este medio de prueba que, en síntesis de Montero Aroca, se justifica en las siguientes razones: 1ª) La práctica de la prueba documental se realiza simplemente con la presentación de documentos; 2ª) Los documentos tienen, sin duda, un especial valor probatorio en relación con

2700 Para Guasp Delgado, J., (*La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía*, en «Estudios Jurídicos», ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 433-462, que recoge un trabajo publicado en la 'Revista de Derecho procesal', año 1945, núm. 1, pp. 59 y ss.) la justificación legal se asienta «en la necesidad de que las partes tengan desde un principio noticia exacta del fundamento en que se asienta las alegaciones de la contraria» (p.434).

2701 Para de la Oliva Santos, A., (*La presentación de documentos*, en Revista de Derecho Procesal, IV/1970, pp. 875 y 876) la singularidad de la aportación de los documentos obedece: a) por una parte, a que el documento contiene el hecho que constituye la causa de pedir; y b) por otra parte, a que la presentación del documento no requiere, a diferencia de los demás medios de prueba, de una práctica posterior.

2702 Para Montero Aroca, J., (*Presentación de documentos materiales con la demanda y contestación*, en rev. «Poder judicial», núm. 17, marzo/1990, p.47), la razón de la especialidad de la aportación inicial de los documentos radica «en que no puede producirse indefensión para alguna de ellas [de las partes]».

2703 Para Serra Domínguez, M., (*La prueba documental*, ob. cit., p.247) el deber de aportación inicial es una exigencia legal «para facilitar los términos del debate».

2704 Sistematiza exhaustivamente las excepciones al deber de aportación inicial de los documentos la SAP, A Coruña, secc. 5ª, de 22 de marzo de 2007, fto. jco. 3º (JUR 2007\29065).

2705 Exposición Motivos LEC, epígrafe X, párrafo 12º.

2706 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.295, los identifica como «documentos acompañados» –junto con los escritos de alegaciones y a menudo confundidos con ésta– para distinguirlos de los «documentos aportados», que se presentan aislados de los escritos de alegaciones.

las demás pruebas; y 3ª) No en todos los procesos existe prueba documental, pero cuando existe lo normal es que en ella se recojan los hechos que integran la causa de pedir o fundamento de la pretensión y aún los hechos constitutivos de la misma[2707].

Se exceptúan de este régimen de preclusión y se permite la aportación de documentos en un momento no inicial del proceso en tres supuestos: 1º) Por falta de existencia del documento: son los documentos de fecha posterior a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa y, además, que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad (art. 270.1º LEC). Así se evita la dolosa aportación de material probatorio confeccionado *ex processo*, como era frecuente bajo la LEC de 1881, con la presentación de declaraciones testificales o informes periciales que certificaban hechos o situaciones anteriores a la demanda y contestación[2708], discutiéndose si mediante el documento se ha de documentar un hecho o acto de fecha posterior[2709] o puede también fechar un acto anterior[2710]. 2º) Por falta de conocimiento del documento: son los documentos anteriores a la demanda y contestación, sustituyéndose la exigencia del juramento (art. 506.2 LEC 1881), de cuestionada eficacia[2711], por una justificación de su desconocimiento (art. 270.2º LEC). 3º) Por falta de disponibilidad del documento: son los documentos que no ha sido posible obtener con anterioridad, por causa no imputable a la parte, siempre que se haya designado el archivo donde se encuentren (art. 270.3º LEC). La presentación de los documentos al amparo del art. 270 LEC requiere un escrito con justificación de las circunstancias impeditivas de su no aportación inicial[2712].

Con respecto a cualquier documento –distinto de los fundamentales– se impone la carga de su aportación con anterioridad a la vista (en el juicio verbal) o al acto del juicio (en el juicio ordinario) (arts. 271.1 y 272 LEC y SAP Toledo, 15 enero de 2004[2713]). Se exceptúa de este régimen de preclusión y se permite la aportación por vía de diligencias finales (art. 271. 1 LEC) de: 1º) Documentos referidos a hechos nuevos o de nueva noticia, aun cuando la remisión que efectúa el art. 271.1 LEC a «la regla tercera del artículo 435, so-

2707 Montero Aroca, J., *La presentación de documentos*…, ob. cit., p.17 y más recientemente en *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.307.

2708 Práctica ya denunciada en los autores, como Ribelles Arellano, J. Mª., *Comentario al art. 270 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, ob. cit., p.1128.

2709 Para Montero Aroca, J., (*La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ob. cit., p.307), el documento no solo ha de ser de fecha posterior a los escritos de alegaciones, sino, además, es necesario que «mediante él ha de haberse documentado un hecho o acto de fecha posterior»

2710 Ribelles Arellano, J. Mª., *Comentario al art. 270 LEC*, ob. cit., p.1128, quien pone el ejemplo de un certificado médico de una enfermedad previa o de una nota registral de un hecho o de un acto previamente inscrito.

2711 de la Oliva Santos, A., *La presentación de documentos*…, ob. cit., p.896.

2712 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 270 LEC*, en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.499, alude a la exigencia de una «semiplena probatio», esto es, un juicio de probabilidad cualificada de las circunstancias impeditivas de la no aportación inicial.

2713 SAP Toledo, secc. 1ª, de 15 de enero de 2004, fto. jco. 3º (JUR 2004\79895).

bre diligencias finales en el juicio ordinario» [debe entenderse a la regla tercera del art. 435, apartado primero] lo limita a los supuestos en que media petición de parte (las llamadas por algunos autores diligencias finales ordinarias) y con respecto a «las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia previstos en el artículo 286», excluyéndose la posibilidad de aportar documentos de oficio sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.2 LEC) y también la posibilidad de aportar, a instancia de parte, aquellos documentos que, «por causas ajenas a la parte que lo hubiese propuesto», no se hubiesen podido obtener con anterioridad al acto del juicio, pese haberse admitido como prueba (art. 435.1, regla segunda, LEC). Y 2º) Sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa de fecha no anterior a la fase de conclusiones y decisivas en términos del fallo para resolver en primera instancia o en cualquier recurso (art. 271.2 LEC).

La aportación de documentos debe observar algunas reglas particulares:

1) Los documentos, escritos y objetos fundamentales deben acompañarse junto con los escritos de alegaciones y, de no ser posible, se procederá al sistema de designación del lugar donde se encuentra disponible el documento, escrito u objeto (art. 265.2 LEC y STS de 17 octubre de 1994[2714]).

   El sistema de designación comporta una excepción a la carga de presentación inicial fundada en la no disponibilidad del documento. Se constituye como un deber de las partes, que exigirá una mínima justificación[2715] y debe ser objeto de interpretación restrictiva, como anticipa la Exposición de Motivos LEC, que persigue restringir al máximo la posibilidad de remitirse a expedientes, archivos o registros públicos: «Los supuestos de presentación no inicial de los documentos y otros escritos e instrumentos relativos al fondo se regulan con exactitud y se sustituye la promesa o juramento de no haberlos conocido o podido obtener con anterioridad por la carga de justificar esa circunstancia»[2716].

2714 La STS, Sala 1ª, de 17 de octubre de 1994, fto. jco. 8º (RJ 1994\7555), aun con referencia a la regulación vigente la LEC de 1881 y para un supuesto en que la parte actora solicitó un testimonio de particulares obrante en un expediente de suspensión de pagos en el que no había sido parte razona: «1.ª … al no hallarse a la libre disponibilidad de la entidad actora (antes de iniciar este proceso) los documentos y actuaciones obrantes en el expediente de suspensión de pagos de la entidad demandada, en el que aquélla no había sido parte, procedió correctamente al designar, para el momento procesal oportuno, los archivos del Juzgado en que se había tramitado el referido expediente de suspensión de pagos, según el párrafo 2.º del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881], que es el aplicable a este supuesto, careciendo de aplicación el párrafo 3.º del mismo precepto, pues los documentos o actuaciones procesales obrantes en un proceso no se hallan a la disposición de quien no ha sido parte en el mismo».

2715 La SAP Madrid, secc.20ª, de 22 de marzo de 2005, fto. jco.3º (JUR 2005\111251) considera que existe una aportación extemporánea cuando era posible obtener copia testimoniada del informe de sanidad emitido por el Médico Forense del Juzgado de Instrucción, constando en las actuaciones por propio reconocimiento de la actora que no solicitó por escrito el referido testimonio.

2716 Exposición Motivos LEC, epígrafe X, párrafo 13º.

El deber de designación de archivos no alcanza con la misma intensidad a los documentos públicos que a los privados, como precisa la SAP Madrid, de 31 de marzo de 2004[2717]:

> «[…] El deber de cita de archivos sólo rige en relación con los documentos públicos y auténticos por naturaleza, y en función de la libertad de acceso al archivo donde se custodian. Si es de libre acceso, deben aportarse con la demanda o contestación sin que la parte pueda escudarse en la designación de archivo. Sólo cuando se trate de archivos en los que se exija especial legitimación para su acceso es cuando entra en vigor la cita del archivo para evitar daños al litigante.

Por el contrario, los documentos privados que no gozan de autenticidad, y que carecen de archivo o protocolo deben aportarse originales; sobre ellos no hay nadie con poder certificante, salvo que ese documento privado estuviese en archivo público como complemento del documento público. En este último caso si es necesaria la cita de archivos, y lo es por las más elementales razones de lealtad procesal».

Tampoco rige con la misma intensidad para el actor que para el demandado. Con respecto al demandado, le basta designar el archivo sin necesidad de aportar el documento o copia fehaciente. Por el contrario, con respecto a actor, el deber de designación del archivo, protocolo o registro no le exonera de aportar una copia fehaciente (art. 265.2, II LEC).

2) Los documentos, escritos y objetos podrán aportarse en la audiencia previa si su interés o relevancia se pone de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (art. 265.3 LEC) o se trata de documentos complementarios de los aportados con la demanda. Se conocen como «documentos de refutación» (SAP Badajoz, 17 de marzo de 2004[2718]) y como «documentos complementarios» (STS, 20 de diciembre de 2002[2719]). Ambos constituyen también una excepción a la carga de presentación inicial fundada en el principio de igualdad y contradicción. La preclusión, como apunta Guasp, «es inaplicable a los

2717 SAP Madrid, secc. 14ª, de 31 de marzo de 2004, fto. jco. 4º (AC 2005\391).

2718 La SAP Badajoz, secc.3ª, de 17 de marzo de 2004, fto.jco.2º (JUR 2004\113053) define los documentos de refutación como «los documentos dirigidos a refutar o rebatir alegaciones relativas al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones formuladas por los demandados en la contestación a la demanda». En el caso, la necesidad posterior de aportar por la actora una certificación de Seur, motivada por las alegaciones de la demandada, al poner en duda la entrega de unas mercancías y la correspondencia de los albaranes aportados con las facturas reclamadas. Pueden verse también las SSTS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 1996, fto. jco.3º (RJ 1996\2179) y de 9 de marzo de 1994, fto. jco.1º (RJ 1994\2205).

2719 La STS, Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2002, fto. jco. 2º (RJ 2003\224), con cita de otras muchas sentencias, recoge una doctrina jurisprudencial muy consolidada al afirmar: «… la jurisprudencia de esta Sala, […], admite la aportación en fase probatoria de documentos complementarios o que tiendan a rebatir, puntualizar o aclarar los hechos alegados por el demandado en su contestación, máxime si se trata de documentos conocidos por ambas partes (SSTS 19-6-2002 [RJ 2002, 5227], 20-9-2001 [RJ 2001, 8143], 26-6-2001 [RJ 2001, 5084] y 13-11-2000 [RJ 2000, 9594] …».

documentos 'de fondo' que no tengan verdadero carácter fundamental o se introduzcan para combatir nuevas alegaciones del adversario»[2720].

3) En el juicio verbal, el demandado aportará los documentos, escritos y objetos en la vista (art. 265.4 LEC) y el actor, por una interpretación *a contrario sensu* del mismo art. 265.4 LEC, deberá aportarlos con la demanda, sea o no sucinta. Si el demandado tiene la carga de aportar estos documentos en la vista, y el legislador ha circunscrito esta carga exclusivamente al demandado («En los juicios verbales, el demandado aportará los documentos […] en el acto de la vista»), ello significa que para el actor rige la regla general del art. 265.1 LEC («A toda demanda o contestación habrá de acompañarse: 1º. Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden») y los documentos deben aportarse junto con la demanda[2721].

   Si bien es cierto que ello puede originar cierta desigualdad para el actor –que no conocerá los documentos hasta la vista, mientras el demandado ya ha tenido tiempo de examinarlos– es coherente con la regla de la aportación inicial de documentos, escritos y objetos junto con las alegaciones iniciales.

4) Supuestos especiales del art. 266 LEC. Son documentos que deben acompañarse con la demanda, con referencia a cuatro procesos –responsabilidad civil de jueces y magistrados; reclamación de alimentos; retracto; e interdicto de adquirir la posesión de los bienes hereditarios (art. 266, 1º a 4º LEC)– y un quinto supuesto, a modo de cláusula de cierre y abierta –«aquellos otros documentos que esta u otra Ley exija expresamente para la admisión de la demanda» (art. 266.5º LEC)–.

La no aportación del documento en el momento legalmente previsto comporta la preclusión, principio recogido con carácter general para cualquier acto procesal sometido a plazo o término (art. 136 LEC) y con carácter particular para los documentos (arts. 269, 271.1 y 272, I LEC). Con respecto a los documentos fundamentales la preclusión se traduce en la imposibilidad de su aportación con posterioridad a la demanda y la contestación (art. 269.1 LEC) y con respecto a los documentos no fundamentales comporta la imposibilidad de su aportación con posterioridad a la vista o al acto del juicio (art. 271.1 LEC) –y en ambos casos con las excepciones ya apuntadas–. Con respecto a los documentos exigidos en supuestos especiales (art. 266 LEC) la preclusión produce *ex lege* la indamisión *a limine* de la demanda (arts. 269.2 y 403.1 LEC), aun cuando es preferible otorgar un plazo de subsanación[2722].

2720 Guasp Delgado, J., *La presentación de documentos*…, ob. cit., p.449.

2721 En este sentido, Garnica Martín, J., *El juicio verbal: aspectos prácticos*, en Revista Jurídica de Cataluña, 2001, núm. 4, p.180; Fernández PÉREZ, V. y Fernández DÍAZ, B., *Cuestiones sobre la prueba documental*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 336-339. En sentido contrario, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pp. 752-753.

2722 Puede verse el epígrafe 4.3. de este capítulo.

La aportación extemporánea de un documento comporta, de oficio o a instancia de parte, el efecto legal de su devolución a la parte aportante (art. 272, I LEC), decisión que es irrecurrible y sin perjuicio que la parte perjudicada pueda hacer valer su derecho en segunda instancia (art. 272, II LEC). De oficio, bastará la resolución del juez acordando la inadmisión del documento y su devolución a la parte, sin audiencia de las partes, pues la literalidad legal permite la «inadmisión de plano de los documentos presentados en tiempo inhábil» (SAP Jaén, de 28 de noviembre de 2007[2723]).Y a instancia de parte, podrá recurrirse la resolución que acuerde la unión del documento extemporáneo o presentarse un escrito alegando la extemporaneidad del documento.

Cuestión distinta es que, a efectos de un eventual recurso de apelación frente a la inadmisión del documento extemporáneo, y dado que la ley ordena su devolución al aportante, sin posibilidad ni siquiera de dejar un testimonio en los autos, el Secretario Judicial practique una diligencia sobre el mismo documento en la que se deje constancia de la fecha de su aportación y de su inadmisión.

Se ha afirmado que la preclusión es el precio que paga la escritura para obtener cierta rapidez[2724], aun cuando también se ha criticado su excesiva rigidez, postulando la necesidad de su sustitución por un sistema basado en la transparencia y buena fe en el debate[2725]. También se ha admitido que la no aportación inicial de un documento fundamental –ej. un contrato– no impide que su contenido pueda quedar acreditado por otros medios probatorios (SAP Cádiz, 5 de diciembre de 2003[2726]).

En la segunda instancia, la aportación de documentos tiene lugar a través del escrito de interposición del recurso de apelación –y no el de preparación-y procederá siempre que el documento se halle en alguno de los supuestos previstos en el art. 270 LEC y no se hayan podido aportar en la primera instancia (art. 460.1 LEC). La parte apelada, bien en su escrito de oposición, bien –en su caso– en su escrito de impugnación, también podrá presentar documentos concurriendo idénticos requisitos, esto es, concurrencia de los presupuestos del art. 270 LEC e imposibilidad de aportación en la primera instancia (art. 461.3 LEC, que expresamente remite al art. 460.1 LEC).

6.2. Forma

La LEC ha simplificado el sistema de aportación de documentos, mediante la primacía y suficiencia de las copias como sistema de aportación y la imposición a la contraparte

2723 SAP Jaén, secc.1ª, de 28 de noviembre de 2007 (La Ley 297311/2007).

2724 Segni citado por Guasp en *La prueba en el proceso civil español: principios generales*, ob. cit., p.406.

2725 Ramos Méndez, F., *Ley Enjuiciamiento Civil*. t. I, ob. cit., pp. 753-757, para quien «se ha evolucionado de un sistema de tiempos de los pleitos, organizado en torno a la preclusión, a un sistema de transparencia y buena fe en el debate, tal como proclama con insistencia la ley».

2726 SAP Cádiz, secc. 7ª, de 5 de diciembre de 2003, fto. jco. 1º (JUR 2004\109453).

de la carga de impugnar la autenticidad de los documentos. Ya no se exige de forma ineludible la aportación del original o copia auténtica, sino que ésta se condiciona a la impugnación de su autenticidad, apartándose del régimen previsto en los derogados arts. 505[2727], 597.2 y 602.1 LEC\1881, que condicionaban la eficacia probatoria de la copia simple a la aportación de su original o copia auténtica[2728].

El documento público podrá presentarse por copia simple (art. 267 LEC), sin necesidad de aportar su original. Por copia simple debemos entender la mera fotocopia, pues el legislador utiliza el término desprovisto del significado que tiene en la legislación notarial (art. 250 Reglamento Notarial)[2729], como se desprende de los razonamientos siguientes: 1º) La LEC hace referencia a la copia simple con respecto a la aportación del documento público (art. 267 LEC) –donde efectivamente existe un fedatario– y con respecto a la aportación de un documento privado (art. 268.2 LEC) –donde no existe tal fedatario-[2730]; 2º) El art. 334 LEC, ubicado en la sección de disposiciones comunes a los documentos públicos y privados, permite la incorporación de documentos por fotocopia; y 3º) En la redacción dada al art. 267 LEC por la reforma por Ley 41/2007, de 7 de diciembre[2731], se alude a la presentación del documento público por copia simple, en soporte papel o informático, sin ninguna referencia –en cuanto a su presentación en soporte papel– adicional.

Si se impugnare la autenticidad del documento público, «podrá aportarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios» (art. 267 *in fine* LEC). La jurisprudencia menor ha señalado que: a) la aportación del original, copia o certificación impugnada debe ser imperativa y no simplemente potestativa, por lo que el precepto legal en lugar de decir «podrá aportarse» tendría que decir «deberá aportarse» (SAP Cádiz, 25 de noviembre de 2003[2732]); b)

2727 Art. 505 LEC 1881, cuyo tenor literal era: «La presentación de documentos de que habla el artículo anterior [aludía a los documentos fundamentales], cuando sean públicos, podrá hacerse por copia simple si el interesado manifestare que carece de otra fehaciente, pero no producirá aquélla ningún efecto si, durante el término de prueba, no se llevare a los autos una copia del documento con los requisitos para que haga fe en juicio».

2728 La STS, Sala 1ª, de 23 de junio de 1993, fto. jco. 2º (RJ 1993\6282), en referencia al régimen de la LEC de 1881, afirma que el documento aportado mediante fotocopia carente de la garantía de autenticidad, no produce efectos cuando ha sido impugnado.

2729 Art. 250 Reglamento Notarial: «Los notarios darán copias simples sin garantías por la transcripción de los documentos de su protocolo (…)».

2730 Puede verse *per omnia* Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., pp. 50 y 51.

2731 Redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del mercado hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE 8 de diciembre de 2007). Dicha Ley entró en vigor el día 9 de diciembre de 2007, según indica la Disposición Final Décima.

2732 En este sentido, la SAP Cádiz, secc. 5ª, de 25 de noviembre de 2003 (AC 2003\2368), cuyo fundamento jurídico primero analiza exhaustivamente el régimen de la prueba documental regulado en

la impugnación del documento público debe ser expresa, no bastando una impugnación genérica «sin alegación de causa alguna» (SAP Madrid, 28 de febrero de 2005[2733]); c) carece de fuerza probatoria «inherente al documento público» una fotocopia de una escritura de protocolización de acuerdos sociales impugnada en un escrito de oposición de juicio monitorio, cuando, pese a la impugnación, la parte aportante no había traído a los autos copia autorizada de dicha escritura (SAP Asturias, 20 de junio de 2005[2734]); d) puede admitirse una demanda de separación, pese a la falta de aportación de los originales de las certificaciones de la inscripción del matrimonio y de los hijos (art. 770.1º LEC), máxime cuando las copias presentadas no habían sido impugnadas, declarándose expresamente que los originales pueden aportarse durante la tramitación del proceso (SAP Barcelona, 29 de marzo de 2006[2735]).

El documento privado podrá presentarse por original o copia autentificada por fedatario público, pudiendo, a instancia de los interesados, dejarse testimonio (art. 268.1 LEC). También podrá presentarse mediante copia simple (art. 268.2 LEC), pues si se permite la aportación de los documentos públicos por copia simple, *a fortiori* debe permitirse y está permitida la copia simple de los documentos privados[2736]. En ambos casos, original y copia simple, podrán presentar en soporte papel o mediante imágenes digitalizadas, incorporados a anexos firmados electrónicamente.

La LEC de 1881 permitía tres formas de presentación de documentos privados 1ª) La presentación por original (art. 602.I LEC\1881); 2ª) Si se carecía del mismo, la designación del archivo o lugar donde se encontraba el original (art. 504.2 LEC\1881); y 3ª) Por último, la exhibición (art. 602. II y III LEC\1881). Aun cuando la LEC no regula, como forma de aportación de los documentos privados, la exhibición –fuera del deber de exhibición entre partes (art. 329 LEC) y de terceros (art. 330 LEC)–, permite la unión del original por testimonio, lo cual produce idénticos efectos que una exhibición de la que se deja constancia por la vía del testimonio.

---

los artículos 264 a 272 LEC y, en particular, los momentos (arts. 264, 265, 270, 271 y 272 LEC) y las formas de aportación (arts. 267 y 268 LEC), así como las consecuencias de la no aportación (art. 269 LEC).

2733 SAP Madrid, secc. 18ª, de 28 de febrero de 2005, fto. jco. 2º (JUR 2005\87355).

2734 SAP Asturias, secc. 4ª, de 20 de junio de 2005, fto. jco. 2º y 3º (AC 2005\1356). No obstante se admite que la fotocopia de la escritura de protocolización de acuerdos sociales pueda ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326 LEC) y en relación con los demás documentos aportados.

2735 La SAP Barcelona, secc. 18ª, de 29 de marzo de 2006, fto. jco.1º (JUR 2007\86564) estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia que no había admitido la demanda de separación por no haber aportado por original la certificación de la inscripción de matrimonio y de nacimiento de los hijos, en cumplimiento de la previsión del art. 770.1º LEC.

2736 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 268 LEC*, en AAVV «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.497.

La jurisprudencia menor ha admitido: a) la presentación de una demanda y de los documentos mediante testimonio (SAP Castellón, 25 de marzo de 2008[2737]), entendiéndose que se trataba de un documento privado autentificado por el fedatario público competente, esto es, el Secretario Judicial, siquiera debe añadirse que se trataba de un supuesto particular puesto que la demanda había sido presentada originariamente ante el Juzgado de Mercantil de Castellón, que había declarado su falta de competencia objetiva, y posteriormente un testimonio de la misma fue presentada ante los Juzgados de Primera Instancia de Castellón; b) la presentación de una demanda ejecutiva por fotocopia al no disponer el ejecutante de un duplicado por extravío del original, bajo el doble argumento, por una parte, que es la certificación de conformidad expedida por el Notario la que atribuye fuerza ejecutiva al documento privado, y por otra parte, que el art. 268 LEC permite la presentación de documento por copia simple (SAP Santa Cruz de Tenerife, 24 de mayo de 2006[2738]).

Si el original del documento privado se encuentra en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará una copia auténtica o se acudirá al sistema de designación (art. 268.3 LEC). Esta previsión es idéntica a la contenida en el art. 265.3 LEC, al que expresamente se remite, y constituye una excepción al deber de aportación inicial. Como es sabido, los documentos privados carecen de archivo o protocolo donde conste el original, por lo que el art. 268.3 LEC se refiere al supuesto de documentos privados que estuviesen en un archivo público como complemento de un documento público (SAP Madrid, 31 de marzo de 2004[2739]).

La impugnación del documento –sea público o privado– puede efectuarse en la contestación a la demanda y, en todo caso, debe efectuarse en la audiencia previa, donde se exige a cada parte que se pronuncie sobre los documentos aportados de contrario, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba sobre su autenticidad (art. 427.1 LEC). Dicha impugnación se circunscribe no a la fuerza probatoria del documento –que será objeto de valoración en sentencia–, sino a su autenticidad –entendida como pertenencia del documento a su autor– y también debe tener lugar en sede de juicio verbal, pese a la falta de previsión específica[2740].

Ante el silencio legal, debe entenderse que el original, copia o certificación del documento impugnado puede aportarse hasta la fase de preclusión definitiva en la aportación de documentos (art. 271 LEC), esto es, hasta la vista (en el juicio verbal) o el acto del juicio (en el juicio ordinario). E incluso entender que si no ha sido posible obtener el original por causa no imputable a la parte aportante, pueda aportarse por la vía de diligencias finales a instancia de parte (art. 435.1 LEC) o de oficio (art. 435.2 LEC).

2737 La SAP Castellón, secc. 3ª, de 25 de marzo de 2008, fto. jco. 2º (AC 2008\1311) revoca la sentencia de la instancia que había inadmitido la demanda y los documentos por presentarse por copia.

2738 SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 de mayo de 2006, ftos. jcos. 2º, 3º y 4º (AC 2006\1038).

2739 SAP Madrid, secc. 14ª, de 31 de marzo de 2004, fto. jco. 4º (AC 2005\391).

2740 Puede verse el epígrafe 10.2. de este capítulo.

6.3. Idioma

Los documentos pueden presentarse bien en lengua castellana, bien en la lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma, bien en una lengua no oficial en España. No ofrecen dificultades los documentos presentados en lengua castellana, debiéndose analizar los otros dos supuestos.

1. Documento redactado en lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma (art. 142.4 LEC). La LEC, como ya había efectuado con anterioridad el art. 231 LOPJ, reconoce el derecho al uso de una lengua cooficial distinta del castellano, conforme a la previsión que los documentos presentados en el idioma propio de una Comunidad Autónoma y distinto del castellano tendrán plena validez y eficacia, siendo necesaria su traducción al castellano en los siguientes supuestos:
   a) Documento que ha de producir efectos fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales situados en la Comunidad Autónoma. Se ha postulado una interpretación del precepto favorable al uso de la lengua autonómica y agilizadora de trámites procesales, en el sentido que la traducción tendría lugar a partir de la interposición del recurso de casación[2741].
   b) Cuando así lo dispongan las leyes. Lo que implica una remisión legislativa posterior y abierta, «a una regulación legislativa que prevea de forma expresa los casos, causas y condiciones en que los Jueces y Tribunales estarán autorizados a disponer, de oficio, que un determinado escrito o documento sea traducido al castellano» (STC 13 de abril de 2000[2742]).
   c) Cuando lo pida una parte alegando indefensión. La regla general es la validez y eficacia del castellano en toda España y de las lenguas propias de cada Comunidad Autónoma ante los tribunales que tengan su sede en el territorio que sean oficiales, de manera que tanto el tribunal como las partes se hallan facultados para redactar documentos en la lengua propia de la Comunidad Autónoma, cesando tal facultad si una de las partes se opone al documento redactado en idioma propio de la Comunidad Autónoma alegando indefensión.
   d) Cuando el juez o los titulares del tribunal desconozcan la lengua cooficial distinta del castellano en la que el documento viene escrito, en cuyo caso pueden acordar de oficio la traducción (STC, 13 de abril de 2000[2743]). El Tribunal Constitucional ha razonado que, aun cuando el art. 231.4 LOPJ,

2741 Gómez Martínez, C., *Comentario al art. 142 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau (coords.); ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.617.

2742 STC (Pleno), de 13 de abril de 2000, fto. jco. 12º (RTC 2000\05).

2743 STC (Pleno), de 13 de abril de 2000, ftos. jcos. 11º y 12º (RTC 2000\105).

en la redacción dada por L.0 16/1994, de 8 de noviembre, no contempla la posibilidad de ordenar en cualquier caso la traducción de un documento en lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma[2744], el silencio legal, no implica una prohibición de la traducción. Antes bien lo contrario, los jueces y tribunales pueden ordenar la traducción al castellano del documento redactado en idioma oficial propio de una Comunidad Autónoma, y tal facultad se funda en el correcto desempeño de la función jurisdiccional (art. 117.1 y 3 CE) y la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que resultarían mermadas si el juez no conoce total o parcialmente el contenido de los documentos.

2. Documento redactado en lengua no oficial en España (art. 144 LEC).

Se impone la carga de proporcionar la traducción completa y fiel de los documentos redactados en lengua no oficial en España. Dicha carga corresponde a la parte que haga valer el contenido de tales documentos (art. 144.1 LEC), pudiendo ofrecer una traducción privada, que puede ser objeto de impugnación por las demás partes dentro de los cinco días siguientes al traslado de los documentos (art. 144.2 LEC).

La parte contraria puede impugnar la traducción privada por no ser fiel al texto original, debiendo expresar las razones de la discrepancia. En tal caso, se procederá a la traducción oficial del documento, con cargo a la parte aportante del documento. Ahora bien, si entre la traducción privada y la oficial no existen diferencias sustanciales, los gastos de la traducción oficial corren a cargo de la parte impugnante (art. 144.2 LEC), aun cuando también se han impuesto los gastos de la traducción oficial a la parte aportante de un documento privado incompleto (SAP Barcelona, 2 de junio de 2004[2745]).

La traducción oficial puede ser efectuada por intérpretes jurados. El art. 13 RD 2555/1977, en la redacción dada por RD 4122/1996, dispone que tendrán el valor de traducciones oficiales las realizadas por los intérpretes a que se refiera la ORDEN AEX/1971/2002, en los términos siguientes: «Las traducciones escritas u orales de

2744 Art. 231.4 LOPJ, redacción por art. 8.3 LO 16/1994, de 16 noviembre: «Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente. También se procederá a su traducción cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión».

2745 SAP Barcelona, secc.18ª, de 2 de junio de 2004, fto. jco.2º (JUR 2004\1099) que, además precisa que el plazo de cinco días para la impugnación debe ceder cuando la ley fija un trámite o acto procesal específico, de modo que si el documento en idioma extranjero fue aportado con la demanda, la impugnación puede efectuarse en la contestación a la demanda (art. 405 LEC) e incluso en la audiencia previa (art. 427.1 LEC).

una lengua extranjera al castellano y viceversa que realicen los Intérpretes Jurados tendrán carácter oficial, pudiendo ser sometidas a revisión por la Oficina de Interpretación de Lenguas las traducciones escritas cuando lo exijan las autoridades competentes». Y añade en su párrafo segundo: «Los Intérpretes Jurados podrán certificar con su firma y sello la fidelidad y exactitud de sus actuaciones».

No será necesaria la traducción del documento redactado en idioma no oficial en España en aquellos supuestos en que el documento aparece redactado en varios idiomas, siendo unos extranjeros y otro el castellano, siempre, claro está, que los idiomas hagan referencia a los mismos extremos (SAP Cádiz, 17 de enero de 2008[2746]). Por el contrario, será necesaria la traducción cuando el juez disponga de conocimiento privado del idioma extranjero, dado que ese conocimiento privado, que puede permitir al juez la mejor valoración del documento, no exime de su traducción, puesto que el documento puede ser valorado en distintas instancias –y así, por ejemplo, el conocimiento privado de un idioma extranjero por el juez de instancia puede no ser compartido por los magistrados de apelación o viceversa–, y aun un mismo juez poseedor de conocimiento privado de un idioma extranjero puede ser objeto de sustitución (traslado, jubilación, etc.) en el curso del proceso.

El art. 144 LEC parece exigir la traducción íntegra del documento redactado en idioma extranjero, pero un criterio favorecedor de la efectividad de la tutela judicial y que evite gastos superfluos, permite entender colmada la exigencia legal con la traducción de los aspectos esenciales del documento, aun cuando no sea una traducción completa, pudiéndose prescindir de la traducción cuando «lo redactado en idioma extranjero son aspectos accesorios del documento» (SAP Teruel, 30 de octubre de 2006[2747]).

La omisión de la traducción del documento redactado en idioma extranjero, ha producido pronunciamientos jurisprudenciales dispares, pudiéndose distinguir hasta tres posiciones[2748]: a) una más estricta, que se traduce en la declaración de nulidad de

2746 La SAP Cádiz, secc. 2ª, de 17 de enero de 2008, fto. jco. 2º (AC 2008\958) razona: «La Juez de instancia rechaza la demanda en base al artículo 144 de la LEC, por estar redactados los documentos base de la reclamación en lengua extranjera, argumento que no es válido toda vez que los aportados se corresponden a impresos de cartas de porte internacional, redactados en tres idiomas, uno el castellano, que resulta bastante por los términos antes dichos».

2747 La SAP Teruel, secc. 1ª, de 30 de octubre de 2006, fto. jco. 1º (JUR 2006\285239) razona: «No obstante, ha de ponerse de relieve que este Tribunal no aprecia la infracción del art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no se trata de documentos redactados en idioma extranjero, lo escrito en ellos en lengua extranjera, son aspectos accesorios del documento que no afectan a lo principal que en ellos se consigna, es decir, la relación de materiales y su precio; siendo además expresiones en portugués cuya comprensión no exige traducción alguna – prueba de ello es que se aceptaron sin exigir traducción-«.

2748 Seoane Prado, J., *Comentario al art. 144 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», t. I, Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepín, Madrid, 2008, pp. 732-734.

actuaciones, con devolución de las actuaciones al Juzgado de Instancia para que proceda a su traducción (STSJ Andalucía, Sala de lo social, 56/2003, de 8 de enero[2749]) o, aun sin acordar la nulidad de actuaciones, simplemente ordenando la devolución del documento no traducido y sus copias a la parte aportante, sin acordar la entrega a la contraparte (Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 1 Bilbao, 1 de marzo de 2007[2750]); b) en el extremo contrario, una posición muy tolerante, que estima que los documentos redactados en idioma extranjero, aun no traducidos, pueden ser valorados junto con los demás elementos de prueba (SAP Vizcaya, 28 de marzo de 2007[2751]), siquiera conviene precisar que en el caso de esta última sentencia se trataba de una reclamación de cantidad derivada de un suministro cuya efectividad había sido reconocida en el interrogatorio de parte por la demandada deudora; y c) una posición intermedia que, más acertadamente, entiende que se trata de un defecto subsanable, que no afecta a la validez del proceso (SAP Madrid, 26 de julio de 2004[2752]), aun cuando de no subsanarse los documentos no traducidos carecen de valor probatorio.

6.4. Copias

La presentación de las copias de los documentos y su traslado a las demás partes puede resumirse en los siguientes principios:

1. Deber general de aportación de copias de todo documento y escrito. Dispone el art. 273 LEC: «De todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañaran tantas copias literales cuantas sean las otras partes». La regla general es el deber de aportación de copias de todo escrito y/o documento que se acompañe, debiéndose aportar copias fidedignas con destino a las otras partes (arts. 273 y 280 LEC).

   La expresión «de todo escrito y documento» permite excluir los exhortos, oficios o mandamientos gestionados personalmente o a través de Procurador, pues la parte

2749 Citada por Seoane Prado, J, *Comentario al art. 144 LEC*, ob. cit., p.733.

2750 El Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 1 de marzo de 2007, fto. jco.3º (AC 2007\265) dispone: «No cumple el demandante con el requisito que dispone el art. 144.1 LEC pues aporta una revista en idioma inglés sin traducción. La omisión de traducción al idioma castellano o euskera, oficiales en la Comunidad Autónoma Vasca, hace que el doc. núm. 1 de la demanda no pueda ser admitido, en tanto se pretende tenga eficacia probatoria sin cumplir con la exigencia de traducción, oficial o privada, que dispone la norma citada. En consecuencia, el mismo y sus copias será devuelto al demandante y no se entregará a los demandados».

2751 SAP Vizcaya, secc. 4ª, de 28 de marzo de 2007, fto. jco.2º (JUR 2007\136590).

2752 La SAP Madrid, secc. 20ª, de 26 de julio de 2004, fto. jco.4º (JUR 2005\43337) razona: «En cuanto se refiere al segundo de los motivos del recurso, infracción del artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que la parte demandante había presentado con la demanda una documentación en idioma no oficial, procede señalar que si bien es cierto ese hecho, no es menos cierto que posteriormente fue subsanado a petición de la propia recurrente…».

puede conocer el resultado del despacho por consulta a los autos o mediante una solicitud de copia (art. 279.2 LEC).

La mención a «las otras partes» no se circunscribe a la parte adversa o contraparte –a pesar que el art. 274 LEC aluda literalmente a las «partes contrarias»–, sino que debe extenderse a los que ocupen una misma posición procesal (ej. codemandados), esto es, para cada colitigante que actúe con distinta representación y defensa, pues la finalidad fundamental del precepto es que tengan conocimiento de los escritos y cualquier documento todos los que intervengan en el proceso[2753].

2. Preferencia por la entrega a través de Procurador. La regla general es que la entrega de las copias debe verificarse a través de Procurador cuando éste interviene y todas las partes estén representadas por Procurador (art. 276 LEC), bajo el doble argumento –ya destacado en la Exposición de Motivos– de encomendar el traslado de copias a un representante de las partes con conocimientos técnicos sobre el proceso y de descargar al Tribunal de un trabajo que se considera administrativo o de gestión[2754].

   También deberá verificarse la entrega mediante Procurador en el supuesto que uno o varios demandados permanezcan en rebeldía, pues aun cuando no todas las partes estén representadas por Procurador –y quiebra la exigencia legal del art. 276.1 LEC–, hay que tener en cuenta que una vez realizada la notificación al demandado de la declaración de rebeldía, no se le realiza ninguna otra notificación, salvo la resolución que pone fin al proceso (art. 497.1 LEC)[2755].

   Si no interviene Procurador, la parte debe firmar las copias de los escritos y documentos que presente y el Tribunal será el encargado de su traslado a las demás partes, cuyo traslado podrá efectuarse a través del Servicio Común de Notificaciones (art. 274 LEC).

3. Posibilidad de presentación de copias a través de medios técnicos. Se contempla, desde la reforma de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la posibilidad de presentación de copias a través de medios técnicos, electrónicos o informáticos, esto es, a través del correo electrónico de empresas o particulares que se identifiquen mediante la utilización de la firma electrónica. Pero se contempla una remisión a lo dispuesto en el art. 135.5 LEC «cuando se cumplan los presupuestos y requisitos que establece» que

---

2753 Ribelles Arellano, J. Mª., *Comentario al art. 273 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. I, ob. cit., p.1237; y Romero Navarro, R., *Comentario art. 273 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero», t. I, Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepin, Madrid, 2008, p.1907.

2754 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, apartados 4º y 5º y epígrafe X *in fine.*

2755 En este sentido, Ribelles Arellano, J. Mª, *Comentario al art. 276 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, ob. cit., pp. 1245 y 1246; y Romero Navarro, R., *Comentario al art. 276 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero», t. I, ob. cit., p.1923.

deja abierta la entrada en vigor de tal posibilidad en la Administración de Justicia. A tal efecto, nos limitamos a dejar constancia que en algunas Comunidades Autónomas se han suscrito convenios para la implantación efectiva de la presentación de escritos por vía telemática[2756].

4. Principio general de la subsanabilidad de la no presentación inicial de copias. Puede subsanarse la omisión de las copias, con fundamento en el art. 11.3 LOPJ o el art. 231 LEC, en el plazo legal de cinco días, pero si se incumple el deber de subsanación previamente advertido por el Juzgado o Tribunal, habrá que distinguir, según el tipo de documento y el sistema de traslado.

   Con respecto al tipo de documento: a) La omisión de copias de la demanda y contestación determina que los documentos se tienen por no aportados y la demanda o la contestación se tendrán por no presentadas (art. 275 LEC), consecuencia legal criticada por la doctrina[2757] y suavizada por la jurisprudencia; y b) La omisión de copias de documentos provoca que se expidan copias por el Secretario Judicial con cargo a la parte que debía aportarlos (art. 275 LEC).

   Con respecto al sistema de traslado: a) La omisión del traslado mediante Procurador, se sanciona con la indamisión del escrito y documento, siquiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 28 de noviembre de 2006) y del Tribunal Constitucional (STC, 9 de mayo de 2005[2758]) ha mitigado el rigor de la inobservancia de tal carga procesal, particularmente en aquellos supuestos en que el error en el traslado de copias es producto del propio órgano jurisdiccional «por haber admitido las copias del escrito o documento para su traslado a través del mismo», y no a través del Procurador; y b) La omisión del traslado sin Procurador, permite la subsanación (art. 276 LEC).

   La subsanabilidad de la omisión del traslado de copias cuando la parte actúa mediante Procurador ha sido una cuestión polémica. En contra de la subsanabilidad se ha invocado la literalidad legal –que sanciona con inadmisión la omisión del traslado previo de documentos (art. 277 LEC)– y la doctrina jurisprudencial que distingue entre acto omitido –en este caso la falta de traslado previo– y acto defectuoso, siendo solo posible la subsanación en este último caso[2759]. A favor de la subsanabilidad, postura que nos parece más razonable, se ha argumentado, en síntesis, la despropor-

2756 A título de ejemplo podemos citar el Convenio de Cooperación Tecnológica entre el CGPJ, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya y Consejo de Colegios de Procuradores de los Tribunales de Cataluña para la transmisión telemática de asuntos (sistema e-justicia.cat) en las oficinas judiciales de Cataluña, firmado en Barcelona, el 23 de abril de 2007.

2757 Puede verse *per omnia* Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.759.

2758 STC, Sala 2ª, de 9 de mayo de 2005, fto. jco. 5º (RTC 2005\107).

2759 AATS de 28 de mayo de 2002, fto. jco.2º (JUR 2002\169564) y de 13 octubre de 2004, fto. jco. 3º (RJ 2004\7891). En este sentido, se ha admitido la subsanación cuando se trata de un traslado

ción entre el defecto procesal y su consecuencia jurídica, el trato legal dispar entre la posibilidad de subsanación cuando actúa con Procurador (art. 277 LEC) y sin Procurador (art. 275 LEC)[2760]; así como la observancia del principio *pro actione* que aconseja evitar las resoluciones desproporcionadas por su formalismo enervante o rigorismo excesivo[2761]. De optarse por la subsanación, podría otorgarse a la parte que había omitido el preceptivo traslado previo, un plazo de cinco días, por analogía con el plazo de subsanación legalmente previsto cuando la parte no actúa representada por Procurador (art. 275, II LEC).

5. Deber de conservación de las copias, con la doble finalidad de resolver la denuncia de inexactitud de copia (art. 280 LEC) o eventualmente la reconstrucción de unos autos desparecidos o mutilados (arts. 232-235 LEC). Se complementa con la prohibición de entrega de los autos originales y la posibilidad de obtener, a costa de la parte, copias de algún escrito o documento (art. 279 LEC). La obtención de copias y el acceso a libros, archivos y registros que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación se regula en el Reglamento 1/2005, de Aspectos Accesorios de la Administración de Justicia, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Consejo General del Poder Judicial.

7. Deber de exhibición documental

El deber de exhibición documental resuelve la problemática de la ausencia de un documento, sea público o privado, en el proceso y cómo aportarlo o conocerlo cuando la parte no lo tiene, sea porque esté en poder de otra parte, de un tercero o de un organismo o entidad pública.

La regulación de la LEC, muy modificada en tramitación parlamentaria, ha superado lagunas de la derogada LEC\1881 –ej. deber de exhibición entre partes, zanjando viejas polémicas doctrinales[2762]–, pero es parca en los aspectos procedimentales, particularmente en

incompleto por haberse omitido el traslado a alguna de las partes, así en ATS, Sala 1ª, de 17 de julio de 2007, fto. jco. 1º (JUR 2007\267691).

2760 Puede verse el AAP Barcelona, secc. 1ª, de 26 de julio de 2004, fto. jco. 1º (JUR 2004\217420).

2761 AAP Barcelona, secc. 1ª, de 7 de febrero de 2006, fto. jco. 2º (JUR 2006\112089).

2762 Bajo la derogada LEC\1881, un sector doctrinal (Prieto Castro, L., *Exhibición de documentos en juicio*, en «Estudios y comentarios para la práctica procesal», vol. I, Madrid, 1950, pp. 161 y ss; Serra Domínguez, M., voz *Prueba documental,* en «Enciclopedia Seix»; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 603 LEC*, en «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1984, pp. 538 y ss. entendía que existía tal deber de exhibición entre partes, por interpretación *a sensu contrario* del art. 603 LEC 1881, el principio de la buena fe procesal del art. 11.1 LOOPJ y del deber de colaboración entre el Juez y las partes; mientas que otro sector doctrinal (de la Oliva Santos, A., *Derecho procesal*

las sanciones derivadas del incumplimiento de los deberes de exhibición. Una regulación legal completa, partiendo del principio general del deber de exhibición, debería atender los requisitos de la solicitud de exhibición, los eventuales motivos de oposición al requerimiento de exhibición y las consecuencias procesales de la no aportación, como sucede en otros ordenamientos extranjeros[2763].

Se ha afirmado acertadamente que la regulación permanece «anclada en principios estrictamente liberales», destacándose el contraste entre la exigencia de un sistema de colaboración de las partes en las pruebas personales, que alcanza la imposición de sanciones pecuniarias por la falta de asistencia al interrogatorio (arts. 292.1 y 304 LEC), frente a otra posición «casi abstencionista, cuando se exige a la contraparte o al tercero la aportación de un documento»[2764].

La exhibición de documentos también puede ser llevada a cabo con anterioridad a la iniciación del procedimiento, a título de diligencias preliminares (art. 256 LEC), si bien no cabe confundir la necesidad de obtener datos o circunstancias necesarias o indispensables para la correcta formulación de la demanda, con la preconstitución de la prueba en el proceso eludiendo las garantías legales (Auto AP Sevilla, de 16 de marzo de 2004[2765]).

7.1. Documentos en poder de las partes

Sin regulación en la LEC de 1881 ni en el APLEC, debe partirse del principio general de la existencia de un deber de exhibición entre partes, con fundamento en el principio de la buena fe procesal (arts. 11.1 LOPJ y 247 LEC) y el deber de colaboración entre el juez y las partes.

Este deber se extiende no solo a la parte contraria, sino también a los colitigantes con intereses contrapuestos, resultando significativo que la rúbrica del art. 330 LEC aluda a un «deber de exhibición documental entre partes», no circunscrito a la parte contraria. El

civil, t. II, Madrid, 1997, p.367) sostenía que no existía tal deber de exhibición siguiendo el aforismo *nemo tenetur edere contra se.*

2763 En el Derecho comparado puede verse la regulación alemana contenida en los arts. 421 y ss. ZPO.

2764 Asencio Mellado, J. Mª., en «Proceso Civil Práctico», t. III, Gimeno Sendra, V. (dir.), ed. La Ley, Madrid, 2005, p.627.

2765 El Auto AP Sevilla, sección 5ª, de 16 de marzo de 2004, fto. jco. 3º (JUR 2004\127391) no admite a trámite una solicitud de diligencias preliminares que tenían por finalidad instar a una entidad aseguradora «a los efectos de que presentase el parte de siniestro formulado por la entidad promotora, el informe pericial emitido por Dº […] y cualquier otro documento que contenga el expediente tramitado» por considerar que «estamos ante medios de prueba que perfectamente la parte puede interesar en el momento procesal oportuno, se trataría de un supuesto de exhibición documental minuciosamente regulado en los artículos 328 y siguientes, que imponen la obligación de las partes de exhibir los documentos que se hallen a su disposición, siempre y cuando se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba».

deber de exhibición alcanza todo demandante o demandado, personado o no, superando un concepto restrictivo de «parte» entendido como «quienes comparezcan y actúen en juicio» (art. 10 LEC), por lo que podrá solicitarse la exhibición de documento en poder del demandado rebelde.

Siguiendo a DE LA OLIVA, el deber de exhibición documental entre partes precisa los requisitos siguientes: 1º) Que la parte que la solicita no pueda disponer de ellos de otra manera; 2º) Que los documentos sean pertinentes (es decir, relacionados con el objeto del proceso) o relevantes para la eficacia (el valor probatorio) de otros medios de prueba; 3º) Que se acompañe copia simple del documento o, si no existe o no se dispone de ella, se indique, con la mayor exactitud posible, el contenido del documento[2766].

La solicitud de exhibición se formulará en la demanda, contestación a la demanda o audiencia previa o en la vista del juicio verbal[2767], con justificación de la relevancia de la aportación y la disponibilidad documental de la parte requerida, como hace el art. 424.4 ZPO[2768], sin que resulte admisible la solicitud genérica de exhibición. A efectos prácticos MUÑOZ SABATÉ ha propuesto justificar la solicitud del modo siguiente[2769]:

> «Proposición de prueba documental exhibitoria apostillada a los efectos del art. 329 LEC. Acta de audiencia previa. 3. DOCUMENTAL consistente en que por la parte demandada se proceda a exhibir la declaración o parte de siniestro que le dio su asegurado Don…, con motivo del accidente de autos y en el cual aquél admite que no se dio cuenta de la señal de stop que le obligaba a detener su vehículo».

La admisión de la solicitud se efectúa en la audiencia previa (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal). Frente a la inadmisión cabe un recurso de reposición (juicio ordinario) o protesta (juicio verbal). Si la resolución es de admisión, debe oírse a la parte contraria –bastando el traslado de la solicitud en la propia audiencia o en la vista– a efectos que pueda alegar lo que a su derecho convenga sobre la existencia, disponibilidad y, en su caso, justa causa que impida la aportación documental. La resolución de admisión es conveniente que contenga un plazo prudencial para la exhibición y requiera expresamente a la parte a quien

2766 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 328 LEC*, en AAVV «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.573.

2767 PICÓ I JUNOY, J., *Comentario al art. 328 LEC*, (en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.), Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, p.1872) permite extender la fase de proposición a cualquier escrito previo al proceso, bajo el argumento que el art. 328 LEC no indica el momento procesal hábil para solicitar la exhibición y que debe lograrse que la actividad probatoria concluya antes del juicio. También a favor de una período de proposición amplio MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., p.298.

2768 Art. 424.4 ZPO: «La solicitud debe contener: (…) 4. La indicación de las circunstancias sobre las que se apoya la afirmación que el documento se halle en posesión del litigante contrario».

2769 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., p.301.

se solicita el documento, a los efectos que una eventual negativa pueda desplegar los efectos del art. 329 LEC (SAP Murcia, 27 de enero de 2002[2770]).

Las mayores dificultades se producen a raíz de las alegaciones o actitud de la parte requerida, que podrá consistir en:

1ª) Alegación de justa causa para no aportar el documento: previo examen privado del documento por el juez, éste decide lo procedente. Se han ejemplificado como negativas justificadas a la exhibición la antigüedad del documento, su entrega a una tercera persona o, simplemente, la existencia de un incendio donde el requirente indica que se encontraba el documento[2771]. Otras alegaciones de justa causa se refieren a que el documento esté preservado por cierto secreto profesional o en referirse el documento a otros sujetos, ajenos al proceso y cuyos bienes jurídicos (honor, intimidad, etc.) podrían resultar seriamente lesionados y, además, no contar con el consentimiento de esas personas[2772].

No constituye justa causa la negativa pura y simple a la exhibición, la negativa motivada en el carácter perjudicial del documento para quien ha de exhibirlo[2773] o la simple alegación de falta de posesión del documento cuando se ha acreditado indiciariamente la tenencia del documento por la parte solicitante[2774].

2ª) Alegación de inexistencia, desconocimiento o destrucción del documento: obviamente en tal caso el documento requerido no puede ser aportado y el juez puede extraer argumentos de prueba de la eventual conducta fraudulenta de la parte requerida.

3ª) Negativa injustificada de la parte requerida o «negativa tácita» –entendida como aquella posición de la parte demandada que deja transcurrir el término legal de exhibición, sin cumplimentarla ni justificar debidamente dicho incumplimiento[2775]–:

2770 La SAP Murcia, secc. 5ª, de 22 de enero de 2007, fto. jco.3º (JUR 2007\266012) parece apuntar que es presupuesto para que la negativa injustificada de la parte requerida pueda desplegar los efectos previstos en el art. 329 LEC que se haya practicado expresamente un requerimiento de exhibición a la parte de quien se pretende la aportación del documento, no bastando entender que la admisión de la prueba ya comporta tal requerimiento.

2771 Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 329*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1873.

2772 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 329*, en AAVV «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.574.

2773 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 329*, en AAVV «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob, cit., pp. 574 y 575. En el mismo sentido Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 329*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón-Moreno; Armenta-Deu; Muerza-Esparza; Tapia-Fernández (coords.), ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1137. Ambos autores coinciden en que tal negativa no puede justificarse en el derecho a no declarar contra sí mismo.

2774 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 329 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. IV, ob. cit., p.631.

2775 La expresión «negativa tácita» se debe a Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos*…, ob. cit., p.298.

permite alternativamente –y de forma excluyente– que el juez estime una presunción de existencia y autenticidad del documento solicitado (art. 329.1 LEC)[2776] o acuerde el requerimiento de exhibición (art. 329.2 LEC).

La construcción dogmática de una presunción de existencia y autenticidad, puede formularse, siguiendo a Ormázabal Sánchez, en los términos siguientes: a partir de un hecho indiciario (la negativa infundada a la exhibición), de un hecho presunto (la existencia y autenticidad de un documento con el contenido descrito en la copia o versión ofrecido por el solicitante), enlazados a partir de una máxima de experiencia, (la negativa injustificada a la exhibición documental se basa en el perjuicio procesal de la parte requerida), se concluye que el contenido de la copia o versión ofrecido por el solicitante de la prueba coincide con el contenido del documento existente y auténtico retenido por el litigante reacio a la exhibición[2777].

Se ha precisado que entre las dos alternativas (presunción de existencia y autenticidad o requerimiento de exhibición) hay diferencias, puesto que: a) en la primera –la que hemos llamado presunción de existencia y autenticidad– se trata de una carga, en la segunda –requerimiento de exhibición– de un deber jurídico[2778]; b) el origen de aquélla es la solicitud de una de las partes a la contraria, el de éste un requerimiento judicial, aunque nacido de la previa solicitud de una parte, frustrada, relativa a la exhibición; c) la consecuencia de no atenderse la solicitud de exhibición será la posibilidad que el juez atribuya valor probatorio al aportado por el solicitante, mientras que de no atenderse el requerimiento, las consecuencias varían en función de los autores[2779].

2776 Esta solución ya había sido recogida en el art. 94.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en los términos siguientes: «Los documentos pertenecientes a las partes deberán aportarse al proceso, si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el Juez o Tribunal. Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada».Y se mantiene en el art. 94.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social con similar redacción: «Los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez o tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada».

2777 Ormazábal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.125.

2778 Ormazábal Sánchez, G., *La prueba documental*, ob. cit., p.128, razona que, aun cuando la rúbrica del art. 328 LEC aluda a un «deber de exhibición documental» técnicamente existe una carga, cuyo levantamiento evitaría al litigante instado de exhibición de las consecuencias de la presunción del art. 369.1 LEC.Y que, cuando el juez opta por el requerimiento de exhibición, lo que inicialmente era una carga se transforma en un deber.

2779 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 329 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros, Rifá-Soler;Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1549-1550.

Los efectos de la negativa injustificada y las diferencias entre la vigente y la anterior LEC, las resume la STS de 3 de junio de 2008[2780], en los términos siguientes:

«…, bajo el régimen de la LEC 1881, […], la parte, salvo en los casos establecidos por la Ley (como ocurre en la prueba de exhibición de libros de los comerciantes, en las diligencias preliminares), no tiene el deber –como subraya la doctrina procesal–, de presentar los documentos privados que tenga a su disposición y le sean solicitados por la contraparte como medio de prueba, sino sólo la *carga que deriva del principio de facilidad probatoria y buena fe procesal*.

Distinta es la regulación de la LEC, la cual, inspirándose en el reconocimiento del derecho a la exhibición de documentos por la contraparte reconocido en otras regulaciones procesales, establece que en los casos de negativa injustificada a la presentación de documentos que se haya solicitado de la contraparte mediante la aportación de copia simple o indicación lo más exacta posible de su contenido –art. 328 LEC– el tribunal podrá hacer uso de la potestad de requerir los documentos solicitados, con la consiguiente *imposición a la parte de un deber de obediencia al tribunal*, o atribuir valor probatorio a la copia simple presentada o a la versión de la otra parte sobre el contenido del documento (art. 329 LEC)».

Para que pueda operar la presunción de existencia y autenticidad, el juez deberá tomar en consideración las restantes pruebas (art. 329.1 LEC) y, por tanto, el resultado de las pruebas en relación con los documentos no exhibidos, por lo que en la atribución del valor probatorio a la copia simple o versión ofrecida por el solicitante de la exhibición el tribunal deberá ponderar el resto de las pruebas practicadas en las actuaciones (SAP A Coruña, 5 de mayo de 2008[2781]).

4ª) De optar el juez por el requerimiento de exhibición, y no ser atendido, se ha propuesto desde la utilización de la diligencia de registro y papeles sin citación de la parte contraria, hasta la aplicación de sanciones civiles –*ficta confessio* o multa[2782] o penales –por delito desobediencia[2783]–, a la parte incumplidora.

2780 STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2008, fto. jco. 7º (RJ 2008\4171). La cursiva es nuestra.

2781 La SAP A Coruña, secc. 4ª, de 5 de mayo de 2008, fto. jco. 3º (AC 2008\1113) en un supuesto, amparado en la Ley de Propiedad Intelectual, de reclamación de cantidad por el pago de la llamada compensación equitativa por copia privada, la Audiencia otorga valor probatorio a unos documentos solicitados por la actora y no aportados por la demandada (facturas de la relación comercial existente entre la demandada y una tercera empresa y acreditativas de la venta de material sometido al canon compensatorio), en aplicación del art. 329.1 LEC, y valorando para ello, esto es, «tomando en consideración las restantes pruebas» (art. 329.1 LEC) unas fotocopias –obtenidas previamente a través de diligencias preliminares y consistente en la exhibición de documentos en poder de la tercera empresa– acreditativas que esa tercera empresa había vendido a la demandada material idóneo para la reproducción privada, sometido al citado canon compensatorio, de cuyo abono resultaba responsable la demandada.

2782 Villagómez Cebrián, M., *La prueba documental* (en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. III, ob. cit., p.52) apunta que ante la negativa de exhibición, y una vez formulado el requerimiento de exhibición, desemboca en una multa por infracción de la buena fe procesal.

2783 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 329 LEC*, en AAVV «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.575. En sentido contrario, y descartando la desobediencia, Cordón

Entre quienes se muestran partidarios del recurso a la entrada y registro, básicamente a partir del argumento de la aplicación analógica del art. 261.2 LEC –que prevé tal posibilidad para las diligencias preliminares–, existen posiciones muy matizadas. Unos autores (Serra Domínguez) parecen inclinarse por la entrada y registro y consideran que el requerimiento alternativo del art. 329.2 LEC es «un precepto totalmente inútil, si no se completa con una sanción frente a una eventual desobediencia»[2784]. Otros autores (Muñoz Sabaté) precisan que, en principio, lo más justo y rentable para la parte proponente de la prueba sea la solución probática consistente en atribuir valor probatorio a la copia simple o versión ofrecida por el proponente del art. 329.1 LEC[2785].

Algún autor (Ormazábal Sánchez) ha matizado que la alternativa del requerimiento de exhibición y eventual entrada y registro debería limitarse a supuestos limitados y explicitados en el texto legal –el solicitante de la exhibición no puede aportar la copia y le resulta difícil indicar con exactitud y precisión su contenido; el juez duda fundadamente, en el caso anterior, de la exactitud de la versión ofrecida por el solicitante–, debiendo en los demás supuestos operar la presunción de existencia y veracidad del art. 329.1 LEC[2786]. Y tampoco faltan quienes (Montero Aroca) admiten que en supuestos de negativa injustificada al requerimiento de exhibición se puede recurrir a la entrada y registro y, simultáneamente, proceder por delito de desobediencia grave del art. 556 CP[2787].

Es cuando menos dudoso que, a falta de disposición legal expresa, pueda acordarse, con carácter general, una medida, como la entrada y registro, bajo el argumento del recurso a la analogía por la aplicación de tal previsión en sede de diligencias preliminares (art. 261.2 LEC), cuando se trata de la medida que afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad al domicilio (art. 18.2 CE). La imposición de multas o la apertura de diligencias penales, aun posibles, tampoco resuelven la laguna probatoria y sus efectos en el concreto proceso en el que una parte solicita la exhibición documental. Como decía Prieto Castro «la imposición de la multa podrá dejar satisfecho el amor propio de la autoridad estatal, pero no al litigante que ha solicitado la exhibición»[2788].

Reitero que se trata de un tema muy vidrioso, en el que quizá convendría matizar que, con respecto a la entrada y registro del domicilio de las personas jurídicas, difícilmente

---

Moreno, F, *Comentario al art. 329*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1138.

2784 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.253.

2785 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., p.299.

2786 Ormázabal Sánchez, G, *La prueba documental*…, ob. cit., pp. 126-128.

2787 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.319.

2788 Prieto Castro, L. *Exhibición de documentos en juicio*, en «Estudios y comentarios para la práctica procesal civil», vol. I, Madrid, 1950, p.187.

puede hablarse de violación del derecho a la intimidad del domicilio y que, con respecto a las personas físicas, sería prudente que el juez, en cada caso y en función del principio de proporcionalidad, efectúe una ponderación entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

Considero que, en atención a la importancia del documento, lo procedente será atribuir veracidad a la versión de los hechos de la parte solicitante de la exhibición (literalmente «valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado»), por aplicación directa del art. 329.1 LEC, y a modo de sanción a la parte incumplidora, puesto que el requerimiento de exhibición no deja de ser una facultad judicial basada en la importancia del documento que no excluye la aplicación de la presunción de existencia y autenticidad, reservando la posibilidad de acudir al requerimiento de exhibición del art. 329.2 LEC a casos muy limitados (ej. solicitante que no puede aportar copia del documento y le cuesta ofrecer la versión del mismo; dudas sobre la versión ofrecida por el solicitante). Se trata de una solución que podría fundarse en la propia conducta procesal de la parte requerida de exhibición, para que su posición abstencionista o negativa, no frustre a la parte más débil (en este caso, la parte solicitante)[2789].

En el ámbito del Derecho comparado todos los sistemas procesales, tanto del *common law* como del *civil law*, arbitran distintos mecanismos para vencer la resistencia de las partes o terceros que no entregan los documentos que tienen en su poder. En Estados Unidos, la parte interesada en la aportación del documento puede obtener del tribunal una *subpoena*, esto es, una orden dirigida a la parte o al tercero que se ha negado a la exhibición del documento para que lo haga o permita su inspección, cuyo incumplimiento se sanciona como desacato al tribunal. En Alemania, con una regulación muy detallada del deber de exhibición documental (\$\$ 421-436 Código Procesal Civil) el tribunal puede ordenar la exhibición de documentos en poder de una de las partes o terceros, y su incumplimiento constituye también un tipo de desacato. En Francia, el tribunal también puede dictar órdenes para la entrega de documentos, cuya inobservancia se sanciona con una multa o *astreinte*, esto es, una condena a pagar a la otra parte una suma, fijada por el tribunal, por cada día de demora o incumplimiento[2790].

2789 En sentido similar, aun cuando de manera más abierta, Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 329*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ob. cit., p.1138.

2790 Más ampliamente en Taruffo, M., *La prueba*, ed. Marcial Pons, 2008, pp. 128-130.

7.2. Documentos en poder de terceros

El deber de exhibición de documentos por tercero, reformado en 1984 por el derogado art. 603 LEC\1881[2791], se mantiene en términos similares en el actual art. 330 LEC, superando la negativa del Proyecto de LEC[2792].

La regulación legal es parca, y silencia aspectos fundamentales, tales como el procedimiento para la exhibición, los motivos de oposición del tercero y las sanciones para el incumplimiento, resultando necesario, ante todo, precisar el alcance objetivo (qué clase de documentos abarca el deber de exhibición) y el alcance subjetivo (quienes pueden ser requeridos de exhibición).

Desde el punto de vista objetivo se podrá requerir del tercero los documentos «trascendentes a los fines de dictar sentencia» (art. 330.1 LEC), lo cual implica un mayor rigor que la simple pertinencia o utilidad en la admisión[2793]. La noción de documento trascendente o decisivo en términos del fallo constituye un concepto abierto, sujeto a la discrecionalidad judicial, destacando la jurisprudencia que dicha consideración se somete a la ponderación de los juzgadores de primera y segunda instancia, sin que pueda ser objeto de revisión en el recurso de casación (STS 8 de julio de 1988[2794]). El carácter trascendente del documento debe ponerse en relación con el hecho que el requerimiento se efectúa a un tercero, reforzándose, por ende, la necesidad de justificar sólidamente la relevancia del documento.

2791 Art. 603, I LEC 1881: «Sólo se requerirá a los que no litiguen la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva cuando, pedido por una de las partes, el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia». El texto anterior a la reforma de 1984 disponía: «No se obligará a los terceros que no litiguen a la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva, salvo el derecho que asista al que los necesitare, del cual podrá usar en el juicio correspondiente». Y el actual art. 330, I LEC dispone: «Salvo lo dispuesto en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia».

2792 Art. 331.1 PLEC: «No se obligará a los terceros no litigantes a la exhibición de documentos de su propiedad, salvo lo dispuesto en la Ley en materia de diligencias preliminares y la acción que puedan asistir al que los necesitare».

2793 Ribelles Arellano, J. Mª, *La prueba documental*, en «Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», Studia Iuridica, núm. 19, CGPJ i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2003, p.225. En sentido distinto, de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 330 LEC*, (en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.576) equipara el documento trascendente al documento pertinente y útil.

2794 La STS, Sala 1ª, de 8 de julio de 1988, fto. jco. 1º (RAJ 1988\5587) razona: «[…] se aportará el documento únicamente cuando el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente, y en el caso debatido, al ser rechazada la prueba, es obvio entender que el Juez no lo estimó trascendente, ni después la Sala de apelación, por lo que no hay infracción alguna del párrafo primero del mencionado precepto [se refiere al art. 603 LEC 1881], ni tampoco del párrafo segundo, que ya está condicionado por la decisión del Juez en el sentido expresado, sin que su libre arbitrio a este respecto pueda ser revisado en casación»·

Desde el punto de vista subjetivo (quiénes pueden ser requeridos de exhibición), la dicción legal alude documentos «propiedad» de tercero, pero se trata de una expresión desacertada, puesto que lo relevante no es la «propiedad» del documento, sino su disponibilidad[2795], debiéndose entender que el deber de exhibición se impone a todos los terceros cuando los documentos que obren en su poder, sean o no de su propiedad, resulten trascendentes a los fines de dictar sentencia[2796].

La solicitud de exhibición del documento en poder de tercero deberá efectuarse en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal), con justificación de la persona que tiene el documento en su poder, contenido del documento y relevancia para el proceso. Frente a la resolución de inadmisión la parte perjudicada podrá formular reposición (en el juicio ordinario) o protesta (en el juicio verbal). Si se admite la exhibición el juez ordenará la comparecencia personal del tercero para audiencia, salvo que éste, ante el llamamiento judicial, manifieste estar dispuesto a exhibir el documento[2797]. Si hay comparecencia personal del tercero se le oirá y el Juez posteriormente resolverá sobre la admisión o inadmisión de la exhibición. De acordarse la admisión se requerirá al tercero para la exhibición que podrá hacerse, en todo caso, mediante la exhibición en su domicilio, a donde irá el Secretario Judicial para testimoniarlo.

A efectos prácticos, Muñoz Sabaté ha propuesto la fórmula siguiente, que permite obviar la comparecencia personal del tercero, en el supuesto que éste voluntariamente aporte el documento[2798]:

> «Resolución acordando la documental exhibitoria por tercero. …Se admite la prueba documental propuesta por la parte… y en su mérito, conforme al artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, requiérase a Don…para comparecer personalmente en este Juzgado el día…al objeto de ser oído sobre si acepta o no la exhibición de los documentos…requeridos por aquella parte, ofreciendo en su caso los motivos que tenga para negarse, y advirtiéndole que si voluntariamente accede a ello puede hacer remisión de los mismos antes de dicha fecha, o presentarlos el día señalado, evitándose en el primer caso la obligación de comparecer».

La regulación legal, como ha puesto de manifiesto Montero Aroca, ofrece importantes lagunas[2799]:

a) Las consecuencias de la no comparecencia del tercero cuando es citado: será de aplicación la normativa sobre la incomparecencia no justificada de testigos a la citación

2795 Así se pronuncia expresamente Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.762, recogiendo el parecer doctrinal mayoritario.

2796 Ormazábal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., pp. 131-133, ofrece hasta cinco argumentos distintos para justificar la inexistencia de un deber de exhibición limitado sólo a los terceros propietarios.

2797 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.254.

2798 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.303.

2799 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 321-322.

judicial (art. 292 LEC), esto es, la imposición de multas coercitivas y el apercibimiento de proceder penalmente por desobediencia a la autoridad, descartándose la conducción forzosa por la fuerza pública, como sostenían algunos autores bajo la vigencia de la LEC de 1881, por aplicación analógica del art. 643.II LEC\1881, que permitía la conducción del testigo por la fuerza pública si se resistía a comparecer[2800].

b) La oposición que puede formular el tercero: las causas de oposición, aun cuando no se comprenden en la dicción legal, son similares a las que puede alegar la parte *ex* art. 328 LEC –ya comentadas– porque, en definitiva, el presupuesto común al requerimiento de exhibición de la parte o de un tercero es la disponibilidad del documento, y las justas causas que justifican la negativa a la exhibición o las alegaciones de inexistencia, desconocimiento o destrucción del documento pueden ser idénticas.

c) El requerimiento de presentación: si tras la comparecencia se desestiman las causas alegadas por el tercero o simplemente el tercero no acude a la comparecencia, debe practicarse el requerimiento de exhibición al tercero.

d) Las consecuencias de la negativa a cumplir el requerimiento: ante el silencio legal un sector doctrinal aboga por recurrir a la posibilidad acordar la diligencia de entrada y registro, bajo el argumento de la analogía con la regulación prevista en sede de diligencias preliminares que autoriza dicha diligencia «si se hubiera solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado» (art. 261.2º LEC[2801]). Se añade también que, a diferencia del deber de exhibición entre partes, no cabe establecer una presunción de existencia y veracidad como la prevista en el art. 329.1 LEC[2802]. Otros autores son partidarios de efectuar una advertencia de incurrir en delito de desobediencia[2803], y tampoco faltan quienes parecen admitir ambas consecuencias, posibilidad de proceder por desobediencia y orden de entrada y registro[2804].

Aun cuando el art. 330 LEC no permite otorgar valor probatorio a una copia o la versión ofrecida por la parte solicitante, al modo como posibilita el art. 329.1 LEC, se

2800 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 603 LEC*, en «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Cortés Domínguez, V. (coord.), ed. Tecnos, Madrid, 1985, p.541.

2801 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 321 y 322, quien argumenta que «no hay razón para permitir todas esas medidas en las diligencias preliminares y no una vez pendiente el proceso»; Ramos Méndez, F, *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.763. Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.143.

2802 Ormazábal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.143.

2803 Villagómez Cebrián, M., *La prueba documental,* ob. cit., p.53. En el mismo sentido Picó i Junoy, J., *Comentario al art. 330 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1876, siquiera este autor no excluye la entrada y registro en supuestos muy excepcionales.

2804 Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 330 LEC*, en «Proceso Civil Práctico», t. III, Gimeno Sendra, V. (dir), ed. La Ley, Madrid, 2005, p.637.

puede estimar que la negativa injustificada de la parte requerida constituye un indicio endoprocesal de conducta que, teniendo en consideración las restantes pruebas practicadas, permite alcanzar una solución semejante y tener por presumida la versión del documento ofrecida por la parte solicitante de la exhibición documental. En cuanto a la posibilidad de justificar el recurso a la entrada y registro me remito a las consideraciones ya efectuadas al tratar la negativa al requerimiento de exhibición cuando el documento obra en poder de las partes.

7.3. Documentos de las entidades oficiales

El art. 332 LEC regula el deber de exhibición de las entidades oficiales, distinguiendo entre el deber de exhibición del propio Estado (apartado 1º) y las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado (apartado 2º).

El fundamento del deber de exhibición de las entidades oficiales descansa en el art. 105 b CE, que autoriza el acceso de los ciudadanos a archivos y registros administrativos; en el art. 118 CE, que sienta el principio de colaboración requerida por los Tribunales; y del que es concreción en el ámbito de la Administración de Justicia el art. 17 LOPJ, así como en el art. 37 de la Ley 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El deber de exhibición del art. 332 LEC alcanza: a) Todas las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Entidades y demás entidades de Derecho Público, en cuyo caso el sujeto obligado con la carga de exhibición no es la persona de Derecho Público correspondiente, sino la dependencia de ésta que esta tenga en su poder el documento o, más precisamente, el órgano o persona responsable de tal dependencia[2805]; y b) Las entidades o empresas que realizan servicios públicos o estén encargadas de actividades de las entidades anteriores.

Se duda sobre el alcance de la expresión legal «demás entidades de Derecho público» (art. 332.1 LEC). Partiendo de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (arts. 41, 42, 43, 45 y 53), será necesario distinguir dentro de los organismos públicos, los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. Los organismos públicos se rigen por el Derecho Administrativo y se incluyen dentro de las innominadas «entidades de Derecho público» (apartado primero del art. 332 LEC), mientras que las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado y se incluyen dentro de las entidades y empresas que realicen servicios públicos (apartado segundo del art. 332 LEC)[2806].

2805 En este sentido, Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.150.

2806 Así se pronuncia Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 332 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2423.

No se establece un procedimiento de exhibición, sino que se sienta un principio general –deber de presentación de documentos– y una excepción – exhibición de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto–, en la que el legislador permite obviar la exhibición mediante una exposición razonada sobre el carácter reservado o secreto que deberá dirigir la entidad requerida al tribunal. Resulta censurable que la simple alegación del «carácter reservado o secreto» de la documentación requerida baste para eludir el deber de exhibición, debiendo poder el tribunal valorar si la negativa es o no justificada[2807].

Una cuestión polémica y recurrente en la práctica forense es la negativa de la Agencia Tributaria a la solicitud de datos, con fundamento en el art. 95 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Dispone dicho artículo: «Carácter reservado de los datos con trascendencia económica. 1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:

a) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal.

b) La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derecho del deudor, se motive la necesidad de recabar datos sobre la Administración tributaria».

En un procedimiento civil (particularmente en los derivados de crisis familiares) puede constituir objeto de prueba el estado patrimonial de una persona, a cuyo efecto se suele emplear como medio de prueba la solicitud de una certificación de la Agencia Tributaria sobre determinados datos que obran en su poder. Para obviar la negativa que habitualmente se produce ante el oficio del Juzgado interesando la averiguación del estado patrimonial de un sujeto, se han propuesto varias alternativas[2808].

Una solución radical consistiría en eliminar el obstáculo que supone el secreto: se traduciría en un requerimiento judicial del Juzgado Civil a los órganos de la Administra-

2807 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*…, ob. cit., p.255.

2808 Muñoz Sabaté, LL., *De cómo probar los 'hechos secretados' en el proceso civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1997-1, pp. 126 y ss., quien se muestra partidario que de la negativa al requerimiento se pueda desprender un indicio endoprocesal, siempre y cuando en la proposición de la prueba exista necesidad –entendida como inexistencia de otro medio de fijación del hecho– y concreción del hecho secretado.

ción del Estado para que entreguen el documento, que de persistir en la negativa, originaría un conflicto jurisdiccional, a resolver por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, como ya ha sucedido en sendas resoluciones de esta Sala, ambas de fecha 25 de junio de 1996, a raíz de un conflicto entre un órgano judicial y la Agencia Tributaria, en un caso, y la Diputación Foral de Álava, en el otro.

La primera de ellas –conflicto entre el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid y la Agencia Tributaria– parece reconducir la cuestión a «una discrepancia de criterio que debe resolverse mediante los recursos judiciales que procedan»[2809], resolución que no compartimos porque una diferencia de criterio entre una autoridad judicial y otra administrativa genera el conflicto jurisdicción y no la remisión a los mecanismos de impugnación de las resoluciones judiciales[2810].

Otra solución, menos radical que la anterior, consistiría en asimilar el obstáculo que constituye el secreto: se ha propuesto bien requerir de exhibición a la parte contraria los documentos gestionados por la Agencia Tributaria (en cuyo caso de negarse, podrá aplicarse la sanción prevista en el art. 329 LEC) o bien requerirle para que autorice a dicho órgano a librar tales documentos (en cuyo caso, la Agencia Tributaria ya no podrá negarse a entregarlos)[2811]. La conducta procesal de la parte requerida, esto es, su negativa a exhibir los documentos requeridos o su negativa a liberar del secreto a la Agencia Tributaria constituye un indicio.

Tampoco faltan autores que, ante la negativa de la Agencia Tributaria, postulan que cabe un requerimiento formal al respecto, con apercibimiento de remisión, de insistir en la evasiva, al Juzgado de Guardia[2812].

Resulta cuando menos paradójico que la Agencia Tributaria pueda ampararse en razones del carácter secreto o reservado de la documentación requerida en la fase declarativa del proceso, y, por el contrario, en la fase de ejecución de sentencia firme, se pueda proceder a la investigación de bienes del ejecutado y acceder a dicha información (art. 590 LEC[2813]),

2809 Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25 de junio de 1996, ftos. jcos. 1º y 2º (RJ 1996\4977), resolviendo el conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Madrid y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, ante la negativa de la Administración a remitir al Juez civil, a los efectos de un proceso declarativo de mayor cuantía, las declaraciones fiscales presentadas por unos contribuyentes, con fundamento en que tales documentos estaban amparados en el art. 113 LGT (hoy art. 95 LGT).

2810 En este sentido, Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 332*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., pp. 1562-1563.

2811 Picó i Junoy, J., *Comentario art. 332 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.1879.

2812 Cremades Morant, J., *Comentario art. 332 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia», t. II, Xiol Ríos, J. A. (coord.), ob. cit., p.2097.

2813 Con anterioridad a la promulgación del art. 590 LEC, puede verse la reflexión de Picó i Junoy, J., *La ejecución de las sentencias civiles y la Agencia Tributaria. un despropósito de técnica legislativa*, en rev. «Justicia», 1998, p.220.

«con lo que se puede dar en el caso concreto el contrasentido de negar en fase probatoria lo que luego deberá dar en fase de ejecución»[2814].

8. Verificación documental

8.1. Prueba de la autenticidad del documento

Afirmaba Gómez Orbaneja que a la prueba documental propiamente dicha o prueba *por* el documento, ha de preceder la prueba de la autenticidad *del* documento[2815], esto es, un proceso de verificación –para otros autentificación[2816]– documental. La autenticidad del documento constituye un *prius* o presupuesto de su eficacia probatoria.

La distinción entre autenticidad y eficacia probatoria del documento aparece con claridad en la STS de 25 de noviembre de 2002[2817]:

> «Una cosa es la autenticidad de un documento y otra la eficacia probatoria. La primera se refiere a la legitimidad del continente, es decir, a la proveniencia de su autor, por lo que concurre cuando hay concordancia del autor aparente con el autor real. La declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. Sólo el documento auténtico es idóneo para poder probar «por sí solo», mientras que el documento que, impugnado o no reconocido, no conste su autenticidad o inautenticidad puede valorarse «conjuntamente con otras pruebas», según viene manteniendo la jurisprudencia.
>
> Y con respecto a la eficacia probatoria, la misma sentencia añade:
>
> Cosa diferente es la eficacia probatoria, que se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento (que no haya sido declarado carente de autenticidad). En un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta con éstos. Sólo queda vinculado en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o tasada, la cual se

2814 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 332 LEC*, en «El Proceso civil», vol. III, ob. cit., p.2425.

2815 Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, Madrid, 1976, p.342, al que sigue Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.256. Ya Devis Echandía señalaba, entre los requisitos para la eficacia del documento, que esté establecida o presumida su autenticidad (en, *Teoría de la prueba judicial*, ob. cit., p.535).

2816 Molins García Atance, J., *Impugnación y autentificación documental*, en Diario La Ley, núm. 6143, p.1, prefiere la denominación «autentificación de la prueba documental» por ser más coherente con la terminología empleada por la LEC –que se refiere a la autenticidad de los documentos– y por la propia tradición jurídica española.

2817 STS, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2002, fto. jco. 5º (RJ 2002\10275). En el mismo sentido, puede verse también la STS de 17 de julio de 2001, fto. jco. 4º (RJ 2001\5436), que afirma: «Lo que sucede es que el recurrente confunde la autenticidad de los documentos con su eficacia probatoria. La autenticidad hace referencia a la concordancia del autor aparente del documento con el autor real».

> circunscribe (arts. 1218 y 1225) al hecho y fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba (SS. 21 noviembre 2000 [RJ 2000, 9238] y 19 abril 2002 [RJ 2002, 3307], entre otras)».

La misma doctrina se reproduce en STS de 14 de diciembre de 2005[2818], en los términos literales siguientes:

> «Ello es así porque la autenticidad del documento privado en cuanto procedencia del autor, –coincidencia del autor aparente con el autor real–, es «condicio sine qua non» para la idoneidad valorativa –ulterior valoración del contenido–, de tal modo que, probada la inautenticidad, el documento privado no puede operar como medio de prueba, y no probada, pero sin que tampoco conste la autenticidad, sólo puede ser valorado si lo es conjuntamente con los restantes elementos probatorios».

La verificación documental se inicia a través del «posicionamiento» –por respetar la rúbrica legal– ante documentos, previsto en el art. 427.1 LEC, conforme al cual: «En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba sobre su autenticidad».

Técnicamente «impugnar» significa mostrar la disconformidad con una resolución judicial a través de los recursos ordinarios o de una protesta, resultando más acertada la expresión «negar o poner en duda la autenticidad», contenida en el art. 349.1 LEC, al regular el cotejo de letras. En la práctica forense se propone la pericial caligráfica o el cotejo de letras con carácter subsidiario, y para el supuesto de negarse la autenticidad de una firma o de un texto manuscrito.

Sin embargo, la doctrina y el foro entienden que la «impugnación del documento» constituye una manifestación de parte encaminada a destruir la eficacia probatoria del documento mediante la censura misma del documento. Como decía Guasp, «igual que los restantes mediante de prueba el documento puede ser atacado de una manera indirecta o mediata, empleando otras pruebas que arrojen resultados contrarios a él, o de una manera directa o inmediata mediante la censura misma del documento»[2819].

8.2. Verificación del documento público

El documento público, por mor de la intervención de un fedatario público, goza de una presunción de autenticidad, de modo que su poseedor no tiene la carga de demostrar

2818 STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (RJ 2005\10168).

2819 Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1968, p.404. En el mismo sentido, Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», Albaladejo, M. (dir.), t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, p.133.

su autenticidad. El documento público suele acceder al proceso, no a través del original, sino de una copia, certificación o testimonio, y la parte aportante no tiene la carga de acreditar su exactitud, sino que la parte adversa tiene la carga de demostrar su eventual falta de exactitud.

La verificación del documento público se produce cuando se alega la inexactitud de la copia, certificación o testimonio presentado con el original –por omisiones o trascripción parcial–. No debe confundirse con la impugnación por falta de autenticidad –por falta de intervención de fedatario público, por haber sido falsificada su firma o simplemente por falta de condición de fedatario público de quien intervenía como tal–, que deberá ser objeto de una acción penal por falsedad documental (arts. 390 a 394 y 397 a 399 CP), dando lugar a una cuestión prejudicial penal que, cuando el documento sea decisivo para resolver sobre el fondo del asunto, determinará la suspensión del juicio civil hasta la terminación del juicio penal (art. 40, apartados 4º, 5º y 6º LEC).

Tampoco debe confundirse la verificación del documento público con la impugnación de su eficacia probatoria legal –por falta de veracidad de las declaraciones de voluntad en él contenidas (documentos dispositivos) o por falta de veracidad de las declaración de ciencia o conocimiento de los otorgantes (documentos testimoniales)–, que deberá ser objeto de valoración en sentencia, pese a la rúbrica del art. 320 LEC, que al regular el cotejo de letras, alude a la «impugnación del valor probatorio del documento público»[2820].

La verificación del documento público se produce a través del cotejo (*comparatio litterarum*), consistente en la confrontación de la copia, certificación o testimonio aportado al proceso con el original del documento[2821], de naturaleza parecida –aun cuando no idéntica– a un reconocimiento, del que difiere, no obstante, porque no se permite la concu-

2820 Ormazábal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., pp. 86 y ss., formula con claridad la distinción conceptual entre la impugnación de un documento público por falta de autenticidad, de veracidad o de exactitud. Con anterioridad Guasp, J. había distinguido entre una *falsedad material*, referida al documento en cuanto objeto extrínseco o corporalmente considerado, y una *falsedad ideal*, referida al fondo del documento, en cuanto a su contenido intrínseco *(Derecho Procesal Civil*, t. I, ob. cit., p.464).

2821 La rúbrica del art. 320 LEC parece utilizar los términos «cotejo» y «comprobación» como sinónimos, pudiéndose distinguir entre: a) «el cotejo o comprobación», como instrumento idóneo para verificar la exactitud de los documentos públicos con protocolo (art. 320 LEC); y b) el «cotejo de letras», que es el mecanismo propio para verificar la exactitud o autenticidad de los documentos privados (arts. 326.2 y 349.1 LEC), aun cuando también podrá utilizarse para verificar la exactitud de los documentos públicos carentes de protocolo (art. 322.1 LEC). En este sentido, la SAP Alicante, secc. 8ª, de 8 de noviembre de 2005, fto. jco. 1º (AC 2006/303) razona que una historia clínica, en cuanto documento privado, no es susceptible del cotejo del art. 320 LEC, sino del cotejo de letras del art. 326.2 LEC.

rrencia al acto con asistencia de técnicos o entendidos, y porque no debe realizarlo el Juez sino el Secretario Judicial[2822].

Se ha discutido si la simple impugnación del documento público comporta automáticamente el cotejo o, por el contrario, la parte impugnante debe efectuar necesariamente una petición expresa de cotejo, resultando preferible esta segunda opción, pues si la impugnante está gravada con la carga de la impugnación (carga de la alegación), también lo está con la carga de proponer el cotejo (carga de la prueba)[2823]. Aun cuando el cotejo es el mecanismo legal para verificar la exactitud del documento impugnado, una cosa es que el legislador haya predeterminado un mecanismo legal de verificación y otra distinta es que la parte lo proponga, mayormente cuando de verificarse la exactitud del documento la parte impugnante debe asumir los gastos del cotejo (art. 320.3 LEC).

Las reglas del cotejo tienen por finalidad acceder al original del documento para acreditar su exactitud, esto es, la correspondencia entre el contenido de la copia, certificación o testimonio con el original, pudiéndose sistematizar del modo siguiente[2824]:

1º) Documentos que por su naturaleza tienen protocolo (y, por ende, son susceptibles de cotejo): si se impugna la exactitud del documento público, las copias, certificaciones o testimonios se comprueban con los originales, a cuyo efecto el Secretario Judicial se constituye en el archivo o local donde se halle el original o matriz, a presencia de las partes y sus defensores, que son citados al efecto (arts. 320.1.1º y 320.2 LEC).

Dado que la aportación de documentos públicos al proceso se efectúa normalmente mediante copia, si la copia y la matriz coinciden quedará acreditada la exactitud; si no existe matriz –y salvo los supuestos que señalaremos– el documento será en principio ineficaz; y si existe la matriz, pero con un diverso contenido, prevalecerá la matriz sobre la copia.

Los gastos derivados del cotejo corren a cargo del litigante que hubiere formulado la impugnación, si finalmente resulta acreditada la exactitud del documento (art. 320.3 LEC), siendo irrelevante si la parte impugnante hubiera obtenido a su favor un pronunciamiento en costas –o simplemente no existiera tal pronunciamiento[2825]–

2822 Cremades Morant, J., *Comentario al art. 349 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepín, Madrid, 2008, p.2298.

2823 En sentido distinto, de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 320 LEC*, en «Comentarios sistemáticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., pp. 565 y 566, para quien el cotejo es la consecuencia legal de la impugnación, aun sin necesidad de petición expresa de la parte impugnante.

2824 Seguimos, en lo sustancial, la exposición de Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.258.

2825 La SAP Alicante, secc. 7ª, de 4 de junio de 2007, fto. jco. 4º (La Ley 333810/2007) condena a los demandados al pago de las costas derivadas de un informe pericial caligráfico practicado para acreditar la autenticidad de unas firmas, con fundamento en el art. 320.3 LEC, pese a que ni en primera ni en segunda instancia hay imposición de costas al existir una estimación parcial.

o fuera titular del derecho a la justicia gratuita[2826]. Además, si la impugnación se hubiere formulado con temeridad se faculta al juez para que, motivadamente, pueda imponer al impugnante una multa entre 120 y 600 € (art. 320.3 *in fine* LEC), como manifestación concreta de una actuación contraria a la buena fe procesal (art. 247 LEC)[2827].

2º) Documentos que por su naturaleza carecen de protocolo (y, por ende, no son susceptibles de cotejo, y subsidiariamente pueden serlo de cotejo de letras): son los documentos judiciales y buena parte de los administrativos. Si se impugna la falta de exactitud del documento se le reconoce eficacia sin necesidad de cotejo (art. 322 LEC), pero se permite la prueba en contrario, que puede consistir: a) si se tratare de un documento judicial, mediante la aportación de un nuevo testimonio del mismo, o mediante la comprobación de la copia discutida con su original; b) si se tratare de un documento administrativo, por los mismos medios anteriores, o mediante la declaración como testigo del funcionario que aparentemente extendió la certificación.

De la redacción del art. 322.1 LEC se deduce la subsidiariedad del cotejo de letras para acreditar la exactitud del documento público («Harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo»), puesto que, en el caso que el documento carezca de protocolo, el legislador reputa de mayor fiabilidad otras pruebas, como pueden ser el interrogatorio como testigo del funcionario o fedatario autorizante.

3º) Documentos cuya escritura matriz, protocolo o expediente original ha desaparecido. Las reglas del cotejo descritas y previstas en la LEC deben completarse con las previsiones del Código Civil (arts. 1221 y 1222), que contiene reglas supletorias para el supuesto de desaparición o inexistencia de la escritura matriz, del protocolo y de los expedientes originales. En tal supuesto, despliegan efectos probatorios las copias firmadas por el funcionario público, siempre que fueran primeras copias, hubieran sido libradas con mandato judicial o en presencia de los interesados y con su conformidad, o tuvieran una antigüedad de treinta años o más. Las restantes copias, las copias de las copias y las inscripciones registrales, sólo servirán como un principio de prueba por escrito (STS, 5 de junio de 1987[2828]).

2826 En este sentido, Ormazábal Sánchez, G., *La prueba documental*, ob. cit., p.99.

2827 Aún va más allá la SAP Madrid, secc. 12ª, de 30 de abril de 2008, fto. jco. 4º (La Ley 8420/2008), al recordar que «…debiendo tenerse igualmente en cuenta que como único efecto que se prevé para el caso de que del cotejo se desprendiese la autenticidad del documento tachado de falso, la imposición de los gastos que origine dicho cotejo, y si la impugnación se entendiese temeraria una pena de multa, lo cual no significa que en todo caso lo indicado excluya la posibilidad de imputar a quien hubiese alegado la falsedad en documento la comisión de otros delitos, como podía ser calumnias e injurias…».

2828 La STS, Sala 1ª, de 5 de junio de 1987, fto. jco. 2º (RJ 1987\4044), en un supuesto de juicio declarativo de mayor cuantía sobre preferencia genealógica a los efectos de utilizar un título nobiliario, no re-

4º) Documentos cuyo testimonio o certificación resulta incompleto. La falta de integridad del testimonio o certificación no supone una discrepancia entre el original y el testimonio o certificación, sino que éstos últimos se presentan incompletos. En tal supuesto el testimonio o certificación incompleto no surtirá efectos probatorios hasta que no se complete con las adiciones que solicite el litigante a quien perjudique (art. 321 LEC). Es una norma preventiva frente a una utilización fraudulenta de un testimonio o certificación, que contiene aquellos extremos que favorecen al aportante, y prescinde de aquellos otros que le perjudican.

La formalidad del sistema del cotejo –y en general de los sistemas del *civil law* que siguen el modelo francés– contrasta con el esquema más sencillo que ofrecen los sistemas alemán ($ 437, apartado 2º Código Procesal Civil) y austriaco ($ 310 Código Procesal Civil) en los que cuando existen dudas sobre la autenticidad de un documento público el juez, incluso por iniciativa propia, puede pedir explicaciones acerca de la autenticidad del documento al funcionario o a quien lo haya escrito o elaborado[2829].

8.3. Verificación del documento privado

A diferencia del documento público, el privado no goza de una presunción de autenticidad, ni tampoco suele existir un original en un protocolo donde comprobar su exactitud. El documento privado puede acceder al proceso por original o por copia y, caso de impugnarse, la parte aportante tiene la carga de probar su autenticidad o exactitud, y la facultad de proponer el cotejo de letras u otro medio probatorio pertinente y útil al efecto (art. 326.2 LEC). Además, la verificación del documento privado no se limita a la exactitud del documento aportado con respecto a su original, sino que se extiende también a su autenticidad –por falta de correspondencia entre el autor aparente y el real–.

Las diferencias entre la verificación del documento privado y el público pueden resumirse del modo siguiente: a) la verificación del documento privado se extiende a su autenticidad –concordancia entre el autor aparente y el real– y su exactitud –concordancia entre la copia (o testimonio) con el original–; mientras que la verificación del documento público se limita a su exactitud –concordancia entre la copia, certificación o testimonio con el original–; b) la carga de verificar la autenticidad y la exactitud del documento privado corresponde al aportante, mientras que la carga de verificar la exactitud del documento público corresponde al impugnante; c) la verificación del documento privado se produce

conoció los efectos probatorios previstos para las copias que tienen más de treinta años de antigüedad (art. 1221 CC), a unas copias de una certificación de matrimonio y de bautismo bajo el argumento que el actor no había probado en ningún momento la destrucción de los archivos parroquiales en que se custodiaban las partidas originales, esto es, la inexistencia de los expedientes originales.

2829 Taruffo, M., *La prueba,* ob. cit., p.83.

a través del cotejo de letras y cualquier otro medio útil y pertinente al efecto (art. 326.2 LEC y, entre otras, SAP Madrid, 10 de marzo de 2008[2830]); mientras que la verificación del documento público tiene lugar por el cotejo (art. 320 LEC y, entre otras, SAP Barcelona, 6 de febrero de 2008[2831]).

El cotejo de letras es una prueba pericial llevada a cabo por expertos o peritos calígrafos y enderezada a comprobar si la firma o letra manuscritas de un documento corresponden a quien aparece como su autor[2832]. Esta comprobación se verifica a partir de un documento indubitado o mediante la formación de un cuerpo de escritura. Ha sido acertadamente definida como una prueba cuyo objeto es «la verificación por los signos externos, de la procedencia, autoría y autenticidad de una letra escrita, con independencia, claro está, de la autenticidad del documento donde figura y del valor probatorio de éste»[2833].

A diferencia del cotejo de documentos públicos, que se practica por el Secretario Judicial, el cotejo de letras de documentos privados se practica por perito, siendo una prueba de naturaleza pericial indiscutible (art. 349 LEC). No obstante los términos imperativos del art. 349.1 LEC («Se practicará por perito el cotejo de letras…») debemos entender que se trata de una prueba potestativa cuando se ha negado o puesto en duda la autenticidad de un documento, tal como se deduce del art. 326.2 LEC, que permite a la parte aportante del documento, con carácter facultativo y no obligatorio, acudir alternativamente al cotejo de letras o cualquier otra prueba pertinente y útil (SAP Huelva, 17 de junio de 2004[2834]).

La especialidad del cotejo de letras es doble: la primera, relativa al tiempo u oportunidad de la petición de cotejo por la parte litigante perjudicada por el documento privado (art. 349, 1 y 2 LEC); y la segunda, la de la necesaria designación del perito por el Tribunal

2830 La SAP Madrid, secc. 18ª, de 10 de marzo de 2008, fto. jco. 2º (AC 2008\927) en un supuesto de reclamación de cantidad frente a una mercantil por descubierto en liquidación de sendas tarjetas de crédito, y negada por la sociedad demandada la autenticidad de la firma que figuraba en los contratos de emisión de tarjeta como propia de su legal representante, valora el dictamen pericial grafológico anunciado por la actora y aportado antes del juicio, entendiendo que la autenticidad de la firma podía acreditarse, conforme al art. 326.2 LEC, bien mediante el cotejo de letras, o bien –como era el caso– mediante cualquier otra prueba pertinente o útil –también, por supuesto, un dictamen pericial–.

2831 La SAP Barcelona, secc. 13ª, de 6 de febrero de 2008, fto. jco. 2º (La Ley 27672/2008) distingue entre el cotejo de letras y el cotejo de documentos públicos, y atribuye a la primera la naturaleza de prueba pericial, a manera de subespecie del cotejo de documentos (arts. 349 a 351 LEC).

2832 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…., ob. cit., p.89.

2833 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.168.

2834 La SAP Huelva, secc. 2ª, de 17 de junio de 2004, fto. jco. 3º (La Ley 143198/2004) dice: «Es de ver, por lo tanto, que la solicitud de cotejo de letras o pericia sobre el documento no es prueba de carácter obligatorio sino que facultativamente el que ha presentado el documento podrá pedirla o no, tanto como podrá solicitar o no cualquier otra probanza enderezada a acreditar la autenticidad de la documental».

(art. 349. 3 LEC). En cuanto al tiempo es necesario que se haya puesto en duda o negado la autenticidad de un documento privado, lo que, por una parte, excluye la proposición del cotejo de letras con los escritos de alegaciones por cuanto ha de existir una impugnación de contrario, pero, por otra parte, obliga a la parte perjudicada a proponer el cotejo tan pronto haya efectuado tal impugnación (SAP Las Palmas, 29 de junio de 2007[2835]).

En cuanto a designación deberá recaer en un perito judicial (art. 349.3 por remisión a los arts. 341 y 342, todos ellos LEC), excluyéndose los peritos designados a instancia de parte[2836], y silenciándose la calificación profesional del perito. La pericial caligráfica puede practicarse por personas que hayan cursado estudios de grafología y documentoscopia y se integren en una titulación universitaria (diplomados) o títulos no universitarios pero reconocidos oficialmente (ej. Cuerpo facultativo de Archiveros y Bibliotecarios y Arqueólogos, como reconoció la STS 11 de octubre de 1999[2837]), resultando también admisible la pericia corporativa, como pudiera ser la practicada por una Asociación de peritos calígrafos y técnicos en el análisis de escritura[2838].

Se regula detalladamente el procedimiento del cotejo de letras, con indicación de la parte qué ha de proceder a la indicación de los documentos indubitados, los tipos de documentos que pueden ser indubitados, la manera de proceder en caso de falta de documentos indubitados y, por último, los efectos legales derivados de la ausencia o falta de documentos indubitados (art. 350 LEC), así como las reglas de valoración del cotejo de letras (art. 351 LEC).

La parte proponente del cotejo tiene la carga de designar el documento/s indubitado/s (art. 350.1 LEC), efectuando el legislador una enumeración legal de los documentos que

2835 La SAP Las Palmas, secc. 5ª, de 29 de junio de 2007, fto. jco. 3º (La Ley 183464/2007), en un supuesto de oposición a la ejecución en demanda de juicio cambiario, razona que la parte deudora debió solicitar la prueba del cotejo de letras desde el momento en que interpuso demanda de oposición cuestionando la autenticidad de la firma, afirmando: «si se hacía necesario que la demandante de oposición cambiaria, anunciase en su demanda que se valdría de la prueba pericial de cotejo de letras no bastando con su proposición en el acto de la vista pues desde que la demandante de oposición cambiaria negaba la autenticidad de las letras que le perjudicaba tenía que actuar según le exigía el artículo 349 […], y tal circunstancia se produjo en el mismo instante en que interpuso su demanda de oposición al juicio cambiario».

2836 La SAP Badajoz, secc. 1ª, 3 de diciembre de 2002, fto. jco. 2º (La Ley 203229/2002) razona que al objeto de acreditar la falsedad de un documento privado no son suficientes los dictámenes aportados a instancia de parte, debiéndose proceder al nombramiento de un perito de designación judicial conforme al art. 349 LEC.

2837 La STS, Sala 1ª, de 11 octubre de 1999, fto. jco. 1º (RJ 1999\7248) admite la validez de un perito, designado por insaculación y con la calificación de Perito calígrafo (perteneciente al Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios y Arqueólogos, Doctor en Historia, Profesor titular de Ciencias y Técnicas Historiográficas), cuyo dictamen había sido impugnado por infracción del párrafo segundo del derogado art. 615 LEC 1881, al no residir en el partido judicial donde se sustanciaba el litigio.

2838 En este sentido, Guzmán Flujá,V., *Comentario al art. 349 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., pp. 2543-2544.

se consideran indubitados y, entre ellos: 1º) los documentos reconocidos como indubitados por las partes; 2º) las escrituras públicas y el Documento Nacional de Identidad que conste en un archivo público; 3º) los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocido por el autor del documento dubitado; 4º) el escrito impugnado y reconocido por la parte a quien perjudique (art. 350.2 LEC). El denominador común en todos los casos es que «la determinación del carácter indubitado de un documento al efecto de la práctica del cotejo está sujeto a un procedimiento de designación que debe ser admitido por la parte a la que pueda perjudicarle y, en su defecto, debe otorgarse un cuerpo de escritura» (SAP Valencia, 11 de febrero de 2008[2839]).

A efectos de la valoración del cotejo de letras podemos distinguir tres supuestos:

1) Práctica del cotejo de letras: su resultado debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica, con remisión legal y directa del art. 351.2 LEC a los preceptos relativos a la emisión y ratificación del dictamen pericial (art. 346 LEC), a la posible actuación del perito en el juicio o la vista (art. 347 LEC) y a la valoración judicial del dictamen pericial (art. 348 LEC).

2) Inexistencia de documento indubitado: se prevé que la parte a quien se atribuye el documento impugnado o la firma pueda formar, a instancia de la contraria, un cuerpo de escritura que dictará el juez o Secretario Judicial (art. 350.3, párrafo primero LEC). Y si la parte requerida se negare, a diferencia del derogado art. 608, II LEC\1881, que facultaba al juez para tenerla por confesa en la sentencia definitiva, se produce *ex lege* un reconocimiento de autenticidad («…el documento impugnado se considerará reconocido»), a modo de presunción legal de autenticidad (art. 350.3, párrafo segundo LEC[2840]). La jurisprudencia menor ha considerado que la incomparecencia del autor de la firma dubitada para la formación del cuerpo de escritura debe apreciarse como una conducta obstativa, que solo puede redundar en su contra (SAP A Coruña, 20 de febrero de 2002[2841]).

2839 La SAP Valencia, secc. 7ª, de 11 de febrero de 2008, fto. jco. 1º (La Ley 38656/2008) razona que «en la medida que la parte proponente no designó en el procedimiento el documento indubitado para que la demandada pudiera reconocerlo o impugnarlo y unilateralmente le entregó los que consideraba indubitadas, no se cumplen las formalidades para la producción de la prueba y debe estimarse su nulidad».

2840 La SAP Zaragoza, secc. 4ª, de 11 junio de 2008, fto. jco. 2º (La Ley 163833/2008), analiza un proceso monitorio en reclamación de cantidad derivada de un servicio de telefonía, en el que la demandada se opuso al pago alegando que no contrató ni utilizó el servicio reclamado, negándose a reconocer la firma en los contratos aportados por la actora, y razona: «Según consta en acta, la parte demandada se negó a realizar la firma según se le indicaba y no reconoció las firmas efectuadas en el procedimiento en las fechas indicadas en la resolución recurrida, por lo que en realidad hubo negación a hacer el cuerpo de escritura, lo que ha de tener los efectos del art. 350 LEC, es decir, tener el documento por reconocido».

2841 SAP A Coruña, secc. 1ª, de 20 de febrero de 2002 (EDJ 2002/15776).

3) Imposibilidad de formar cuerpo de escritura –documento suscrito por tercero, fallecidos o ausentes-: debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica (art. 350.4 LEC), esto es, ni se le atribuye ni se le priva de valor probatorio, apartándose del criterio del derogado art. 607.II LEC\1881, que distinguía según el carácter público o privado del documento. Es una solución razonable, pues aun no existiendo un cuerpo de escritura, la autenticidad del documento privado puede acreditarse a partir de otros medios de prueba practicados en juicio[2842]. Como apunta Font Serra, ello significa que el documento puede constituirse en un elemento más para formar la valoración judicial en una valoración conjunta de la prueba, tal y como venía sosteniendo la jurisprudencia[2843] (STS, 11 de junio de 1985[2844]).

El resultado de la prueba pericial caligráfica puede ser negativo, en el sentido de concluir que el documento dubitado y el indubitado no han sido escritos por la misma persona[2845]; puede ser positivo, para concluir, en sentido contrario, que ambos documentos –dubitado e indubitado– son obra de una misma persona; o puede, finalmente, concluir que no es posible establecer si ambos documentos han sido escritos, o no, por la misma persona[2846].

9. Eficacia probatoria de la prueba documental

9.1. Eficacia común a todo documento

La trascendencia de la eficacia probatoria de la prueba documental deriva de las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, en cuanto constituye un soporte material apto para perpetuar actos, hechos y declaraciones de voluntad (función de perpetuación), permite la atribución de su contenido a un autor o autores determinados

2842 La SAP Ávila, de 4 de julio de 2002, fto. jco. 4º (EDJ 2002\1549) remite a la regla 4ª del art. 350 LEC y a la valoración conforme a las reglas de la sana crítica, a modo de cláusula residual, también en el supuesto de impugnación de la autenticidad de un testamento ológrafo cuando la firma sobre la que se practicó el cotejo de letras (contrato de depósito irregular) no era la más idónea.

2843 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.174.

2844 La STS, Sala 1ª, de 11 de junio de 1985, fto. jco.4º (EDJ 1985/7415) afirma: «[…] nada impide que, en hipótesis (que el recurrente mantiene) de falta absoluta de documento indubitado con el que efectuar el cotejo, opere el párrafo segundo del artículo seiscientos siete, que autoriza al órgano jurisdiccional para que aprecie el documento privado según su sano juicio y (supuesto que ellas existan) en combinación con las demás pruebas, de suerte que en ese supuesto extremo de no contarse con documento indubitado todavía el documento privado ha de ser valorado…».

2845 SAP Almería, secc.1ª, de 22 de junio de 2004, fto. jco. 3º (EDJ 2004/83135).

2846 SAP Málaga, secc.4ª, de 25 de noviembre de 2002, fto. jco.2º (EDJ 2002/81779).

(función de garantía), y deja constancia de los actos y hechos documentados o de las relaciones jurídicas entre las partes (función probatoria)[2847].

A diferencia de los restantes medios de prueba, y en particular del interrogatorio de testigos (art. 376 LEC) y de la prueba pericial (art. 348 LEC), la prueba documental conserva, en los términos que acotaremos, eficacia de prueba legal o tasada –también llamada eficacia privilegiada[2848]–, lo cual significa que la ley prescinde del libre convencimiento del juez y éste se halla vinculado, en la valoración probatoria y con respecto a determinados extremos, por los postulados de la ley, justificándose la vinculación en razones de seguridad y celeridad en el tráfico jurídico.

La eficacia probatoria del documento presupone que su autenticidad ha quedado fijada, bien porque no se haya discutido, bien porque una vez discutida, se ha procedido a la verificación del documento público o privado. Ya se ha razonado que a la prueba documental propiamente dicha o prueba *por* el documento, ha de preceder la prueba de la autenticidad *del* documento. Y que mientras el documento público goza de una presunción de autenticidad, de modo que la parte impugnante debe promover la acción penal para acreditar su falsedad, la autenticidad del documento privado, caso de ser impugnado, debe ser acreditado por el aportante del documento.

Fijada la autenticidad del documento, el juez debe partir en la sentencia de la existencia del documento. En este sentido, todo documento prueba su existencia y tiene valor legal, bien sea un documento público (arts. 1218 CC y 319 LEC), bien sea privado (arts. 1225 CC y 326 LEC)[2849]. Y una vez fijada su autenticidad tiene que determinarse su veracidad o certeza, esto es, la concordancia entre los testimonios o declaraciones contenidos en el documento con la realidad.

Al respecto es frecuente clasificar los documentos en función de su contenido, distinguiéndose entre los documentos dispositivos –también llamados constitutivos– y que encierran en sí mismos un negocio o acto jurídico; y los documentos testimoniales –también llamados declarativos– que contienen declaraciones de ciencia o conocimiento de los otorgantes. Esta distinción tiene trascendencia en el plano de la eficacia jurídico-material del documento y de su eficacia probatoria.

Fijada la autenticidad del documento dispositivo, el juzgador queda vinculado por los efectos jurídico-sustantivos del negocio o acto concluido. Como expresa Serra Domínguez, «si el contrato es ley entre las partes, la prueba de la existencia del contrato, vincula al Juez a aplicar dicho contrato al caso concreto y extraer las consecuencias jurídicas

2847 Seoane Spielgeberg, J.L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, ob. cit., p.426.

2848 Gutiérrez Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F. en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., ob. cit., p.132; Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., pp. 265 y ss.

2849 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.262; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.327.

previstas por las partes. No estamos sin embargo ante un problema procesal probatorio, sino ante un problema material de fondo»[2850]. Y en el plano probatorio, el documento público dispositivo tiene eficacia probatoria, dentro del proceso y con el carácter de prueba tasada, respecto determinados extremos –existencia del documento, fecha e intervinientes–.

Por el contrario, fijada la autenticidad del documento testimonial, no se deriva ningún efecto jurídico-sustantivo, salvo, por supuesto, el hecho que el otorgante realizó ciertas aseveraciones sobre el acaecimiento de unos hechos. Y en el plano probatorio, los documentos testimoniales quedan sujetos a la sana crítica del juez, pudiendo incluso merecer menor valor probatorio que la prueba del interrogatorio de testigos al carecer de las garantías inherentes a dicha prueba, con posible asistencia e intervención de la parte contraria. Como expresa Montero Aroca, el hecho que un testigo exponga su conocimiento de unos hechos ante un notario, no puede hacer que el testigo y su conocimiento de los hechos tenga valor de prueba legal»[2851].

La eficacia probatoria de la prueba documental es objeto de una doble regulación, en LEC y en CC, pues se encuentran vigentes la normas relativas a la eficacia probatoria de documentos públicos y privados del Código Civil (arts. 1216 a 1230), salvo el art. 1226 CC, expresamente derogado por la Disposición Derogatoria Única de la LEC.

9.2. Eficacia del documento público

9.2.1. Documentos públicos en general

Dispone el art. 319.1 LEC: «Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

Se ha criticado la expresión «prueba plena» por entender que no existe «prueba plena», ni «semiplena», sino únicamente pruebas de valoración libre y pruebas de valoración tasada[2852]. Sin embargo, otros autores han razonado que tal expresión, más que a su propia eficacia probatoria, parece estar dirigida a proteger la prueba documental pública frente a su impugnación basada en otros medios de prueba, exigiendo a éstos una especial consistencia[2853].

2850 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.262.

2851 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.290.

2852 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.266.

2853 Rodríguez Adrados, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)*, en «Estudios prácticos sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial», Fairén Guillén, V. y Gómez Colomer, J.L. (coords.), Universitat Jaume I, col·lecció «Estudis Jurídics», núm. 8, Castelló, 2004, p.91.

No todo el contenido del documento público goza de eficacia privilegiada, sino que ésta se limita a[2854]:

1) Al hecho, acto o estado de cosas que documente. Expresión que puede resultar ambigua y dar lugar a que se entienda que la eficacia privilegiada se extienda al hecho documentado, cuando únicamente se limita al hecho que determinadas personas efectuaron una declaración a presencia notarial, sin que la fe pública cubra la veracidad intrínseca de la propia declaración. El funcionario público da fe de lo que percibe u observa, pero sin que su función fedataria alcance a la veracidad o sinceridad de las declaraciones de las partes o de los datos contenidos en el documento[2855]. En este sentido se ha afirmado que «la expresión 'estado de cosas' hay que entenderla referida a aquello que el fedatario público ve, oye o percibe por los sentidos, pero no alcanza a la veracidad intrínseca de lo restante, y, en consecuencia, cabe prueba en contrario sobre todo aquel contenido al que no extienda la fe pública notarial» (STSJ Cataluña, 10 de marzo de 2008[2856]).

2) A la fecha en que se produce esa documentación. Y aun cuando la LEC no lo diga expresamente la fehaciencia se extiende también a otras circunstancias objetivas exteriores, como el lugar del otorgamiento[2857].

   La fecha es importante puesto que afecta a multitud de actos jurídicos, y así por ejemplo, determina la eficacia de la revocación de un testamento (art. 739 CC), la capacidad del causante al tiempo de efectuar su acto de última voluntad (arts. 663 y 666 CC), el alzamiento de un embargo en una tercería de dominio (art. 595.1 LEC) o la preferencia en el caso de doble venta (art.1473 CC)[2858].

3) A la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan. Se confunde la identidad con la intervención. La fe pública alcanza la intervención del funcionario autorizante y de las personas interesadas, lo que precisamente confiere la autenticidad al documento. La intervención de fedatario público, junto con la competencia y la formalidad, es un requisito inherente a todo documento público (art. 1216 CC).

Con mayor corrección técnica, y similar alcance, el art. 2700 del Codice Civile italiano dispone: «el documento público hace plena prueba, hasta la querella de falsedad, de

2854 Montero Aroca, J, *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 328 y 329, enumera los cinco aspectos siguientes: 1) el hecho de que el documento ha sido realizado por el notario y de que en él han intervenido las demás personas cuya identidad se establece; 2) circunstancias exteriores del documento, principalmente fecha y lugar; 3) intervención de las partes con sus manifestaciones; 4) hechos descritos por notario; 5) hechos relativos a la constancia documentada.

2855 Guzmán Flujá,V., *Comentario al art. 319 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2368.

2856 STSJ Cataluña, de 20 de marzo de 2008, fto. jco. 2º (RJ 2009\298). En idéntico sentido, STSJ Galicia, de 5 de febrero de 2006, fto. jco.5º (RJ 2007\3622).

2857 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., p.266; y Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.432.

2858 Seoane Spielgeberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.432.

la procedencia del documento del funcionario público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de los otros hechos que el funcionario público atestigua haber ocurrido en su presencia o realizados por él».

El artículo 319 LEC recoge una consolidada doctrina jurisprudencial conforme a la cual el documento público no prevalece sobre las demás pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al juez sólo respecto al hecho del otorgamiento, identificación de sus intervinientes y su fecha, de tal manera que el resto de su contenido queda sujeto a la libre valoración (entre otras muchas, SSTS 21 de febrero de 2008[2859], 22 de octubre de 2007[2860], 19 de mayo de 2006[2861]; 31 de mayo de 2006[2862]; y 30 de septiembre de 1995[2863]).

Las apreciaciones subjetivas del funcionario autorizante no están cubiertas por la eficacia privilegiada del documento, que no se extiende a los juicios que emita el notario sobre la capacidad de las partes o sobre la calificación del contrato. Tales juicios versan sobre cuestiones jurídicas, son totalmente ajenos a la prueba, lo que impide que sobre los mismos puedan formarse presunciones, y carecen de otro valor que el de su fundamentación que puede ser libremente revisada por el juez[2864].

2859 La STS, Sala 1ª, de 21 de febrero de 2008, fto. jco.2º (RJ 2008/5500) razona que »la eficacia del documento público no se extiende a su contenido, ni presenta, en este sentido, prevalencia sobre las demás pruebas, ni basta para enervar una valoración conjunta y puede ser desvirtuada por prueba en contrario».

2860 El ATS, Sala 1ª, de 22 de octubre de 2007, fto. jco 6º (RJ 2007\8094) y con respecto a las actas notariales de presencia razona que »[…] en cuanto instrumentos públicos –conforme al artículo 144 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, de 2 de junio de 1944– en que los notarios consignan los hechos y circunstancias que presencien o perciban por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente –artículos 197 y 199 del mismo Reglamento–, están dotadas de la autenticidad externa que les atribuye el artículo 1.218 del Código Civil, esto es, en cuanto al hecho que origina su otorgamiento y su fecha, pero no tienen eficacia probatoria plena respecto de su contenido, el cual puede ser desvirtuado por otros medios –«.

2861 La STS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006/3047) afirma «[…] que la valoración de la prueba documental, cuando la controversia gira en relación a la veracidad del contenido de los documentos, no es legal o tasada, sino que rige el sistema de libre apreciación».

2862 La STS, Sala 1ª, de 31 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006/3176) sostiene que «[…] el hecho de que los documentos sean públicos no significa que su valor o eficacia se extienda a su contenido, pues la veracidad intrínseca de los mismos puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, sin que tal medio probatorio (el documento público) tenga prevalencia sobre los demás, vinculando tan solo al órgano judicial su otorgamiento y fecha […]». En sentido similar las SSTS, Sala 1ª, de 17 de marzo de 1997, fto. jco.1º (RJ 1997/1718) y de 7 de julio de 1989 (RJ 1989/5414).

2863 La STS, Sala 1ª, de 30 de septiembre de 1995, fto. jco. 1º (RJ 1995/6465) razona que: « […] el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan las otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas»

2864 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, ob. cit., pp. 266-267.

La fe pública y, por ende, el ámbito de valoración legal del documento público, cubre la intervención de los comparecientes, pero no la capacidad de los mismos. Reiterada jurisprudencia, particularmente en supuestos de juicios por impugnación de testamentos por falta de capacidad del testador, ha fijado que el juicio de capacidad testamentaria efectuado por el notario (art. 696 CC), comprendido en la escritura de testamento, carece de eficacia probatoria tasada, sin perjuicio de constituir una presunción *iuris tantum* de exactitud[2865].

9.2.2. Documentos públicos administrativos

Hay que distinguir dos tipos de documentos públicos administrativos:

A) Documentos públicos (los comprendidos en los números 1º a 6º del art. 319). Entre ellos se encuentran: «los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones» (art. 319.5º LEC) y «los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades» (art. 317.6º LEC).

B) Documentos administrativos u oficiales (los aludidos en el art. 319.2 LEC, que son los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 LEC). Se trata de documentos administrativos, distintos de los enumerados en los apartados 5º y 6º del art. 317 LEC, y a los que falta alguno de los requisitos que exige el art. 1216 CC para que puedan ser considerados documentos públicos. Debe tratarse, por ejemplo, de documentos autorizados por un funcionario carente de la fe pública o sin sujeción a formalidades legales de ninguna clase[2866], habiéndose señalado como ejemplos de los mismos, por su frecuencia y uso en el proceso, las actas administrativas y los atestados[2867], cuyo valor probatorio ha sido ya reconocido por la jurisprudencia, tanto bajo la vigencia de la LEC de 1881[2868], cuanto con la LEC[2869].

2865 Entre otras muchas, SSTS, Sala 1ª, 13 de octubre de 1990, fto. jco. 3º (RJ 1990\7863); de 10 de abril de 1987, fto. jco. 3º (RJ 1987\2549); de 7 de octubre de 1982, cdo. 2º (RJ 1982/5542); de 21 de marzo de 1974, cdo. 1º (RJ 1974\1058).

2866 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios…,* ob. cit., p.69.

2867 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, p.320.

2868 En cuanto a los atestados puede verse la SAP Pontevedra, de 10 de diciembre de 1993, RGD.1994, pp. 1594, citada por Muñoz Sabaté, en *Fundamentos de prueba judicial,* ob. cit., pp. 321-322. Por su parte, la STS de 19 de junio de 2003, fto. jco. 3º (RJ 2003/5357) califica al atestado instruido por la Guardia Civil como documento público ex art. 1218 CC y art. 596-3º LEC de 1881, además de ser un instrumento decisivo para inquirir sobre lo sucedido en accidentes de circulación.

2869 Por su claridad destacamos la SAP Sevilla, secc. 5ª, de 21 de abril de 2008, fto. jco. 2º (AC 2008/2235), en la que tras afirmar que el atestado es un documento oficial y debe ser valorado conforme al apar-

Los documentos públicos administrativos (A) gozan de la fuerza probatoria del art. 319.1 LEC, esto es, la eficacia probatoria legal o tasada se extiende al conjunto de hecho o circunstancias percibidas por el fedatario que es lo que comúnmente se engloba bajo la dicción legal «hecho, acto o estado de cosas que documenten, fecha en que se produce la documentación e identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan».

Los documentos oficiales (B) gozan de la fuerza probatoria del art. 319.2 LEC, que parte de una distinción en orden a su eficacia probatoria:

a) Si una ley especial que les reconoce el carácter de público establece expresamente la fuerza probatoria de los mismos, habrá que estar a lo que dispone la ley especial.

b) Si la ley especial no establece expresamente la fuerza probatoria, hay una «presunción de verdad» en cuanto a los «hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos», que admite prueba en contrario.

Ejemplo de este tipo de documentos es el previsto en el artículo 144.1 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en la redacción de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre[2870]), que literalmente dice: «las actas extendidas por la inspección de los tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario» [2871].

9.2.3. Documentos públicos en materia de usura

La Disposición Derogatoria única, apartado 2.4º LEC ha derogado, entre otros, el art. 2 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, que señalaba que en materia de usura «los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción a la vista de las alegaciones de las partes» y ha sido sustituido por el art. 319.3 LEC que, con mayor precisión técnica, dispone que «en materia de usura los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo».

Semejante normativa ha sido criticada por el hecho de excluir al documento en materia de usura de la fuerza privilegiada del documento público. Conviene aquí precisar que, aun en materia de usura, la fuerza privilegiada solo se extendería al hecho de haberse con-

---

tado 2 *in fine* del artículo 319 LEC, añade « […] dentro del proceso civil, un atestado en cuanto contiene declaraciones, datos objetivos e informes técnicos, es un medio de prueba que tiene a su favor una presunción de veracidad si bien debe ser apreciado en combinación con los demás para formar la convicción judicial puesto que autenticidad no equivale a veracidad extrínseca».

2870 Publicada en el boe de 18 de diciembre de 2003, núm. 302.

2871 Puede verse la STS, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 1995 (RAJ 9476), citada por Ormazábal en *La prueba documental,* ob. cit., p.70. Se considera que su fuerza probatoria es similar a la de los documentos públicos, aunque solo generan una presunción *iuris tantum* de aquellos datos o estados de cosas percibidos por el funcionario correspondiente y no, como los documentos públicos, prueba plena.

cluido un contrato o realizado unas manifestaciones en una determinada fecha y la identidad de los otorgantes. Cuestión distinta es la consideración de un préstamo como usurario, que no guarda relación con la percepción del notario autorizante, sino otros requisitos al margen del contrato (intereses notablemente superiores a los normales del dinero, su carácter leonino,…)[2872] y que debe ser objeto de libre valoración, en cada caso y sin sujeción a normas de valoración tasada, atendiendo al momento de celebración del contrato y a la realidad económica existente en aquel momento (STS 30 de junio de 1998[2873]).

9.2.4. Documentos públicos extranjeros

La LEC regula específicamente la eficacia de los documentos extranjeros, pero circunscrita a los públicos (art. 323 LEC), sin referencia a los documentos privados extranjeros. Ello nos lleva a distinguir:

a) Documento privado extranjero. El hecho que un documento privado haya sido redactado en España o en el extranjero no tiene trascendencia a efectos probatorios y, a salvo la impugnación del documento, en cuyo caso será necesario aportar una traducción del mismo.

b) Documento público extranjero. Se equipara la eficacia probatoria del documento público extranjero al documento público redactado en España en dos supuestos:

   1º. Son aquellos a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza prevista con general para los documentos públicos por el art. 319 LEC (art. 323.1 LEC).

   2º. En defecto de norma internacional o de ley especial, tendrán la consideración de documentos públicos siempre concurran dos requisitos: primero, que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio; y segundo, que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (art. 323.2 LEC).

En resolución de la Dirección de los Registros y Notariado de 7 de febrero de 2005 se suscita la cuestión de si puede tener acceso al Registro de la Propiedad español la com-

2872 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*, ob. cit., p.73; Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley 1/2000*…, ob. cit., p.434.

2873 La STS, Sala 1ª, de 30 de junio de 1998, fto. jco. 2º (RJ 1998/5294) declara la inexistencia de usura en un supuesto de venta de inmueble en 1983 con pacto de retro en garantía de un préstamo de 2.000.000 de las antiguas pesetas con interés al 20%, y en el que se produjo continuación de los vendedores-prestatarios en el uso del inmueble sin pago de renta o merced. Se razona que se trataba de condiciones ajustadas a la realidad socio-económica de la fecha del contrato. En sentido similar, en cuanto a la libertad de valoración de la prueba en materia de usura, puede verse también la STS, Sala 1ª, de 29 de septiembre de 1992, fto. jco. 3º (RJ 1992/7330).

praventa de un inmueble sito en España formalizada ante Notario alemán por vendedor y comprador de nacionalidad alemana no residentes en España, una vez cumplimentado el trámite de la apostilla. Dicha resolución sostiene que el contrato de compraventa así formalizado en el extranjero no tiene valor suficiente, por si solo, como título transmitivo del dominio, inscribible en el Registro de la Propiedad español, pues para ello es necesaria la intervención de un notario español. El art. 323 LEC, según la citada resolución, exige una forma de control de la eficacia de determinados actos, y entre ellos la compraventa en país extranjero, más allá de la autonomía privada, por lo que los documentos notariales extranjeros no se equiparan a efectos de inscripción con los documentos otorgados ante notario español[2874].

9.3. Eficacia del documento privado

La primera distinción afecta al documento privado, según sea admitido (no impugnado) y al documento impugnado (verificada su impugnación o no acreditada la impugnación).

El documento privado admitido, o no impugnado o verificado tiene: 1º) El mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes, dice el art. 1225 CC; 2º) Hará prueba plena en los términos del artículo 319 LEC, esto es, goza del valor de prueba legal privilegiada en los extremos cubiertos por la fe pública, ya precisados, de: a) la intervención del funcionario autorizante y de las personas interesadas; b) las declaraciones realizadas por dichas personas en cuanto al hecho de la declaración –sin entrar en su veracidad intrínseca–; y c) las circunstancias de lugar y tiempo.

El documento privado impugnado no carece de eficacia probatoria. Los artículos 326.2 LEC y 350 LEC recogen reiterada jurisprudencia conforme a la cual cuando no se haya podido determinar la autenticidad del documento privado, el tribunal valorará su fuerza probatoria conforme a las reglas de la sana crítica[2875].

En la interpretación del art. 326 LEC, Rodríguez Adrados ha distinguido hasta cinco situaciones que, resumidamente, son: 1) Presentación del documento privado en copia simple no cuestionada: lo que no impide que presentado el original se pueda impugnar; 2) Documentos de autenticidad no impugnada: hacen prueba tasada en los términos del art. 319 LEC, sin que ello suponga conformidad con el contenido del documento; 3) Documento privado reconocido: la LEC circunscribe el reconocimiento del documento privado al de su autenticidad (art. 427.1 LEC) y el reconocimiento del documento ha quedado subsumido, por su igualdad de efectos, en la no impugnación de la autenticidad; 4) Documento impugnado cuya autenticidad ha sido comprobada: no hace prueba plena, sino

2874 DGRN de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005\2442).

2875 Entre otras muchas, SSTS, Sala Civil, de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000/ 9908) y de 17 julio de 2001, fto. jco. 4º (RJ 2001/5436).

que debe valorarse conforme a la sana crítica; 5) Documento impugnado, cuya autenticidad no ha sido comprobada: se valorará conforme a la sana crítica[2876].

Existen otros aspectos que afectan a la eficacia del documento privado:

a) La fecha del documento privado con respecto a terceros. Dispone el art. 1227 Código Civil que «la fecha de un documento privado no contará con respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su cargo».

En los documentos públicos la fecha aparece ligada al hecho del otorgamiento, y ambos aspectos –fecha y otorgamiento– están protegidos por la fe pública (art. 319 LEC). La fe pública inherente a la intervención del Notario u otro funcionario público determina la eficacia del documento público frente a terceros respecto de la fecha y del hecho que motiva el otorgamiento. En el documento privado, por el contrario, no existe esa fe pública ni esa eficacia privilegiada respecto de terceros, siendo necesaria una prueba extrínseca al documento para acreditar la fecha de su formación.

Dada la facilidad de manipular la fecha de un documento privado, sea antedatándola o postdatándola, se busca conferir certeza a la fecha del documento privado a partir de la concurrencia de un hecho objetivo y cierto –la muerte de cualquiera de los que firmaron el documento– o de un hecho extrínseco y posterior –su incorporación a expediente público o la intervención de un fedatario público–[2877]. El legislador busca conferir certeza a la fecha del documento privado e indica una serie de hechos a cuya realización o resultado se subordina la consideración de la fecha como cierta[2878].

Reiterada doctrina jurisprudencial ha proclamado que el art. 1227 CC «es operante sólo cuando el hecho a que se refiere el documento no se pueda acreditar más que a través de él, lo que no ocurre si la realidad de la fecha se corrobora por otras pruebas practicadas» (STS, 15 de febrero de 2007[2879]).

Del contenido del art. 1227 CC, deduce Serra Domínguez las siguientes consecuencias: 1ª) Que no se establece fuerza probatoria alguna de la fecha del documento pri-

2876 Rodríguez Adrados, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)*, ob. cit., pp. 108-123.

2877 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba…*, ob. cit., p.440.

2878 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 1.227 CC*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., pp. 217 y 218, para quien, además, la enumeración del art. 1227 CC no tiene carácter de numerus clausus, pudiéndose recoger otros, como pudiera ser, por ejemplo, la notificación del documento al tercero.

2879 STS, Sala 1ª, de 15 febrero 2007, fto. jco. 3º (RJ 2007/563), la cual, a su vez, cita las SSTS de 9 de junio de 1997 (RJ 1998/8245), 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9684) y 14 (RJ 2003/2588) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003/2915).

vado, sino que por el contrario se excluye; 2ª) Que la fijación del momento a partir del cual el documento privado produce sus efectos no resulta del propio documento, sino de circunstancias exteriores y posteriores que, precisamente por estar dotadas de fe pública, se imponen al Juez; 3ª) Que ello no impide que la fecha que consta en el documento privado pueda ser aceptada libremente por el juez, incluso sin constar en un acto público, como resultado de la apreciación conjunta de otros medios de prueba[2880].

b) Facturas firmadas solo por vendedor y albaranes suscritos por comprador (normalmente solo por uno de sus empleados).

El Tribunal Supremo ha declarado que las facturas y albaranes de entrega de mercancía no encajan en la noción de papeles domésticos del art. 1228 CC– que son los que se forman y conservan por uno solo de los interesados y para mantenerlos consigo–, sino que son documentos privados, escritos por una parte para entregarlos a otra u otras, es decir, para tener publicidad, por lo que pueden ser apreciados por el juzgador en su integridad, sin ningún tipo de restricción (STS 24 de mayo de 1999[2881]).

c) Los denominados papeles «domésticos». Dispone el art. 1228 CC que «los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen».

Son papeles «domésticos», en palabras de la STS de 19 de febrero de 2000, «los que se forman y conservan por un particular para mantenerlos consigo, no destinados a otras personas»[2882]. La vocación al tráfico jurídico ha llevado a la jurisprudencia a excluir del concepto de papeles domésticos las facturas y albaranes de entrega de mercancía (STS 24 de mayo de 1999[2883]), el cheque (STS 23 de febrero de 2001[2884]) y los documentos existentes en oficinas bancarias cuyo destino no sean exclusivamente personales (STS 6 de junio de 2000[2885]).

2880 Serra Domìnguez, M., *La prueba documental,* ob. cit., p.268.

2881 STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, fto. jco. 5º (RJ 1999/3928).

2882 STS, Sala 1ª, de 19 de febrero 2000, fto. jco. 2º (RJ 2000/1296).

2883 STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, fto. jco. 5º (RJ 1999/ 3928). En el supuesto de hecho la existencia de unos albaranes de entrega de mercancía con firmas totalmente ilegibles y rúbricas bajo el epígrafe «conforme del comprador», y con falta de identificación –ni de intento de identificar– de las personas que las estamparon se considera que no es suficiente la práctica comercial habitual de ser firmados los albaranes por cualquier empleado de la empresa destinataria para deducir de ella la conclusión de que las firmas fueron estampadas por empleados de la empresa demandada cuando ésta ha negado la recepción de la mercancía.

2884 STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 2001, fto. jco. 3º (RJ 2001/2611), justificándose la exclusión de su consideración de papel doméstico por ser el cheque un documento destinado al tráfico mercantil.

2885 STS, Sala 1ª, de 6 de junio de 2000, fto. jco. 2 (RJ 2000/5095), la cual, además, reitera la noción de «papel doméstico», al que califica como papel estrictamente privado y considera como una modalidad muy singular de documentos, «caracterizados por elaborarse por los interesados para su exclusiva

El alcance probatorio del art. 1228 CC, en acertada síntesis de Seoane Spielgeberg, permite concluir: 1) Los documentos domésticos, son de uso exclusivo de los particulares, carentes de vocación al tráfico jurídico, por lo que no reúnen tal condición los que se entregan a un tercero como constancia de una relación contractual, o como justificante de un acto jurídico, es decir, los que tienen publicidad; 2) El que pretenda aprovecharse de ellos, los deberá aceptar en su totalidad y, por consiguiente, tanto en la parte que le beneficie como en la que le perjudique (principio de indivisibilidad, recogido, entre otras, en STS 22 de septiembre de 2006[2886]); 3) Solo producen eficacia probatoria contra el que los haya escrito en lo que conste con claridad, sin embargo carecen de eficacia frente a quien no figura en ellos, o no reconozca su existencia ni acepte su contenido[2887].

La doctrina ha advertido en el art. 1228 CC una norma de prueba legal respecto del autor del documento[2888], y de alcance restrictivo puesto que dicha norma de prueba legal deberá aplicarse con carácter subsidiario, pues solo entrará en juego cuando no exista otro medio de prueba por el que pueda demostrarse el hecho al que el documento se refiere, y con carácter indivisible, pues todo el que pretenda aprovechar el documento deberá hacerlo en lo que lo favorable y desfavorable, sin poder fraccionar el contenido del documento[2889]. Además, como exige el precepto legal y recuerda la jurisprudencia (STS 21 de febrero de 2008[2890]), es necesario que aquello que perjudique a su autor conste con claridad.

Muñoz Sabaté ha defendido la posibilidad de los «papeles privados» favorables a su autor, razonado –con invocación de la STS de 13 de mayo de 1997, Aranz. 3844– que el art. 1228 CC no impide en modo alguno que los documentos puedan beneficiar a su autor y cita como ejemplos los papeles escritos *in tempore insuspecto*, como pudiera ser lo escrito en un diario íntimo o en una carta en una época donde no quepa invocar la sospecha de una preconstitución maliciosa[2891].

d) Las notas escritas por el acreedor. Son las notas escritas o firmadas por acreedor a continuación, al margen o dorso de un documento que obre en su poder o que se

información, manteniéndolos consigo y sin destino para tener publicidad o entregarlos a otras personas».

2886 STS, Sala 1ª, de 22 de septiembre de 2006, fto. jco. 4º (RJ 2006/6520).

2887 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba*…, ob. cit., p.443.

2888 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 1228 CC*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.222, quien, a su vez, cita el parecer de Guasp, J. en *Comentarios a la LEC*, ob. cit., p.542.

2889 Montero Aroca, J., *La prueba*…, ob. cit., p.335, alude a la indivisibilidad y subsidiariedad como notas características de la eficacia probatoria de los documentos ex art. 1228 CC.

2890 STS, Sala 1ª, de 21 de febrero de 2008, fto. jco. 2º (RJ 2008/5500).

2891 Muñoz Sabaté, LL., *Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999, p.319.

halle en poder del deudor, las cuales harán prueba en lo que favorezca al deudor, si bien éste tiene que «pasar» por lo que le perjudique (art. 1229 CC). Este precepto contempla la hipótesis de las notas del acreedor tendentes a la liberación total o parcial de la obligación del deudor.

Se ha advertido el paralelismo de la eficacia probatoria del art. 1229 CC con dos principios propios de la derogada confesión en juicio: «la nota hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor (esto es, perjudicial al acreedor de la declaración, principio de la *contra se declarario*) y «el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca tendrá que pasar por lo que le perjudique» (principio de la indivisibilidad confesoria)[2892].

La jurisprudencia ha exigido que, para poder aplicar la eficacia probatoria del art. 1229 CC, es preciso que se haya acreditado la autoría de la nota y su verdadero alcance (STS 24 de octubre de 1981[2893]).

e) Documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública (art. 1230 CC). Conforme al art. 1230 CC «los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero».

Los documentos públicos y privados presentan distinta eficacia frente a terceros. En el documento público la intervención del Notario o fedatario público autorizante permite que el documento goce de eficacia privilegiada frente a terceros en determinados extremos, y entre estos, respecto de la fecha del documento. En el documento privado no existe intervención de la fe pública, ni eficacia privilegiada frente a terceros, siendo necesario un artículo –el ya comentado art. 1227 CC– que determina unos hechos a partir de los cuales se confiere certeza a la fecha del documento privado con respecto de terceros[2894].

Partiendo de la anterior premisa, el alcance del art. 1230 CC significa que los documentos privados redactados con el fin de alterar lo pactado en escritura pública producen efectos entre las partes. Las partes contratantes quedarán vinculadas por lo pactado en el documento privado que aclare, complete o rectifique lo establecido en documento público. Las partes otorgantes de una escritura pública pueden, de conformidad con la libertad de pacto que consagra el artículo 1255 del Código Civil, alterar o modificar lo convenido en esa escritura pública, pues la prohibición de modificación o alteración, contenida en el artículo 1230 del mismo Cuerpo Legal, solamente se refiere a sus efectos contra tercero, pero no a la eficacia *inter partes*.

2892 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 1229 CC*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.225.

2893 STS, Sala 1ª, de 24 de octubre de 1981, considerando 2º (RJ 1981\3955).

2894 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 1230 CC*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones», t. XVI, vol. 2º, ob. cit., p.226.

Frente a terceros, en efecto, el art. 1230 CC dispone que la alteración carece de eficacia alguna. Ello significa que fijado un contrato en documento público, el documento privado posterior que lo aclare, complete o rectifique no producirá efecto frente a terceros.

Este documento privado que altera lo pactado en escritura pública se conoce con el nombre de «contradocumento» que, siendo privado, no puede cambiar el contenido de uno público en perjuicio de tercero (STS 23 de mayo de 2006[2895]). En todo caso, deberá tratarse de documentos privados posteriores a la fecha de la escritura pública, sin que la normativa del art. 1230 CC, pueda extenderse a los documentos privados de fecha anterior a la escritura pública (STS de 23 de enero de 1989[2896]).

9.4. Eficacia de las fotocopias

La LEC de 1881 condicionaba la admisión y valoración de las fotocopias a la aportación de su original, copia o certificación fehaciente (arts. 504, III y 604 LEC\1881).

La rigidez legal fue matizada por la jurisprudencia, en un proceso gradual con tres fases. En una fase inicial, apegada a la literalidad legal, se negaba valor probatorio a la fotocopia, distinguiéndose los «documentos» de las «fotocopias» al afirmarse que «[…] se atribuyó al contenido de la fotocopia misma, la eficacia legalmente reservada a un propio y reconocido documento, con manifiesto error interpretativo, si se tiene en cuenta que los efectos del art. 1225 y concordantes del Código Civil, se anudan a un verdadero documento y no a una simple fotocopia, no atendible como medio de prueba […] » (STS 7 de julio de 1989[2897]). En gráfica y sintética expresión de algún autor, «la fotocopia es un nada»[2898].

En una segunda fase, se concede valor probatorio a las fotocopias, pero condicionado a su reconocimiento por la parte contraria o a la práctica de un cotejo de letras, afirmándose «[….] las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales carecen de fuerza probatoria, y, sí la tienen convenientemente adveradas y reconocidas» (STS 20 de abril de 1993[2899]).

En una tercera fase, se admite la eficacia probatoria de las fotocopias no condicionada a reconocimiento por parte contraria o cotejo de letras, pero en valoración probatoria

2895 SSTS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006/5828) y de 28 de junio de 1998, fto. jco. 2º (RJ 1998/6449).

2896 SSTS, Sala 1ª, de 23 de enero de 1989, fto. jco. 3º (RJ 1989/115) y de 25 de enero de 1988, fto. jco. 6º (RJ 1988/140).

2897 STS, Sala 1ª, de 7 de julio de 1989, fto. jco. 2º (RJ 1989/5412).

2898 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 334 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1567.

2899 STS, Sala 1ª, de 20 de abril de 1993, fto. jco. 2º (RJ 1993/3107). En sentido similar, SSTS de 30 de marzo de 1982, de 13 octubre 1987, y de 23 septiembre 1997.

conjunta, sosteniéndose que «[…] si bien las fotocopias no adveradas carecen de fuerza probatoria de su contenido, el Tribunal de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, puede valorarlas en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado y por ello no se impide su conjugación y valoración con otras pruebas» (STS 19 de enero de 2000[2900]).

La evolución jurisprudencial, que admite la eficacia probatoria de las fotocopias, aun no reconocidas y adveradas, en valoración conjunta con el resto de las pruebas, ha merecido un refrendo positivo en el artículo 334 LEC, conforme al cual: «1. Si la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugnare la exactitud de la reproducción, se cotejará con el original, si fuere posible y, no siendo así, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas».

Dicho artículo circunscribe la impugnación a la exactitud, no a la autenticidad y, menos a la veracidad, por lo que deberá entenderse que la impugnación se limita a la concordancia entre el contenido de la copia reprográfica presentada con su original (exactitud), que es una cuestión distinta del origen o autoría del documento cuyo contenido se pretende probar (autenticidad)[2901] y de la concordancia entre el contenido de la fotocopia y la realidad (veracidad).

La impugnación de la exactitud de la fotocopia precisa del cotejo –que es el medio de verificación de la exactitud de un documento público (art. 320 LEC)–, aun cuando tampoco se excluye que las partes puedan proponer la pericial (art. 334.3 LEC), que es uno de los medios previstos –junto con el propio cotejo– para la verificación de la exactitud de un documento privado (art. 326.2 LEC).

El cotejo de letras, al igual que en el supuesto de impugnación de la exactitud de un documento público, se practicará por el Secretario Judicial, y así se deduce de la literalidad legal (art. 334.3 LEC). La prueba pericial, a diferencia de lo previsto para la impugnación de documentos privados (art. 349.3 LEC), no es necesario que se practique por perito de designación judicial, puesto que, ante el silencio legal, puede practicarse por un dictamen de designación judicial o uno a instancia de parte.

La novedad del art. 334 LEC, en sintonía con la evolución jurisprudencial, es que la fotocopia impugnada, aun a falta de cotejo, despliega eficacia probatoria, valorándose conforme a las reglas de la sana crítica y atendiendo la restante actividad probatoria[2902]. El

2900 STS, Sala 1ª, de 19 de enero de 2000, fto. jco. 3º (RJ 2000/110). Y en el mismo sentido, SSTS 24 de febrero de 2000, y 14 de julio de 2006.

2901 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.86.

2902 La SAP Murcia, secc. 5ª, de 16 de marzo de 2006, fto. jco. 2º (JUR 2007\272980), en un supuesto de reclamación de cantidad por compraventa de electrodomésticos, reconoce eficacia probatoria a un albarán de entrega de mercancía aportado por fotocopia, impugnado por la demandada en la audiencia previa, a partir de la testifical del legal representante de la empresa que hizo entrega del

cotejo de la fotocopia con el original puede no resultar posible, porque no exista original, haya desaparecido, o simplemente no se haya solicitado por la parte impugnante[2903], pero aun así conserva su eficacia probatoria en una valoración conjunta con los demás medios de prueba[2904].

El art. 334 LEC no se limita a las fotocopias, sino se extiende su valor probatorio a aquellos objetos cuyo contenido no sean signos basados en la escritura, como pueden ser los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes (art. 334.2 LEC).

Su ubicación legal, en sede de disposiciones comunes a las dos secciones anteriores, que se corresponde con los documentos públicos y privados, permite entender que se admite tanto la fotocopia del documento público cuanto del privado. Y tratándose (las fotocopias) de documentos privados, aportados por el actor para fundamentar la pretensión, la impugnación de los mismos por el demandado, transfiere al actor la carga de aportar los originales con lo que pueda practicarse el cotejo de letras (SAP Jaén, 10 de septiembre de 2007[2905]).

Tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, cabe aportación del documento en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmada mediante firma electrónica reconocida.

Una cuestión controvertida en la práctica forense, y en la jurisprudencia menor[2906], es la validez de la fotocopia para fundar la petición inicial del juicio monitorio. En sentido negativo, se argumenta el hecho que la fotocopia no procede directamente del deudor –al no haber su firma, sello o marca–, o no constituye el modo en que se documentan las deudas. En sentido favorable, y con mayor solidez, se alega que el art. 812 LEC valida la aportación de copias, pues permite acreditar la deuda mediante documentos «*cualesquiera*

lavavajillas y otra serie de razonamientos basados en presunciones, afirmando, a modo de principio, que «el hecho que [el albarán de entrega de mercancía] se trate de una mera fotocopia impugnada no hace inhábil el documento para acreditar el hecho controvertido».

2903 La SAP Valencia, secc. 11ª, de 30 de noviembre de 2005, fto. jco. 1º (JUR 2006\109165), a los efectos de acreditar la titularidad de un vehículo de conducir, otorga credibilidad a la fotocopia del permiso de conducir aportada por la actora, porque habiéndose impugnado la fotocopia por la demandada, no se solicitó el cotejo de letras con el documento original, amén de resultar acreditada también la titularidad por otras pruebas practicadas en el juicio.

2904 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 339 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, ob. cit., p.2431.

2905 La SAP Jaén, secc. 1ª, de 10 de septiembre de 2008, fto. jcos. 1º y 2º (JUR 2008\51432) revoca la sentencia de instancia, estimatoria de una reclamación de cantidad basada en fotocopias, cuando habiéndose impugnado por la demandada, la actora no aportó los originales con los que poder practicar un cotejo.

2906 En sentido favorable a la admisibilidad de la fotocopia para fundar la petición inicial del juicio monitorio pueden verse la SAP Tarragona, secc. 1ª, de 30 de octubre de 2002, ftos. jcos. 1º y 2º (JUR 2003\80936) y la SAP Vizcaya, secc. 4ª, de 27 de mayo de 2004, fto. jco. 2º (JUR 2004\296034). En sentido contrario, la SAP Huelva, secc. 2ª, 12 de febrero de 2003, ftos. jcos. 1º y 2º (AC 2003/1175).

que sea su forma y clase o el soporte físico en el que se encuentren» provenientes del deudor (art. 812-1-1º LEC), y también mediante los «*telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos*» creados por el acreedor (art. 812-1-2º LEC). Se añade, además, que la petición inicial del monitorio solo exige un principio de prueba y que el art. 812 LEC no prohíbe la presentación de documentos por copia[2907].

9.5. Colisión del documento con otros medios de prueba

Con carácter general, y como supuestos de colisión entre medios de prueba, pueden distinguirse tres supuestos[2908]. En primer lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración. Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de valoración tasada y valoración libre. En tal caso, y por su propia naturaleza tasada, prevalece el medio de prueba de carácter tasado o legal, cuando menos dentro del ámbito de la eficacia de la prueba tasada. Es el caso de colisión entre el contenido de un documento con el interrogatorio de testigos, con las conclusiones de un dictamen pericial y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado, en cuyo caso se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez.

Con respecto a la prueba documental, podemos distinguir[2909]:

a) Colisión entre el contenido de documento público (o privado no impugnado) y el resultado de los medios de prueba de libre valoración.

   Debe partirse de una distinción fundamental, entre el ámbito de prueba tasada del documento público (o privado no impugnado), –que afecta al hecho, estado de cosas o acto documentado, la fecha en que se produce la documentación y la identidad de los fedatarios y demás intervinientes (art. 319.1 LEC)–, y todo aquello que queda fuera de dicha ámbito de prueba tasada.

   El contenido de un documento, dentro del ámbito de su eficacia tasada, prevalece sobre las declaraciones de un testigo, las máximas de experiencia técnica aportadas

2907 Perarnau Moya, J., *La base documental del proceso monitorio: necesidad de documentos originales o admisibilidad de las copias*, en «La Ley», núm. 6847, de 24 de diciembre de 2007, p.1.

2908 Seguimos la sistematización de Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 346-352. Más recientemente, y del mismo autor, un resumen en *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 182 y 183.

2909 Con una sistematización distinta, pero en sentido similar y más ampliamente, puede verse Luis Vilchez, C., *Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción entre el documento y otros medios de prueba tasados y no tasados*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2008, pp. 53-61.

por un perito y las declaraciones de una parte –en este último caso, siempre que las mismas no gocen también fuerza tasada[2910]–.

La expresión legal «…los documentos públicos […] harán prueba plena…» (art. 319.1 LEC) significa que tendrán fuerza vinculante para el juzgador, no obstante el resultado de cualesquiera otros medios de prueba y resulta más contundente, si cabe, que su antecedente histórico el art. 1218 CC –no derogado expresamente por la LEC– que, con menor intensidad gramatical aun cuando con idéntico efecto legal, postulaba «los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste»[2911].

Fuera del ámbito de prueba tasada, el contenido de un documento puede desvirtuarse mediante la valoración de una prueba en contrario[2912]. A modo de ejemplo, si existe contradicción sobre el valor real de una finca y una discrepancia entre las manifestaciones de las partes en la escritura pública y las conclusiones del dictamen pericial, ninguna de las pruebas vinculará al juez, quien podrá valorar ambas libremente y en conjunto con las demás pruebas. Como es sabido, la fe pública notarial cubre el hecho del otorgamiento de una escritura pública, su fecha y la identidad del notario y de los intervinientes (comprador y vendedor), pero no alcanza la veracidad de las manifestaciones de comprador y vendedor en cuanto a la cantidad fijada como precio de la compraventa, ni tampoco, por supuesto, que ese sea el valor de mercado de la finca.

Otro ejemplo es la contradicción sobre la dinámica y eventual responsabilidad derivada de un accidente de circulación entre la versión plasmada en el parte amistoso de accidente de circulación, que tiene la consideración de documento privado, y la deducida a partir del interrogatorio de las partes (o los testigos) en el acto del juicio (entre otras muchas, SAP Las Palmas, 26 de febrero de 2009[2913]).

2910 Para que el interrogatorio de la parte goce de fuerza tasada es necesario (art. 316.1 LEC): 1) Reconocimiento de los hechos en los que intervino personalmente la parte interrogada; 2) Reconocimiento enteramente perjudicial para la parte interrogada; 3) No contradicción con el resultado de las demás pruebas.

2911 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 319 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1521, explica que la expresión prueba plena no se contenía ni en la LEC de 1881 ni en el CC, pero sin embargo aparecía en la primera redacción del art. 1218 CC o era similar a la expresión «plena fe» del art. 1201 del Proyecto de 1851. Pero, según añade el mismo autor, la expresión del art. 1218 CC «hacen prueba» significaba ya para la jurisprudencia «prueba plena» (SSTS de 14 de febrero de 1983, de 14 de marzo de 1983, y de 6 de mayo de 1993).

2912 Devis Echandía, H., *Teoría de la prueba judicial*, t. II, ob. cit., afirma que «la veracidad del documento puede ser desvirtuada por otras pruebas de igual o mejor calidad» (p.537) y, con cita de Lessona, coincide en que en contra del dictamen pericial «pueden practicarse nuevos medios de prueba, como documentos» (p.339).

2913 La SAP Las Palmas, secc. 5ª, de 26 de febrero de 2009, fto. jco. 3º (La Ley 47871/2009) analiza un supuesto de indemnización derivado de accidente de circulación en el que, tras señalar que la versión

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que el valor tasado de la prueba documental no alcanza la veracidad intrínseca de las manifestaciones contenidas en el documento que están sujetas al principio de libre valoración de la prueba (STS, de 19 de mayo de 2006[2914]), pudiendo el contenido del documento ser desvirtuado mediante prueba en contrario (STS, de 31 de mayo de 2006[2915]), y sin que el documento público tenga prevalencia sobre los demás medios de prueba, vinculando al juez solo respecto de la fecha y de su otorgamiento (STS, de 30 de septiembre de 1995[2916] y 18 de junio de 2010[2917]).

b) Colisión entre el contenido de dos documentos públicos (o privados no impugnados).

Si se produce una colisión entre el contenido de dos documentos públicos (o privados no impugnados), en la medida que ambos gozan de prueba tasada, su fuerza vinculante resulta anulada, y deberán valorarse ambos documentos con sujeción a las reglas de la sana crítica y atendiendo al valor que se desprenda de la valoración conjunta de la prueba.

---

del accidente plasmada en el parte amistoso es poco clara, la versión de las partes en el acto del juicio es contradictoria.

2914 La STS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006/3047) afirma «[…] que la valoración de la prueba documental, cuando la controversia gira en relación a la veracidad del contenido de los documentos, no es legal o tasada, sino que rige el sistema de libre apreciación».

2915 La STS, Sala 1ª, de 31 de mayo de 2006, fto. jco.3º (RJ 2006/3176) sostiene que «[…] el hecho de que los documentos sean públicos no significa que su valor o eficacia se extienda a su contenido, pues la veracidad intrínseca de los mismos puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, sin que tal medio probatorio (el documento público) tenga prevalencia sobre los demás, vinculando tan solo al órgano judicial su otorgamiento y fecha […]». En sentido similar SSTS, Sala 1ª, de 17 de marzo de 1997, fto. jco.1º (RJ 1997/1718) y de 7 de julio de 1989 (RJ 1989/5414).

2916 La STS, Sala 1ª, de 30 de septiembre de 1995, fto. jco. 1º (RJ 1995/6465) razona que «[…] el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan las otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas».

2917 La STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2010, fto.jco.3º (RJ 2010\8864) razona: «El carácter de prueba legal o tasada de los documentos, que vincula al juzgador cuando sea auténtico, sólo se produce respecto de los datos que expresa el art. 319.1 LEC para los documentos públicos, y que es también aplicable a los documentos privados de conformidad con el artículo 326.1 LEC, es decir, en lo que se refiere al hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha en que se produce la documentación y la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella, pero no constituyen prueba plena de su restante contenido, el cual queda sujeto a la libre valoración del Tribunal con las restantes pruebas practicadas». En el mismo sentido, puede verse también la STS, Sala 1ª, de 7 de abril de 2010 (RJ 2010\3526).

En el supuesto que alguno de los documentos públicos fuese impugnado por falsedad debe acudirse al proceso previsto en el artículo 40.4 LEC, que determina la suspensión del procedimiento civil «tan pronto se acredite que se sigue causa criminal» por el delito de falsedad documental, y deberá estarse al fallo de la sentencia que recayese ante la jurisdicción penal[2918].

c) Colisión entre el contenido de un documento público y el de un documento privado no impugnado.

El art. 326 LEC atribuye al documento privado no impugnado idéntica fuerza vinculante que al documento público, y en los términos del ámbito de prueba tasada, esto es, respecto del hecho, acto o estado de cosas que documente, la fecha en que se produce esa documentación y la identidad del fedatario y demás intervinientes (art. 319.1 LEC)[2919].

Ahora bien, dentro del ámbito de prueba tasada, hay que distinguir según la eficacia afecte *inter partes* o frente a terceros. *Inter partes* el documento público y el privado gozan de idéntica fuerza vinculante y ambos deberán someterse al principio de libre valoración de la prueba y en conjunción con las demás pruebas. Frente a terceros, el documento público prevalecerá sobre el privado, puesto que la fecha del documento público está cubierta por la fe pública notarial, mientras que la fecha del documento privado con respecto a terceros depende de una prueba extrínseca al propio documento (la muerte de cualquiera de los otorgantes, su incorporación a un expediente público o la intervención de un fedatario público) en los términos del art. 1227 CC[2920].

Fuera del ámbito de prueba tasada, el documento público y el privado no impugnado se sujetan al principio de libre valoración, sin que prevalezca el uno sobre el otro[2921].

2918 Vide infra epígrafe 10.4

2919 La SAP Granada, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2005, fto. jco. 2º (JUR 2006/161943) revoca la sentencia del Juzgado de instancia y condena a una cantidad por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de circulación, razonándose, en la parte que interesa, «que el parte amistoso de accidente es un documento privado, cuya fuerza probatoria se equipara a la de los documentos públicos cuando no fuera impugnada su autenticidad por la parte a quien perjudiquen (artículos 1.225 en relación con el 1.218 del Código Civil y 326 en relación al 319 de la LEC)», condenando al demandado sobre la base de la versión del accidente que se deducía de dicho parte. En sentido similar, SAP Jaén, secc. 3ª, de 13 de enero de 2003, fto. jco. 1º (JUR 2003\83251).

2920 Sobre el alcance de la fecha del documento privado con respecto a terceros *ex* art. 1227 CC puede verse el epígrafe 9.3.

2921 La STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2005, fto. jco. 2º (RJ 2005\10168) analiza un supuesto de compatibilidad de un documento privado de solicitud de préstamo y una posterior escritura pública de compraventa, razonándose, en cuanto a su contenido, que ambos están sujetos a la libre valoración.

10. Impugnación de la prueba documental

10.1. Impugnación del juicio de admisión

La impugnación del juicio de admisión de los documentos depende, fundamentalmente, del momento de su acceso al proceso (criterio de la temporalidad) y de los requisitos legales para su acceso al proceso (criterio de la legalidad).

Atendiendo al criterio de la temporalidad, Muñoz Sabaté distingue entre: 1) documentos *acompañados*, que son los aportados junto con los escritos de alegaciones para dar soporte a las alegaciones que se vierten en los mismos; 2) documentos *aportados*, que son los presentados aisladamente del cuerpo de alegaciones y comprensivos de: a) los documentos llamados complementarios; b) los documentos cuyo interés o relevancia se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar la demanda (art. 265.3 LEC); c) los documentos que se pueden aportar en un momento no inicial del proceso (art. 270 LEC); d) los documentos que se pueden aportar como diligencia final en sustitución de otros actos de prueba fallidos (art. 435.2 LEC); e) los documentos que se pueden presentar excepcionalmente frente a la regla de la preclusión definitiva (art. 271 LEC); y 3) documentos *requeridos*, que son aquellos que se solicitan o requieren a las otras partes o a un tercero para que proceda a su debida exhibición en el proceso (arts. 328, 329 y 333 LEC)[2922].

En sentido similar, la SAP A Coruña, de 22 de marzo de 2007, y atendiendo al momento de su aportación, afirma:

> «Respecto a la prueba documental, el tenor del art. 265.1 de la LEC es claro en el sentido de que a toda demanda o contestación, sin distinción alguna, habrán de acompañarse los documentos, relativos al fondo del asunto, en que las partes funden su derecho, con las siguientes excepciones: aquellos cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda, que pueden presentarse por el actor en la audiencia previa (art. 265.3 LEC); los que no haya sido posible confeccionar, obtener o presentar con anterioridad a dichos momentos procesales, por encontrarse en alguno de los casos previstos en el art. 270 de la LEC, que pueden ser aportados dentro del límite preclusivo que marca el art. 271 de la LEC; los que se justifiquen en razón de las alegaciones y pretensiones complementarias formuladas en la audiencia previa, que se pueden aportar en este acto (art. 426.5 LEC); y los que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, cuya presentación se rige por los arts. 286, 426.5 y 435 de la LEC. En la prueba documental, entendida en sentido amplio, se comprenden también los medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el art. 299 de la LEC (art. 265.3 y 426.5 LEC)»[2923].

2922 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000,* ob. cit., pp. 295-304.Y del mismo autor, y con referencia a la LEC de 1881, puede verse similar clasificación en la voz «Documental (prueba)» en *Cuadernos de Probática I y II,* Banco Santander Central Hispano, 1999, pp. 87-88.

2923 SAP A Coruña, secc. 5ª, de 22 de marzo de 2007, fto. jco. 3º (JUR 2007\290647). En el caso se admitió una aportación de unos documentos por la actora en la audiencia previa, de los que disponía al interponer la demanda, pero cuyo interés se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas en la contestación a la demanda.

Los documentos *acompañados* –en la terminología de Muñoz Sabaté– son los fundamentales. Al igual que los dictámenes a instancia de parte están sujetos a la carga de la aportación inicial (art. 265.1.4º LEC), debiéndose aportar junto con la demanda y la contestación a la demanda, bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC). La admisión a trámite de la demanda (o, en su caso de la contestación a la demanda) comporta la incorporación de los documentos, y aun cuando técnicamente cabe un recurso de reposición contra la admisión de un documento aportado con demanda (o, en su caso, de la contestación a la demanda), ello es harto improbable.

Los documentos fundamentales constituyen el sustento probatorio de las afirmaciones que se vierten en los escritos de alegaciones y, por ende, acceden al proceso con anterioridad a la fijación de los hechos controvertidos y del momento de proposición de los medios de prueba, no resultando exigible que la parte, demandante o demandada, realice un examen inicial sobre el carácter esencial de los documentos que se propone incorporar con su demanda o contestación, aun cuando es conveniente que aporte todo lo que sea susceptible de ser aportado en ese momento[2924]. En realidad, y como destaca Ramos Méndez, los documentos aportados con los escritos de alegaciones no aparecen condicionados a un juicio de pertinencia previa, a diferencia del resto de las pruebas, lo cual permiten incorporar documentos inútiles que posiblemente en un momento posterior no hubiera superado el juicio formal de pertinencia[2925].

Con respecto a los restantes documentos, esto es, los que hemos calificado –siguiendo a Muñoz Sabaté– como *aportados* y *requeridos*, cabrá un recurso de reposición, cuya tramitación será escrita u oral en función del momento procesal en que hayan accedido al proceso, de modo que si se presentan en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal[2926]) cabrá un recurso oral (de interposición, substanciación y resolución en el mismo acto *ex* art. 285 LEC); y si se presentan en cualquier otro momento distinto cabrá un recurso de reposición escrito (de interposición escrita, traslado a las demás partes para impugnación y resolución escrita dentro de los cinco días siguientes, conforme a la previsión general del art. 451 y ss. LEC).

Atendiendo al criterio de la legalidad, esto es, los requisitos que el legislador ha fijado para la admisión de documentos podemos distinguir: a) documentos fundamentales, son los que fundan la causa de pedir de las partes o, en la terminología legal, «el derecho a

2924 Ariza Colmeranejo, Mª J., *La presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios e instrumentos en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2003, p.86.

2925 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., 2008, p.752, afirma con agudeza que «todavía no he visto a nadie pedir que se retiren del pleito los documentos aportados con la demanda o contestación».

2926 En el juicio verbal hay que tener en cuenta el régimen de impugnación específico del art. 446 LEC, conforme al cual cabe protesta –y no reposición–, a los efectos de hacer valer los derechos en la segunda instancia, contra las resoluciones sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaren con infracción de derechos fundamentales.

la tutela judicial que pretenden» (art. 265.1.1º LEC); b) documentos complementarios, son los documentos accesorios o auxiliares o aquellos destinados a combatir las alegaciones de adverso (SAP Madrid, 17 de octubre de 2007[2927]); c) documentos que se pueden aportar en un momento no inicial del proceso, por ser de fecha posterior a la demanda y contestación y no haberse podido confeccionar con anterioridad (art. 270.1 LEC); por ser documentos que la parte justifica no haber conocido con anterioridad a la demanda y contestación (art. 270.2 LEC); por ser documentos que no ha sido posible obtener con anterioridad a la demanda y contestación (art. 270.3 LEC)[2928]; d) documentos que se pueden aportar por vía de diligencias finales, por ser documentos referidos a hechos nuevos o de nueva noticia (art. 271.1 LEC) o sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa anteriores a la fase de conclusiones y decisivas en términos del fallo (art. 271. 2 LEC); d) documentos requeridos a las partes, terceros o Administraciones, en cuyo caso deberán concurrir, respectivamente, los requisitos de los artículos 329, 330 y 333 LEC.

Partiendo de los anteriores requisitos legales, la admisión o inadmisión de un documento deberá analizarse en cada caso concreto, siquiera resumidamente y con carácter general, puede afirmarse: a) los documentos fundamentales, ya hemos razonado que se inadmiten excepcionalmente; b) los documentos complementarios podrán impugnarse por no reunir tal carácter, sino el de fundamental (art. 265.1 LEC); c) los documentos aportados en un momento no inicial, esto es, en los supuestos del art. 270 LEC, podrán impugnarse por ser de fecha anterior a la demanda y contestación o haberse podido confeccionar con anterioridad (art. 270.1 LEC), por no justificarse el desconocimiento del documento (art. 270.2 LEC), o por no acreditarse la falta de disponibilidad inicial del documento (art. 270.3 LEC); d) los documentos aportados por la vía de las diligencias finales por no referirse a hechos nuevos o de nueva noticia o por no ser anteriores al momento de formular conclusiones o no ser decisivos en términos del fallo (art. 271.2 LEC); e) los documentos requeridos se podrán impugnar por falta de los requisitos previstos para la exhibición entre partes (art. 328 LEC) –como puede ser, por ejemplo, la falta de disponibilidad del documento–; por falta de los requisitos para la exhibición de documentos por terceros (art. 329 LEC) –como puede ser, por ejemplo, que el documento no tiene el carácter de trascendente a los fines de dictar sentencia–; o por falta de los requisitos para la exhibición de documentos por las entidades oficiales (art. 333 LEC) –como puede ser, por ejemplo, que se trate de documentación reservada o secreta–.

2927 La SAP Madrid, secc. 21ª, de 17 de octubre de 2007, fto. jco. 2º (AC 2008\70) razona que un libro de comercio aportado por la actora en la audiencia previa debe admitirse, sin que pueda ser tachado de extemporáneo, porque no se trata de un libro que genera la causa de pedir de la parte actora en la litis, sino que lo que pretende es desvirtuar determinadas alegaciones efectuadas por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda.

2928 Con referencia al derogado art. 506 LEC\1881, similar al actual art. 270 LEC, puede verse Montero Aroca, J., *Presentación de documentos materiales con la demanda y contestación*, en Revista del Poder Judicial, núm. 17, Madrid, 1990, p.53, donde se efectúa un análisis de distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

En el caso particular del juicio monitorio, algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales han admitido que la petición inicial pueda deducirse por copia que, en principio, surtirá los mismos efectos que el original, siendo el deudor el que se oponga e impugne la autenticidad o validez de ese documento en el juicio declarativo posterior (entre otros, AAP Sevilla, de 17 de enero 2008[2929] y AAP Barcelona, de 25 de septiembre de 2008[2930]).

10.2. Impugnación del documento con anterioridad a la valoración en sentencia

Con anterioridad a la valoración judicial en sentencia, el documento puede ser objeto de impugnación en la fase de alegaciones, en la fase de audiencia previa o vista, y en la fase conclusiones. El término «impugnar» se entiende en sentido amplio, no circunscrito a la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios de pruebas que desvirtúen el contenido de un documento de adverso, y todo ello sin perjuicio de las matizaciones que se introducirán al examinar el trámite de «posicionamiento ante documentos» en la audiencia previa (art. 427.1 LEC).

En la fase de alegaciones, el demandado podrá, en su escrito de contestación a la demanda, bien efectuar alegaciones que rebatan el contenido del documento aportado por el actor junto con la demanda, bien aportar un documento contradictorio. En este sentido, Muñoz Sabaté ha destacado que el momento procesal adecuado para impugnar los documentos acompañados con la demanda es el de la contestación a la demanda, sin necesidad de esperar al trámite de la audiencia previa, dado que el artículo 405.2 LEC exige al actor negar o admitir los hechos aducidos por el actor, y éstos se ubican tanto en el propio escrito de demanda como en los documentos que la acompañan[2931]. En defensa de tales afirmaciones el citado autor invoca la SAP Madrid, secc. 19, de 19 de enero de 2007[2932], que, en la parte que interesa, afirma:

2929 El AAP Sevilla, secc. 5ª, de 17 de enero de 2008, fto. jco. 3º (AC 2008/2146) que, en la parte que interesa, razona: «[…], en el caso de los documentos acompañados a la solicitud inicial de un monitorio por copia simple, han de ser valorados por el tribunal exactamente igual que si se presentan originales a los efectos de la admisión, valorando si constituyen un principio de prueba del derecho del peticionario […]».

2930 El AAP Barcelona, secc. 11ª, de 25 de septiembre de 2008, fto. jco. 2º (JUR 2009/40492) razona, en lo que aquí interesa, que la presentación de una copia de una póliza de seguros y de una copia de los recibos son documentos que permiten justificar la apariencia de la deuda en la petición inicial del juicio monitorio y sin perjuicio que la parte deudora pueda impugnarlos en el posterior juicio declarativo.

2931 Muñoz Sabaté, LL., *¿Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda? Comentario a la sentencia de 5 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 2008, pp. 237-238.

2932 SAP Madrid, secc. 19ª, de 19 de enero de 2007, fto. jco. 2º (JUR 2007\158514). En un supuesto de reclamación de cantidad la Audiencia Provincial deniega a la parte demandada la impugnación de los

> «El demandado en la contestación a la demanda habrá de reconocer los hechos, en definitiva, los documentos que le sirvan de soporte y que se hubiesen acompañado a la demanda, o rechazarlos lisa y llanamente o haciendo, en su caso, las matizaciones de rigor, de manera que quien no utilizó este mecanismo de impugnación, personándose en forma al contestar la demanda, no podrá luego en la audiencia previa impugnar los documentos del contrario, pues ello supondría tergiversar el equilibrio procesal; y es que a nadie se le oculta que el demandante que conoce la impugnación a los documentos podrá articular la prueba en la audiencia previa en la forma que estime por conveniente; decae, por tanto, la alegación que se efectuaba por la parte apelante en orden a la negativa a impugnar documentos en la audiencia previa».

En la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal) cada parte debe «posicionarse» sobre los documentos presentados de adverso. De conformidad con el art. 427.1 LEC: «En la audiencia previa, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad».

En la audiencia previa las partes tienen la carga de pronunciarse sobre los documentos –también sobre los dictámenes (art. 427.2 LEC)– aportados por la adversa hasta ese momento, no siendo momento procesal oportuno para tal pronunciamiento ni el escrito de contestación a la demanda (SAP, Madrid, 5 de octubre de 2005[2933]) ni la interposición del recurso de apelación o casación (SAP Valencia, 26 de julio de 2006[2934]), hasta el punto que, de no impugnarse los documentos aportados en la audiencia previa, precluye la posibilidad de efectuarlo en otra fase más avanzada del proceso (SAP, Madrid, 5 de junio de 2008[2935]). A falta de norma expresa, en el juicio verbal tal trámite debe efectuarse en la vista.

---

documentos acompañados a la demanda dentro de la audiencia previa cuando no había contestado a la demanda, habiéndose declarado en rebeldía, y personado posteriormente para comparecer a la audiencia previa.

2933 La SAP Madrid, secc. 19ª, de 5 de octubre de 2005, fto. jco. 2º (La Ley 193505/2005) apunta: «no es el escrito de contestación a la demanda el momento procesal oportuno para impugnar la prueba documental sino el acto de la audiencia previa del Art. 427 LEC 1/2000. Y precisamente es dicho momento en el que la actora ante la impugnación podía haber solicitado los oficios o exhortos correspondientes al haber sido designados los archivos en el escrito rector. Impugnándose sólo los documentos aportados en el acto de la audiencia previa y no los documentos de la demanda. No habiendo impugnado los documentos que acompañan la demanda en el acto de la audiencia previa se precluyó el trámite conforme al Art. 136 LEC 1/2000 (folios 143 y 144)».

2934 La SAP Valencia, secc. 11ª, de 24 de julio de 2006, fto. jco.2º (JUR 2007/56038) razona que no se admite la impugnación documental con ocasión de la interposición de un recurso de apelación, cuando la parte apelante fue declarada en rebeldía en la instancia y no había impugnado los documentos en el acto de la audiencia previa (art. 427 LEC).

2935 La SAP Madrid, secc.28ª, de 5 de junio de 2008, fto. jco. 3º (JUR 2008/1174) razona que ha precluido para la actora la oportunidad de impugnar los documentos aportados por la demandada, al no haber efectuado tal manifestación en la audiencia previa, «ya que los demandados prescindieron, con toda lógica, de proponer prueba para adverarlos».

El «posicionamiento» versa sobre los documentos materiales, pues son aquellos en que las partes fundan su pretensión y su resistencia (no los procesales). La impugnación de un documento puede versar sobre: a) la autenticidad, esto es, la concordancia del autor aparente con el autor real; b) la exactitud, esto es, la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original; y c) la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones o testimonios contenidos en el documento con la realidad.

Siendo la certeza propia de la valoración en sentencia, el legislador ha recogido la impugnación de la autenticidad y de la exactitud del documento en el trámite de la audiencia previa (art. 427.1 LEC), a partir de una triple opción legal: a) *reconocer* el documento: la parte reconoce como auténtico el documento suscrito por ella; b) *admitir* el documento: la parte no ha suscrito un documento, pero lo reconoce como auténtico; c) *impugnar* el documento: la parte considera que el documento no es auténtico o la copia, certificación o testimonio no es exacto, y decide impugnarlo[2936].

La finalidad de la impugnación es evitar el libramiento de despachos de adveración de documentos públicos (mandamientos) y privados (arts. 267, 268, 318 y 325 LEC) que consten por copia simple y ahorrar las testificales respecto a aquellos documentos elaborados por empresas, compañías de suministros y, en general, terceros ajenos al pleito (arts. 268 y 381 LEC) (SAP Barcelona, 23 de marzo de 2004[2937]), todo ello en concordancia con la finalidad anunciada en la Exposición de Motivos de la LEC, al anticipar que «la Ley pretende que cada parte fije netamente su posición sobre los documentos aportados de contrario, de suerte que, en caso de reconocerlos o no impugnar su autenticidad, la controversia fáctica desaparezca o se aminore»[2938]. En este sentido se expresa la ya citada SAP Madrid, de 19 de enero de 2007[2939], al afirmar:

> «Téngase presente, por último, que lo que está especificando el art. 427 LEC es la posibilidad de pronunciarse sobre los documentos de contrario aportados hasta el momento de la audiencia previa, recapitulando, en definitiva, lo que se hubiese especificado en la contestación a la demanda, y siendo posible, desde el posicionamiento de las partes en la audiencia previa, admitir, impugnar o reconocer los citados documentos o, si en su caso, se proponen pruebas acerca de su autenticidad, pero siempre que se hubiese dado la oposición en la contestación a la demanda pues lo que se está haciendo en la audiencia previa es valorar el contenido de los citados documentos más que la sola y propia impugnación, a los efectos de concretar y ultimar la especificación del objeto litigioso desde los parámetros que rigen la propia audiencia previa regulada en los arts. 414 y siguientes de la ley procesal». (SAP Madrid, secc. 19ª, de 19 de enero de 2007, fto. jco. 2º, JUR 2007\158514.

2936 Molins García-Atance, J., *Impugnación y autenticación documental*, Diario la Ley, núm. 6143, p.9.

2937 SAP Barcelona, secc. 1ª, de 23 de marzo de 2004, fto. jco. 3º (EDJ 2004/13419) y en el mismo sentido Magro Servet,V, *La aportación de documentos por las partes y su impugnación por la contraria (artículo 427 LEC),* en Práctica de los Tribunales, núm. 53, octubre, 2008.

2938 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo 11.

2939 SAP Madrid, secc. 19ª, de 19 de enero de 2007, fto. jco.2º, (JUR 2007\158514).

La impugnación debe ser expresa y específica, sin que resulte admisible, a modo de «reglas de estilo forense», una impugnación genérica de la autenticidad o exactitud de los documentos o una impugnación de todos los documentos presentados por la adversa[2940], ni la simple manifestación que los documentos aportados de adverso carecen de valor probatorio (SAP Álava, 30 de octubre de 2006[2941]) ni, por supuesto, una impugnación de su contenido (SAP Zaragoza, 11 de julio de 2006[2942]).

Debe precisarse el concreto documento/s impugnado/s y también el motivo de la impugnación –falta de autenticidad por falsedad de la firma; falta de exactitud por disconformidad de la copia con el original– porque ello afectará al trámite impugnatorio –si se denuncia una falsedad de firma puede ser necesaria una prueba pericial; si se denuncia la discordancia copia-original, habrá que cotejar la copia con su original–.

La no impugnación del documento –o en otras palabras, el reconocimiento o admisión de su autenticidad– significa otorgarle los efectos que puede desplegar el documento como público o privado. De ahí que algún autor haya afirmado que la impugnación ex art. 427.1 LEC no se limita a la autenticidad subjetiva (concordancia del autor aparente con el real del documento), sino que se extiende a la autenticidad objetiva y datadora, esto es, respecto a los extremos señalados en el documento que, de no ser impugnado, adquirirían pleno valor probatorio (además del autor; el hecho, acto o estado de cosas que se documente y la fecha de la documentación)[2943].

La impugnación supone la necesidad de proponer y practicar una prueba para acreditar la autoría del documento, habiendo precisado la jurisprudencia que «[...] la prueba de la autenticidad o inautenticidad no es prueba documental, sino que puede tener lugar por confesión, pericial, testifical o presunciones, según los casos, y por lo tanto con sujeción a las reglas de dichas pruebas» (STS, 26 de febrero de 2006[2944]).

En la fase de conclusiones, una vez admitidos todos los documentos, los letrados podrán impugnar críticamente el contenido de los documentos. La impugnación requerirá un examen crítico por el letrado de los documentos aportados, analizados individualmen-

2940 Saraza Jimena, R., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en rev. Jueces para la democracia, núm. 39, 2000, p.39.

2941 La SAP Álava, secc. 1ª, de 30 de octubre de 2006, fto. jco. 2º (La Ley 226305/206) razona que la parte demandada se limitó a afirmar que no se le podía conceder valor probatorio alguno a la fotocopia aportada de adverso, siendo tal consideración diferente a lo que significa impugnar un documento por haber sido manipulado, que es manifestar que tal documento ha sido manipulado, lo que, en su caso, provocará el correspondiente cotejo o comprobación.

2942 La SAP Zaragoza, secc. 2ª, de 11 de julio de 2006, fto. jco. 2º (La Ley 92069/2006) precisa que no debe confundirse la impugnación de la autenticidad de un documento con la impugnación de su contenido.

2943 Molins García-Atance, J., *Impugnación y autentificación documental*, ob. cit., p.8.

2944 STS, Sala 1ª, de 26 de febrero de 2006, fto. jco.4º (RJ 2006\834), la cual, a su vez, cita la STS de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10168).

te y también en relación con los restantes medios de prueba, los cuales podrán ratificar o confirmar el contenido de tales documentos.

En la práctica forense, el trámite de conclusiones orales, formuladas una vez practicada la prueba y sin solución de continuidad, se revela a menudo inadecuado para poder efectuar una crítica por las partes de la documental aportada durante el juicio, máxima si se trata de una aportación copiosa o muy técnica. Sin perjuicio que de *lege ferenda* sería preferible establecer un trámite escrito de conclusiones, podrían articularse alternativas legales que permitirían aprovechar mejor este trámite, tales como la posibilidad de señalar un nuevo día para conclusiones o, incluso, y previa conformidad de las partes, evacuar las conclusiones por escrito.

Y, de no aceptarse un día para señalamiento o las conclusiones por escrito, se ha propuesto una interrupción de la vista durante el tiempo indispensable para que los letrados puedan ordenar el material probatorio y preparar sus conclusiones, con fundamento en la solicitud de común acuerdo por las partes, alegando justa causa a juicio del tribunal (art. 188.1.3º LEC) que, aun cuando se refiere a las causas de suspensión de las vistas, sería aplicable por la remisión de las causas de interrupción de las vistas (art.193.1.4º LEC)[2945].

10.3. Impugnación del documento tras la valoración en sentencia: recursos frente a la resolución judicial

Una vez dictada sentencia, cabe la impugnación de la prueba documental mediante la interposición del recurso ordinario de apelación y mediante la revisión civil de la sentencia firme, resultando más confuso el ámbito de la revisión a través del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

La valoración de la prueba documental, sea la de eficacia tasada o la de eficacia libre, efectuada por el Juez de Primera Instancia puede ser revisada en su integridad por la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación. Tal como se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC, se ha optado por el modelo de apelación limitada (*revisio prioris instantiae*[2946]), de modo que el tribunal de apelación goza de la misma libertad para valorar la prueba practicada en la instancia sin necesidad de su reiteración[2947], pudiendo apreciar las mismas pruebas de un modo distinto.

2945 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», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2006, p.575.

2946 Exposición Motivos LEC, epígrafe XIII, párrafo segundo: «La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en la 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*». (La cursiva es nuestra).

2947 Con respecto a los supuestos de la prueba en la segunda instancia, y con carácter general, puede verse Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 134-147.

La aportación de nueva prueba documental en la segunda instancia se circunscribe a «los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 270 y que no hayan podido aportarse en la práctica de la instancia» (art. 460.1 LEC), esto es, se requiere la doble condición de ser un documento posterior a los escritos de alegaciones y de imposible aportación en la instancia, exigencia legal muy restrictiva, que se agrava con una práctica judicial reacia a la aportación de documentos en segunda instancia[2948]. También es excepcional en segunda instancia la celebración de la vista, pese a la petición de una de las partes (art. 464 LEC), existiendo incluso algún autor que ha justificado la innecesariedad de la vista cuando la única prueba admitida en la segunda instancia fuera la de la prueba documental[2949].

Cabe también la impugnación de la prueba documental mediante la revisión de la sentencia firme, sea en virtud de documentos recobrados o en virtud de documentos falsos, con la formulación legal siguiente: 1º «Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiese podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado» (art. 510. 1º LEC); y 2º. «Si hubiese recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad (se) declare después penalmente» (art. 510.2º LEC).

La revisión de sentencias firmes (arts. 509 a 516 LEC) se configura dogmáticamente como una acción impugnativa autónoma, distinta del recurso, pese a ciertas concesiones legales en su articulación jurídica, cuyo objeto es una sentencia firme. El objeto de la revisión es el juicio anterior, que se intenta rescindir por uno de los motivos previstos por la ley. Y así la LEC abandona la terminología «del recurso de revisión» (Título XXII Libro II LEC 1881) y alude expresamente a la «revisión de sentencias firmes» (Título VI, Libro II LEC).

La revisión en virtud de documentos recobrados (art. 510.1º LEC) exige que se trate de documentos conocidos, retenidos u ocultados por la parte en cuyo favor se ha dictado la sentencia y anteriores a ésta. Se ensancha el ámbito de la revisión no solamente a los documentos recobrados (art. 1796-1º LEC 1881) sino también a los documentos obtenidos (art. 510.1º LEC) «con lo que se amplía el ámbito del precepto y la disposición revisora a los supuestos en los que ignorándose con anterioridad a dictarse sentencia la posible existencia de un documento trascendental para la resolución del pleito, se llega a tener posteriormente conocimiento del mismo y se alcanza su disponibilidad» (ATS, 14 de diciembre de 2001[2950]).

2948 En sentido crítico sobre el carácter restrictivo de la regulación legal y la práctica forense, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. II, ob. cit., p.1467.

2949 Jiménez Conde, F. citado por Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. II, ob. cit., p.1472.

2950 Auto, Sala de la Civil, del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 2001, fto. jco. único (JUR 2002/1646).

La jurisprudencia recuerda que, pese a la novedad de la introducción del término «obtuvieron» en el art. 510.1º LEC, sigue siendo de aplicación la jurisprudencia recaída en interpretación del art. 1796-1º LEC 1881, que exigía: «a) Que los documentos que se hayan recuperado (u obtenido) después de la sentencia firme. b) Que los mismos hubiesen sido detenidos por causa de fuerza mayor o por la parte a cuyo favor se hubiere dictado el fallo impugnado. c) Que sean decisivos para la justa decisión de la litis, siendo la carga probatoria la de parte recurrente» (STS, 24 de septiembre de 2002[2951]).

La revisión en virtud de documentos falsos (art. 510.2º LEC) exige que se trate de una falsedad declarada en virtud de sentencia firme en vía penal y que el documento sea decisivo en el juicio[2952]. Es preciso, por ende, la concurrencia de un doble requisito: a) que la falsedad del documento en que se funda hubiera sido declarada en un proceso penal (SSTS, 16 de mayo de 1991 y 15 de febrero de 2001; y b) que la sentencia impugnada haya fundado su fallo en el documento que se tacha de falso por los «recurrentes» (STS, de 5 de octubre de 1987). Con respecto al art. 1796-2º LEC 1881 se suprime de la expresión legal el término «reconocidos», para destacar que no basta el simple reconocimiento de la falsedad del documento, siendo necesaria una sentencia penal que así lo declare[2953].

Más discutible resulta el ámbito de la impugnación a través del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, dificultad agravada, por una parte, por la falta de consenso doctrinal sobre el alcance de los motivos del recurso de casación por infracción procesal y, por otra parte, por el carácter cada vez más restrictivo de la interpretación de los motivos del recurso de casación efectuada por el propio Tribunal Supremo (Acuerdo 12 de diciembre de 2000[2954]). Siguiendo a Serra Domínguez, podemos resumir una situación confusa del modo siguiente[2955]:

1) Recurso de casación por infracción procesal. La revisión de la prueba documental parece que no tiene fácil encaje en ninguno de los motivos del art. 469.1 LEC (infracción normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional; infracción normas reguladoras de la sentencia, infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o

2951 STS, Sala Civil, de 24 de septiembre de 2002, fto.jco. 2º (JUR 2002/8479) la cual, a su vez, citas las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1961 (RJ 1961/2303), 12 de diciembre de 1962 (RJ 1962, 2303) y 8 de junio de 1982 (RJ 1982/5167), sentencia de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001/4737).

2952 STS, Sala Civil, de 21 de febrero de 1997, fto. jco. 1º (JUR 1997\1156).

2953 Carreras Maraña, J.M., *Comentario al art. 510 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia», t. II, ob. cit., pp. 3388.

2954 Acuerdo Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2002\77546) que fija los «criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil».

2955 Serra Domínguez, M., *La prueba documental*…, ob. cit., p.272.

hubiere podido producir indefensión, vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.2 CE). A lo sumo tendría cabida el motivo consistente en que la inadmisión de algún documento ha vulnerado el derecho a la prueba del art. 24.2. CE

2) Recurso de casación. Cabe alegar la infracción de las normas que regulan la fuerza probatoria de los documentos (artículos 319 y 326 LEC; y arts. 1218, 1225 y 1227 CC) en aquellos supuestos en que la cuantía del proceso exceda de 150.000 € (art. 477.2.2º LEC). La infracción por el Tribunal de Instancia de las reglas legales de prueba referidas a la prueba documental puede ser denunciada en casación como infracción de la norma de juicio impuesta forzosamente al juzgador[2956].

3) Recurso de casación. Cabe alegar también la existencia de contrastes jurisprudenciales en torno al valor probatorio de la prueba documental, sin límite de cuantías (art. 477.2.3º LEC).

La jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la disconformidad con la valoración de la prueba en general –y también, por supuesto, de la prueba documental– efectuada por el Tribunal de Apelación debe impugnarse, cuando sea posible su presentación, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y no por la vía del recurso de casación, habiéndose dictado ya, bajo esta argumentación, numerosos autos de inadmisión del recurso de casación. Así razona, entre otros muchos, el Auto del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2007[2957], que literalmente afirma:

> «la infracción de normas relativas a cuestiones probatorias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados.[…], debiendo denunciarse tales infracciones relativas a la valoración de la prueba documental, a través del cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, sin que pueda eludirse este nuevo sistema de recursos y la regla 2ª del apartado uno de la Disposición final decimosexta de la LEC 2000 por la vía de denunciar infracciones procesales a través del recurso de casación».

La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda que el recurso por infracción procesal está sujeto a un presupuesto de recurribilidad que veda el acceso al recurso extraordinario cuando la infracción o vulneración ha sido consentida o no se promovió la oportuna corrección del defecto, y que incumbe al litigante en el escrito de preparación del recurso indicar cómo y en qué momento se efectuó la denuncia y se pidió la subsanación (art. 470.2, inciso final, LEC)[2958].

2956 Serra Domínguez, M., *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm. 4, p.1149.

2957 Auto Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de septiembre de 2007, fto. jco. 2º (RJ 2007/6262).

2958 Auto Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2008, fto. jco. 2º (RJ 2008\6936), el cual, a su vez, cita otros numerosos autos de la misma Sala 1ª en el mismo

En definitiva el Tribunal Supremo ha restringido el ámbito del recurso de casación para la infracción de normas sustantivas, reenviando el resto de la cuestiones al recurso extraordinario por infracción procesal.

10.4. Impugnación por falsedad documental

La prueba documental puede impugnarse a través de una acción penal por falsedad, debiéndose distinguir aquí entre la falsedad ideológica y la falsedad material.

La falsedad ideológica se refiere a la inexactitud del contenido del documento. Se trata de la impugnación de la veracidad del documento, esto es, de la concordancia del contenido del documento con la realidad, y al versar sobre extremos no cubiertos por la fe pública, no es necesaria la interposición de una acción penal, pudiendo dichos extremos resultar desvirtuados por los restantes medios de prueba. No afecta a la función de garantía del documento, puesto que no impide la identificación del otorgante, sino a su función probatoria, esto es, a la falta de veracidad del documento.

La falsedad material, por el contrario, se refiere a la autenticidad del documento y a los demás extremos cubiertos por la fe pública (hecho, acto o estado de cosas documentado, intervinientes y fecha). Se trata aquí de la impugnación de la función de garantía del documento, esto es, de la concordancia entre el autor aparente y el autor real del documento. Afectan a la fe pública, requieren la interposición de una acción penal por falsedad (art. 390.1º y 2º CC) y pueden determinar la suspensión del procedimiento, como una cuestión de prejudicialidad penal (art. 40.4 LEC).

Las conductas de falsedad material se tipifican en los números 1º y 2º del artículo 390.1 CP. Se pueden cometer «alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial» (art. 390.1.1º CP), esto es, alguno de los elementos o requisitos esenciales ya existentes (como pudiera ser el borrado de una parte del texto, firma, cantidad, fecha y su sustitución por otra). Como elementos esenciales del documento, en la medida que condicionan su sentido y función, se han enumerado el lugar, la fecha, los intervinientes y el contenido relevante la eventual futura prueba[2959].

Y también se comete la falsedad documental «simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad» (art. 390.1.2º CP), esto es, mediante la invención o falsificación completa de todo o parte de un documento previamente inexistente[2960].

La doctrina jurisprudencial ha apreciado, como falsedad de la variante 1ª del art. 390.1. CP, y entre otras, las siguientes: supuestos en los que se firma un documento en

2959 Quintero Olivares, G., *Comentario al art. 390 CP*, en «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal», obra dirigida por el mismo autor, 6ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.1524.

2960 Silva Sánchez, J., *Lecciones de Derecho Penal*, Parte especial, en obra dirigida por el mismo autor y coordinada por Ragués i Vallés, R., ed. Atelier, Barcelona, 2006, p.294.

un lugar y en nombre de otro sin el consentimiento de éste (STS, 18 de enero de 2002); cuando el Secretario de un Ayuntamiento firmó un documento como si fuera el arquitecto municipal, dando la conformidad de éste a una obra (STS, 25 de junio de 1999); o el funcionario que agregó a las listas de embarque lo nombres de personas que no tenían derecho a ese transporte (STS, 15 de julio de 1999); o el que colocó una matrícula diferente a un vehículo (STS, 27 de marzo de 1998). Por el contrario, se ha considerado atípica la simulación de la firma de otro con su consentimiento (STS, 14 de septiembre de 2001)[2961].

La misma jurisprudencia ha inscrito en la variante 2ª del art. 390, y entre otras: la falsificación de la propia firma, haciendo una diferente a la habitual y negando haberla estampado (STS, 22 de septiembre de 1999); agregar un sello y una firma a la fotocopia de una providencia judicial, de forma que puede inducir a error (STS, 17 de diciembre de 1988); confeccionar sentencias de diversos Tribunales que nunca existieron con apariencia de verdaderas (STS, 2 de diciembre de 1998); o recibos supuestamente emitidos por determinadas entidades aseguradoras (STS, 28 enero de 1998); rellenar parcialmente un cheque ya firmado, añadiendo el importe en cifras y letras (STS, 2 de marzo de 2000)[2962].Y también, la apertura de una cuenta bancaria a nombre de persona fallecida como si lo hubiera hecho ella (STS, 11 de diciembre de 2007[2963]); confeccionar facturas falsas para simular relaciones contractuales inexistentes, generando el pago de un IVA indebido finamente abonado (STS, 17 de diciembre de 2008[2964]); y la conducta del abogado que consigue la firma en blanco de un cliente rellenando el documento con encargos que ya estaban pagados o nunca se hicieron, ello para justificar el dinero obtenido mediante engaño (STS, 11 de febrero de 2009[2965]).

En concordancia con las conductas falsarias descritas, la jurisprudencia precisa que el delito de falsedad documental «requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que pretende trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que

2961 Ejemplos de sentencias extraídos de Orts Berenguer, E., en «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.854.

2962 Ejemplos de sentencias recogidos Orts Berenguer, en «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 854-855.

2963 STS, Sala 2ª, de 11 de diciembre de 2007, fto. jco. 5º (RJ 2008/555).

2964 STS, Sala 2ª, de 17 de diciembre de 2008, fto. jco. 4º (RJ 2008/8016) que recuerda que: En el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de febrero de 1999, recordada entre otras muchas en las Sentencias de este Tribunal 900/2006 de 22 de septiembre (RJ 2007\1677) y 63/2007 de 30 de enero (RJ 2007\1182), se acordó mayoritariamente que la confección completa de un documento mendaz, que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2 del CP, optando por tanto por una interpretación lata del concepto de autenticidad.

2965 STS, Sala 2ª, de 11 de febrero de 2009, fto. jco. 6º (RJ 2009/1542).

no es, atacando de ese modo la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, se logren o no los fines perseguidos» (STS, 27 de diciembre de 2007[2966]).

El bien jurídico protegido en los delitos de falsedad material es ora una genérica seguridad en el tráfico jurídico (o fe pública) –«evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica para las partes afectadas» (STS, 29 de mayo de 2002[2967]); ora la función de garantía que cumple el documento en el tráfico jurídico, sin olvidar que los delitos falsarios «tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba» (STS, 18 de noviembre de 1998[2968] y 28 de enero de 1999[2969]).

La falsedad se extiende a todo documento que, en la amplia definición penal, comprende «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia probatoria» (art. 26 CP), esto es, tanto el documento en soporte papel como en soporte no papel (audiovisual, informático o electrónico), pudiendo afectar la falsedad a los documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados.

Para que dichos soportes materiales constituyan documentos a efectos penales, la precitada STS de 18 de noviembre de 1998, exige que deben cumplir una triple condición: «1.º) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2.º) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; 3.º) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales)»[2970].

Son sujetos activos del delito de falsedad las autoridades y funcionarios públicos que obren en el ejercicio de sus funciones y también los particulares. Por regla general, las falsedades solo son punibles si se han cometido dolosamente, aun cuando se exceptúa la conducta de la autoridad o funcionario público que comete falsedad por imprudencia grave (art. 391 CP). El elemento subjetivo del injusto se satisface «con la conciencia y voluntad

2966 STS, Sala 2ª, de 27 de diciembre de 2007, fto. jco.2º (RJ 2008/820). Y en la STS, Sala 2ª, de 26 de febrero de 1998, fto. jco. 10º (RJ 1998\1196) se afirma: «En última instancia lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja».

2967 STS, Sala 2ª, de 29 de mayo de 2002, fto. jco. 4º (RJ 2002\5580).

2968 STS, Sala 2ª, de 18 de noviembre de 1998, fto. jco. 3º (RJ 1998\8632).

2969 STS, Sala 2ª, de 28 de enero de 1999, fto. jco.2º (RJ 1999\488).

2970 STS, Sala 2ª, de 18 de noviembre de 1998, fto. jco. 3º (RJ 1998\8632), que efectúa unas interesantes consideraciones legales y jurisprudenciales sobre la noción de documento en el proceso penal a partir de la definición ofrecida por el art. 26 CP. En la doctrina, un amplio comentario de las funciones de perpetuidad, garantía y probatoria del documento puede verse en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed., ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 726-230.

de alterar la verdad, siendo irrelevante que llegue a causarse daño o lesión patrimonial o de otro tipo» (STS, 27 de diciembre de 2007[2971]).

Se permite entablar una acción penal a quien sostenga la falsedad de un documento aportado de influencia decisiva sobre el fondo del asunto, cuya acción comporta la suspensión del proceso civil, hasta que recaiga sentencia en el proceso penal. La prejudicialidad penal derivada de la falsedad de una prueba documental, recogida en el derogado art. 514 LEC\1881 y art. 291 LEC 1885, y actualmente en el art. 40. 4 LEC, exige examinar los requisitos, el objeto de la suspensión y el régimen de la suspensión.

Dos son los requisitos para que la prejudicialidad penal suspenda el curso de las actuaciones civiles. En primer lugar, que se acredite ante el tribunal civil la existencia de un proceso penal sobre el delito de falsedad relativo a un documento determinado. La ley solo exige la existencia de una causa criminal, siendo irrelevante cómo se ha incoado el proceso penal y la fase en la que el mismo se encuentre. Y en segundo lugar, que el documento sea decisivo para resolver sobre el fondo de la cuestión debatida en el proceso civil. La LEC circunscribe la prejudicialidad penal por falsedad a la prueba documental, sin que pueda hacerse extensiva a otros medios de prueba. La expresión que el documento pueda ser decisivo ha llevado a un sector de la doctrina a entender que ese documento debe ser relevante para la sentencia y que el hecho probado por el documento no ha de estar fijado por admisión, ni probado por otros medios de prueba[2972].

Se discute el objeto de la suspensión, esto es, si debe ser el fallo (art. 362 LEC 1881) o el procedimiento (art. 10. 2 LOPJ). La literalidad legal permite sostener que la suspensión del proceso civil puede acordarse tan pronto se acredite la apertura del proceso penal y tan pronto el juez civil aprecie que el documento es decisivo para resolver sobre el fondo del proceso civil pendiente (art. 40.4 LEC), aun cuando no faltan autores que, más matizadamente, admiten que la suspensión tenga lugar no «tan pronto» se ha aportado el documento –pues el juez puede no considerar en el momento de la aportación el documento como decisivo– sino más avanzado el proceso y, en todo caso, antes de dictar sentencia[2973]. Por supuesto, el auto que estime o deniegue la suspensión, debe razonar el carácter decisivo o no del documento y su relación con las pretensiones deducidas por las partes[2974].

2971 STS, Sala 2ª, de 27 de diciembre de 2007, fto. jco.2º (RJ 2008/820).

2972 Reynal Querol, N., *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. I, Alonso-Cuevillas Sayrol (coord.), ed. Difusa, Barcelona, 2000, p.274. En cuanto a los requisitos, puede verse también AAP Castellón, secc. 1ª, de 31 de julio 2007, fto. jco. 2º (JUR 2007/335857).

2973 Arroyo Fiestas, F. J., *Comentario al art. 40 LEC,* en «Enjuiciamiento Civil. comentarios y jurisprudencia», t. I, Xíol Ríos, J.A. (coord.), ob. cit., pp. 357.

2974 Suárez Robledano, J. M., *Comentario al art. 40 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 378-379.

El régimen de la suspensión, varía en función de las circunstancias concurrentes. Por un lado, la parte que pudiera resultar favorecida por el documento reputado falso puede renunciar al mismo, con lo que continuará el proceso civil (art. 40.5 LEC), todo ello con la finalidad de evitar que la suspensión pueda solicitarse con fines dilatorios. En tal supuesto se ha postulado que el documento reputado falso se retire de las actuaciones, pues si quedare incorporado podría llegar a influir en la convicción judicial[2975]. Por otro lado, la parte perjudicada por la suspensión del proceso civil puede pedir la indemnización de daños y perjuicios en el mismo proceso civil, con arreglo a los artículos 712 y ss. LEC (art. 40. 6 y 7 LEC), si el proceso penal, que se hubiere incoado por denuncia o querella de una de las partes, finaliza con la declaración que el documento es auténtico o que no se ha probado la falsedad[2976].

Bibliografía

Almagro Nosete, J., *La prueba de informes*, Sevilla, 1968; Ariza Colmenarejo, Mª J., *La presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios e instrumentos en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2003; de la Oliva Santos, A., *La presentación de documentos*, en Revista de Derecho Procesal, IV/1970, pp. 875-899; Fernández Pérez, V. y Fernández Díaz, B., *Cuestiones sobre la prueba documental*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005; Guasp, J., *La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía*, en «Estudios Jurídicos», ed. Civitas, Madrid, 1996; Gutiérrez de Cabiedes, E. y Cordón Moreno, F., en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Albaladejo M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991; Luis Vilchez, C., *Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción entre el documento y otros medios de prueba tasados y no tasados*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2008; Magro Servet, V., *La aportación de documentos por las partes y su impugnación por la contraria (art. 427 LEC)*, en rev. Práctica de Tribunales, núm. 53, Octubre 2008; Marina García Tuñon, A., *La función de los libros de contabilidad*, en «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont», t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; Molins García Atance, J., *Impugnación y autentificación documental*, en Diario La Ley, núm. 6143; Moner Muñoz, E., *Falsificación de documentos oficiales. Doctrina del Tribunal Supremo. Cambio de orientación en la doctrina del Tribunal Supremo*, en Revista General de Derecho, Año LI, núm. 606, marzo 1995, pp. 1659-1666; Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007; –*Presentación de documentos materiales con la demanda y contestación*,

2975 Arroyo Fiestas, F. J., *Comentario al art. 40 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia», t. I, Xíol Ríos, J.A. (coord.), ob. cit., pp. 357.

2976 Barona Vilar, S., *Comentario al art. 40 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. I, ob. cit., pp. 422.

en rev. «Poder judicial», núm. 17, marzo/1990, pp. 37-67; Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000; Muñoz Sabaté, LL., *Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda? Comentario a la sentencia de 5 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 2008; –*De cómo probar los 'hechos secretados' en el proceso civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1997-1, pp. 125-133; –*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993; Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Barcelona, 2000; Nuñez Lagos, R., *Concepto y clases de documentos*, en Revista de Derecho Notarial, 1957; Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, ed. La Ley, Madrid, 2000; Orts Berenguer, E., *Lección XXXVII. Falsedades*, en AAVV, «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Perarnau Moya, J., *La base documental del proceso monitorio: necesidad de documentos originales o admisibilidad de las copias*, en «La Ley», núm. 6847, 24 de diciembre de 2007; Prieto Castro, L., *Exhibición de documentos en juicio*, en «Estudios y comentarios para la práctica procesal», Vol. I, Madrid, 1950; Reynal Querol, N., *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. I, Alonso-Cuevillas Sayrol (coord.), ed. Difusa, Barcelona, 2000; Ribelles Arellano, J. Mª., *La prueba documental*, en «Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», Studia Iuridica, núm. 19, CGPJ i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2003; Rodríguez Adrados, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)*, en «Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial», Fiaren Guillén, V. y Gómez Colomer, J. L. (coords.), Universitat Jaume I, col·lecció «Estudis jurídics», núm. 8, Castelló, 2004; Rojo, A., *La contabilidad. Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba*, en «Curso de Derecho Mercantil», Uria, R. y Menendez, A. (dirs.), 2ª ed., 2006; Segovia Arroyo, J. A., *¿Es el informe profesional del detective privado equivalente a un dictamen pericial?*, febrero 2003, en www.derecho.com; Serra Domínguez, M., *La prueba documental,* en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000; –voz *Prueba documental,* en «Enciclopedia Seix»; –*Comentario art. 1215 CC*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», 2ª ed., tomo XVI, vol. 2, Albaladejo, M. (dir.) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991; Villagómez Cebrián, M., *La prueba documental*, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. III, Cortés Domíguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.), ed. Tecnos, Madrid, 2000.

CAPÍTULO XV

La prueba electrónica[2977]

1. Precisiones terminológicas. 2. La nueva frontera del Derecho Probatorio. 2.1. La noción de documento electrónico. 2.2. Documento escrito y documento electrónico: similitudes y diferencias. 2.3. Elementos del documento electrónico. 2.4. La necesidad de reformular el concepto de documento. 2.4.1. El concepto de documento en la jurisprudencia. 2.4.2. El concepto de documento en la LEC. 2.4.3. El concepto amplio de documento. 2.5. Premisas para un concepto de documento. 2.5.1. Objeto representativo de un hecho de interés para el proceso. 2.5.2. Objeto comprensivo de una unidad de información. 2.5.3. Objeto de naturaleza mueble. 2.6. Perspectivas de lege ferenda. 3. Las nuevas tecnologías y su acceso al proceso. 3.1. La distinción entre fuentes y medios de prueba. 3.2. La distinción en la LEC. 3.3. Los medios de prueba y el acceso al proceso. 3.3.1. Interrogatorio de las partes y de testigos. 3.3.2 Prueba documental. 3.3.3. Prueba pericial. 3.3.4. Reconocimiento judicial o cibernavegación. 4. La problemática de la prueba electrónica. 4.1. La proliferación y fragmentación legal. 4.2. El «test de admisibilidad»: integridad, autenticidad y licitud. 4.3. Problemática en los distintos órdenes jurisdiccionales. 4.3.1. En el orden laboral: el control empresarial de las TIC. 4.3.2. En el orden penal: los delitos informáticos. 4.3.3. En el orden civil: la contratación electrónica. 5. Régimen jurídico de la prueba electrónica. 5.1. La regulación en la LEC. 5.1.1. De los medios de prueba (art. 299 LEC). 5.1.2. De los «medios audiovisuales e instrumentos informáticos» (arts. 382 a 384 LEC). 5.2. Naturaleza jurídica. 5.2.1. Teoría autónoma. 5.2.2. Teoría analógica. 5.2.3. Teoría de la equivalencia funcional. 5.3. La obtención y aportación de la prueba electrónica. 5.3.1. Obtención. 5.3.2. Momento. 5.3.3. Forma de aportación. 5.3.4. La transcripción del contenido. 5.3.5 Documentos que se pueden acompañar. 5.3.6. Deberes de exhibición. 5.3.7. Criterios de admisión de la prueba electrónica. 5.4. La conservación o perdurabilidad de la prueba electrónica. 5.4.1. La distinción entre el original y la copia. 5.4.2. La copia del documento público notarial. 5.4.3. El acta y la custodia de la prueba electrónica. 5.4.4. Medidas para garantizar la perdurabilidad. 5.5. La verificación de la prueba electrónica. 5.5.1. Momento procesal. 5.5.2. Contenido de la verificación. 5.5.3. Medios de verificación: la pericial informática y otros medios. 5.6. La práctica de la prueba electrónica. 5.6.1. Práctica como diligencias preliminares. 5.6.2. Práctica anticipada. 5.6.3. Práctica al amparo del art. 429.1, II y III LEC. 5.6.4. Práctica ordinaria. 5.6.5. Práctica como diligencia final. 5.6.6. Práctica en segunda instancia. 5.7. La eficacia probatoria de la prueba electrónica. 5.7.1. En la LEC de 1881. 5.7.2. En la LEC de 2000. 5.7.3. Normas sustantivas posteriores a la LEC. 5.7.4. Eficacia probatoria del documento con firma electrónica. 5.8. La impugnación de la prueba electrónica. 5.8.1. Impugnación del juicio de admisión. 5.8.2. Impugnación de la prueba electrónica con anterioridad a la valoración en sentencia. 5.8.3. Impugnación de la prueba electrónica tras la valoración en sentencia: recursos frente a la valoración judicial. 5.8.4. Impugnación por falsedad documental. 6. Referencia breve a algunas pruebas electrónicas. 6.1. El documento informático. 6.2. El correo electrónico. 6.3. La página web. 6.4. El mensaje de teléfono móvil (SMS). 6.5. El registro fonográfico. 6.6. La videograbación. 6.7. La fotografía digital. 6.8. El fax. Bibliografía.

2977 Publicado en la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, núm.5, J.M.Bosch, 2011, y revisado para esta obra.

1. Precisiones terminológicas

Para aludir a las pruebas derivadas de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC) se han utilizado diversas expresiones, tales como, entre otras, prueba por soportes informáticos[2978], prueba instrumental[2979], prueba por medios reproductivos[2980], prueba audiovisual[2981], prueba por documentos electrónicos[2982], prueba por registros[2983], prueba tecnológica[2984], documentos multimedia[2985], prueba documental electrónica y multimedia[2986], documento procesal electrónico[2987], la reproducción de la imagen y del sonido y los instrumentos informáticos[2988], los nuevos medios reconocidos[2989], medios de reproducción audiovisual y medios de archivo y reproducción de la información mediante instrumentos[2990]. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) utiliza la interminable expresión de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen e instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos o cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (art. 299.2 LEC).

2978 Sanchis Crespo, C., *La prueba por soportes informáticos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.23. Esta misma autora, en una posterior monografía, redactada junto con Chaveli Donat, utiliza la denominación «prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo», y así precisamente se titula la monografía *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularos)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

2979 Banacloche Palao, J., *Los medios de prueba (I),* en rev. Tribunales de Justicia 5/2000, p.563.

2980 Serra Domínguez, M., *Comentario al art. 1215 del Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVI, vol. 2º, 2ª ed., Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991, p.108.

2981 Cucarella Galiana, L. A. (con Ortells Ramos et alt.), *Derecho Procesal Civil*, Elcano, 2000, p.430.

2982 Elías Baturones, J.J., *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2008.

2983 Pérez Gil J., *Documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios,* en «El comercio electrónico», Echebarría Sáenz J. A., (coord.), ed. Edisofer, Madrid, 2001, p. 227.

2984 de Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

2985 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, en «Jurisdicción y proceso», ed. Marcial Pons, 2009, p.313.

2986 Moreno Navarrete, M.A., *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*, ed. Marcial Pons, 2002, p.165.

2987 Mira Ros, C., *La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», vol. 2, Carpi, F. y Ortells, M. (eds.), Universitat de València, València, 2008, p.110.

2988 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.485.

2989 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 2004, p.350.

2990 Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «El régimen jurídico de internet», Cremades, J., Fernández Ordoñez, M.A. e Illescas, R. (coords.), ed. La Ley, Madrid, 2002, p.492.

Aun sin desconocer que lo electrónico es el aparato y no el documento, como agudamente objeta Nieva Fenoll[2991], nos inclinamos por la denominación de prueba electrónica o documento electrónico, no solamente por su brevedad expresiva, sino también porque alude a una realidad intangible y en la que interviene la electrónica. Además, dogmáticamente defendemos un concepto amplio de documento que englobe tanto los presentados en soporte papel y firma manuscrita, como en soporte distinto (audiovisual, informático o digital).

La expresión «prueba electrónica» o «documento electrónico» engloba a todos los medios de prueba previstos en el apartado 2º y, por extensión 3º, del artículo 299 de la LEC. Puede definirse como «la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho»[2992] o, con mayor precisión doctrinal, la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso. Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel –por citar algunos ejemplos–, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una «prueba electrónica» o «documento electrónico», aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes.

Con la expresión «medios de prueba audiovisuales» identificamos a los regulados en el artículo 382 LEC y con la expresión «instrumentos informáticos» a los previstos en el artículo 384 LEC, sin perjuicio que ambos conjuntamente pueden identificarse con la leyenda «prueba por medios e instrumentos», todo ello por respeto a la dicción legal[2993].

La LEC no contiene una referencia explícita a la prueba electrónica en la enumeración legal de los medios de prueba tradicionales (art. 299.1 LEC). Ello no obstante, se introduce una novedosa prueba «por medios e instrumentos» (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC), con una alambicada rúbrica: «De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso» (sección 8ª, Capítulo VI, Título I, Libro II).

La creación legal, *ex novo y ad hoc*, de los «medios de prueba audiovisuales» y de la «prueba por instrumentos informáticos» permite adaptar el concepto convencional de documento a los soportes electrónicos, pero no resuelve la problemática de una prueba, como la electrónica, que permite transmitir la información en unas coordenadas de espacio y tiempo distintas a las del documento en soporte papel.

El legislador ha excluido de la prueba documental a la prueba electrónica y ha introducido, como prueba autónoma y sin precedentes, la prueba por «medios e instrumentos»

2991 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ob.cit., p.314.

2992 Decisión 2002/630/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2002, relativa a la cooperación policial y judicial en materia penal (AGIS), Diario Oficial L 203, de 1 de agosto de 2002.

2993 Con respecto al uso indebido del término «medio de prueba» nos remitimos al epígrafe 3.2. de este Capítulo.

(arts. 299.2 y 382 a 384 LEC), pero no ha evitado ni la proliferación de una legislación extraprocesal –Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios en la Sociedad de la Información; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica[2994]; Ley 25/2007 de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones; Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre el Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, entre otras–, ni algunas deficiencias de técnica legislativa –la discutible ubicación sistemática de la prueba por «medios e instrumentos», la ambigüedad de la terminología empleada o la parquedad de la regulación legal[2995]–.

El art. 299. 2 LEC dispone: «También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los 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 llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso». Los medios de prueba audiovisuales se regulan en el art. 382 (Instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Valor probatorio) y en el art. 383 LEC (Acta de la reproducción y custodia de los correspondientes materiales), mientras que la prueba por instrumentos informáticos se regula en el art. 384 LEC (De los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso).

La distinción legal entre los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» (art. 382 LEC) y los «instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso» (art. 384 LEC) dificulta aún más la elaboración de una noción de prueba electrónica, puesto que puede ocultar la «permeabilidad entre los instrumentos técnicos», en la medida que los soportes informáticos pueden servir para reproducir imágenes o sonidos; mientras que los soportes audiovisuales también pueden servir para reproducir datos, tales como palabras o cifras[2996].

En un Proyecto Europeo –Pruebas electrónicas en la lucha contra la cibercriminalidad– se concluye, tras examinar la legislación de dieciséis países miembros de la Unión Europea, que no existe una definición legal específica de prueba electrónica, «pero sí referencias legislativas a 'prueba tradicional', 'documento electrónico', 'firma electrónica', y 'medios de prueba', todas aplicables a la prueba electrónica, pero con las debidas matizaciones»[2997].

Resulta, por ende, preciso distinguir la noción de prueba electrónica de otras que guardan relación con la misma, tales como, documento electrónico y firma electrónica. Re-

2994 Tiene su antecedente en Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre. Ha sido modificada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Impulso de la Sociedad de la Información.

2995 Más ampliamente puede verse la crítica de Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ob. cit., pp. 307 y 318-320, quien en referencia a los artículos 382 a 384 LEC alude a «tres miserables artículos».

2996 Cabezudo Rodríguez, N., *Omisiones del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos*, rev. La Ley, t. 5, 2004, p.1703.

2997 Insa Mérida, F.; Lázaro Herrero, C; García González, N., *Pruebas electrónicas ante los tribunales en la lucha contra la cibercriminalidad. Un proyecto europeo*, en Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento, año 5, mayo-agosto, 2008, p.142.

cogiendo las nociones propuestas por Illán Fernández, literalmente extraídas, podemos anticipar los siguientes conceptos[2998]:

- Documento electrónico: todos aquellos objetos materiales en los que puede percibirse una manifestación de voluntad o representativos de un hecho de interés para el proceso que pueda obtenerse a través de los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, la cintas de vídeo, los discos de ordenador y cualquiera otros similares. Y para la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (en adelante LFE) es la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado (art. 3.5 LFE).
- Firma electrónica: es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados entre ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. La firma electrónica no constituye un medio técnico e independiente y distinto del documento electrónico, sino que es parte fundamental de dicho documento que contiene un mensaje (texto alfanumérico) en algoritmos (posee un lenguaje convencional, el de los bits).

Para cerrar estas consideraciones iniciales hay que tener en cuenta que la prueba electrónica puede ser objeto y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de «probar un hecho electrónico» (ej. el envío de un correo electrónico en determinada fecha). Puede ser un medio de prueba, y así se alude a «probar electrónicamente un hecho» (ej. un e-mail en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente pago[2999]). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de «probar electrónicamente un hecho electrónico» (ej. la celebración de un contrato a partir de los e-mails enviados desde las terminales de dos ordenadores[3000]).

2. La nueva frontera del Derecho Probatorio

Las TIC han comportado bien la aparición de nuevas fuentes de prueba, hasta ahora desconocidas en las leyes procesales civiles (ej. un correo electrónico o una página web), bien la singularización de fuentes de pruebas ya existentes (ej. pericial informática o in-

2998 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil. Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (Lexnet) y el expediente judicial electrónico. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, adjunta un glosario de conceptos que figura como anexo a las pp. 467 y ss.

2999 Así se contempla en el AAP Barcelona, 18 de enero de 2006, fto. jco. 2º (JUR 2006\73857).

3000 García Paredes, A., *La prueba en juicio: ¿y si es electrónica?*, en rev. Contratación Electrónica, núm. 62, julio 2005, p.4.

tervención de comunicaciones electrónicas), suscitando dudas al Derecho Probatorio en orden a su autenticidad, integridad y licitud, y configurando una problemática que se ha dado en llamar «la nueva frontera de la prueba»[3001].

Los desafíos de esa nueva frontera exigen, ante todo, precisar la noción de documento electrónico; ponderar si es necesario reformular el concepto de prueba documental –aun apegado en la LEC a la escritura– para dar cabida a expresiones del pensamiento recogidas a través de signos distintos de la escritura; identificar los medios de prueba que permiten el acceso al proceso de las nuevas fuentes de prueba derivadas de las TIC; acotar la problemática de prueba electrónica ante la proliferación legal y los específicos problemas de integridad, autenticidad y licitud que plantean estas pruebas y, finalmente, desarrollar el régimen jurídico de la prueba electrónica, en orden a su obtención y aportación al proceso, su perdurabilidad en el tiempo, su verificación, su práctica y su eficacia probatoria.

2.1. La noción de documento electrónico

Con respecto al documento electrónico, que es una de las modalidades de la prueba electrónica[3002], se han propuesto hasta tres conceptos distintos[3003]:

En primer lugar, un concepto muy amplio, entendido como aquellos documentos en los que, de cualquier forma haya intervenido la informática, en su elaboración. Se incluyen los documentos recogidos en soporte informático y también en soporte óptico y auditivo. Comprende las pruebas creadas directamente a través de la informática –correo electrónico–, las que proceden de medios de reproducción o archivos electrónicos –videos, fax, fotografía digital, etc. y las que se presentan mediante instrumentos informáticos del tipo disquetes, pen-drives, bases de datos o similares[3004]. No compartimos un concepto tan amplio, puesto que si lo esencial del documento electrónico es la participación de la informática, deben excluirse los medios audiovisuales recogidos en soportes ópticos o auditivos (ej. carrete de fotos, diapositiva, cinta de video, etc).

En segundo lugar, un concepto amplio, referido aquellos documentos en los que haya intervenido un equipo informático o la informática en cualquiera de sus fases. Se ha definido también como «aquella información obtenida a partir de un dispositivo elec-

3001 DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, p. 48.

3002 Así se ha pronunciado ORDOÑO ARTÉS, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p. 510, para quien la firma electrónica se trata de una especialidad de la prueba por instrumentos del art. 299.2 LEC.

3003 Seguimos la clasificación efectuada por CERVELLÓ GRANDE, J. Mª y FERNÁNDEZ, I., *La prueba y el documento electrónico*, en «Derecho de Internet», Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M. (dirs.), Aranzadi Editorial, Navarra, 2000, pp. 392 y 393.

3004 Así se expresan DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, ob. cit., p. 48 y MAGRO SERVET, V., *Presentación de escritos y documentos por vía electrónica y de la prueba tecnológica en el proceso civil*, en rev. Práctica de los Tribunales, núm. 52, Septiembre 2008, p. 45.

trónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho»[3005] y también como «aquel documento proveniente de la elaboración electrónica», es decir, que tiene su origen en la informática, y ello tanto se produzca por el ordenador o por medio de éste». Tampoco participamos de esta concepción amplia en la medida que, por una parte, en muchos documentos interviene en la actualidad la informática y, por otra parte, cuando el documento se transforma a un formato papel desaparece gran parte de la problemática que plantea la prueba electrónica.

Y, en tercer lugar, un concepto estricto, referido a aquellos documentos contenidos o almacenados en equipos o soportes informáticos. Es la concepción más acertada y en la que se inscribe la Ley de Firma Electrónica, que en su art. 3.5 considera documento electrónico a «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado»[3006]. Es un documento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario –el de los bits– en un soporte –cinta o disco– que reúne estas características: legible, inalterable y reconocible o identificable[3007].

Otros autores aluden al documento multimedia, denominación ya recogida en algunas sentencias de la jurisprudencia menor (SAP Santa Cruz de Tenerife, 18 de noviembre de 2009 [3008]), del que el documento electrónico sería una especie. Bajo la denominación de documento multimedia se alude a «aquel que se genera a través de la voz o la imagen y sus combinaciones, incluyendo la escritura, quedando registrado, almacenado y disponible mediante un proceso tecnológico con el fin de constatar la realidad jurídica existente»[3009]. Y se añade que, a pesar de constituir un barbarismo tomado del inglés, su significación es exacta, pues alude a aquellos documentos cuyo contenido se expresa a través de diferentes medios: sonido, imagen o incluso texto[3010].

Se han efectuado distintas clasificaciones doctrinales del documento electrónico, pudiéndose destacar las siguientes:

3005 Insa Mérida, F.; Lázaro Herrero, C; García González, N., *Pruebas electrónicas ante los tribunales*…, ob. cit., p.139.

3006 Algunos autores incluyen dentro de la noción de documento electrónico aquellos que se encuentran en soportes informáticos como son los disquetes y el CD-Rom (Cervelló, J.Mª, *La prueba y el documento electrónico*, ob. cit.,p.393).

3007 de Urbano Castrillo, E, *El documento electrónico: aspectos procesales*, en Internet y Derecho Penal, pp. 570.

3008 La SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.4ª, fto. jco. 2º (JUR 2010\77692) en referencia a un supuesto en que la actora ejercita la acción subrogatoria del art. 43 Ley Contrato Seguro y con la demanda «adjuntó la copia de la póliza de seguro que relacionaba a la actora con la perjudicada que sufrió el daño como consecuencia del siniestro, y una copia en soporte papel *del documento multimedia o electrónico,* que se encontraba a su disposición, de la transferencia efectuada a dicha asegurada para el pago del importe de los daños sufridos». (La cursiva es nuestra).

3009 Moreno Navarrete, M.A., *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, ed. Marcial Pons, 2001, p.25.

3010 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ob. cit., p.314.

En primer lugar, y atendiendo al dato de la firma, se distinguen los documentos electrónicos firmados o no. Y dentro de los firmados, con firma electrónica o de otra clase. La existencia de una firma electrónica afecta a las garantías de autenticidad e integridad del documento. A su vez, y dentro de los documentos con firma electrónica, se distinguen los documentos con firma electrónica avanzada y con firma electrónica reconocida.

La firma electrónica avanzada ha sido conceptuada como «la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de forma única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su control». Y la firma electrónica reconocida como «la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generado mediante un dispositivo de firma segura»[3011].

En segundo lugar, y atendiendo a un criterio científico, se distinguen los documentos formados por el ordenador (computador) y documentos formados por medio de la computadora. Los primeros son internos, pues se les ha llamado negocios entre computadoras y los segundos son externos, creados en el tráfico ordinario y con vocación de exteriorización.

Y, en tercer lugar, dentro de los documentos formados por el ordenador, y atendiendo al modo de su creación, se distinguen los documentos electrónicos en sentido estricto y los documentos en sentido amplio. Estos últimos son los documentos electrónicos ya creados y en fase de difusión. En sentido estricto cabría, a su vez, distinguir: a) documentos electrónicos volátiles: aquellos creados en la memoria RAM y que desaparecen cuando se apaga el ordenador; b) documentos electrónicos permanentes: son los que se insertan en el disquete; c) documentos electrónicos inalterables: son los que se fijan en la memoria ROM o CD-ROM no regrabable; d) documentos electrónicos con dispositivo de acceso los que necesitan «pasar por una aduana» para operar, así las tarjetas magnéticas[3012].

2.2. Documento escrito y documento electrónico: similitudes y diferencias

Entre el documento escrito y el documento electrónico existen similitudes y diferencias[3013]. Como similitudes dejamos constancia de las siguientes:

3011 SAP Cádiz, secc. 2ª, de 25 de febrero de 2008, fto. jco. 4º (JUR\2008\235221). Sobre el concepto de firma electrónica y sus clases puede verse García Mas, F.J., *El documento público electrónico*, en «Nuevas tecnologías en la contratación: sociedad, nueva empresa e hipoteca electrónica», Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio de 2003, Escolano Navarro, J.J. (dir.), ed. Civitas, 2005, pp. 124 y ss.

3012 de Urbano Castrillo, E., *El documento electrónico: aspectos procesales*, ob. cit., pp. 573-574. Un listado de los soportes multimedia puede verse en Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, en «Jurisdicción y proceso», ed. Marcial Pons, 2009, pp. 314 a 317.

3013 Más ampliamente puede verse Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 176-180.

1ª. Soportes adecuados para representar la voluntad. El documento escrito y el electrónico son instrumentos aptos para reproducir las palabras de una declaración de voluntad. Ambos sirven para almacenar datos y son susceptibles de ser llevados a presencia judicial mediante su incorporación a un soporte idóneo (sea papel, informático o audiovisual).

2ª. Necesidad de constatar su autenticidad. La autenticidad es la pertenencia de un documento a su autor o, en palabras de la STS de 17 de julio de 2001, «la concordancia del autor aparente del documento con el autor real»[3014]. Tanto en el documento escrito como en el electrónico, y como presupuesto de su eficacia probatoria, es necesario constatar la autenticidad del documento. Si se impugna un documento público, se practica un cotejo de letras (art. 320 LEC). Si se impugna la autenticidad de un documento privado, será necesario acudir a un cotejo pericial de letras (art. 326 LEC). Si se impugna la autenticidad de un documento electrónico se precisa habitualmente una pericial informática[3015].

3ª. Especial contundencia probatoria. La autenticidad y la exactitud del documento, unido al hecho que el documento permite recoger actos, declaraciones o negocios jurídicos de interés para al proceso, le confieren una especial fuerza probatoria, hasta el extremo que la prueba documental puede gozar de eficacia probatoria tasada (arts. 319 y 326.1 LEC) y su régimen de aportación está sometido a estrictas reglas de preclusión, debiéndose aportar los documentos –sean escritos o electrónicos– que merezcan la condición de fundamentales, con la demanda o la contestación a la demanda (art. 265.1.1 LEC), y todo ello bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC).

4ª. Movilidad de un lugar a otro. El documento en soporte papel y el documento en soporte electrónico (CD, DVD, disquete, pen-drive, entre otros) son, por lo general, fácilmente trasladables de un lugar a otro. Ambos son, por ende, transportables de un lugar a otro y pueden ser objeto de custodia[3016].

5ª. Aplicabilidad de las normas sobre exhibición documental. La LEC regula separadamente el deber de exhibición documental entre partes (arts. 328 y 329 LEC), el deber de exhibición documental frente a terceros (art. 330 LEC) y el deber de exhibición de las entidades oficiales (art. 332 LEC), y toda la regulación en orden a los requisitos y procedimiento puede trasladarse a los documentos electrónicos.

6ª. En el estado actual de la técnica, ambos documentos son falsificables[3017].

3014 STS, Sala 1ª, de 17 de julio de 2001, fto. jco. 4º (RJ 2001\5436) y, en sentido similar, STS, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2002, fto. jco. 5º (RJ 2002\10275).

3015 Puede verse el epígrafe 5.5.3 de este Capítulo.

3016 Nieva Fenoll., J., *La prueba en documento multimedia,* ob.cit., p.311.

3017 Nieva Fenoll., J., *La prueba en documento multimedia,* ob.cit., p.311, quien, además, añade, como analogías entre el documento escrito y el que denomina como «documento multimedia» las siguientes: a) ambos requieren la intervención humana para descubrir su contenido. No son «autoejecutables»; b)

Las principales diferencias entre el documento electrónico y el documento escrito son:

1ª. Documento con código mediato. El documento electrónico, a diferencia del documento escrito, no es directamente legible o cognoscible, sino que es necesario un instrumento técnico para acceder a su contenido. De ahí que los instrumentos informáticos «serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar» (art. 384.1 LEC).

Sanchís Crespo describe las diferencias entre documentos con código mediato e inmediato, afirmando que «cuando la información no es perceptible directamente por nuestros sentidos y sea necesario para acceder a la misma la concurrencia de una máquina, que hace las veces de traductor, es porque nos hallamos ante documentos con código mediato (p.ej. los contenidos en un disquete, cintas de vídeo, cintas magnetofónicas, etc)[3018].

2ª. La autenticidad e identidad del suscriptor de un documento electrónico es la firma electrónica, y no la manuscrita. Para salvar la dificultad de la ausencia de firma manuscrita en los documentos electrónicos se ha postulado una solución práctica, consistente en reconocer y admitir la firma electrónica, formulada conforme a métodos técnicos y jurídicos específicos, y como equivalente a la firma manuscrita, aun cuando tal solución no resuelve la problemática de la admisibilidad como medio de prueba de los documentos electrónicos sin firma electrónica[3019].

En el documento escrito la autenticidad suele anudarse a la firma, y en caso de impugnarse la autenticidad del documento se recurrirá a un cotejo –si el documento es público (art. 320 LEC)– o a un cotejo de letras o pericial caligráfica –si el documento es privado (art. 326.2 LEC)– partiendo como base de unas firmas que se consideran indubitadas (art. 349 y 350 LEC). Por el contrario, en el documento electrónico, será necesaria habitualmente una pericial informática para acreditar que la firma es titularidad de una determinada persona y que se han seguido unos protocolos de seguridad.

3ª. El contenido del documento electrónico pueden ser palabras e imágenes, y también sonidos. El contenido del documento escrito pueden ser palabras e imágenes, pero nunca de sonidos. Si se duda sobre la veracidad del documento electrónico que contiene sonidos, será necesario dilucidar si estos sonidos sucedieron en la realidad, lo que puede ser más propio de un reconocimiento judicial o de una pericial.

---

los contenidos de ambos pueden ser conocidos a la vez por multitud de personas; c) ambos pueden enviarse fácilmente.

3018 Sanchís Crespo, C., *La prueba por medios audiovisuales*, ob. cit., p.52. Para esta autora «documento es cualquier cosa mueble que represente información con relevancia jurídica relativa a hechos, derechos, estados de cosas o combinaciones entre ellos, mediante un código mediato o inmediato».

3019 Taruffo, M., *La prueba*, ed. Marcial Pons, 2008, p.89.

4ª. Fragilidad y realidad intangible. A diferencia del documento escrito que se caracteriza por ser una realidad tangible, normalmente presentada en soporte papel, y por la inmediatez de las declaraciones que contiene, ya que a través de la lectura parece que se está reproduciendo el propio acto por el que se genera, el documento electrónico es una realidad intangible, perceptible por los sentidos solo si es traducido a través de un medio técnico[3020]. Se ha afirmado que el documento electrónico, por sus peculiaridades de creación técnica, es un documento no disponible *a priori* por las partes y no original, en el sentido que cuando se hace tangible y se une a un soporte duradero lo es a través de una copia[3021].

5ª. La distinción entre original y copia se desdibuja, aun cuando no se pierde, en el documento electrónico. Se ha afirmado que el documento electrónico es un documento «incorporal», que puede materializarse en diversos soportes sin que pueda distinguirse una primera incorporación como original de las sucesivas como copias[3022]. En el documento escrito, el legislador permite su aportación por original o por copia, pero en el documento electrónico semejante distinción resulta aparentemente más difícil.

En el documento electrónico aun será posible la distinción entre el original y las copias –si es que podemos seguir utilizando esta terminología– en atención a un criterio cronológico o de temporalidad, esto es, teniendo presente la fecha de creación, puesto que en el documento electrónico será posible identificar, a partir de los llamados «datos de tráfico», la fecha del primer documento y la fecha de los sucesivos. Pensemos, a título meramente ejemplificativo, en la creación de un e-mail y su remisión a un determinado destinario y el reenvío posterior de ese mismo e-mail por el inicial destinatario a ulteriores destinatarios. En el ordenador del remitente permanecerá la fecha de la creación y remisión del primer e-mail y en el ordenador del destinatario se conservará igualmente la fecha de la recepción y posterior remisión.

6ª. El documento electrónico puede ser reutilizado sin especiales operaciones de reciclado, pero no así el papel[3023].

3020 Moreno Navarrete, M. A., *La prueba documental,* ob. cit., pp. 21. En sentido similar, Mira Ros, C., *El expediente judicial electrónico*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 18-19, quien atribuye al documento electrónico tres características: 1ª) La grafía binaria; 2ª) La inmaterialidad del documento electrónico y 3ª) La ausencia de firma manuscrita.

3021 Moreno Navarrete, M.A., *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*, ob. cit, p.166.

3022 Cruz Rivero, D., *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, ed. Marcial Pons, 2006, p.274.

3023 Nieva Fenoll, J., *El documento multimedia*…, ob. cit., p.311, quien añade, además, como diferencias entre el documento escrito y el que califica de documento multimedia las siguientes: a) la falsificación de un soporte multimedia puede no dejar rastro en el propio soporte; b) el papel ocupa mucho más espacio que el soporte multimedia; c) es más segura la confidencialidad de un soporte multimedia que la de un escrito.

En efecto, el original de un documento escrito constituye un objeto corpóreo y perdurable del que pueden obtenerse copias, cuyo valor depende de la comprobación con áquel[3024]. Por el contrario, con respecto a los documentos electrónicos resulta más difícil distinguir el original de la copia, al resultar documento esencialmente incorpóreos, por lo que en todo caso será preferible aludir al documento electrónico inicialmente producido y a sus copias.

Y, como apunta Taruffo, aun cuando las pruebas electrónicas se impriman, los documentos resultantes no son «escritos» en el sentido tradicional y en la mayoría de los casos no han sido firmados personalmente por sus autores[3025].

Tampoco pueden equiparse la firma manuscrita con la firma electrónica. Ambas presentan importantes diferencias que, siguiendo a Bornardell Lozano, pueden sistematizarse del modo siguiente: 1) la firma electrónica precisa de un acto relevante de asunción como mecanismo de suscripción de declaraciones de voluntad, mientras que la firma autógrafa no precisa de una manifestación específica para adjudicarle la virtualidad de representar la voluntad del firmante; 2) la firma manuscrita está indisolublemente unida a un sujeto, mientras que la firma electrónica resulta separable de su titular; y 3) la firma manuscrita acompaña al individuo durante toda su vida, mientras que la firma electrónica tiene una vigencia cronológica limitada, dado que es posible escindir entre sujeto y mecanismo de creación de firma (clave privada)[3026]. Cuestión distinta es la relativa a su eficacia probatoria, esto es, que la firma electrónica reconocida tenga respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

2.3. Elementos del documento electrónico

Ante la incertidumbre doctrinal sobre el concepto de documento (escrito) la doctrina ha preferido enumerar los elementos que deben integrar la noción de documento, que básicamente son el soporte, el contenido y el autor, discutiéndose si la firma y la fecha son requisitos que afectan a la existencia o a la eficacia probatoria del documento. En este epígrafe efectuaremos idéntico análisis, ahora con referencia al documento electrónico, examinando: 1º) El soporte; 2º) El contenido; 3º) El autor; 4º) La fecha y la firma.

1º) El soporte, también identificado como la «cosa» u «objeto material» lo constituye una cosa mueble susceptible de ser llevada a presencia judicial, excluyéndose los inmuebles. Con respecto al documento escrito el soporte suele ser habitualmente el papel, aun cuando ello no excluye – y así fue frecuente en el pasado– que se utilicen otro tipo de soportes como tablas de madera, papiros o pergaminos.

3024 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…., ob. cit., p.178.

3025 Taruffo, M., *La prueba*, ob. cit., p.86.

3026 Bornardell Lozano, R., *La firma electrónica. Especial consideración de sus efectos jurídicos*, Notariado y contratación electrónica. Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 59 y ss.

Con respecto al documento electrónico el soporte puede ser magnético, óptico, un disco duro, un pendrive, una memoria flash, un USB *flash* drive, y cualquier otro que el futuro pueda existir. Con uno u otro soporte ambos pueden trasladarse a presencia judicial e incorporarse al proceso, aun cuando a menudo, y para sortear eventuales reticencias frente a la admisibilidad del soporte electrónico, la información contenida en el mismo se acostumbre a volcar en soporte papel.

2º) El contenido, esto es, el acto documentado es mucho más relevante que el soporte. Contenido y forma de representación del documento aparecen muy unidos, aun cuando algunos autores los analizan separadamente[3027]. Con respecto al documento escrito el soporte y el contenido se mantienen siempre unidos y la estructura forma parte integrante del documento. La forma de representación se percibe directamente por los sentidos y consiste en la escritura –en cualquiera de sus variantes, manuscrita, mecanografiada, impresa, taquigrafiada–.

Con respecto al documento electrónico el contenido puede separase del soporte y la estructura física requiere una estructura lógica (software y hardware) para leerlo. La forma de representación se exterioriza a través de unos medios reproductivos, que pueden servirse de la escritura, del sonido o de la imagen. La forma de representación, por tanto, depende del soporte en que se materialice, y podrá ser accesible directamente por los sentidos (documento escrito) o precisará de mecanismos técnicos auxiliares (documento electrónico), pero ello no afecta a su naturaleza ni a su función representativa[3028]. El documento escrito enseña lo que contiene y hay identidad entre lo grabado y lo exteriorizado, mientras que en el documento electrónico se pierde esa identidad, pues lo grabado es un archivo en sistema binario y lo exteriorizado adopta forma de escritura con letras de nuestro alfabeto[3029].

3º) El autor del documento. Debe ser entendido en sentido jurídico, pues como advierte Carnelutti, no es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación[3030]. Con respecto al documento escrito la autoría es decisiva y se acredita habitualmente mediante la firma, aun cuando no se excluye que pueda acreditarse por la huella dactilar o el sello, y permite hablar de documentos indubitados, que son los utilizados a efectos de practicar el cotejo de letras (art. 350 LEC).

La autoría del documento electrónico algunas matizaciones. Si se trata de un documento con firma electrónica avanzada se puede identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados. Si se trata de un documento elec-

3027 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.290.

3028 Pérez Gil, J., *El documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios*, ob. cit., p.223.

3029 Mira Ros, C., *La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva,* ob. cit., p.106.

3030 Carnelutti, F., *La prueba civil* (traducc. Alcalá Zamora y Castillo), 2ª ed., ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p.161.

trónico sin firma electrónica avanzada la identificación del autor y remitente es más compleja, puesto que puede identificarse el ordenador desde el que ha sido enviado el documento, pero no quien lo ha enviado. El documento escrito individualiza a su autor y permite su identificación, mientras el documento electrónico solo individualiza su autor a través de unos dispositivos de creación de firmas electrónicas.

4º) Se discute si la firma y fecha son elementos que afectan a la existencia o a la eficacia del documento. Con respecto a los documentos escritos y en cuanto a la firma, en algunos casos viene exigida *ex lege* (ej. art. 688 CC para el testamento ológrafo o art. 17.1, III Ley Notariado para escritura matriz), en cuyo caso la ausencia de firma impide la existencia del acto documentado. Fuera de estos supuestos, la ausencia de firma no afecta a la existencia del documento, sino a su eficacia probatoria, admitiéndose que puedan surtir efectos probatorios los documentos no firmados y reconocidos por su autor. En cuanto a la fecha, no puede afirmarse que un documento no datado sea inexistente, porque al igual que sucede con la firma, puede acreditarse por otros medios de prueba. En todo caso, la eficacia probatoria del documento carente de fecha puede resultar devaluada, de no acreditarse ésta.

Con respecto a los documentos electrónicos –y con la salvedad ya apuntada de los documentos con firma electrónica avanzada– la fecha es usualmente agregada automáticamente por el sistema informático, resultando deseable que la fecha cronológica incluya la hora de transmisión y la de recepción. También es conveniente que el documento electrónico agregue el lugar. El autor y el redactor del documento deben quedar determinados mediante la identificación del remitente.

A pesar de los sistemas de control de acceso de los usuarios, en los documentos electrónicos, pueden existir divergencias entre el autor y el remitente del documento, y entre el autor del documento y el sistema electrónico desde el que se remite. De ahí la necesidad de reforzar los instrumentos que permitan garantizar la integridad, confiabilidad y autenticidad del documento electrónico. Para ello puede recurrirse a varias medidas: desde la configuración del documento electrónico con las menciones que configuran su perfil (fecha, hora, autor, remitente, asunto, etc), la identificación del software empleado, la identificación de los usuarios del sistema, hasta la existencia de mecanismos de control de las modalidades de transmisión de la información, de manera que el sistema informático sea capaz de detectar los movimientos que se produzcan en el interior y en el exterior del propio sistema[3031].

2.4. La necesidad de reformular el concepto de documento

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos (ej. Alemania), en los que la prueba electrónica solo puede ser objeto de reconocimiento judicial, entendemos que la prueba

3031 Más ampliamente sobre estos mecanismos puede verse Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…, ob. cit., pp. 363-364.

electrónica es una modalidad singularizada de la prueba documental, no tanto por la aplicación de la denominada «doctrina analógica» –que asimila los documentos electrónicos con los tradicionales–, cuanto por la necesidad de reconsiderar la noción de documento.

Dogmáticamente el concepto de documento permite incluir los objetos que se recogen en cualquier soporte, incluso los distintos del papel, y en cualquier grafía, incluso la no escrita, en línea con lo previsto en el Código Penal, conforme al cual documento es «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria» (art. 26 CP). La ampliación conceptual del término documento, ya existente desde hace años en otros países –ej. art. 2712 del Código Civil italiano en relación con art. 261 del Código Procedimiento Civil; art. 1348 del Código civil francés[3032]–, ha sido posible en España merced a la evolución jurisprudencial que ha dado cabida a documentos no escritos[3033].

2.4.1. El concepto de documento en la jurisprudencia

La jurisprudencia, atenta a los avances de las TIC y previsora –cuando no anticipadora– de futuras de reformas legislativas, ha desligado el concepto de documento de su forma de presentación, entendiendo que, a efectos dogmáticos, lo fundamental no es el tipo soporte –tradicionalmente apegado al papel–, sino la voluntad de dotar de perpetuación al pensamiento y la declaración de voluntad, cualesquiera que sea el soporte –papel, audiovisual o informático– en que se recoja esa declaración de conocimiento o voluntad.

En la evolución jurisprudencial del concepto de documento se distinguen tres fases: 1ª) fase restrictiva; 2ª) fase de transición; y 3ª) fase de aceptación[3034].

En una primera fase se niega la eficacia al documento no escrito. Se funda en el doble argumento que las leyes procesales (LEC\1881) y sustantivas (CC) solo preveían como medios de prueba los documentos escritos y que la enumeración de medios de prueba

3032 La ley 80/25, de 12 de julio, de modificación del Código Civil, admite como prueba documental cualquier documento que posea las notas de durabilidad e inalterabilidad sin distinguir el soporte («Toute reproduction indélébile de l'original») y reconduce los documentos electrónicos a las reglas de valoración de la prueba documental.

3033 Cervelló Grande, J.Mª y Fernández, I, *La prueba y el documento electrónico*, ob. cit., p.386, analizan la evolución del término documento en la jurisprudencia y en la legislación y citan, entre otras, y como reflejo de esta progresiva ampliación del término «documento» la STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9458) –que admite el video como medio de prueba–; la STS, Sala 1ª, de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9435) que define los documentos como aquellos en que hay constancia «generalmente escrita» o la STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1989 (RJ 1989\5283) en que se califican expresamente como documento privado unas fotografías, o la STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1996 (RJ 1996\6079) que admite perfeccionado un contrato mediante fax y le concede eficacia probatoria.

3034 Elías Baturones, J.J., *La jurisprudencia ante el documento electrónico (o en soporte no escrito). Su aceptación como prueba documental*, en rev. Tapia, octubre-noviembre 1996, p.69.

era cerrada, por lo que sin desconocer la existencia de objetos no escritos, éstos no podían tener cabida, como medios de prueba, en la ley. Siguiendo la concepción dogmática más tradicional se equipara el documento con el escrito, entendido como «un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje».

La STS de 30 de noviembre de 1981 [3035] no admite que puedan aportarse como medio de prueba unas cintas magnetofónicas debido a la dificultad de comprobar la autenticidad de la grabación. Fundamenta la negativa en el carácter cerrado de los medios de prueba de los entonces vigentes 578 LEC 1881 y 1215 CC. Con todo en esta sentencia ya se deja constancia de la existencia de otros objetos, no escritos, que pueden asimilarse al documento. En la parte que interesa, la citada sentencia dispone literalmente:

> «[…], y siendo los siete medios de prueba que enumera el mencionado art. 578 así como los del art. 1215 del C. Civ., y no otros, los que pueden emplearse, la cuestión estriba en determinar si la grabación en cinta magnetofónica que la recurrente pretende se le admita tiene la consideración de documento, y ha de tenerse en cuenta que si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un «escrito», o sea, *como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje*, y que la inmensa mayoría de los documentos que se aportan a un proceso son «escritos», ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa condición, puedan hacer prueba fidedigna como aquéllos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos, mas por lo que respecta a las cintas magnetofónicas no puede decirse tengan igual virtualidad dada la dificultad de comprobar su autenticidad de la grabación, de lo que deriva que los juzgadores de instancia, al denegar la admisión de este instrumento como medio de prueba no quebrantaron ninguna de las formalidades del proceso, ni se infringió, por tanto, el art. 578 de LEC, ya que aquél no puede estimarse comprendido entre los medios de prueba que dicho precepto tiene establecidos y, por tanto, no es legalmente admisible, lo que obliga a desestimar el motivo».

Esta sentencia fue calificada como paradigmática de la ruptura entre la realidad y nuestros órganos judiciales[3036]. A partir de su lectura, Sanchís Crespo deduce tres conclusiones: 1ª) La enumeración de los medios de prueba es exhaustiva en la ley. 2ª) Las cintas magnetofónicas no están incluidas en las enumeraciones legales de prueba y solo podrían ser consideradas medios probatorios por analogía con los documentos; 3ª) La analogía no es posible entre documentos y cintas, no porque estas últimas sean no escritas, sino porque son fácilmente manipulables, por lo que es difícil comprobar la autenticidad de la grabación[3037].

En una segunda fase se acepta el valor probatorio de la documentos no escritos, siempre que vengan adverados por otros medios de prueba. Se fundamenta en la consta-

3035 STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1981, cdo. 2º (RJ 1981/4680).

3036 Montero Aroca, J., *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, p.333.

3037 Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donet, E.A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.60.

tación de la existencia de avances técnicos que se traducen en nuevas fuentes de prueba, como pueden ser las cintas magnéticas, los videos y demás sistemas de reproductivos, en el reconocimiento de tales medios de prueba en algunos países de nuestro entorno (ej. Italia), en la labor jurisprudencial de adecuar el derecho vigente a la realidad social de nuestro tiempo y en la inexistencia de una prohibición expresa en la LEC o en el Código Civil.

En el ámbito civil, la STS 30 de noviembre de 1992 admite la validez de un vídeo como medio de prueba, si bien condiciona su eficacia probatoria a la certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad del mismo y, en la parte que interesa, razona:

> «Efectivamente los medios probatorios documentales aparecen regulados en los arts. 1216 y siguientes del Código Civil y 596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se suele equiparar documento a escritura, art. 1223 y 1224 del Código Civil, y no se preveen las aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, contrario a lo que sucede en el Código Civil italiano, cuyo art. 2712 (Sección Cuarta, Título Segundo, Libro Sexto), en relación al precepto 261 del Código de Procedimiento Civil, sí recoge tales instrumentos de prueba, tanto en forma general como específica.
>
> La falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 1-6º y 3 del Código Civil). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los arts. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1215 del Código Civil no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquéllos reflejan más que propiamente expresan los pensamientos humanos. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas. En esta línea aperturista es significativa la antigua S. 25-5-1945_(RJ 1945\690) que reconoció valor probatorio a reproducciones fotográficas, al no presentar en pugna con la ley y concretamente con el precepto procesal 504, estableciendo la resolución los requisitos para lograr eficacia»[3038].

En el ámbito penal, y con anterioridad a la reforma de 1995 –cuyo art. 26 introdujo una noción amplia de documento–, la STS de 19 de abril de 1991, a propósito de una estafa mercantil, abogaba por superar un concepto del documento ceñido a la escritura, postulando «un concepto material de documento», y razonaba:

> «El concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que *nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad*; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamentos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias

3038 STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1992, fto. jco. 1º (RJ 1992/9458).

> al igual que el documento escrito. Una inspiración ampliatoria late en el art. 560 del C. P. al aludir, diferenciadamente, a «papeles o documentos». En el propio campo de la Administración Pública se extiende el uso de nuevas técnicas en la llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora»[3039].

Y en el ámbito civil, la STS de 3 de julio de 1989 califica como documento privado unas fotografías que reflejan el estado de un edificio en régimen de propiedad horizontal y que son aportadas con el propósito de acreditar una obras inconsentidas[3040].

En una tercera fase se acepta el documento no escrito como modalidad singular de prueba documental. Se admite un concepto amplio de documento, en el que se prescinde del soporte papel como elemento identificativo y se acentúa su carácter de objeto representativo de un hecho de interés para el proceso.

En el ámbito contencioso-administrativo, la STS de 3 de noviembre de 1997 reconoce un concepto amplio de documento, que incluye los documentos electrónicos. Se razona que la noción de documento no puede limitarse al papel, como soporte, ni a la escritura, como unidad de significación, de forma que el ordenador y los ficheros que almacenan la información constituyen una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles. En su fundamento jurídico décimo se argumenta:

> «Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles»[3041].

En el ámbito penal, la STS de 2 de diciembre de 2000, a propósito de una estafa mercantil, razona que el concepto de documento admite los plasmados en escrito, y aquellos otros que pueden ser asimilados, entre los que enumera, a modo ejemplificativo, un ordenador, un vídeo, una película. Su razonamiento literal es el siguiente:

> «Si bien es cierto que ese concepto de documento ha sido clarificado en el artículo 26 del vigente Código Penal de 1995 no lo es menos que durante la vigencia del anterior también se consideró que los soportes informáticos podrían ser objeto de falsedad penal, y así tenemos que la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1997, que se apoya a su vez en las sentencias de 3 de junio y 11 de octubre de 1994, nos indica que *ha de entenderse por documentos a esos efectos, no sólo el escrito plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquello que se le puede asimilar*, por ejemplo, un disquette, un documento de ordenador, un video, una

3039 STS, Sala 2ª, de 19 de abril de 1991, fto. jco. 4º (RJ 1991/2813).

3040 STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1989, fto. jco.3º (RJ 1989/5283).

3041 STS, Sala 4ª, de 3 de noviembre de 1997, fto. jco.10ª (RJ 1997/5283).

película, etc, con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo»[3042].

Resoluciones judiciales recientes se pronuncian a favor de un concepto amplio de documento en el que lo esencial es la transmisión de información y lo secundario el soporte en que se recoge. Incluso alguna resolución destaca las ventajas del documento no escrito sobre el documento escrito, como la STS de 4 de noviembre de 2009, que literalmente, y en la parte que interesa, afirma:

«El soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación y la información. Cualquier sistema que permita elaborar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en soporte magnético. Se trata de una realidad social que el derecho no puede desconocer. El documento electrónico imprime en las «neuronas tecnológicas», de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito»[3043].

De la evolución jurisprudencial descrita, y con Sanchís Crespo, entendemos por documentos «todos aquellos objetos en los que a través de la vista, el oído o el tacto, pueda percibirse una manifestación de la voluntad o revelen a simple vista la existencia de un dato de interés para el proceso»[3044].

2.4.2. El concepto de documento en la LEC

La LEC opta por un concepto estricto de documento, que presupone el soporte papel y la escritura. Recordemos que el art. 578. 3ª LEC\1881 aludía, literalmente, a «los documentos privados y la correspondencia», lo que significaba implícitamente que el documento privado debía revestir forma escrita y estaba relacionado con la correspondencia. Y en la Exposición de Motivos de la LEC se anticipa que: «No habrá de forzarse la noción de prueba documental […] y no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una *consideración análoga a la de las pruebas documentales*» (párrafo 13ª, epígrafe XI). Esto es, no son documentos, pero sí tienen tratamiento procesal similar.

A efectos de prueba civil, el documento requiere el doble requisito de la expresión escrita de un acto o pensamiento humano y del soporte que pueda llevarse al tribunal para

3042 STS, Sala 2ª, de 2 de diciembre de 2000, fto. jco. 2º (RJ 2000/9955).

3043 STS, Sala 2ª, de 4 de noviembre de 2009, fto. jco. 2º (La Ley 226669/2009).

3044 Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donat, E.A., *La prueba por medios audiovisuales*…, ob. cit., p.64.

ser unido a los autos[3045]. Se ha afirmado acertadamente que «el concepto procesal civil de documento se contrae para dar cabida exclusivamente a aquellos instrumentos de fijación de la realidad que consistan en la fijación de palabras, si bien escritas en papel u otro material similar»[3046].

Los argumentos que sostienen el concepto estricto del documento son: a) La regulación de aportación de documentos (arts. 265 y ss. LEC), pues al aludir a los medios de reproducción de la imagen y del sonido y a los soportes informáticos, se hace de ellos una mención aparte y sin considerarlos documentos. La misma rúbrica del art. 265 LEC alude a los «documentos *y otros escritos y objetos* relativos al fondo del asunto». b) La regulación de la presentación de copias (arts. 273 a 280 LEC) alude siempre a los escritos y documentos, nunca a las copias de los medios audiovisuales o de los instrumentos informáticos. c) La enumeración de los medios de prueba en el art. 299 LEC, que en su apartado primero incluye los documentos y en su apartado segundo regula, de modo independiente –«y con cierto aire de secundariedad», en gráfica expresión de Montón Redondo[3047]– los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos; y d) Los arts. 317 a 323 (documentos públicos), 324 a 327 (documentos privados) y 328 a 334 (disposiciones comunes) regulan el régimen jurídico de las distintas clases de documentos y sus aspectos comunes, y entienden que se trata de escritos»[3048].

Los medios prueba audiovisuales y la prueba por instrumentos informáticos se consideran un medio de prueba autónomo, distinto de los documentos, como se desprende de su enumeración aparte en el listado del art. 299 LEC y de su regulación autónoma (sección 8ª, dentro del Capítulo VI –«De los medios de prueba y las presunciones»– del Título I del Libro II, arts. 382 a 384 LEC)[3049], siquiera en muchos aspectos su regulación es muy similar (así, por ejemplo, se impone también el deber de aportación de inicial –art. 265.1.2º LEC–).

3045 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.293.

3046 Cabezudo Rodríguez, N., *Omisiones y recelos…,* ob. cit., p.1703.

3047 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.177, afirma que los medios de reproducción «se introducen y regulan como medios independientes, incluso alejados de los demás en su tratamiento específico: núm. 1 del art. 299 LEC, los primeros; número 2 del mismo artículo los segundos, encabezándose con el adverbio «también», como diciéndonos: junto a estos medios de prueba, que son los de siempre, los buenos, los auténticos, hay otros, como con cierto aire de subsidiariedad».

3048 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 292-293.

3049 Sobre la naturaleza controvertida de la prueba de instrumentos pueden verse las opiniones divergentes Montón Redondo y Sanchís Crespo –que califican los documentos electrónicos como los documentos del siglo XXI–, por una parte, y de de la Oliva Santos y Ormázabal Sánchez –contrarios a la identificación entre la prueba de instrumentos de archivo y la prueba de instrumentos– en «Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas», Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Jiménez Conde, F. (coord.), ed. Sepín, Madrid, 2002, pp. 287 a 294.

Todo ello en coherencia con lo previsto en la Exposición de Motivos de la LEC que prevé la regulación de los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos y anticipa que «haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales».

2.4.3. El concepto amplio de documento

Para dar cabida a los documentos electrónicos –y, en general a los medios reproductivos– dentro de la prueba documental será necesario reformular el concepto «clásico» de documento, apegado a la escritura y al papel, y aceptar que «los nuevos soportes serán los documentos del siglo XXI»[3050], opción descartada por la LEC[3051], con olvido que esos nuevos soportes constituyen una modalidad de documentos singularizada por su obtención y reproducción a través de medios técnicos.

La incertidumbre doctrinal sobre el concepto de documento, vigente la LEC de 1881, provocó que en otros textos normativos se elaborara una noción autónoma de documento. El art. 26 CP de 1995 dispone que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

La LEC, apegada a la escritura y al soporte papel, ha provocado que el legislador tenga que ofrecer nociones más amplias y comprensivas de documentos en soportes distintos del papel y mediante textos no escritos, sea en la propia LEC –art. 812 LEC, para el juicio monitorio o el art. 728.2 LEC para el solicitante de medidas cautelares–, sea en leyes posteriores– ej. art. 114 Ley 24/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social o art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica–.

El citado art. 812 LEC, al regular las deudas que son susceptibles de reclamarse por el proceso monitorio, permite que se acrediten «mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase *o el soporte físico en que se encuentren,…*».

El art. 728.2 LEC requiere al solicitante de medidas cautelares «los datos, elementos y justificaciones documentales» conducentes a justificar sus pretensiones y se admite que tal acreditación «en defecto de justificación documental» pueda hacerse de otra manera, abriendo la vía para los medios reproductivos.

El art. 114 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social permite que los documentos públicos notariales se realicen en soportes informáticos y gocen igualmente de fe pública.

Y el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ofrece una definición de documento electrónico (art. 3.5), considera que el documento electrónico puede ser el soporte de documentos públicos y privados (art. 3.6) y que el soporte en que

3050 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ob. cit., p.305.

3051 Lorca Navarrete, A. Mª, crítica al concepto legal de documento, como «extremadamente clásico y tradicional», (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, p.672).

se hallen firmados los datos electrónicamente sea admisible como prueba documental (art. 3.8), todo lo cual ha provocado que se añada un apartado 3º al art. 326 LEC, regulador de la fuerza probatoria de los documentos privados, que contempla el documento electrónico.

El documento es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso[3052]. Bajo este concepto tienen cabida los documentos en soporte papel y no papel, expresados mediante la escritura u otra señal impresa, y también, por ende, los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos, pues como afirma Serra Domínguez «documento no es sólo un escrito, sino cualquier objeto representativo, teniendo mayor poder de representación la palabra o la imagen que la escritura»[3053].Y en términos similares Montón Redondo sostiene que documento es «todo aquello capaz de incorporar datos que cualquiera puede obtener, no solo por la lectura, sino también por su visionado o audición»[3054].

La argumentación expuesta, y que consagra la tendencia calificada por algún autor como «documentista»[3055], ha encontrado refrendo legal en textos normativos posteriores a la LEC. Así, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios en la Sociedad de la Información, cuyo artículo 24, apartado 2º, dispone: «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».Y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma electrónica otorga a los soportes electrónicos que incorporen datos firmados electrónicamente la consideración de documento (arts. 3.5 y 8, primer inciso, LFE).

Se ha criticado esta opción legislativa, no tanto porque conceptualmente resulte insostenible equipar el documento escrito con el documento electrónico, cuanto porque se desconoce la categoría de prueba por instrumentos, creada por el art. 384 LEC en el año 2000, esto es, tan solo tres años antes que la Ley de Firma Electrónica. Se argumenta que resulta difícil justificar la calificación como documento de los soportes informáticos electrónicamente firmados, como hacen los arts. 3.5 y 8, primer inciso, LFE, y en cambio catalogar como instrumentos del art. 384 LEC el resto de soportes electrónicos[3056].

El legislador no ha establecido una excepción a la noción de la prueba por «instrumentos informáticos» (arts. 299.2 y 384 LEC). Las cosas han sucedido de modo distinto. El legislador de la LEC de 2000 mantuvo un difícil equilibrio entre una concepción tradicional del documento, apegada a la escritura y al soporte papel, y la necesidad de dar cabida a las fuentes de prueba derivadas de los avances técnicos, creando *ad hoc y ex novo*, la

3052 Puede verse *per omnia* Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, p.212.

3053 Serra Domínguez, M., *Comentario art. 1215 CC,* ob. cit., p.106.

3054 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, ob. cit., p.178.

3055 Ormázabal Sánchez, G., *¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones entorno a la eficacia probatoria de la firma electrónica en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre,* en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 2006, p.162.

3056 Ormázabal Sánchez, G., *¿Avanzan en paralelo…?*, ob. cit., pp. 162 y 163.

categoría de la prueba por instrumentos, a manera de prueba autónoma con respecto de la documental. El legislador de la Ley de la Firma Electrónica asume una noción dogmática de documento que prescinde del soporte papel y de la escritura y equipara los soportes electrónicos firmados con el documento escrito.

Para superar la concepción del documento apegado a la escritura, sería necesaria una doble modificación de la LEC. Por un parte, suprimir el apartado segundo del artículo 299, que ha introducido la prueba por «medios e instrumentos» como una modalidad autónoma –y en cierto sentido secundaria– frente a los medios de prueba «clásicos» –que son los recogidos en el apartado primero del mismo art. 299 LEC–. Por otra parte, incluir dos grandes categorías de documentos dentro de los medios de prueba «clásicos», a saber, los documentos recogidos en soporte escrito y los documentos recogidos en soporte distinto –audiovisual, magnetofónico y electrónico–. Tanto los documentos en soporte escrito como en soporte distinto podrían, a su vez, ser documentos públicos o privados[3057].

La modificación legal propuesta es coherente con nuestra concepción dogmática del documento. Si entendemos que el documento es todo objeto representativo de un hecho de interés para el proceso lo fundamental es la capacidad representativa del objeto y lo secundario el soporte –papel, audiovisual, informático o electrónico– en que aparece recogido dicho objeto, pues ni la escritura ni el soporte son las notas esenciales del documento. Se trata de una solución ya adoptada en el Derecho Comparado, pues el art. 2.712 del Codice Civile italiano, regula las «reproducciones mecánicas» y constituye la Sección IV (*Delle riproduzioni meccaniche)* dentro del Capítulo II *(Della prova documentale)*.Y de modo similar se regula en el art. 362 del Código Civil portugués. En concreto, el precitado art. 2.172 alude a «Le riproduzzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni e, in genere, ogni altra rappresentazioni mecánica de fatti e di cose formano piena proba dei fatti e delle cose rappresentante […]».

2.5. Premisas para un concepto de documento

La necesidad de reformular el concepto de documento ha sido sentida, particularmente en España, ante la rigidez legal. Con motivo de la promulgación de la Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil, Sanchís Crespo apuntaba la conveniencia de formular un nuevo concepto de documento, y señalaba que los principales obstáculos se encontraban en la «barrera legal» –esto es, en el hecho que los textos legales identificaban el documento con el soporte escrito tradicional– y los problemas derivados de la seguridad de los documentos no escritos –esto es, las notas de fidelidad (identidad entre lo representado y lo realizado) y de perdurabilidad (constante disponibilidad de lo representado tal y como aconteció)–.

3057 En este sentido también, Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*…, ob. cit., p.452; y Cruz Rivero, D., *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, ed. Marcial Pons, 2006, p.82.

La misma autora defendía un concepto amplio de documento a partir de una triple premisa: 1º) Un argumento, la distinción entre las fuentes y los medios, que parte de la constatación que las fuentes, en cuanto realidades extraprocesales, son ilimitadas y los medios, en cuanto mecanismos para aportar las fuentes, son limitados y que en la prueba documental el documento es la fuente y el medio la actividad necesaria para incorporarlo al proceso, pudiendo existir nuevas fuentes de prueba (ej. documento electrónico) que no estuvieran previstas en el momento de la promulgación del Código Procesal Civil; 2º) Un indicio, la existencia de nuevas formulaciones legales, como podían ser, entre otras, el art. 25.2 de la Ley de 22 de diciembre de 1992, reguladora del Impuesto del Valor Añadido, desarrollada por el art. 25.2 del Reglamento, que reconocía validez jurídica a las facturas electrónicas[3058], o el art. 230 LOPJ que recogía las posibilidad de utilización de «medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos»[3059], o el art. 26 del Código Penal de 1995 que ofrece una noción de documento, a efectos penales, que huye deliberadamente de la escritura[3060], como se encarga de precisar también la jurisprudencia[3061]; o el art. 45.5 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que no solo ofrece un concepto amplio de documento, sino que reconoce formalmente efectos probatorios[3062]; y 3º) la constatación de un avance tecnológico, la implantación de la firma digital como sustituto de la manuscrita.[3063]

3058 Art. 25.2 Reglamento IVA: «La repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo, que podrá emitirse por vía telemática, en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente».

3059 Art. 230 LOPJ: «Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos, y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación».

3060 Art. 26 CP. «Se considera documento, a los efectos del proceso, todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

3061 No menor relevancia hay que otorgar a la función de la jurisprudencia, una vez promulgado ya el art. 26 del Código Penal. Es ilustrativa al respecto la STS, Sala 2ª, de 22 de enero de 1998, que en la parte que interesa afirma: «hoy en día, empero, la pretendida fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito [en referencia al soporte papel] no puede ser *condictio sine qua non*, para dejar de admitir lo que es uso común en el tráfico jurídico».

3062 Art. 45.5 LRJAP: «Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías o requisitos exigidos por éstas u otras leyes».

3063 Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donet, E.A., *La prueba por medios audiovisuales*…., ob. cit., pp. 67 y ss.

La concepción dogmática del documento, que supera la exigencia del soporte escrito, parte de la triple consideración del documento como (1º) objeto representativo de un hecho de interés para el proceso; (2º) objeto comprensivo de una unidad de información; y (3º) objeto de naturaleza mueble.

2.5.1. Objeto representativo de un hecho de interés para el proceso

Esta premisa, elaborada por Carnelutti y seguida por otros muchos autores, permite acentuar la razón de ser y utilidad del documento en detrimento del soporte papel y la grafía escrita. A ello aun cabría añadir que ese carácter representativo atribuido al documento permite la exteriorización de un pensamiento querido y con voluntad que tal exteriorización se perpetúe en el tiempo.

Con ello se recogen las funciones del documento como: a) expresión de un pensamiento del autor (función de garantía), pues el documento puede ser atribuido a la persona de un autor; b) expresión que se perpetua en el tiempo (función de perpetuación), pues a través de un soporte apto permite que perpetúen actos, hechos y declaraciones de voluntad; c) expresión de interés para el proceso (función probatoria), puesto que a través del documento se puede acreditar un acto, hecho o negocio jurídico y una vez creado, y caso de ser aportado al proceso, permite dejar constancia de cuáles eran los actos, hechos documentados o las relaciones jurídicas entre las partes.

El documento escrito y el documento electrónico participan del carácter de objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, pues en la génesis de ambos interviene una persona humana (un autor) que desea plasmar un acto, hecho o una declaración de voluntad. Se ha objetado que en las pruebas electrónicas no puede conocerse el contenido si no es a través de un aparato (ordenador) y que, a diferencia del documento escrito, es necesaria una actividad de práctica de prueba[3064], pero ni la necesidad de un aparato ni de una actividad de reproducción desvirtúan el carácter representativo de las pruebas electrónicas, sino que singularizan su práctica.

2.5.2. Objeto representativo de una unidad de información

Esta premisa atiende a la finalidad del documento como instrumento de comunicación entre personas o, cuando menos, como sistema de almacenamiento de datos. Con ello se desplaza la noción del documento del soporte papel para incidir en el requisito de la transmisibilidad de la información.

El art. 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, establece que «a los efectos del presente Real Decreto, se entiende por […] d)

3064 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.503.

Documento: entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada».

El documento escrito y el documento electrónico participan del carácter de objeto comprensivo de una unidad de información. Esta información puede plasmarse a través de signos convencionales y fácilmente asimilables por su destinatario (documento escrito) o puede plasmarse a través de «mensajes de datos», ya sea en su forma denominada «texto en claro», es decir, legible o entendible, ya sea en su forma encriptada, es decir, con posibilidad de ser leído y entendido a través de un procedimiento tecnológico normalizado (documento electrónico).

2.5.3. Objeto de naturaleza mueble

El documento es fácilmente transportable de un lugar a otro, siendo la movilidad una nota característica común al documento escrito y al documento electrónico, pues cualquiera que sea su soporte, por lo general, es susceptible de ser traído a presencia judicial.

El documento escrito y el documento electrónico son fácilmente transportables y trasladables de un lugar a otro ya sea mediante un soporte papel (documento escrito) ya sea mediante un dispositivo de almacenamiento de información o mediante su transformación en un documento escrito de formato papel (documento electrónico).

La definición expuesta se asienta sobre la base de considerar que la función del documento es la de incorporar una información con finalidad probatoria, prescindiendo del carácter de la información –escrita, gráfica, audiovisual– y del soporte que la contiene –papel, audiovisual o electrónico[3065]–, aun cuando se recoge en soporte fácilmente transportable. Por el contrario, se destaca que ese soporte –cualquiera que sea– debe tener la característica de ser duradero en el tiempo, pues solamente un soporte de tal naturaleza permite el almacenamiento de la información para que ésta pueda ser editada, extraída e intercambiada. Igualmente la noción ofrecida pone el acento en la nota del almacenamiento con eventual intercambio de información entre personas.

2.6. Perspectivas de lege ferenda

La regulación del documento electrónico puede contemplarse desde una triple perspectiva. Una primera posición parte del concepto de documento escrito, recondu-

3065 La abstracción con respecto al tipo de soporte y la necesidad de prescindir en esta materia de la distinción entre el documento y el soporte, ha llevado a Nieva Fenoll a afirmar, en gráfica expresión, que «el papel es tan soporte de la tinta como un CD es soporte de los datos que después lee el láser» (en *La prueba en documento multimedia*, ob. cit., p.313.

ciendo las restantes expresiones de un pensamiento sin escritura a objetos que no tienen la consideración legal de documento y que deben introducirse en el proceso a través de la prueba pericial o la prueba de reconocimiento judicial. Ha sido la posición dominante durante la vigencia de la LEC de 1881.

Esta posición ofrece la ventaja de permitir un concepto «cerrado» de documento, aun cuando puede ser un concepto de utilidad muy reducida, limitada a un número de fuentes de prueba concretas, y que deja sin resolver los interrogantes derivados de la aparición de documentos electrónicos, los cuales deberían ser objeto de definición y regulación en leyes extraprocesales. Además, siendo la LEC supletoria de otros órdenes jurisdiccionales, pudiera ser, como así ha sucedido en el Código Penal de 1995, que fuera necesario definir la noción de documento en otros ámbitos jurídicos.

A esta concepción del documento, basada exclusivamente en la escritura, se han dirigido dos objeciones. Primera, el considerar que el documento no escrito está expuesto a mayores posibilidades de adulteración que el documento escrito, lo cual no ha sido verificado experimentalmente. Y segunda, el estimar necesaria la práctica de un reconocimiento judicial y, en su caso, de una prueba pericial, para el examen del documento no escrito, con olvido que también el documento escrito debe ser examinado por el Juez, y de ser negada su autenticidad debe ser objeto de una prueba pericial caligráfica[3066].

Una segunda posición consiste en definir un concepto de documento que presuponga la escritura pero regular simultáneamente la prueba electrónica o, por emplear la terminología de la LEC, la prueba por «medios e instrumentos» (arts. 299.2 LEC y 328 a 384 LEC). Es la opción escogida por la LEC del año 2000.

Desde esta posición se regula el documento escrito y no se ignoran las expresiones no escritas del pensamiento que se introducen a través de la prueba por instrumentos o reproductiva, cuyo régimen jurídico, en lo sustancial, se asimila a la prueba documental. Ofrece el inconveniente de que el concepto de «instrumento» puede resultar excesivamente ambiguo y de que el régimen jurídico de la prueba por instrumentos sea demasiado genérico, lo cual tampoco evita la proliferación de una legislación extraprocesal.

Una tercera posición consiste en reformular el concepto de documento, en el sentido apuntado, dando cabida dentro de esta noción a todo objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, fácilmente transportable, y que contenga una unidad de información, cualesquiera que sea el soporte –papel, audiovisual o informático– y la expresión –escrita, sonora o visual– de dicha información.

Esta posición ofrece la ventaja de una noción omnicomprensiva de documento, en la que tendrían cabida las formas tradiciones y clásicas – léase, escritas– de expresión de un pensamiento humano y también las formas más recientes – esto es, no escritas, sino a través de imágenes, sonidos o datos–, resultando necesario introducir en la regulación legal aquellas particularidades que son propias del documento no escrito –audiovisual, sonoro

3066 Serra Domínguez, M., *Prueba documental*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.214.

o electrónico–. Como se ha escrito acertadamente «se hace necesario un concepto actual de documento que aglutine todas sus formas como medio de acreditación en juicio y en el tráfico jurídico»[3067].

Aun cuando un concepto amplio de documento probablemente no evitaría la existencia de una legislación extraprocesal – y sería necesaria, por citar un ejemplo, una ley sobre la firma electrónica– es de esperar que, cuando menos, el régimen jurídico del documento electrónico –en cuanto a su aportación, impugnación, verificación y valoración– podría ser objeto de un tratamiento procesal unitario en la Ley Procesal Civil y en la sección de la prueba documental, a modo de subsección.

3. Las nuevas tecnologías y su acceso al proceso

Como afirmaba Couture sería ilógico que el magistrado se viera privado de aplicar los nuevos métodos de prueba, en razón de que, cuando ocurrió el acto, ese medio de prueba no se hallaba instituido para demostrarlo[3068]. La tensión entre el carácter ilimitado de las fuentes de prueba y el carácter limitado de los medios de prueba obliga a la doble tarea de identificar las nuevas fuentes de prueba y razonar su acceso al proceso a través de uno de los medios legalmente previstos.

3.1. La distinción entre fuentes y medios de prueba

Premisa necesaria es la distinción entre «fuente» y «medio» de prueba que, procedente de Carnelutti[3069] y desarrollada por Sentís Melendo[3070], resuelve el interrogante de con qué se prueba. Siguiendo a Montero Aroca, podemos afirmar[3071]:

1) La fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico, que se corresponde con una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico y, más concretamente, un concepto procesal. Precisando aun más, el medio de prueba es un concepto del derecho probatorio que designa el instrumento o la actividad que permite la introducción de las fuentes en el proceso[3072].

3067 Moreno Navarrete, M.A., *La prueba documental*, ob. cit., p.22.

3068 Couture, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo-Buenos Aires: ed. BdF, 2004, p.213.

3069 Carnelutti, F., *La Prueba Civil*. Buenos Aires: ed. Arayu, 1955, p.67 y ss.

3070 Sentís Melendo, S., *La Prueba*, Ejea, 1979, pp. 14-16.

3071 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, p.150.

3072 Muñoz Sabaté, LL., *Introducción a la probática,* Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2007, p.12, recuerda que el término prueba puede

2) La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso; mientras que el medio cobra sentido en relación con un proceso y producirá efectos en un proceso concreto.

3) Las partes antes de iniciar un proceso buscan las fuentes de prueba y, una vez obtenidas, efectúan la proposición de los medios de prueba para introducir las fuentes en el proceso.

4) Las fuentes preexisten al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no existen medios, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no el proceso.

5) La fuente es lo sustantivo y material; el medio es la actividad.

Esta distinción conceptual se aplica a cada una de las pruebas. En el interrogatorio de las partes, la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso a través de un interrogatorio; en la prueba documental, la fuente es el documento y el medio es su aportación al proceso; en la prueba testifical, la fuente es el testigo y el medio es su declaración a través del interrogatorio; en la prueba pericial, la fuente es la cosa, materia o persona que se somete a la pericial, el medio de prueba es el dictamen de peritos; en el reconocimiento judicial, la fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, el medio es la actividad de percepción judicial.

La distinción entre fuente y medio de prueba también ha cuajado en el ámbito de la filosofía del derecho. Siguiendo a Gascón Abellán, se distingue entre medios de prueba, pruebas en sentido estricto (o resultados probatorios), y procedimientos probatorios.

Con la expresión «medio de prueba» se designa a todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa. Los medios de prueba tienen una función cognoscitiva de los hechos que se pretenden probar y vienen representados por la declaración de los testigos, la aportación de documentos, los dictámenes periciales, la percepción judicial directa, etc.

Con la expresión «resultado probatorio» se identifica el resultado obtenido a partir de los medios de prueba. La prueba en sentido estricto o resultado probatorio tiene una función justificatoria, pues permite confirmar o refutar las diversas aserciones verificadas en el proceso (ej. C pagó una cantidad X de dinero a D).

Y, por último, el «procedimiento probatorio» conecta los dos significados anteriores: los medios de prueba y la aserción (verificada) sobre el hecho. Se identifica con el proceso intelectivo (una constatación o una inferencia) mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se conocen los hechos relevantes para la decisión, es decir, se formulan o verifican hechos

---

ser enfocado desde tres direcciones: 1ª) como resultado, la prueba es el equivalente conceptualmente a evidencia; 2ª) como medio, la prueba equivale al instrumento; y 3ª) como actividad, la prueba equivale a la búsqueda de las fuentes y al desarrollo y optimización de los medios.

sobre estos enunciados[3073]. La misma autora matiza que, en el ámbito del Derecho probatorio, la anterior distinción debe completarse con la distinción entre fuente y medio de prueba[3074].

3.2. La distinción en la LEC

La LEC resuelve la tensión entre el carácter ilimitado de las fuentes de prueba y el carácter limitado de los medios de prueba recogiendo una enumeración de medios de prueba «clásicos» (art. 299.1. LEC comprensivo del interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), positivizando unos medios de prueba llamémosles «modernos» (art. 299.2 LEC, comprensivo de los medios de prueba audiovisuales y la prueba por instrumentos informáticos–) y abriendo las puertas a medios de prueba «futuros» e innominados (art. 299.3 LEC) con la formulación legal siguiente: «Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

El art. 299.3 LEC contiene una fórmula genérica que actúa simultáneamente como cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas fuentes pruebas (desconocidas o atípicas) y como «cláusula residual que cierra todo el sistema probatorio»[3075].Y aun cuando la literalidad del art. 299.3 LEC alude a «cualquier otro *medio* no expresamente previsto en los apartados anteriores», se está refiriendo, en rigor procesal, a cualquier otra *fuente* de prueba, puesto que los medios son limitados y las fuentes ilimitadas.

Como se ha precisado acertadamente «en el nuevo art. 299 apartados 2 y 3 no se regulan en puridad de sentido genuinos medios de prueba, sino nuevas fuentes de prueba, que podrán ser aportadas y utilizadas en el proceso a través de la actividad regulada en los arts. 382 a 384 de la LEC»[3076]. Similar afirmación se recoge en la jurisprudencia menor: «Se regula, pues, en la nueva LEC, la utilización de medios y soportes técnicos para la reproducción y archivo de imágenes, sonidos y datos de manera autónoma, aun cuando no suponen propiamente nuevos 'medios de prueba' independientes, sino nuevas fuentes de prueba» (SAP Barcelona, 2 de mayo de 2007)[3077].

3073 Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., ed. Marcial Pons, 2010, pp. 76-78.

3074 Gascón Abellán, M., ob. cit., p.77, nota a pie 101.

3075 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.21.

3076 En este sentido, Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.493; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*…, ob. cit., p.488; Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido,* ob. cit., p.177; Fernández Seijo, J.Mª, *Comentario al art. 382 LEC*, en «El Proceso civil», vol. III, ob. cit., p.2705.

3077 SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2 de mayo de 2007, fto.jco. 3º (La Ley 113346/2007).

Sin embargo, no es una opinión pacífica pues otros autores sostienen que la expresión «también se admitirán […] los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen» (art. 299.2 LEC) se refiere no a las fuentes de prueba, sino a los medios, en la medida que alude a la forma, sistema o modo de proceder para reproducir o hacer accesible a los sentidos (visual o auditivamente) las imágenes o sonidos correspondientes[3078].

La misma confusión se advierte en algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, en las que el término «medio» de prueba se utiliza en sentido impropio. Buen ejemplo de ello es la SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de noviembre de 2009, en la que se puede leer literalmente:

> «No obstante, se podría precisar que la copia del documento multimedia debe aportarse con ese soporte (y a través del medio [*rectius: fuente*] adecuado –pen drive–, por ejemplo) y no en papel[…][3079]»

En el anterior contexto el «pen-drive» (o, en su caso, el archivo electrónico) constituye la fuente de prueba y «la copia del documento multimedia» la forma de practicar la prueba. La confusión aumenta por el uso de la expresión «medios e instrumentos» (arts. 265.2; 299.2 y 382 LEC) para designar a las fuentes de prueba.

El legislador, en coherencia con su propósito de no forzar la noción de documento (escrito), crea *ex novo y ad hoc*, los medios de prueba audiovisuales y la prueba por instrumentos informáticos (art. 299.2 LEC), como un medio de prueba autónomo de los documentos públicos o privados (art. 299.1, 2º y 3º LEC). Hubiera sido preferible acoger un concepto amplio de documento –comprensivo de los recogidos en soportes audiovisuales y electrónicos– y admitir que las TIC accedieran al proceso a través de la aportación de documentos y cualesquiera otros medios de prueba[3080]. Bastaba con atender a las particularidades de las pruebas por «medios de audiovisuales» y de las pruebas por «instrumentos informáticos» en orden a su aportación a las actuaciones y las garantías para preservar su autenticidad.

Se ha afirmado que la *fuente* de prueba electrónica «es el soporte en el cual ha quedado grabado el hecho histórico que vamos a introducir en el proceso», precisando que se trata de un objeto material (diskettes, flash, pen drive, DVD, etc.), mientras que el *medio de prueba* «será la reproducción realizada ante el órgano jurisdiccional»[3081]. Disentimos de tal parecer, puesto que la fuente no puede identificarse con el soporte que recoge el contenido de la información, ni el medio de prueba con su reproducción a presencia judicial.

La reproducción ante el órgano judicial no es un medio de prueba, sino la forma de practicar de la prueba electrónica. Es una fuente de prueba que recoge información intangible y precisa de un aparato de reproducción para su práctica en el acto del juicio[3082]. Dado

3078 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.173.

3079 SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 4ª, de 18 de noviembre de 2009, fto. jco.2º (JUR 2010\77692).

3080 En este sentido Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*…, ob. cit., p.180.

3081 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…, ob. cit., p.264.

3082 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 382,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1765.

que la información electrónica no puede ser «leída», como si se tratara de un documento escrito, se prevé que la parte pueda aportar una transcripción escrita de su contenido (art. 382.1 LEC), o que el contenido sea examinado por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal se disponga utilizar (art. 384.1 LEC). Los medios de prueba, de carácter limitado, son los recogidos en el artículo 299.1 LEC, a saber: interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos.

Con respecto a la prueba por medios audiovisuales (art. 382 LEC) la fuente de prueba serán las palabras, imágenes y sonidos[3083]. Por su claridad y precisión, transcribimos literalmente, y en la parte que interesa, la SAP Barcelona de 2 de mayo de 2007 [3084], que distingue entre la fuente, el medio y la práctica de las pruebas, en los términos siguientes:

> «Entre las modalidades: A) los medios de reproducción ante el tribunal de la palabra, la imagen y el sonido contenido en soportes (arts. 382 y 383 LEC). Ello impone una serie de precisiones: la palabra, la imagen y el sonido (la palabra es «sonido») son las fuentes de prueba de donde pueden obtenerse los datos relevantes para el proceso; tales fuentes son captadas con instrumentos de grabación, filmación u otros análogos (magnetófono, cassette, aparato de video, …) y recogidos en un soporte determinado (cinta magnetofónica, cinta de video, soporte informático que recoja imágenes o sonidos) lo que sin duda planteará problemas sobre quién ha de proporcionar el aparato para la reproducción; la prueba es la reproducción ante el tribunal de la palabra, la imagen o el sonido».

Con respecto a los instrumentos informáticos (art. 384 LEC), la fuente de prueba serán las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas[3085]; tales fuentes se almacenan y se recogen en instrumentos de archivo, conocimiento o reproducción de datos (DVD, CD, CD-rom, pen drive, disco duro,…); la práctica de la prueba es la reproducción ante el tribunal de las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas.

3.3. Los medios de prueba y el acceso al proceso

El Derecho Probatorio analiza si las nuevas fuentes de prueba (el soporte que recoge el e-mail, la página web, las redes sociales de Internet, etc.) pueden servirse del cauce de la prueba documental –u otro medio de prueba– para acceder al proceso y las dificultades inherentes a su introducción –como puede ser su impugnación o su eficacia probatoria–, pues la regulación de los artículos 299.2 y 382 a 384 LEC ha abierto, en gráfica expresión

3083 En este sentido Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.493.

3084 SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2 de mayo de 2007, fto. jco.3 (La Ley 113346/2007).

3085 Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.493; Pérez Gil, J., *Documento electrónico*…, ob. cit., p.221, quien además precisa que la fuente es el «archivo informático o instrumento electrónico, con independencia de su formato, soporte o cualquiera de sus características».

jurisprudencial, «un campo hasta ahora inexplorado de fuente de prueba preconstituida» (SAP Barcelona, 11 de marzo de 2003 [3086]).

El *quid* radica en identificar a través de qué medio de prueba las nuevas fuentes pueden acceder al proceso, a cuyo efecto debemos analizar separadamente los distintos medios de prueba[3087].

3.3.1. Interrogatorio de las partes y de testigos

Las pruebas personales son aptas para trasladar las nuevas fuentes de prueba electrónicas. El contenido de una página web o de un e-mail, o la emisión y/o recepción de un correo electrónico, por citar algunos ejemplos, son hechos que las partes o un testigo pueden reconocer en el curso de un interrogatorio. La página web o el e-mail puede exhibirse a la parte o al testigo, de modo similar a un interrogatorio con exhibición de documentos (ej. piénsese en la exhibición del croquis del lugar del accidente en supuestos de reclamación por daños y lesiones).

El interrogatorio de las partes tendrá eficacia de prueba tasada cuando el reconocimiento verse sobre hechos personales de la parte interrogada, sea enteramente perjudicial para la parte y no resulte contradicho por otros medios de prueba (art. 316.1 LEC). Así, por ejemplo, cuando una parte reconoce que ha remitido un correo electrónico desde su ordenador, en el que presta conformidad a una transacción comercial, y a resultas de la cual adeuda cierta cantidad de dinero, y dicho reconocimiento no resulta desvirtuado por los demás medios prueba.

El interrogatorio de testigos se valora conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo a la razón de ciencia que ofrezca el testigo, sus circunstancias personales y, en su caso, la concurrencia de un motivo de tacha y su resultado (art. 376 LEC). Así, por ejemplo, el testigo puede afirmar que un sujeto ha enviado un correo electrónico, identificando el remitente, el destinatario y su contenido, porque todas las operaciones se efectuaron en su presencia.

El contenido de la página web o la emisión y/o recepción del correo electrónico puede ser reconocido por un testigo-perito (art. 370.4 LEC). Se trata de un testigo cualificado por sus conocimientos, pues el art. 370.4 LEC «permite al juzgador, al practicarse el interrogatorio, aceptar que quien ha sido propuesto como testigo, además de su función específica, añada lo que la ley llama manifestaciones, esto es, juicios por aplicación de conocimientos científicos, artísticos o prácticos a los hechos que reconoce» (SAP Las Palmas, 22 de enero de 2004). Así, por ejemplo, será testigo-perito aquella persona que, además de presenciar el envío de un e-mail, tiene unos conocimientos profesionales, que le permiten identificar las características técnicas del ordenador remitente y el proceso informático de emisión y/o recepción del e-mail.

3086 SAP Barcelona, secc. 12ª, de 11 de marzo de 2003, fto. jco. 1º (TOL247.896).

3087 Seguimos, en lo sustancial, la exposición de Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, pp. 1079 y ss.

3.3.2. Prueba documental

La prueba documental también constituye un soporte apto para incorporar al proceso las nuevas fuentes electrónicas, pues, en realidad, un e-mail o una página web no deja de ser un documento con la singularidad que aparece recogido en un soporte informático. Podemos distinguir su acceso como documento privado, público y multimedia.

a) Acceso como documento privado. Cabe efectuar la impresión privada de una página web o de un correo electrónico e incorporarlo al proceso, como si se tratare de un documento escrito tradicional en soporte papel. Su eficacia probatoria dependerá de la actitud procesal de la parte adversa.

Si la página web o el correo electrónico no se impugnan –y obviamente también si se reconocen– por la adversa, tendrán el valor de prueba plena (art. 326.1 LEC) y su eficacia se extenderá «al hecho, acto o estado de casos que documenten, la fecha en que se produce la documentación y las personas intervinientes» (art. 319.1 LEC).

Si, por el contrario, la página web o el correo electrónico se impugnan, su eficacia probatoria se valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326.3 LEC), pudiendo resultar útil proponer una prueba pericial para acreditar su autenticidad (art. 326.2 LEC).

b) Acceso como documento público. Cabe solicitar un acta de protocolización o de presencia notarial para dar fe del contenido de una página web o de un correo electrónico.

El acta de protocolización tendrá lugar cuando un particular acude a la notaría y entrega una página web o un correo electrónico. Es el supuesto en que un particular o un tercero efectúa una impresión previa y privada de la página web o del correo electrónico y posteriormente solicita su protocolización. En este caso, el notario extiende un acta de protocolización haciendo constar los datos de identidad del compareciente, el hecho de la entrega de un documento previamente impreso, así como la fecha de tal entrega, sin que la fe pública notarial alcance la existencia de la página web o del correo electrónico en la red. La fe pública notarial extiende su ámbito de eficacia privilegiada a aquello que el notario ve o percibe por los sentidos.

El acta de presencia tendrá lugar cuando un particular solicita del notario que navegue a través de la red. Se trataría, en este supuesto, de la personación del notario en un lugar virtual. Tras navegar por la red el notario puede extender acta de las operaciones efectuadas –acceso a las páginas web, verificación de los e-mail recibidos o emitidos, etc.–, así como recoger sus impresiones. En este caso, la fe pública notarial se extiende a los contenidos percibidos por el notario (ej. menciones recogidas en una determinada página web o contenido de un concreto e-mail). El particular puede, en este sentido, requerir un acta de presencia notarial porque determinada información que se está dando en una página web de internet lesiona los derechos del requirente[3088].

3088 Sobre la implantación del documento público notarial a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, puede verse García Mas, F.J., *El documento público electrónico*, ob. cit., pp. 115 y ss.

Merece dejar constancia del art. 17 bis de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y que se refería a las medidas para la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos como forma válida de la actividad notarial. En concreto, el citado artículo dispone: «En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

El art. 17 bis de la Ley del Notario extiende la dación de fe más allá de unos hechos sensorialmente perceptibles –como sucede con el art. 319 LEC, que se limita a la existencia del hecho, la fecha y la intervención de los sujetos–, para extender dicha dación de fe a lo que, en puridad, son juicios o apreciaciones del notario –sobre la capacidad y legitimación de los otorgantes, la libre prestación del consentimiento, el carácter debidamente informado de la voluntad y, en fin, la adecuación del otorgamiento a la realidad–[3089].

La eficacia probatoria del documento público notarial será la prevista, como en todo documento público, con el alcance del art. 319 LEC, esto es, la de prueba tasada. La impugnación de la eficacia probatoria del documento notarial, no pasa por las previsiones del cotejo de letras (arts. 320 a 322 LEC), sino por demostrar la eventual falsedad del contenido del documento público electrónico –ej. pese a la encriptación, se ha alterado el contenido del documento– o usurpación –demostrando que la firma electrónica no fue realizada por su titular, sino por un usurpador–.

La introducción de las TIC a través de la prueba documental revela el ingenio de no pocos letrados para vencer las reticencias judiciales frente a la admisión de la prueba electrónica, por una parte, y para que ésta no quede sometida a las reglas de la libre valoración. Constituye, además, un argumento que permite refrendar la equivalencia funcional entre el documento presentado en soporte papel y en soporte electrónico. Ante la duda, por citar un ejemplo, de si el juzgador va admitir un correo electrónico aportado a través de un pen drive, el letrado prefiere «volcarlo» en soporte papel y aportarlo como una prueba documental, de manera que pueda desplegar la eficacia de prueba tasada (arts. 319.1 y 326.1 LEC).

3089 Ortells Ramos, M., *Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. Reflexiones sobre el art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 684, julio-agosto, 2004, p.2.

Si el letrado, además, quiere presentar el citado correo electrónico como una documental pública acudirá al despacho del notario, el cual extenderá un acta de protocolización, en la que recogerá la identidad del compareciente, la fecha de recepción del correo electrónico y podrá incorporar también una fotografía del correo electrónico. Si el letrado, además, sospecha que la parte contraria puede impugnar la autenticidad o integridad del correo electrónico, junto con la prueba documental aportada en soporte papel, podrá acompañar un dictamen pericial en el que se detalle el ordenador de donde fue extraído el correo electrónico, la fecha de su extracción y cualquier otro aspecto relativo a la conservación de la cadena de custodia.

El iter preprocesal descrito, desde la existencia de un simple correo electrónico con efectos probatorios hasta su incorporación al proceso evidencia que la «fuente de prueba electrónica» ha sido convertida en un «medio de prueba documental» mediante la preconstitución de un documento (privado o público) y de un dictamen pericial[3090]. El proceso de preconstitución probatoria refuerza la consideración que las fuentes de prueba son ilimitadas y los medios son limitados, de modo que ante la aparición de una nueva fuente de prueba no prevista por el legislador, por desconocida o inexistente, debemos preguntarnos por el medio de prueba idóneo para su incorporación al proceso.

c) Acceso como documento multimedia. Los documentos multimedia –esto es, diskette, CD, DVD, pen drive, etc. constituyen unos soportes especialmente aptos para recoger el contenido de una página web o un e-mail, particularmente cuando contengan animación y/o sonidos. Al igual que en el caso de los documentos privados, se trata del registro privado de una página web o de un e-mail.

3.3.3. Prueba pericial

La prueba pericial constituye también un instrumento para el acceso de las nuevas fuentes de prueba, si bien cabe distinguir dos formas distintas de acceso.

a) Acceso a modo de prueba pericial instrumental.

La prueba electrónica puede precisar de una pericial informática tanto para percibir cuanto para valorar una prueba (art. 352 LEC). La intervención del perito informático es particularmente útil en aquellos supuestos que se haya impugnado la falta de autenticidad o integridad del soporte informático. Se trataría, a modo de ejemplo, que la prueba pericial se utilice para determinar si una firma digital corresponde a una persona o para desencriptar el contenido de un disquette informático[3091].

3090 Illán Fernández, J. Mª, *La prueba electrónica*…, p.333, nota a pie 73, describe más exhaustivamente esta «conversión» de la «fuente» de prueba electrónica en «medio» de prueba documental.

3091 Sanchís Crespo, C., *La prueba por soportes informáticos,* ob. cit., p.102.

b) Acceso a modo de prueba pericial autónoma.

La prueba electrónica puede consistir en una pericial autónoma, no supeditada a otros medios, cuando se precisan conocimientos informáticos específicos, como puede suceder, a modo de ejemplo, para averiguar el número de visitas que ha recibido una página web, las rutas de redireccionado o la posible instalación de cookies[3092]. En tal caso, la parte puede acompañar junto con los escritos de alegaciones un dictamen pericial emitido por un perito informático (art. 336 LEC) o, en su caso, solicitar la designación judicial de perito informático (art. 339.2 LEC).

Sea como pericial instrumental o como pericial autónoma es una modalidad de prueba pericial, a la que será de aplicación el régimen legal previsto en la LEC (arts. 335 a 352), pero singularizada en atención a factores subjetivos, objetivos y otros derivados de la pericia, e inherentes a su especificidad, y de los que nos ocuparemos más adelante[3093].

3.3.4. Reconocimiento judicial o cibernavegación

El reconocimiento judicial es un medio apto para incorporar la evidencia electrónica y, particularmente, para la percepción judicial directa de datos de prueba del entorno digital. Dispone el art. 353 LEC que el «reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún objeto, lugar o persona». El entorno digital es susceptible de reconocimiento estimando que el objeto del reconocimiento puede ser un lugar, entendido éste como lugar virtual, o puede ser un objeto, entendido por el ordenador a través del cual se accede a la red[3094]. La percepción judicial directa se instrumentaliza a través de la navegación por la red o cibernavegación.

La proposición del reconocimiento judicial tendrá lugar en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal) y la parte proponente deberá precisar: a) los extremos principales objeto del reconocimiento (ej. el contenido de una página web; el número de e-mail enviados o recibidos; la identificación de los remitentes o destinatarios de los e-mail; el número de visitas efectuadas a una determinada página web; el número de elementos descargados, etc) (art. 353.1 LEC); b) si desea concurrir a la prueba del reconocimiento con alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.1 LEC). La amplitud de la dicción legal que alude indistintamente a una «persona técnica o práctica» permite entender que la parte proponente podrá acudir al acto del reconocimiento auxiliado por una perito informático; c) si el reconocimiento judicial se llevará cabo en la sede del tribu-

3092 Ejemplos propuestos por Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, rev. Jurídica de Catalunya, 2001, p.1082.

3093 Puede verse el epígrafe 5.5.3. de este capítulo.

3094 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, ob. cit., p.1084.

nal, aportando (o no) los medios técnicos para su práctica, o, por el contrario, el juez deberá desplazarse al lugar donde se encuentra el ordenador.

A la vista de la proposición del reconocimiento efectuada por la parte proponente, las demás partes personadas podrán proponer la ampliación del reconocimiento judicial a otros extremos distintos e indicar, igualmente, si proponen una persona técnica o práctica (art. 353.2 LEC). En la misma audiencia previa o en la vista del juicio verbal, el juez admitirá (o, en su caso, denegará) el reconocimiento propuesto, precisando los extremos del mismo, si se admite la presencia del técnico o práctico propuesto y el lugar en que debe practicarse.

La práctica del reconocimiento judicial precisa una referencia al lugar, tiempo, forma y la eventual concurrencia con otros medios de prueba. El lugar del reconocimiento puede ser la sede del tribunal y así sucederá cuando el reconocimiento se practica en el ordenador del juzgado (ej. solicitando se acceda a una determinada página web) o en un ordenador portátil que haya podido facilitar la parte proponente. Pero también puede practicarse el reconocimiento fuera de la sede del juzgado y así sucederá cuando el juez tenga que desplazarse a un lugar para examinar un ordenador fijo (ej. solicitando se indique el número de e-mail remitidos a cierto destinatario).

El reconocimiento judicial se practica, como regla general, siguiendo el orden en la práctica de los medios de prueba, después del interrogatorio de las partes, de testigos y de la contradicción de los peritos, a salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, aprecie la concurrencia de circunstancias que permitan alterar dicho orden (art. 300 LEC). También podrá practicarse como prueba anticipada (art. 294 LEC) y como diligencia final (art. 435 LEC).

El reconocimiento se practica en presencia del juez, asistido por el secretario, y con la intervención de letrados, procuradores, técnicos o prácticos. Siendo una prueba directa, lo esencial es que el juez perciba directamente el entorno informático, sea tecleando personalmente el ordenador, sea visionando la pantalla y el entorno digital a partir de las instrucciones de un técnico o práctico.

Eventualmente el reconocimiento judicial puede practicarse, de oficio o a instancia de parte, con la prueba pericial (art. 356 LEC) y puede practicarse también, aun cuando solo a instancia de parte, con el interrogatorio de las partes y/o de testigos (art. 357 LEC). Si se practica conjuntamente con la prueba pericial podrá consistir en una práctica simultánea de ambos medios de prueba, esto es, procediéndose por el juez a la navegación por la red o la percepción de la pantalla del ordenador y simultáneamente a la aportación de máximas de experiencia técnicas por el perito informático. Si se practica conjuntamente con el interrogatorio de las partes y/o de testigos se practica de forma sucesiva, de manera que primero se procede a navegar por la red o percibir la pantalla del ordenador y acto seguido a la declaración de la parte y/o del testigo.

El secretario judicial levanta acta detallada del reconocimiento (art. 358.1 LEC). Dicha acta, además de identificar los sujetos comparecientes, recoge las percepciones del juzgador, pudiendo resultar muy útil adjuntar una copia impresa de las páginas visitadas o del contenido de los e-mails examinados. También es posible recoger el contenido del re-

conocimiento por medios técnicos y en soporte apto para su custodia por el tribunal (CD, DVD, pen drive, etc.).

No existe previsión legal sobre la valoración del reconocimiento judicial, afirmándose por algunos autores que se trata de un medio de prueba al margen de la clasificación de la prueba en legal o libre[3095]. Sea como fuere, la percepción directa por el juez del contenido de una página web o de un e-mail coadyuva a la formación de la convicción judicial y puede resultar un elemento probatorio decisivo.

4. La problemática de la prueba electrónica

De la variada problemática que suscita la prueba electrónica interesa centrar nuestra atención en tres aspectos. En primer lugar, la proliferación normativa que disciplina el fenómeno de las TIC y, más concretamente, quién asume la iniciativa legislativa y qué se está regulando. En segundo lugar, las garantías de autenticidad, integridad y licitud de las pruebas electrónicas para superar el «test de admisibilidad» e integrarse en el proceso hasta desplegar su eficacia probatoria.Y en tercer lugar, una sucinta referencia a la incidencia de la prueba electrónica en las jurisdicciones laboral, penal y civil, identificando los supuestos en que su uso deviene más frecuente.

4.1. La proliferación y fragmentación legal

La inexistencia de una regulación específica sobre prueba electrónica en la mayoría de las Leyes Procesales Civiles está propiciando la aparición de una normativa –sea internacional, comunitaria o nacional– que, con respecto determinados aspectos –fundamentalmente el documento electrónico y la contratación electrónica–, pretende colmar el vacío legislativo.

A nivel internacional, las Naciones Unidas, a través de UNCITRAL, recomienda una adecuación de las legislaciones de cada país y ha emitido el documento *Legal Value of Computer Records*, en el que se expresa que las normas o reglas concernientes a las pruebas relativos a registros de computadora, no deben suponer un obstáculo para el uso de tecnologías emergentes, tanto a nivel nacional como internacional[3096].

3095 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento Judicial,* en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.559, con cita en este extremo de Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba y su impugnación*, Salamanca, 1978, p.348. Añade, además, Serra Domínguez que «si el juez ha observado unos hechos determinados en forma directa, no puede, humanamente, sustraerse a declararlos probados, sin que sea imaginable la hipótesis de que el Juez desconozca los resultados de la prueba. Los hechos observados se imponen al juez quien debe recogerlos necesariamente en la sentencia».

3096 de Urbano, E., *La valoración de la prueba electrónica*, ob. cit., p.50.

A nivel comunitario, debe mencionarse la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento de Europa y del Consejo, de 13 de Diciembre de 1999, por la cual se establece un marco unitario para la firma electrónica. También debe apuntarse que la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea, dentro del Programa Marco AGIS, aprobó un primer estudio sobre la prueba electrónica en Europa.

A nivel nacional, hay que destacar la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica –que sustituyó al Real Decreto-Ley 14/1999, primer texto normativo con rango de ley que el legislador español dedicó a la firma electrónica– y cuya finalidad fundamental es la regulación de la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación (art.1 LFE). Y, más recientemente, la Ley 25/2007 de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.

A nivel doctrinal se ha postulado la reformulación de los derechos fundamentales y la aparición de una «tercera generación» de derechos constituidos por las garantías del individuo frente al deterioro de las libertades a consecuencia de las nuevas tecnologías. Se alude al derecho al secreto de las comunicaciones informáticas y telemáticas, la intimidad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, formando el conjunto de las «libertades informáticas»[3097].

Los desafíos legislativos derivados de los avances de las TICS son múltiples, pero nos limitamos a dejar constancia de, cuando menos, algunos de ellos. En primer, la necesidad de una legislación, discutiéndose el ámbito de la misma y, en particular, si esta legislación debe circunscribirse al ámbito europeo o debe abarcar incluso un ámbito más internacional.

En segundo lugar, de técnica legislativa, pues uno de los avances significativos de la LEC, con respecto a su predecesora (la LEC de 1881), fue la concentración de toda la normativa probatoria en un solo Cuerpo Legal, tal como se anuncia en su Exposición de Motivos[3098], concluyendo con la dispersión que provocaba la existencia de una doble normativa –LEC\1881 y Código Civil–, conquista ésta, que se ha visto cuestionada ante la aparición de leyes sustantivas que regulan aspectos procesales de la prueba electrónica (Ley de Firma Electrónica, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información). La concentración normativa es tanto más importante cuanto que la LEC es de aplicación supletoria en los demás órdenes jurisdiccionales (art. 4 LEC).

Y, en tercer lugar, la necesidad de una regulación flexible y abierta, pues a buen seguro y en los próximos años asistiremos a la aparición de nuevas «fuentes de prueba», hoy desconocidas, que deberán también encajarse dentro del concepto de prueba electrónica.

3097 Sanfulgencio, J. A., *Las pruebas electrónicas desde la perspectiva jurídico-laboral: relevancia empresarial,* II Seminario de Pruebas Electrónicas, p.4.

3098 Epígrafe XI, párrafo 2º: «La prueba, así incardinada y con derogación de los preceptos del Código Civil carentes de otra relevancia que la procesal, se regula en esta Ley con la deseable unicidad y claridad, además, de un amplio perfeccionamiento, en tres vertientes distintas».

4.2. El «test de admisibilidad»: autenticidad, integridad y licitud

Con respecto a los documentos convencionales afirmaba Gómez Orbaneja que a la prueba documental propiamente dicha o prueba *por* el documento, ha de preceder la prueba de la autenticidad *del* documento[3099], esto es, un proceso de verificación –para otros autentificación[3100]– documental. La autenticidad del documento constituye un *prius* o presupuesto de su eficacia probatoria.

La impugnación de un documento escrito puede versar sobre tres aspectos. En primer lugar, la autenticidad, esto es, la concordancia del autor aparente con el autor real. En segundo lugar, la exactitud, esto es, la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original. Y en tercer lugar, la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones o testimonios contenidos en el documento con la realidad. La impugnación de la autenticidad o la exactitud tiene lugar en la audiencia previa –o, en su caso, en la vista del juicio verbal– mediante el trámite de posicionamiento ante documentos (art. 427.1 LEC), mientras que la valoración de la certeza del documento debe referirse a la fase de dictar sentencia.

Los documentos electrónicos también han de observar unas garantías específicas. En primer lugar, la autenticidad, en el sentido de constatación de la realidad del sujeto al que se atribuye. En segundo lugar, la integridad o exactitud, esto es, que el soporte que se presenta no ha sido alterado y el documento concuerda con su original. En tercer lugar, la licitud, esto es, la obtención con respeto a los derechos y libertades fundamentales. Y, finalmente, la certeza, esto es, la concordancia del contenido del documento electrónico con la realidad. Al igual que el documento escrito, la verificación de la certeza es cuestión a valorar en la sentencia, debiendo valorarse en la audiencia previa los restantes aspectos.

A continuación efectuaremos un análisis comparativo de las garantías de autenticidad, integridad y licitud entre el documento escrito y el documento electrónico.

a) La autenticidad o identificación de la autoría. En el documento escrito la autoría puede acreditarse mediante la firma manuscrita o el sello comercial; en el documento electrónico, se identifica el ordenador desde el que se envía, pero no quien es su remitente, existiendo mayor facilidad para suplantar la identidad del remitente[3101].

3099 Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, Madrid, 1976, p.342, al que sigue Serra Domínguez, M., *La prueba documental*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ob. cit., p.231. Ya Devis Echandía señalaba, entre los requisitos para la eficacia del documento, que esté establecida o presumida su autenticidad (*Teoría de la prueba judicial*, t. 2, 5ª ed., ed. Víctor P. de Zavalía, 1981, p.535).

3100 Molins García Atance, J., *Impugnación y autentificación documental*, en Diario La Ley, núm. 6143, p.1, prefiere la denominación «autentificación de la prueba documental» por ser más coherente con la terminología empleada por la LEC –que se refiere a la autenticidad de los documentos– y en atención a la propia tradición jurídica española.

3101 Cervelló Grande, J. Mª., y Fernández, I., *La prueba y el documento electrónico*, ob. cit., p.394.

El documento escrito permite la identificación de su autoría, bien porque aparezca firmado por un sujeto cuya identidad no es cuestionada, bien porque la parte perjudicada lo reconozca expresamente.Y caso de negarse o ponerse en duda la autoría del documento, se acudirá a la verificación de su autor a través del cotejo de letras (art. 349 LEC), sistema consistente en la comparación entre un documento indubitado y otro dubitado.

El documento electrónico, por el contrario, no permite la identificación de su autoría, sino simplemente del ordenador en el cual se ha confeccionado o a partir del cual se ha remitido, pero sin identificar al sujeto que lo ha confeccionado.

b) La conservación de la integridad o exactitud. En el documento escrito se pueden detectar las modificaciones a través de pruebas periciales o del cotejo de letras; en el documento electrónico, las eventuales alteraciones precisan de una prueba pericial informática, más compleja, para determinar cuándo se ha realizado una modificación, desde qué terminal y qué cambios se han realizado en el documento electrónico.

Al respecto es necesario distinguir entre documento con firma electrónica reconocida y aquellos que no aparecen así signados. En los primeros, una vez estampada la firma digital resulta imposible la modificación del documento, de modo que la integridad del documento queda garantizada. Por el contrario, en el resto de documentos informáticos no firmados con tal garantía, aparecen los problemas de autoría e integridad[3102].

El documento escrito tiene una existencia física autónoma y perceptible por los sentidos, por lo que cualquier falsificación supone una alteración de las características físicas del documento. Por el contrario, el documento electrónico viaja por una red que en principio es de acceso público y se puede reproducir en diversos lugares fuera del alcance de los intervinientes. Pueden acceder al documento electrónico personas distintas de los intervinientes que pueden alterarlo[3103].

Las técnicas más comunes para garantizar el control de la integridad o exactitud de un documento electrónico son: 1º) verificar la utilización correcta del código secreto PIN (Personal Identificación Number) y que consiste en una combinación de cifras y/o letras que el sujeto conoce y digita sobre el teclado del sistema que va a utilizar.; 2º) desencriptar el documento cuando aparece encriptado, rastreando quien conoce el sistema de codificación empleado. La criptografía se utiliza para hacer efectivos numerosos mecanismos de seguridad informática y consiste en la codificación del texto a transmitir con la ayuda de claves y de algoritmos, de modo que la información así tratada deviene ininteligible para toda persona que no posee la clave de desciframiento; y 3º) la aplicación de la biometría (iris del ojo, huella

3102 DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, ob. cit., p.52.

3103 TEMBOURY REDONDO, M., *La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales*, en «Derecho de Internet», ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p.418.

dactilar) que permite validar un documento así signado. La biometría es una ciencia que estudia características mesurables de los seres humanos, aun cuando la mayoría de sus métodos (reconocimiento del iris, de la voz, tipología de sangres y tejidos, etc.), aun están en fase de experimentación[3104].

c) La lícita obtención. Cuando en la obtención del documento electrónico se han violado los derechos y libertades fundamentales deberá inadmitirse el documento así obtenido a través del incidente de ilicitud de prueba y que analizaremos al abordar la obtención y aportación del documento electrónico[3105].

Dentro de las pruebas electrónicas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales se distinguen dos supuestos[3106]. En primer lugar, las pruebas cuya realización en sí misma es ilícita, por suponer la anulación o disminución de la voluntad del sujeto interviniente en el medio de prueba. Son las pruebas que derivan de una actividad realizada por las partes de modo unilateral que suponga una infracción o violación de un derecho fundamental (ej. obtención de un disco-duro con violencia o intimidación). Las pruebas realizadas con violencia o intimidación son nulas, por infracción del art. 225.2 LEC y del art. 11 LOPJ y deben ser expulsadas del proceso.

El artículo 225.2 LEC prohíbe las pruebas realizadas ilícitamente al establecer que: «Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: […] 2º. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación». Y el art. 11 LOPJ al sancionar que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Y en segundo lugar, las pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas al proceso en forma lícita. Son las más discutidas doctrinalmente (ej. obtención de información del disco duro de un ordenador sin conocimiento ni consentimiento del interesado). Para cierto sector doctrinal, y sin perjuicio de la responsabilidad incluso penal de quien obtuvo la prueba ilícita, una vez aportada al proceso ésta debe ser eficaz, esgrimiendo un doble argumento: la búsqueda de la verdad material como objetivo final y esencial del proceso y el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conforme al cual corresponde al juez a la hora de valorar la prueba tener en cuenta o excluir de las pruebas cuya fuente se obtuvo o que se practicó incurriendo en ilicitud.

Sin embargo, para la doctrina mayoritaria también dichas pruebas deben ser apartadas del proceso, no solo por razón del origen ilícito de la prueba, sino por la lesión

3104 Sanchís Crespo, C., *La prueba por medios audiovisuales*, ob. cit., pp. 90 y 91.

3105 Puede verse el epígrafe 5.3.1. de este Capítulo.

3106 Serra Domínguez, M., *El derecho a la prueba en el proceso civil español*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, p.180. Para una clasificación más amplia puede verse Armenta Deu, t. , *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, ed. Marcial Pons, 2009, en el capítulo relativo a las «causas y clases de ilicitud probatoria».

de los derechos fundamentales de la persona, principalmente el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal. En este caso, la expulsión de la prueba se fundamentará en el art. 18 CE y en el art. 11 LOPJ. El art. 18 CE prohíbe las pruebas realizadas ilícitamente al garantizar en su apartado primero «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» y en su apartado tercero «el derecho al secreto de las comunicaciones».

4.3. Problemática en los distintos órdenes jurisdiccionales

La prueba electrónica tiene repercusiones tanto en el ámbito laboral, como en el penal y en el civil, pudiéndose ejemplificar la incidencia en cada jurisdicción del modo siguiente:

4.3.1. En el orden laboral: el control empresarial de las TIC

Las TIC, y en particular el uso del e-mail –denominación y contracción anglosajona de la expresión electronic mail–, ha comportado no solamente la aparición de la denominada «sociedad de la información» o «era informática», sino también importantes desafíos jurídicos. Una cuestión debatida es si el empresario puede controlar el uso privado de un e-mail del trabajador durante la jornada laboral, e incluso si el empresario puede llegar a despedir a un trabajador por un uso indebido del e-mail durante esa misma jornada laboral.

Con respecto a las facultades de control empresarial el marco legal vigente resulta obsoleto. Se regulan las facultades de control empresarial mediante la previsión de medidas de vigilancia y control (art. 20.3 Estatuto de los Trabajadores) que literalmente dispone «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales». Y, más específicamente, la práctica de registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, en los supuestos en los que «sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo» (art. 18 Estatuto de Trabajadores). Con fundamento en ambas previsiones legales algunas resoluciones judiciales han autorizado el registro de un ordenador para averiguar el uso o contenido del correo electrónico o las páginas por la que navega un trabajador, aun cuando ciertamente en la fecha de publicación de la normativa legal (1980) no se estaba contemplando este supuesto.

De ahí que, a nivel empresarial, cada vez sea más frecuente formalizar unos códigos de conducta para la utilización del e-mail y, en general, de internet y los soportes informáticos, e incluso incluir previsiones en los convenios colectivos, en las que se detalla la extensión y límites de tal uso, como eventualmente las sanciones disciplinarias por la utilización indebida y se informa de las facultades de control empresarial sobre los dispositivos informáticos, en la medida que son bienes propiedad de la empresa y puestos al servicio del trabajador para el desarrollo de su actividad laboral. Semejantes protocolos y/o convenios

pueden autorizar bien un uso profesional, limitado a las actividades propias de la empresa, con medios de la empresa y para utilidad laboral; bien un uso particular, en el que se dota al trabajador de una cuenta de correo electrónico para su uso privado; bien, finalmente, un uso mixto, profesional y privado.

Sin embargo, y en la actualidad, la mayoría de las empresas aún no poseen ni un código de conducta ni han establecido prohibiciones expresas para el uso privado del e-mail, en cuyo caso puede estimarse, con la doctrina y jurisprudencia dominante, que se autoriza, si se quiere implícitamente, un uso razonable y no abusivo del e-mail, dado que se ha convertido, quiérase o no, en un medio de comunicación eficaz, instantáneo y de bajo coste. No podemos olvidar que son las propias empresas que ponen a disposición de sus trabajadores teléfonos –fijos o móviles–, ordenadores –de sobremesa o portátiles–, agendas electrónicas y demás instrumentos electrónicos para que puedan alcanzar con mayor eficacia sus objetivos laborales.

Legalmente puede afirmarse, por ende, que se autoriza un uso moderado y puntual a efectos privados del e-mail (salvo, claro está, supuestos de prohibición expresa) y socialmente puede constatarse que ese mismo uso no resulta repugnable, antes bien es ampliamente tolerado[3107]. La gran dificultad, a efectos legales y desde la perspectiva del derecho laboral sancionador y de las resoluciones judiciales que resuelven peticiones de despido laboral, consiste en trazar la distinción entre el uso moderado –legal y socialmente aceptable– y el uso abusivo –constitutivo de un transgresión de un deber de buena contractual y eventualmente susceptible de erigirse en motivo de despido laboral–, en una cuestión de apreciación muy casuística.

Con respecto a la posibilidad de despido por el uso indebido de un trabajador durante la jornada laboral[3108]. Ante todo debe indicarse que el derecho disciplinario laboral exige que la conducta constitutiva de despido disciplinario esté expresamente prevista, al igual que la sanción legal. El incumplimiento contractual que puede comportar un despido disciplinario viene previsto en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores y puede basarse en:

a) la indisciplina o desobediencia en el trabajo (art. 52.2. B ET), como sucedería en el caso que el trabajador efectuara un uso prohibido por la empresa, así como si efec-

3107 En la STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2007, fto. jco. 2º (RJ 2007\7514) se afirma la «generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la empresa» y en el fto. jco. 4º se reitera «la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores». Y en la misma línea, y con anterioridad, la STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2006, fto. jco. 2º (AS 2006\2602) afirmaba que «hoy en día, aún y asumiendo que el ordenador es un medio de producción de titularidad empresarial, suele ser habitual introducir elementos personales en el ordenador».

3108 Más ampliamente Bellido Aspás, M., *La utilización del correo electrónico como motivo de despido laboral*, en «Empresa y prueba informática», Abel Lluch, X. (dir.), Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE, J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 107-112.

tuara un uso no permitido o contrario al código de conducta de la empresa (STSJ Catalunya 5 de julio de 2000).

b) la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (art. 54.2.e) ET), como sucedería en el caso que el trabajador efectuara un uso abusivo del e-mail, aun cuando dicha causa no es de frecuente invocación en las resoluciones judiciales, dada la necesidad de acreditar ciertos requisitos de intencionalidad y reiteración y disminución de rendimiento conforme estantards convenidos o normales (STSJ Catalunya 4 de marzo de 2005). Y,

c) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo (art. 54.2.d) ET), que es sustento normativo de la mayoría de las resoluciones judiciales para estimar el despido disciplinario y que recoge supuestos tan variados en la práctica forense como el acceso a los ordenadores de otros trabajadores, el acceso a páginas de contenido pornográfico o el acceso a páginas de un superior jerárquico para averiguar información confidencial, por citar algunos ejemplos.

Para que el uso indebido del e-mail pueda constituir una sanción merecedora de despedido laboral será necesario, en todo caso, que la conducta del trabajador puede reputarse como grave, teniendo presente las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, en una materia –reiteramos nuevamente– de apreciación muy casuística, en la que pueden atenderse a criterios diversos. Desde la existencia de una prohibición expresa, hasta criterios cuantitativos –ej. número de e-mail enviados– o cualitativos –ej. posición del trabajador en la empresa, pues determinados trabajadores tienen puestos directivos con manejo de información confidencial y otros puede ser los encargados del sistema de seguridad informática–, pasando por criterios que atienden al daño o perjuicio a la empresa –ej. trabajador que se conecta a internet para descargarse programas, y con ello priva de la línea ADSL a otros trabajadores– o por la finalidad que guiaba al infractor –ej. trabajador que remite e-mail de contenido injurioso o vejatorio–. Además de grave, la conducta del trabajador ha de ser culpable, siquiera ello no exige necesariamente que sea intencionada, pudiendo derivarse la culpabilidad de la simple negligencia.

Desde otra perspectiva, y objeto de atención del Derecho Probatorio, es si la prueba obtenida mediante las facultades de control empresarial –ej. la información obtenida por el acceso al ordenador de un trabajador y la interceptación de un e-mail– puede reputarse ilícita por infringir el derecho a la intimidad o al secreto de la comunicaciones, ambos tutelados por nuestra Constitución y ambos con el carácter de derechos fundamentales.

Para que la prueba así obtenida no lesione el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) es necesario que haya conocimiento previo por parte del trabajador de las facultades de control empresarial sobre los elementos informáticos y que la empresa prevea mecanismos de puesta en conocimiento del trabajador de tales facultades, bastando al efecto las cláusulas del contrato de trabajo o del convenio colectivo, o más sencillamente la noticia en el tablón de anuncios de la empresa.

De no mediar el conocimiento previo del trabajador, y para que la prueba obtenida no vulnere el derecho a la intimidad del trabajador, será necesario bien el consentimiento

del trabajador, bien la autorización judicial, bien que el acceso al ordenador con las garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores y la doctrina del principio de la proporcionalidad. (art. 18 ET) (STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 12 de septiembre de 2006[3109] y STSJ Madrid de 30 de octubre de 2009 [3110]), garantías referidas a que el control empresarial se realice en presencia del algún representante legal de los trabajadores, dentro del centro de trabajo y en horario laboral, y con respeto a la dignidad e intimidad del trabajador; y principio (de proporcionalidad) que exige que la medida de registro sea idónea –esto es, adecuada en orden a su finalidad–, necesaria –esto es, que no existan medidas menos gravosas–, y proporcionada –esto es, cuando sus beneficios sean superiores que sus perjuicios para el interés general–.

Mayor dificultad suscita si la prueba obtenida mediante el acceso al ordenador del trabajador puede vulnerar el secreto a las comunicaciones (art. 18.3 CE). Algunos autores entienden que el acceso por parte del empresario al ordenador del trabajador no vulnera este derecho en la medida que son instrumentos de su propiedad, mientras otros autores entienden que el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida que garantiza la impenetrabilidad de la propia comunicación –y no su contenido–, no puede vulnerarse por un tercero –en este caso, el empresario– que no es un interlocutor en el proceso de comunicación. Ello no obstante, y aun dentro de esta segunda posición, también se argumenta que en todo caso el empresario podría acceder a los llamados «datos de tráfico» para verificar la correcta utilización de un e-mail.

4.3.2. En el orden penal: los delitos informáticos

En el orden penal, las implicaciones de prueba electrónica pueden conectarse con los delitos informáticos, entendidos por aquellos en los que el autor se ha servido de instrumentos informáticos para su comisión.

Entre ellos destaca el apoderamiento y la interceptación del correo electrónico como delito contra la intimidad personal[3111]. Se sanciona al que «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus […] mensajes de correo electrónico» (art. 197.1 CP).

El objeto del delito lo constituye el apoderamiento de mensajes de correo electrónico. Por correo electrónico podemos entender «todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o

3109 STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2006, fto.jco. 2º (La Ley 102785/2006).

3110 La STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2009, fto.jco. 5º (JUR\2010\27623) razona que los registros informáticos forman parte del poder directivo ordinario del empresario (art. 20.3 ET) y que el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen su examen.

3111 Seguimos en lo sustancial la exposición de Marchena Gómez, M., *Dimensión jurídico-penal del correo electrónico*, La Ley, t. 2, 2006, pp. 1622 y ss.

en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo» (art. 2 h) de la Directiva 58/2002/CE, de 12 de julio). Se excluyen del tipo los mensajes listas de distribución (mailing list) y chat-room abiertos, y no se exige para la perpetración del delito que el mensaje se halle encriptado.

Entre los supuestos que se recogen en este delito presenta particular trascendencia el ya analizado de la inspección por el empresario del correo electrónico de los trabajadores y el llamado «espionaje doméstico». Con respecto a este último, hay que señalar que, aun dentro del ámbito familiar, cada uno de los cónyuges es titular del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio y así lo ha entendido la jurisprudencia que ha condenado a uno de los cónyuges por preconstituir una prueba en procedimiento de separación o divorcio (SSTS 14 mayo de 2001 [3112] y 20 de junio de 2003 [3113]). La facultad de los padres de controlar el correo electrónico de los hijos menores es un tema delicado, que habrá que resolver atendiendo a los usos sociales y reglas de la convivencia familiar. En el supuesto de producirse alguna denuncia por infracción del derecho a la intimidad, la clave de la cuestión radica en determinar hasta qué punto el ejercicio de la patria potestad y el deber de procurar una formación integral a los hijos puede justificar cualquier injerencia.

El correo electrónico puede convertirse también en instrumento para la ofensa de bienes jurídicos ajenos. Aquí deberán aplicarse las reglas generales de participación de la teoría general del derecho: si se emplea el correo electrónico para ejecutar por sí o sumarse a la realización del delito se responderá por cualquiera de las categorías de autoría y participación previstas en el Código Penal (arts. 27 y 28 CP).

En el casuismo jurisprudencial de la comisión de conductas delictivas mediante correos electrónicos destacamos: a) el *phishing* que, consiste en la utilización de un engaño, para la obtención de los datos bancarios o claves bancarias de un usuario para su utilización fraudulenta posterior; b) el «mailing bombing», que consiste en la utilización del correo electrónico con el fin de perturbar el normal funcionamiento de una cuenta o un servidor mediante el envío masivo de mensajes que satura o colapsa un servidor con la consiguiente disminución de su funcionalidad; c) el sabotaje informático mediante la introducción de virus que puede ocasionar un delito de daños (art. 264.2 CP «[…] al que por cualquier medio destruya, altere o inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenido en redes, soportes o sistemas operativos»[3114]) o un delito de desórdenes públicos (art. 560 CP «[…] a los que causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o correspondencia postal».

3112 STS, Sala 2ª, de 14 de mayo de 2001 (La Ley 3665/2001).

3113 STS, Sala 2ª, de 20 de junio de 2003 (La Ley 2776/2003).

3114 En Derecho Alemán se tipifica el delito de sabotaje informático, sancionando con 5 años o multa, al que «…perturbare un proceso de datos que sea de importancia esencial para una empresa o establecimiento industrial ajeno o para la Administración» (parágrafos 303 y 303 a STGB).

En el aspecto procesal la utilización delictiva del correo electrónico puede plantear problemas de competencia territorial y ha dado lugar a la llamada cibercriminalidad cibernética, entendiendo por tal el conjunto de delitos que tiene por escenario la red de internet. El problema, como es sabido, es que el resultado lesivo se puede producir no en único lugar, sino en varios y múltiples lugares, de modo que no solamente se plantean problemas de competencia territorial dentro del ámbito jurisdiccional de un Estado, sino problemas de jurisdicción entre diversos Estados. Sin ánimo de simplificar un tema complejo, nos limitamos a apuntar que la solución puede pasar por la aplicación del Convenio sobre el Cibercrimen (aprobado en Budapest en 2001), la aplicación del principio de universalidad del art. 23.4 LOPJ y de un criterio doctrinal extensivo para la determinación del resultado.

En la instrucción penal, los mensajes de correo electrónico pueden constituir una fuente para la investigación de los hechos delictivos. Sin embargo, no existen previsiones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la intervención de las comunicaciones telemáticas –a diferencia de las previsiones para la intervención de comunicaciones telefónicas y para la apertura de correspondencia postal o telegráfica del sospechoso–, discutiéndose si son de aplicación las normas relativas a la intervención de la correspondencia postal o las normas correspondientes a la práctica de las intervenciones telefónicas.

El ordenador a través del cual se ha cometido un delito informático puede ser considerado como objeto de prueba, y por tanto, se hallará sometido a la normativa que regula la intervención de piezas de convicción. En aquellos supuestos en los que el ordenador se halle en un domicilio deben aplicarse, en orden a su aprehensión, las garantías legales y constitucionales para la práctica de la entrada y registro en domicilio y otros lugares cerrados. Además, y atendiendo a que el ordenador puede contener información privada, el examen del disco duro y de su contenido debe estimarse como una prueba pericial con observancia del principio de contradicción, de ahí que sea necesaria la presencia del procesado y su abogado defensor (arts. 333 Lecrm). La mejor práctica de la pericial aconseja la duplicación del disco duro con la doble finalidad de salvar el original de posibles manipulaciones durante el análisis de su contenido y de posibilitar la realización de una pericial contradictoria por el imputado.

4.3.3. En el orden civil: la contratación electrónica

La aparición de la prueba electrónica ha obligado a una revisión de conceptos tradicionales del derecho civil y, particularmente, del derecho de la contratación, como, sin ir más lejos, el lugar de la oferta, existencia de sucursal o el lugar de celebración del contrato, sin ignorar la propia «celebración» del contrato electrónico.

En lo relativo a la contratación electrónica, merece dejar constancia del art. 23 de la Ley de Servicios de Sociedad de la Información (LSSI), cuyo apartado 3º dispone: «siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico»; y particularmente del artículo 24, que en su apartado

primero dispone: «La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica» y en su apartado segundo dispone: «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».

La LSSI equipara la constancia tanto escrita como en soporte electrónico de un contrato y permite su introducción en el proceso a través del cauce de la prueba documental, ampliando el concepto de documento para dar cabida a la existencia de soportes distintos al papel.

En la práctica forense el principal problema es el relativo a la existencia de declaraciones de voluntad que dan lugar a un contrato, cuando se lleva a cabo a través de un medio intangible como el electrónico. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Castellón de la Plana de 25 de junio de 2008 [3115], en la que se razona del modo siguiente:

> «Para que el comercio electrónico pueda desarrollarse con normalidad es preciso que la legislación aplicable a un contrato reconozca la equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos. Es decir, hay que atribuir equivalencia funcional a los actos jurídico-electrónicos, respecto de los actos jurídicos-escritos como autógrafos o incluso orales, mediante el reconocimiento de que la función jurídica que cumple la voluntad escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado (art. 23, 1 de la Ley de Comercio Electrónico)».

La proliferación de las TIC y la generalización de la informática llevará consigo un tipo de reclamaciones hasta hace poco inimaginables. Tal es el supuesto, a título de ejemplo, contemplado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Murcia de fecha 30 de marzo de 2007, en el que el actor interpone, a través del cauce del juicio verbal, una acción de reclamación de cantidad alegando que «alguien accedió a su programa informático y le sustrajo la clave de acceso a Internet y su firma electrónica y que con ello realizó una operación parte de la cual reclama en este proceso»[3116].

3115 Sentencia Juzgado 1ª Instancia núm. 2 Castellón de la Plana, de 25 de junio de 2008, fto. jco. 2º (AC 2008/1621) que analiza una acción de reclamación de cantidad derivada de un contrato de servicios de banca electrónica.

3116 Sentencia Juzgado de Primera Instancia núm. 6 Murcia, de 30 de marzo de 2007, fto. jco. 1º (JUR 2008\44072) que, tras analizarse la existencia de distintos virus informáticos como el «troyano» o el «phising», desestima la demanda interpuesta sobre la base de argumentar que no se acreditó por la actora el presupuesto básico de su reclamación, esto es, el acceso al programa informático y la sustracción de la clave de acceso a Internet.

5. Régimen jurídico de la prueba electrónica

Una de la conclusiones del Proyecto Europeo sobre pruebas electrónicas ya mencionado es la de «abogar por una mejor regulación nacional de la prueba electrónica, concretamente del procedimiento, que permita la obtención, preservación y presentación de estas pruebas cumpliendo todas las garantías legales específicas/propias para que puedan ser admitidas en juicio como una tipología más de prueba»[3117].

Con ese ánimo efectuamos una serie de aportaciones en orden a una regulación más exhaustiva de la prueba electrónica, partiendo de los artículos que la LEC dedica a la denominada «prueba por medios audiovisuales» y «prueba por instrumentos informáticos» (arts. 382 a 384 LEC). En los epígrafes siguientes desarrollaremos su régimen jurídico, atendiendo en particular a los extremos siguientes: aportación de la prueba electrónica, perdurabilidad (conservación) en el proceso, verificación, práctica, eficacia probatoria y, finalmente, su impugnación. Previamente dejaremos constancia de la regulación legal (arts. 299 y 382 a 384 LEC), así como de su naturaleza jurídica.

5.1. La regulación en la LEC

5.1.1. De los medios de prueba (art. 299 LEC)

El artículo 299 LEC contiene una enumeración legal de los medios de prueba, a través de sus tres apartados.

El apartado primero del artículo 299 LEC recoge un listado de medios de prueba, de los que afirma que las partes podrán valerse en juicio, incluyendo, literalmente y por el orden en que aparecen, los siguientes:

1º) Interrogatorio de las partes.

2º) Documentos públicos.

3º) Documentos privados.

4º) Dictamen de peritos.

5º) Reconocimiento judicial.

6º) Interrogatorio de testigos.

Como advierte la doctrina científica, no obstante el apartado primero del artículo 299 LEC aluda a los medios de prueba, en la enumeración efectuada se mezclan lo

3117 Insa Mérida, F; Lázaro Herrero, C; García González, N., *Pruebas electrónicas ante los tribunales*…, ob. cit., p.150.

que propiamente son medios (interrogatorio, dictamen o reconocimiento) con lo que son fuentes de prueba (documentos)[3118].

El artículo 299.1 LEC es coherente con la tradición jurídica española y tiene sus precedentes en los artículos 578 LEC\1881 y 1215 CC, hoy derogados por la LEC, que contenían sendas enumeraciones de medios de prueba que, pese a que pudieran variar en su «rúbrica», eran sustancialmente coincidentes. La diferencia entre ambos residía que el Código Civil incluía las «presunciones», que no recogía la LEC de 1881, pues se trata más bien de un método de razonamiento que de un medio de prueba. Así se constata en la LEC, que tampoco recoge las presunciones en la enumeración legal de los medios de prueba del artículo 299.1 LEC, y las regula en una sección diferente.

El legislador de la LEC es consciente que no basta una enumeración cerrada de los medios de prueba, siguiendo un patrón centenario, y ya nos anticipa en la Exposición de Motivos que en materia de medios de prueba se experimentan numerosos e importantes cambios. En concreto alude a «la apertura legal a la realidad de cuanto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con la idea de un número cerrado y determinado de medios de prueba. Además resulta obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas»[3119].

El apartado segundo del artículo 299 LEC, en coherencia con el anunciado propósito de introducir cambios con respecto a una legislación centenaria –y en este punto obsoleta–, regula los «nuevos medios de prueba» o «modernos medios de prueba», distinguiendo:

1º) Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, relevantes para el proceso.

2º) Los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos o cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

Los «nuevos medios de prueba» son «aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento o, que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de promulgarse dichas leyes y que son propiciados por los avances científicos o tecnológicos»[3120], siquiera como advierte agudamente Montero Aroca, carece de razón de ser seguir aludiendo a los «nuevos medios de prueba», cuando algunas de las fuentes de

3118 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.148.

3119 Exposición Motivos LEC, epígrafe IX, párrafo 5º.

3120 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…, ob. cit., p.229. Sin embargo, el mismo autor manifiesta su resistencia a seguir empleando la expresión «nuevos medios de prueba», dado que la jurisprudencia los ha reconocido y admitido hace ya varios años –desde la STS de 30 de noviembre de 1992 y a nivel legislativo también han sido reconocidos –art. 26 CP en redacción dada por LO 10/1999– (ob. cit. p. 331 nota a pie núm. 67).

prueba que se introducen en el proceso tienen ya medio siglo de vida[3121]. Y en idéntico sentido, Ramos Méndez apunta que «de nuevos» sólo tienen el cambio de soporte del documento[3122].

La formulación legal no aparece exenta de crítica[3123]. En primer lugar, al referirse a «la palabra, el sonido y la imagen» se incurre en reiteración, pues la palabra es una especie del sonido, por lo que hubiera bastado con aludir a los medios de reproducción del sonido y la imagen[3124]. En segundo lugar, la alusión a los «medios de prueba» –en la rúbrica del artículo 299 LEC– y a los «medios de reproducción» –en el apartado segundo del artículo 299 LEC– puede generar confusión, y olvida que el medio de prueba es una actividad desplegada por la parte para introducir una fuente, mientras que «el medio de reproducción» es simplemente un aparato. Y, en tercer lugar, nuevamente se confunden las fuentes con los medios de prueba, pues una película o un disquete –por citar dos ejemplos– no son un medio de prueba, sino una fuente de prueba.

El apartado tercero del artículo 299 LEC contiene una referencia a eventuales y futuros medios de prueba, mediante la fórmula legal siguiente: «Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

Se trata, como ya hemos apuntado, de una fórmula genérica que actúa simultáneamente como cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas fuentes pruebas (desconocidas o atípicas) y como «cláusula residual que cierra todo el sistema probatorio»[3125]. Y aun cuando el artículo 299.3 LEC alude literalmente a «cualquier otro *medio* no expresamente previsto en los apartados anteriores», se está refiriendo, en rigor procesal, a cualquier otra *fuente* de prueba, puesto que los medios son limitados y las fuentes ilimitadas, aun cuando al parecer el legislador ignora la distinción procesal entre medios y fuentes en el momento de la redacción de la Ley Procesal Civil[3126].

Esta cláusula es acorde con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, elevado a rango constitucional en el artículo 24.2 CE, cuyo contenido se traduce en el derecho a la proposición de los medios de prueba, a la admisión de los medios –o, cuando menos, a una indamisión razonada–, a la práctica y, finalmente, a la valoración de los medios de prueba. La accesibilidad al proceso de cuantas fuentes de prueba puedan contribuir a

3121 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.488.

3122 Ramos Méndez, F, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ed. Atelier, 2008, p.778.

3123 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.149.

3124 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 382 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1765.

3125 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios*…, ob. cit., p.21.

3126 Illán Fernández, J. Mª., *La prueba electrónica*…, ob. cit., p.331.

formar la convicción judicial constituye una exigencia del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes[3127].

La enumeración legal de los medios de prueba ha suscitado el debate doctrinal sobre el *numerus apertus o clausus* de los medios de prueba, pudiéndose distinguir una posición mayoritaria que ha abogado por el carácter limitado de los medios de prueba, y otra minoritaria, que estimaba que la enumeración legal no agotaba todos los instrumentos probatorios imaginables. Se trata de un debate mal planteado, pues ignora una premisa fundamental, a saber, que las enumeraciones legales son siempre de medios de prueba, pero no de fuentes de pruebas[3128], pues el legislador no puede recoger todas las fuentes de prueba imaginables, por ser éstas ilimitadas y aparecer constantemente nuevas fuentes de prueba.

5.1.2. De los «medios audiovisuales e instrumentos informáticos» (arts. 382 a 384 LEC)

La regulación de la «prueba por medios audiovisuales» y la «prueba por instrumentos informáticos» (arts. 382 a 384 LEC) presenta unas características que, siguiendo a Fernández Seijo, pueden sintetizarse en los términos siguientes. En primer lugar, la amplitud de la redacción legal ya que permite el acceso al proceso a cualquier información que proceda de cualquier avance tecnológico. En segundo lugar, el medio de prueba no lo constituye el soporte tecnológico, sino la información en ellos contenida, siempre y cuando sea susceptible de ser conocida y examinada por el juez. En tercer lugar, la práctica de las pruebas exige unas garantías que obliga a acudir a normas del reconocimiento judicial, de la prueba pericial y de la prueba documental. Y, en cuarto lugar, las dificultades de su práctica, puesto que con la finalidad de evitar su manipulación, se establecen mecanismos de documentación más prolijos que con respecto a los demás medios probatorios[3129].

También se han puesto de manifiesto algunas deficiencias de técnica legislativa[3130]. En primer lugar, la discutible ubicación sistemática de la prueba por «medios e instrumentos», puesto que se regula tras el interrogatorio de testigos (arts. 360 a 381 LEC) y delante de las presunciones (arts. 385 y 386 LEC). Esta ubicación es coherente con la enumeración que efectúa el legislador de los medios de prueba en los apartados 1º y 2º del artículo 299 LEC, pues se regulan los medios de prueba «clásicos» por el mismo orden en que aparecen listado en el artículo 299.1º LEC y a continuación los «instrumentos». Ahora bien, resulta más acertado regular la prueba por «medios e instrumentos» tras la prueba documental,

3127 Fernández Urzainqui, F.J., *Comentario al art. 299 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.1400.

3128 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.155.

3129 Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 384 LEC*, en «El proceso civil», vol. II, ob. cit., p.2721.

3130 Más ampliamente puede verse la crítica de Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ob. cit., p. 319.

dada la similitud entre los documentos y los instrumentos, o incluso tras la prueba pericial, si se estimaba preferible regular previamente la prueba pericial.

Se ha propuesto que la prueba por «medios e instrumentos» se ubique dentro de la prueba documental, tras el artículo 327 LEC, como otro subcaso de aportación documental, y antes de las disposiciones comunes a la prueba documental, que también podrían ser aplicables a la prueba por instrumentos, puesto que se refieren a la exhibición y copias de los documentos, regulación inexistente con respecto a la prueba electrónica[3131].

En segundo lugar, la ambigüedad de la terminología empleada. La distinción legal entre los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» (art. 382 LEC) y los «instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso» (art. 384 LEC) dificulta la elaboración de una noción de prueba electrónica, puesto que puede ocultar la «permeabilidad entre los instrumentos técnicos» en la medida que los soportes electrónicos pueden servir para reproducir imágenes o sonidos; mientras que los soportes audiovisuales también pueden servir para reproducir datos, tales como palabras o cifras[3132].

En este punto la Ley 1/2000 nació ya obsoleta, pues parece ignorar que los soportes electrónicos recogen y documentan no solo manifestaciones gráficas, sino también visuales o sonoras. También se ha criticado la dualidad empleada por el legislador –prueba por medios audiovisuales (art. 382 LEC) y prueba por instrumentos (art. 384 LEC)– alegando que semejante distinción carece de justificación alguna y de contenido que justifique un tratamiento diferenciado, por lo que se debe integrar unitariamente las normas de ambas fuentes de prueba para cubrir las respectivas lagunas[3133].

La distinción entre medios audiovisuales (arts. 382 y 383 LEC) e instrumentos de archivo (art. 384 LEC), amén de resultar ambigua, es innecesaria, puesto que su nota distintiva es que ambos precisan una máquina para poder acceder a la información y lo secundario es que el contenido de esa información sean bien palabras, imágenes y sonidos, o bien palabras, datos, cifras y operaciones[3134].

En tercer lugar, la parquedad de la regulación legal. Apenas tres solitarios artículos resultan insuficientes para regular la prueba por «medios e instrumentos» y dejan numerosas dudas al intérprete, particularmente en extremos trascendentales como el régimen de su impugnación. Se ha afirmado acertadamente que «planea sobre esta regulación innovadora la sombra de las lagunas y de sus consecuencias perniciosas»[3135].

3131 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, ob. cit., p.319.

3132 Cabezudo Rodríguez, N., *Omisiones del legislador procesal…* ob. cit., p.1703.

3133 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pp. 780; Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.356.

3134 Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donet, E.A., *La prueba por medios audiovisuales….*, ob. cit., p.100.

3135 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 384 LEC*, ob. cit., p.1772.

La razón de tales críticas late en la negativa del legislador a aceptar que el documento electrónico es una prueba documental[3136]. De manera que como se ha dicho acertadamente el legislador ha optado por una concepción parcialmente restrictiva del documento, recelosa y dubitativa frente a la utilidad de los instrumentos informáticos, cuyo única posible justificación podría radicar en una actitud de prudencia legislativa ante un ámbito en permanente estado de evolución, y en la confianza que la actividad cotidiana de los Juzgados y Tribunales suplirá, por vía analógica, las lagunas legislativas, como ya parece anticipar la Exposición de Motivos de la LEC al apuntar que las pruebas electrónicas tendrán una consideración análoga a la prueba documental[3137]. O, en otras palabras, se ha dicho que se confiere a la nueva ley aires de modernidad sin introducirla decididamente en la misma[3138].

El panorama legislativo se muestra oscilante, como acredita un breve recorrido por la cronología legal, en el que pueden distinguirse hasta tres fases distintas. Existe una primera fase, que podríamos calificar como la de la ignorancia legal del documento electrónico. Representada por la redacción original de la LEC, se reserva la noción de documento para el recogido en soporte papel, se recogen unos nuevos medios de prueba (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC), que tienen una consideración análoga –aun cuando no idéntica a los documentos en soporte papel–, pero sin que en ningún caso el documento electrónico tenga la consideración de la prueba documental. Buena prueba de todo ello es que la LEC prescinde de la denominación de prueba electrónica o documento electrónico.

Sigue una segunda fase, que podríamos calificar de reconocimiento del documento electrónico por la legislación extraprocesal. Asistimos a una proliferación legal, representada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Sociedad de Servicios de la Información, y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, en la que se reconoce la existencia del documento electrónico y se le equipara, en cuanto a tratamiento procesal, con la prueba documental. Se establece que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio» (art. 3.8 LFE) y que «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental» (art. 24.2 LSSI).

La tercera fase podría calificarse como de reconocimiento (parcial) del documento electrónico en la legislación procesal. A través de la Ley 41/2007, del Mercado Hipotecario, y para el supuesto de documentos públicos, se introduce en la LEC el documento electrónico, al modificar el artículo 318 LEC estableciendo que «los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria (art. 319 LEC) tanto si se presentan en papel o documento electrónico o por copia simple en papel o imagen digitalizada». Y con anterioridad la Disposición Adi-

3136 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…, ob. cit., p.244.

3137 Pérez Gil, J., *Documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios,* ob. cit., p.229.

3138 Gómez del Castillo y Gómez, M.M., *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.85.

cional 10ª de la LFE, había reconocido, a los efectos impugnatorios y para los documentos privados, el documento electrónico, al señalar que «cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica».

La enumeración legal de los artículos 382 a 384 LEC ha dado lugar ya a distintas clasificaciones doctrinales. Entre las más recientes destaca la de Nieva Fenoll, quien realiza un listado de los distintos soportes multimedia, y distingue las siguientes clases. En primer lugar, los documentos de sonido, representados por los discos de vinillo y cintas magnetofónicas. En segundo lugar, los documentos de imagen comprensivos de las diapositivas. En tercer lugar, los documentos de texto y alfanuméricos representados por las bandas magnéticas y las tarjetas de crédito. Y finalmente, los documentos multimedia que incluyen las cintas de video, disquetes, discos duros, discos compactos, unidades de memoria, unidades de cinta, unidades zip, y DVD[3139].

Entre las más sistemáticas y exhaustivas, destaca la de Gómez del Castillo y Gómez, quien, en un estudio recién publicada de la Ley 1/2000, distingue hasta siete grupos de «nuevos medios de prueba». En primer lugar, los instrumentos de captación y reproducción del sonido (fonograbaciones), comprensivos de contestadores de teléfono fijos, buzones de teléfono móviles, discos gramofónicos o fonográficos, discos compactos, cintas magnetofónicas, etc. En segundo lugar, instrumentos de captación y reproducción de la imagen (fotograbaciones), comprensivos de fotografías, diapositivas, transparencias, copias fotostáticas, radiografías y gammagrafías, resonancias magnéticas, etc. En tercer lugar, instrumentos de captación y reproducción de la imagen y del sonido, tales como películas o films cinematográficos, videocintas, videodiscos, DVD, etc. En cuarto lugar, instrumentos telemáticos, que comprenden desde el clásico teléfono y telégrafo, hasta los más recientes télex, fax, telefax, burofax, teletexto, etc. En quinto lugar, los instrumentos informáticos, y particularmente los discos magnéticos, C.D. Rom, disquettes, etc. En sexto lugar, los instrumentos derivados de aparatos de control o medición, como los encefalogramas, los electrocardiogramas, las fonocardiografías, etc. Y, por último, los instrumentos derivados de la utilización de aparatos registradores, como cintas magnéticas para la entrada y salida de datos en calculadoras electrónicas, cintas de cajas registradoras, etc[3140].

Por su parte, de Urbano Castrillo y Magro Servet optan por incluir las fuentes de prueba electrónicas en uno u otro de los medios de prueba previstos en los artículos 382 a 384 LEC. Dentro de los medios de reproducción de palabras, sonido o imagen (art. 382 LEC) encajan: el video, el cassette, y el fax. Como instrumentos de archivo (art. 384 LEC) incluyen: el CD Rom, el diskette, el DVD, la base de datos, los programas de ordenador,

3139 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documentos multimedia*, ob. cit., pp. 316-317.

3140 Gómez del Castillo y Gómez, M.M., *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, en «Derecho y conocimiento», vol. 1, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, pp. 79 a 81.

y los archivos informáticos, la tarjeta prepago de telefonía móvil, el disco duro, el correo electrónico, y la pericial informática[3141].

Con anterioridad Montón Redondo había incluido entre las «pruebas por medios audiovisuales» a los siguientes: magnetófonos, cassettes, dictáfonos, filmaciones cinematográficas o videográficas y, en general, cualquier aparato capaz de captar, visible o inteligiblemente este tipo de datos»[3142].

5.2. Naturaleza jurídica

En orden a la naturaleza jurídica de la prueba electrónica se han propuesto tres teorías[3143].

5.2.1. Teoría autónoma

Sostiene que la prueba electrónica tiene una especificidad singular con respecto de los medios de prueba tradicionales y, en particular, la prueba documental. De ahí que la regulación legal (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC) configura unos medios audiovisuales y unos instrumentos informáticos para introducir las fuentes de pruebas derivadas de los avances de la información y que estos medios de prueba no puedan catalogarse como prueba documental.

Se afirma que los documentos tradicionales no necesitan de una fase de práctica, mientras que tanto la «prueba por medios audiovisuales» cuanto la «prueba por instrumentos» exige necesariamente una fase de práctica consistente en la reproducción de lo filmado o grabado o de los datos contenidos en el dispositivo informático a presencia judicial. Se añade, además y con respecto a los instrumentos informáticos, que no puede saberse cuál es el contenido del soporte[3144].

No compartimos esta teoría. Sin ignorar que entre el documento escrito y el documento electrónico existen diferencias[3145], el documento electrónico constituye una nueva fuente de prueba que puede introducirse a través de uno de los medios de prueba ya existentes (prueba documental u otros[3146]), pues responden a una idéntica finalidad. El hecho que el documento electrónico precise de una operación de reproducción de los datos, singulariza su práctica, pero no transmuta su naturaleza jurídica, pues ambos (documentos

3141 de Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., *La prueba tecnológica*…, ob. cit., p.77.

3142 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, ob. cit., p.182.

3143 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…, ob. cit., pp. 252-260.

3144 Montero Aroca, J., *La prueba*…, ob. cit., pp. 501 y 503.

3145 Ya las hemos analizado en el epígrafe 2.2. de este capítulo.

3146 Puede verse el epígrafe 3.3 sobre los medios de prueba y su acceso al proceso.

escritos y no escritos) constituyen un objeto representativo de un hecho con interés para el proceso.

5.2.2. Teoría analógica

Esta teoría considera que los medios de prueba tradicionales (prueba documental) y los nuevos medios de pruebas (medios de prueba audiovisuales e instrumentos informáticos) son de naturaleza equiparable y que en los nuevos medios de prueba el soporte electrónico o digital ha sustituido al soporte papel. Para ello se ha superado una concepción estricta del documento como «escrito en soporte papel» para alcanzar la idea del documento como «representación en cualquier soporte» y, de este modo, subsumir los soportes magnéticos y electrónicos en el documento[3147].

Con anterioridad a la LEC esta teoría había recibido algún refrendo jurisprudencial. La STS de 12 de junio de 1999[3148], a propósito de una cinta magnetofónica, afirmaba:

> «[…] aunque nuestro ordenamiento jurídico-civil básico, tanto sustantivo, como procesal (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil), dada la antigüedad de su redacción, no contempla como posibles medios probatorios los mecanismos o elementos derivados de importantes avances y descubrimientos técnicos de los tiempos modernos, como son *las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano,* los mismos aparecen admitidos por la jurisprudencia de esta Sala [Sentencias de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9458) y 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8939), debiendo ser catalogados, dentro de la enumeración contenida en los artículos 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *como prueba documental asimilable a los documentos privados*, por cuanto que, al igual que con éstos ocurre, si la parte a quien perjudiquen no los reconoce como legítimos, habrán de ser sometidos a la correspondiente verificación o comprobación, […] en la cinta de cassette a que nos venimos refiriendo es en lo que la entidad actora funda su derecho ejercitado en este proceso […] lo procedente era su indamisión dado el momento en que fue presentada (período de proposición de prueba), al no haber sido acompañada con la demanda, como correctamente resolvió, en su momento, la Sala de apelación […]».

Se postula una aplicación directa o analógica de la actividad probatoria referida a la prueba documental[3149], y cuando menos de las normas siguientes: las relativas al momento

---

3147 Gómez del Castillo y Gómez, M.M., *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.84.

3148 STS, Sala 1ª, de 12 junio 1999, fto.jco. 7º (RJ 1999\4735) (La cursiva es nuestra). En el mismo sentido, y entre otras, la STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1992, fto. jco.1º (RJ 1992\9458) que, también precisa, en relación a dos cintas de vídeo que: «En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas». En sentido similar, también puede verse la SAP Baleares, secc. 4ª, de 28 de enero de 2002, fto. jco. 3º (JUR 2002\98428).

3149 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*…, ob. cit., pp. 188 y 192; Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.495; Pérez Gil J,, *Documento informático y firma*

procesal de aportación (arts. 265, 269, 270 y 399.2 LEC), a la aportación de copias para las demás partes (arts. 273 a 280 LEC), a la verificación o posicionamiento en la audiencia previa (art. 427.1 LEC) y al deber de exhibición documental (arts. 328 y ss LEC). Ello no obstante, aun existiendo analogía entre el documento en soporte papel y el documento en soporte electrónico, el primero queda sometido a las reglas de prueba tasada (art. 319 LEC) y el segundo a las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.1 LEC).

Tampoco podemos compartir esta teoría. Si ambos medios de prueba merecen un tratamiento análogo, deberían tener la misma eficacia probatoria, puesto que no se puede «penalizar» y excluir la fuerza tasada del documento electrónico por el solo hecho que no esté recogido en soporte papel.

5.2.3. Teoría de la equivalencia funcional

Esta teoría sostiene que el documento en soporte electrónico y el documento en soporte papel despliegan identidad de efectos jurídicos. A nivel legislativo ha encontrado su plasmación en los ya citados artículos 3.8 de la LFE y 24.2 de la LSSI, que consideran al documento electrónico como prueba documental.

La doctrina ha condicionado la equivalencia funcional a que el documento en soporte electrónico cumpla los siguientes requisitos: a) siempre que se pueda hacer legible mediante sistemas de hardware y software; b) el contenido del documento emitido por el autor debe ser igual al de la otra parte; c) que sea posible su conservación y tenga la posibilidad de recuperación; d) que el documento creado en un entorno electrónico o informático pueda traducirse a lenguaje convencional; e) que se puedan identificar a los sujetos participantes en el documento; f) que pueda ser atribuida a una persona determinada la autoría del documento; g) que el documento reúna las condiciones de autenticidad y fiabilidad, así como los sistemas utilizados para su certificación o incorporación de firma electrónica del documento[3150].

En coherencia con la noción de documento defendida, somos partidarios de la teoría de la equivalencia funcional. Es necesario reformular el concepto de documento para dar cabida a las nuevas fuentes de prueba derivadas del avance de las TIC y con fundamento en el principio de la no discriminación, debe otorgarse idéntica virtualidad probatoria al documento escrito y al documento electrónico, pues lo esencial es la existencia de un objeto representativo de interés para el proceso y lo secundario es el soporte (papel, audiovisual o electrónico) en que se recoja.

Esta concepción se recoge también en alguna resolución judicial. Por su claridad y precisión transcribimos, en la parte que interesa, la STSJ, Sala de lo Social, de Andalucía

electrónica…, ob. cit., pp. 229-230; Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 356-358.

3150 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…., ob. cit., pp. 381-382.

(Málaga) de 28 de enero de 2000 [3151], publicada a los pocos días de promulgación de la LEC –que fue el 7 de enero de 2000–, que en referencia tanto a la prueba por medios audiovisuales como de instrumentos informáticos razona:

> «Ciertamente que la Doctrina científica no es pacífica en el tema del tratamiento jurídico procesal que revisten los nuevos medios mecánicos de reproducción, en lo que aquí nos ocupa, las cintas de vídeo.
>
> La novísima Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien en los artículos 299.2 y 382 recoge entre los medios de prueba los instrumentos de filmación y grabación de la palabra, el sonido y la imagen lo hace de modo autónomo e independiente, sin incluirlo en los medios de prueba clásicos y tradicionales, enumerados y desarrollados en los artículos 299.1 y siguientes del Texto Legal.
>
> Sin embargo en la esfera penal el artículo 26 del Código Penal previene que:
>
> «A los efectos de este Código se considerará documento todo soporte material que exprese o incorpore hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Mientras la jurisprudencia ha definido al documento como una representación gráfica del pensamiento que se crea para constituir una prueba y producir determinados efectos en el tráfico jurídico.
>
> La Sala entiende *que debe primar un concepto amplio de documento*, identificándolo con cualquiera «cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado» (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1988). *El meritado concepto permite considerar como documentos, a los fines de prueba, la fotografía, el vídeo, las cintas magnetofónicas y los disquetes de ordenador.*
>
> Esto es, *el concepto de documento no puede interpretarse de forma tan restrictiva que sólo abarque representaciones escritas, muy al contrario, hay que considerar como tal todo objeto que cumpla la función de dar a conocer determinados elementos en él representados, bien por escrito, imágenes o sonidos».*

La LEC se mantiene a caballo entre la teoría autónoma y la teoría analógica, dado que, por una parte, crea *ex novo y ad hoc* los medios de prueba audiovisuales e instrumentos informáticos, en una sección independiente (sección 8ª del Capítulo VI, del Título I del Libro II) y con una regulación autónoma (arts. 382 a 394 LEC); y, por otra parte, anuncia un tratamiento procesal analógico a los documentos escritos y postula una regulación unitaria de la prueba documental que, sin forzar la noción del documento escrito, acoja «la utilización de nuevos instrumentos probatorios como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una *consideración análoga* a la de las pruebas documentales» (Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo 13º)[3152].

E incluso algún autor distingue el tratamiento procesal o naturaleza jurídica de los medios audiovisuales y de los instrumentos informáticos, sosteniendo que el legislador

3151 STSJ, Sala de lo Social, de Andalucía (Málaga), de 28 de enero de 2000, fto. jco.1º (AS 2000\146).

3152 La cursiva es nuestra.

parece otorgar naturaleza autónoma a los medios audiovisuales y naturaleza de objeto de reconocimiento judicial a los instrumentos informáticos[3153].

5.3. La obtención y aportación de la prueba electrónica

Debemos abordar aquí diversas cuestiones que, a efectos de claridad expositiva, sistematizamos en varios subepígrafes.

5.3.1. Obtención

Una de las cuestiones más importantes del régimen jurídico de la prueba electrónica es el hecho de que en su obtención se hayan respetado los derechos y libertades fundamentales, pues solo la prueba obtenida de ese modo podrá ser objeto de valoración en la resolución judicial. En el proceso civil, corresponderá a las partes la obtención de las pruebas electrónicas, y la denuncia de la infracción de los derechos fundamentales corresponderá a la parte adversa, pudiendo generar un incidente de ilicitud (art. 287 LEC). Antes de analizar el incidente de ilicitud probatoria resulta útil describir algunos supuestos, extraídos de la jurisprudencia, en el que se ha suscitado semejante cuestión.

En el ámbito mercantil, la SAP Barcelona de 9 de mayo de 2008, a propósito de un supuesto de competencia desleal y del incumplimiento de un pacto de no concurrencia, y habiéndose denunciado la ilicitud de una pericial informática, razona que la utilización de la búsqueda a ciegas en un ordenador, que permite rescatar de forma selectiva la información borrada pero existente aún en los sistemas informáticos a través de diversas herramientas digitales, no interfiere en proceso de comunicación ajena ni vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). La citada sentencia añade, además, que la búsqueda por palabras clave permite discriminar desde el inicio todo lo que guarda alguna relación con el ámbito de la intimidad de los demandados, y que en el caso la información obtenida afectaba solo a ciertos actos puntuales de relevancia estrictamente comercial o empresarial, por lo que tampoco se vulnera el derecho a la intimidad personal (art. 18.3 CE)[3154].

3153 Gómez del Castillo y Gómez, M.M., *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 87 y 89.

3154 SAP Barcelona, secc. 15ª, de 9 de mayo de 2008, ftos. jcos 6º y 7º (JUR 2008\317716) aborda un supuesto de incumplimiento de un pacto de no competencia en el que los codemandados habían sido condenados en la instancia a pagar elevadas sumas de dinero (412.174.08 €) y (219.519,66 €), respectivamente, habiéndose denunciado por los codemandados recurrentes la ilicitud de la pericial informática practicada por vulneración de los derechos de secreto de comunicaciones y de intimidad. En este supuesto la pericial informática fue relevante para acreditar que los demandados habían constituido dos nuevas sociedades que desarrollaban una actividad idéntica con la sociedad actora, con la que habían firmado un pacto de no competencia.

En el ámbito penal, la STS de 9 de mayo de 2008, a propósito de un delito de facilitación de pornografía infantil, admite la validez de los rastreos efectuados por la policía de los protocolos IPS (Internet Protocols) que identifican los ordenadores de los usuarios. La Audiencia Provincial declaró nulos tales rastreos porque no tenían autorización judicial. Sin embargo, el Tribunal Supremo, aplicando la doctrina relativa a la identificación de los números telefónicos, afirma que no constituyen injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) los rastreos efectuados sin autorización judicial, y que pueden constituir prueba de cargo. En el caso, el Tribunal Supremo razona que «quien utiliza voluntariamente un programa (Peer to Peer: P2P), en nuestro caso EMULE, asume y consiente que muchos de los datos que incorpora a la red pasen a ser de conocimiento público para cualquier usuario de Internet»[3155].

En el ámbito laboral, la STSJ de Madrid de 16 de enero de 2008, en la que en un supuesto de despido improcedente por utilización del correo electrónico para recibir y enviar archivos con alto contenido pornográfico y posterior almacenamiento en el disco duro del trabajador, razona que las pruebas se habían obtenido vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador y aduce, entre otros motivos, «al haberse efectuado el registro del ordenador sin una previa advertencia que tales controles podían realizarse, y además, sin causa alguna para ello»[3156].

En el ámbito civil, la STS de 2 de julio de 2004, en supuesto de demanda sobre intromisión ilegítima en el honor, intimidad e imagen por las actuaciones de vigilancia y espionaje realizadas sobre una mujer, dirigiéndose la demanda contra su ex marido, un detective y la empresa a la que éste pertenecía razona que la captación de imágenes por el detective en la vía pública no supone una vulneración del derecho a la intimidad, máxime cuando existía una finalidad lícita en la obtención de las imágenes, al tener por objeto comprobar el adecuado cumplimiento de los deberes de guarda y custodia por una madre respecto a sus hijos. En el supuesto concreto la cámara de video empleada en la investigación había sido ubicada en una de las ventanas traseras del ex esposo enfocando directamente la vivienda de la actora y de sus hijos, captando las personas que entraban y salían de la vivienda, y si lo hacían o no acompañados[3157].

Otro ejemplo es la SAP Badajoz 26 septiembre 2000[3158]. La actora aporta una transcripción de cinta magnetofónica, cuyo valor probatorio es nulo al considerarse una prueba

3155 STS, Sala Penal, secc. 1ª, de 9 de mayo de 2008, ftos. jco. 2º y 3º (RJ 2008\4648).

3156 STSJ Madrid, Sala de lo Social, secc. 2ª, de 16 de enero de 2008, fto. jco. 5º (AS 2008\944) que, revoca la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, y declara improcedente el despido del trabajador.

3157 STS, Sala 1ª, de 2 de julio de 2004, ftos. jcos. 1º y 2º (Tol483.340) que, entre otros razonamientos, recuerda que la jurisprudencia de la Sala ha venido admitiendo, con anterioridad a la LEC, como medios probatorios las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual, y con posterioridad a la LEC, tales medios se recogen en el art. 382 LEC. Cita las SSTS de 30 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1996 y 12 de diciembre de 1999.

3158 SAP Badajoz, secc. 2ª, de 26 de septiembre de 2000, ftos. jcos. 2º y 3º (AC 2000, 4875).

obtenida con violación del secreto de conversación telefónica. La cinta, que recogía una conversación entre la esposa demandada y la hija común del matrimonio en su día habido con el actor, pretendía acreditar que la esposa convivía maritalmente con otra persona, a los efectos de extinción de una pensión compensatoria (art. 101 CC). Se afirma una violación del art. 11 LOPJ y también del art. 18.3 CE pues para levantar el secreto de las comunicaciones telefónicas es preciso una resolución judicial. Y se concluye afirmando que «el acceso a la conversación telefónica por un tercero no autorizado implica una violación del secreto de la misma y por ello no posee valor probatorio».

La ilicitud de la prueba electrónica debe acreditarse a través de un incidente contradictorio. El artículo 287 LEC, en su apartado primero, dispone «cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato con traslado, en su caso, a las demás partes». La referencia a la «prueba admitida» permite entender que el incidente de ilicitud probatoria opera como un instrumento para expulsar las pruebas ya admitidas, y no como un criterio de admisión de los medios de prueba, como lo son la pertinencia, la utilidad o la legalidad (art. 283 LEC).

De aquí que el juez no pueda inadmitir *ab initio* una prueba por razón de ilicitud, sino que, una vez inadmitida la prueba se podrá, de oficio o a instancia de parte, sustanciar el incidente de ilicitud probatoria a los efectos de la declaración de ilicitud. Se ha justificado la imposibilidad de inadmitir *ab initio* una prueba ilícita en el doble argumento de la extrema dificultad de apreciar *in limine* la ilicitud de la prueba sin una previa denuncia por la parte perjudicada y la oportunidad –y necesidad– de articular un incidente contradictorio en el que discutir y verificar la ilicitud de la prueba[3159].

En su apartado segundo el artículo 287 LEC regula el tratamiento procesal del incidente de ilicitud probatoria, regulando la legitimación para promoverlo, el momento procesal para suscitarlo y los concretos trámites procesales que lo integran. Así dispone: «Sobre esta cuestión [la ilicitud], que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida licitud».

La legitimación para promover el incidente de ilicitud corresponde indistintamente a las partes y al juez. Tiene como momento preclusivo el del inicio de la práctica de la prueba, por lo que la ilicitud probatoria deberá declararse en el acto del juicio (si se trata de un juicio ordinario) o al comienzo de la vista (si se trata de un juicio verbal). La finalidad del legislador es que no se dé inicio a la práctica de la pruebas sin haber previamente declarado

3159 Picó i Junoy, J., *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs). J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 29-30.

su ilicitud. Ahora bien, también es posible que el juez declare la ilicitud probatoria en el momento de dictar sentencia.

No obstante, el legislador ha establecido como momento preclusivo para la denuncia de la ilicitud el inicio de la práctica de la prueba (arts. 287.1, II y 433.1 LEC), con la finalidad de evitar la «contaminación» del juzgador, si en el momento de dictar sentencia el juez advierte la ilicitud de la prueba practicada es posible que pueda suscitar de oficio, e incluso a instancia de parte, un incidente de nulidad de actuaciones.Y salvando nuevamente la contradicción sobre «el concreto extremo de la referida ilicitud» declarar la ilicitud de la prueba, todo ello con fundamento en los artículos 225.5 y 227.2 LEC, el artículo 11 LOPJ y la doctrina constitucional que sanciona con nulidad la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales[3160].

Se sigue un incidente contradictorio entre las partes, con posibilidad de alegaciones y prueba, que tiene por objeto la declaración de ilicitud probatoria. El incidente de ilicitud probatoria, carente de precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, es el cauce adecuado para evitar la práctica de una prueba admitida y que pudiera resultar ilícita.

5.3.2. Momento

La LEC equipara el régimen de aportación de la prueba por medios e instrumentos (arts. 382 a 384 LEC) con los documentos, de manera habrán de aportarse con la demanda o la contestación o, en su caso, en momentos posteriores (arts. 265.2, 3, 4; 270 y 271 LEC). Eso sí, siempre que se trate de instrumentos «fundamentales» (art. 265.1.2º LEC). El fundamento del deber de aportación inicial, al igual que en el supuesto de los documentos convencionales, descansa bien en el derecho de información de la contraparte, bien en el principio de igualdad procesal, bien en el derecho de defensa, bien en el principio de la buena procesal.

Con respecto de los medios e instrumentos que sean «fundamentales» se impone la carga de su aportación inicial con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.2º y 269 LEC), «para información de la parte contraria» –en justificación de la Exposición de Motivos de la LEC[3161]– extendiéndose dicha carga al actor y al demandado, con la finalidad de dar soporte probatorio a las alegaciones vertidas en la demanda y contestación a la demanda. La Exposición de Motivos de la LEC razona del modo siguiente:

> «En los momentos iniciales del proceso, además de acompañar a la demanda o personación los documentos que acrediten los presupuestos procesales, es de gran importancia, para información de la parte contraria, la presentación de los documentos sobre el fondo del asunto,

3160 En este sentido también Fernández Urzainqui, F. J., «Comentario al art. 287 LEC», en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p. 1340; y Moreno Catena, V., «Comentario al art. 287 LEC», en AAVV, *El Proceso Civil*, vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2232.

3161 Exposición de Motivos LEC, epígrafe X, párrafo 12º.

a los que la regulación de esta Ley añade medios e instrumentos en que consten hechos fundamentales (palabras, imágenes o cifras) para las pretensiones de las partes, así como los dictámenes escritos y ciertos informes sobre hechos».

El legislador, pese a considerar a los medios e instrumentos como una prueba autónoma a los documentos, consciente que poseen también un carácter representativo y una eficacia probatoria similar, deja claro el deber de aportación inicial, para que actor y demandado, respectivamente, aporten los instrumentos fundamentales ya en la fase inicial de alegaciones, evitando posteriores aportaciones sorpresivas.

Con respecto a cualquier otro medio e instrumento, que no revista el carácter de fundamental, se impone la carga de su aportación con anterioridad a la vista (en el juicio verbal) o en el acto del juicio (en el juicio ordinario) (art. 271 LEC). Adviértase expresamente que el citado art. 271 LEC, rubricado «preclusión definitiva de la presentación y excepciones a la regla» alude indistintamente, en su apartado primero, a los documentos e instrumentos –y también a los medios, informes o dictámenes–.

5.3.3. Forma de aportación

Las mayores dificultades no se centran en el momento de su aportación, pudiéndose aplicar la normativa de los documentos convencionales, cuanto en la forma de aportación. Probablemente no se podrá aportar el ordenador o el servidor que guarda la información, o en el que se ha producido o registrado el hecho informático o electrónico. Habrá que trasladarlo a un soporte idóneo (electrónico) –podría pensarse en un disquette, CD, DVD o pen-drive– o si es posible «imprimirlo» para presentarlo como un «documento auxiliar o de referencia», indicando, eso sí, el archivo auténtico y original con el que puede ser cotejado»[3162]. En el soporte electrónico es conveniente hacer constar el software y el hardware usado para su confección en orden a facilitar su reproducción cuando fuera necesario (ej. Sofware: Microsoft Word 2007; Hardware: PC compatible)[3163].

Con respecto a los documentos escritos, la LEC ha simplificado el sistema de su aportación, mediante la supremacía y suficiencia de las copias como sistema de aportación y la imposición a la contraparte de la carga de impugnar la autenticidad. Ya no se exige de forma ineludible la aportación del original o copia auténtica, sino que ésta se condiciona a la impugnación de la autenticidad. El documento público escrito podrá presentarse por copia simple (art. 267 LEC), sin necesidad de aportar su original, entendiéndose por copia simple la simple fotocopia. Y si se impugnare la autenticidad del documento público, «podrá aportarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta efectos probatorios» (art. 267 *in fine* LEC).

3162 García Paredes, A., *La prueba en juicio: ¿y si es electrónica?*, en Revista Contratación Electrónica, núm. 62, julio 2005, p.6.

3163 En este sentido, Cabezudo Rodríguez, N., *Omisiones y recelos del legislador*…, ob. cit., p.1705.

Por su parte, el documento privado escrito podrá presentarse por original o copia autentificada por fedatario público, pudiendo, a instancia de los interesados, dejar testimonio (art. 268.1 LEC). También podrá presentarse mediante copia simple (art. 268.2 LEC), pues si se permite la aceptación de los documentos públicos por copia simple, *a fortiori* debe permitirse y está permitida la copia simple de los documentos privados. Además, hay que tener en cuenta que la oralidad introducida por la LEC ha producido, como efecto colateral, el intercambio de fotocopias de documentos entre las partes, y con ello el reconocimiento de eficacia probatoria a las reproducciones de documentos mediante fotocopias cuando no son impugnadas de contrario[3164].

Por lo que respecta a la forma o soporte material que recoja la prueba electrónica unos autores apuntan que el legislador no lo ha previsto legalmente, por lo que se podrá aportar cualquier soporte que se estime idóneo, previsión legal lógica ante la eventualidad que cualquier enumeración devendría obsoleta un poco tiempo. El único límite en cuanto a la forma de aportación lo constituye la exigencia legal que lo aportado pueda ser examinado por el tribunal y las partes con pleno respeto a las garantías de inmediación y contradicción (art. 384.1 LEC)[3165].

Otros autores, más matizadamente, afirman que el documento electrónico puede ser acompañado bien en la propia máquina o pantalla del ordenador, bien en el soporte material informático[3166]. La aportación de la máquina o pantalla puede resultar, cuando menos incómoda, a no ser que se trate de pantallas portátiles muy fácilmente desplazables y, en todo caso, exige la reproducción o «lectura» por el Secretario judicial a efectos de su constancia en las actuaciones. Y tratándose de «documentos» de texto muy extensos su constancia en las actuaciones requiere una inversión de tiempo no siempre acorde con las exigencias de racionalización de los recursos humanos, lo mismo que si se trata de «documentos» que contienen imágenes o sonidos.

Puede resultar más cómodo el volcado del documento electrónico en soporte papel y su «impresión», siempre que la misma resulte idónea para la captación de la información. Tal posibilidad, cada vez más frecuente en la práctica forense, se ha sugerido en alguna resolución de la jurisprudencia menor con fundamento en permitir una «mayor accesibilidad» al contenido del documento electrónico (SAP Santa Cruz de Tenerife, 18 de noviembre de 2009[3167]). Se trata de una reproducción escrita del instrumento informático que hace las

3164 Así lo pone de manifiesto Vázquez Sotelo, J.L., *La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», vol. 2, ob. cit., p.265.

3165 Pérez Gil, J., *Documento informático y firma electrónica*…, ob. cit., p.234.

3166 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.316.

3167 SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.4ª, de 18 de noviembre de 2009, fto. jco.2º (JUR 2010\77692) que, en la parte que interesa dice: «…se podría precisar que la copia del documento multimedia debe aportarse con ese soporte (y a través del medio adecuado –pen drive, por ejemplo–) y no en papel,

veces de simple documento, de modo que, de ser reconocido, haría innecesaria la reproducción directa del contenido a presencia judicial[3168].

Y también es posible, por supuesto, la aportación del soporte informático, sin transcripción de su contenido, dado que es facultativa (art. 382.1 LEC). En todo caso, deberá procurase que el soporte informático conste unido a las actuaciones de forma que pueda reproducirse –en el momento de su práctica– en condiciones que garanticen su integridad.

5.3.4. La transcripción del contenido

Con respecto a la «prueba por medios audiovisuales» existe la previsión legal de la aportación de una transcripción de su contenido en los términos literales siguientes: «Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte que se trate y que resulten relevantes para el caso» (art. 382.1 LEC). Y a continuación, el artículo siguiente dispone: «El tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta» (art. 383.1, II LEC).

No existe, por el contrario, una previsión de la transcripción del contenido de los instrumentos informáticos (art. 384 LEC), aun cuando debemos entender aplicables por analogías las previsiones relativas a los medios de audiovisuales (arts. 382.1 y 383.1, II LEC).

La transcripción escrita de palabras, en correcta interpretación de los artículos 382.1 y 383.1, II LEC, exige tener en cuenta varios extremos. En cuanto a su momento procesal, la transcripción debe aportarse en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal, pues el precepto alude que «…al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar…», siendo, por ende, la fase de proposición de los medios de prueba el momento procesal idóneo para su aportación.

En cuanto a su naturaleza, la aportación de la transcripción es facultativa, quedando sujeta a la voluntad discrecional de la parte, por lo que no se trata de un deber y ni siquiera de una carga. No hay deber de aportar la transcripción con fundamento en el artículo 273 LEC y la falta de aportación de la transcripción no puede acarrear consecuencias negativas, aun cuando algunos autores entienden que hubiera sido deseable que el legislador exigiera la transcripción con independencia del contenido del soporte o instrumento, a efectos de preservar el derecho de defensa de las demás partes, máxime cuando legalmente tampoco se

pero su traslado a éste puede representar, de igual modo y para permitir una mayor accesibilidad, una transcripción adecuada en ese soporte del mismo documento.»

3168 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*…, ob. cit., p.196.

exige la aportación de una copia[3169].Y no puede ignorarse que en la tramitación parlamentaria de la LEC se rechazó una enmienda del Grupo Socialista (núm. 385), que establecía el deber de acompañar una copia para su entrega a las demás partes.

En cuanto a su contenido, hay que precisar que aun cuando el apartado primero del artículo 382 LEC se circunscribe a la transcripción de palabras, cabe también la transcripción de sonidos o imágenes sin palabras[3170], y el propio apartado segundo del artículo 383 LEC alude literalmente a una «transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas».Y si no es posible una transcripción literal de sonidos o imágenes, cuando menos lo será, como sugiere Montón Redondo, una transcripción «explicativa» de lo que se escucha o que se ve[3171]. También se ha postulado efectuar una interpretación amplia de la expresión legal «transcripción escrita de las palabras», sugiriendo que pueda aportarse, por ejemplo, unos fotogramas[3172].

El legislador dispone que la transcripción será de lo relevante, a juicio de la parte aportante[3173], aun cuando no puede rechazarse a priori que pueda aportarse toda la transcripción[3174], pues una cosa es que no se aporte la transcripción de las partes que no guarden relación con el caso, y otra muy distinta es que en las partes que afecten al caso el actor o el demandado puedan seleccionar las partes que estimen más relevantes[3175]. Se ha propuesto que la determinación de lo que se considere «relevante para el caso» a los efectos de su transcripción debería quedar al criterio del juez, quien, en todo caso, conserva la facultad de acordar la transcripción literal (art. 383.1, II LEC), aun cuando la parte aportante no lo haya efectuado[3176].

En el supuesto que la parte no haya aportado la transcripción y el juez la acordare (art. 383.1, II LEC) se ha suscitado la duda de quién debe efectuar dicha transcripción,

3169 Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., pp. 499; Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 382,* ob. cit., p.1766.

3170 En sentido distinto, la SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2 de mayo de 2007, fto. jco. 3º (La Ley 113346/2007) que afirma que la transcripción solo es posible en el caso de las «palabras» (no de imágenes, ni sonidos).

3171 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*…, ob. cit., p.183.

3172 Samanes Ara, C., *Comentario al art. 382 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I,, Cordón-Moreno; Armenta-Deu; Muerza-Esparza; Tapia-Fernández (coords.), ed. Aranzadi, Navarra, p.1279.

3173 A juicio de la SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2 de mayo de 2007, fto. jco. 3º (La Ley 113346/2007) la transcripción en palabras de la parte «relevante» debería dejarse a criterio del tribunal el juicio sobre la relevancia y no, exclusivamente, a las partes.

3174 Illán Fernández, J.Mª, *La prueba electrónica*…, ob. cit., pp. 112-114.

3175 En este sentido, Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil,* ob. cit., p.497.

3176 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*…, ob. cit., p.184.

habiéndose afirmado que deberá efectuarse en presencia judicial, de las partes y dando fe el Secretario de la forma de realizarse y del contenido de la transcripción[3177].

En el supuesto que la reproducción de las palabras se contenga en idioma distinto del castellano, deberemos aplicar las normas sobre la presentación de documentos, distinguiendo entre la presentación en el idioma propio de una Comunidad Autónoma y el idioma extranjero.

Si se trata de palabras en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma, la LEC, como ya había efectuado con anterioridad el artículo 231 LOPJ, reconoce el derecho al uso de una lengua cooficial distinta del castellano y la validez y eficacia de tales documentos, siendo necesaria su traducción al castellano en los siguientes supuestos (art. 142.2 LEC): a) documentos que hayan de producir efectos fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales situados en la Comunidad Autónoma; b) cuando así lo dispongan las leyes; c) cuando lo pida una parte alegando indefensión; d) cuando el juez o los titulares del tribunal desconozcan la lengua cooficial distinta del castellano en la que las palabras vienen recogidas, en cuyo caso podrán acordar de oficio la traducción (STC, de 13 de abril de 2000)[3178].

Si se trata de palabras en idioma extranjero, se impone la carga de proporcionar la traducción completa y fiel de las palabras recogidas en lengua no oficial en España. Dicha carga corresponde a la parte que haga valer el contenido de la transcripción (art. 144 LEC) pudiendo ofrecer una traducción privada, que puede ser objeto de impugnación por las demás partes dentro de los cinco días siguientes al traslado de los documentos (art. 144.2 LEC).

5.3.5. Documentos que se pueden acompañar

Se puede acompañar la prueba electrónica con un «informe pericial». El artículo 384.2, inciso primero, LEC establece que «será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382». Este último artículo dispone: «La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

Ambas disposiciones –arts. 384.2 y 382.2 LEC– pueden ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 352 LEC, en sede de la prueba pericial: «Cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, podrán las partes aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal al amparo de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 299».

Como se desprende del contenido literal del artículo 382.2 LEC, ahora transcrito, las partes tienen la facultad, que no la carga, de acompañar dictámenes y medios de prueba

3177 *Ibid.*, p.187.

3178 STC (Pleno), de 13 de abril de 2000, ftos. jcos. 11º y 12ª (RTC 2000\105).

instrumentales.Y con respecto a la prueba por medios audiovisuales el artículo 382.1 LEC permite a la parte «acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso», previsión que, no obstante el silencio legal, entendemos igualmente aplicable a la prueba por instrumentos informáticos del artículo 384 LEC. El legislador, por ende y resumidamente, faculta –que no obliga– a las partes a aportar transcripciones escritas de las palabras contenidas en el soporte, dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales, todo ello con respecto a los medios de prueba audiovisuales y a los medios de prueba por soportes informáticos.

Por lo que respecta a las «transcripciones escritas de palabras» puede ser oportuno aportar junto con el soporte (audiovisual o informático) una transcripción escrita de su contenido, indicando, si es posible, el minuto u otra forma de localización de su contenido, todo ello con la doble finalidad de facilitar el juicio de admisión judicial y de permitir su consulta –y eventual práctica y valoración– con el menor coste temporal[3179].

Con respecto a la aportación de «dictámenes periciales», debemos indiciar que es una de las características propias de la prueba electrónica. Puede ser necesario que, junto con los escritos de alegaciones, se aporte un informe pericial para acreditar bien la integridad –que la prueba electrónica o la fotografía no ha sido manipulada–; bien la autenticidad –que ha sido remitida desde un determinado ordenador y en determinada fecha o para acreditar la identificación de una voz–; bien la licitud –que en su obtención y aportación al proceso la cadena de custodia no han infringido los derechos y libertades fundamentales–. La prueba pericial, por ende, puede tener una doble finalidad, bien de reforzar a la prueba electrónica, bien, por el contario, de impugnar su integridad, autenticidad o licitud, esto es, sirve para avalar la eficacia de la fuente de prueba o para impugnarla.

Y, finalmente, la parte puede aportar «los demás medios instrumentales», pues no cabe duda que el contenido de un video, de un e-mail o de un sms, por citar tres ejemplos, puede ser corroborado por la declaración de las partes o de los testigos. Incluso la proposición del interrogatorio de las partes o de los testigos puede ser útil para el supuesto de inadmisibilidad de las citadas pruebas.

Advierte Gómez del Castillo y Gómez que la ley no dice ni cuándo, ni cómo deben aportarse los dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales (arts. 382.2 y 382.4 LEC) pero cabe entender que desde la proposición a la práctica[3180].

En los supuestos de documentos electrónicos con firma electrónica se podrá presentar una certificación sobre papel expedida por el prestador de servicio de certificación, cuyo contenido especifica el art. 11.1 de la LFE, y que comprende: a) la indicación de que los certificados se expiden como tales; b) el código identificativo único del certificado; c) la identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado y su

3179 Puede verse el epígrafe 5.3.4. de este capítulo.

3180 Gómez del Castillo y Gómez, M.M., *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 88 y 89.

domicilio; d) la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado; e) la identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de documento nacional de identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su código de identificación fiscal; f) los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del firmante; g) el comienzo y fin del período de validez del certificado; h) los límites de uso del certificado, si se establecen; i) los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen.

Cuestión distinta es la aportación documental de una prueba electrónica por parte de un testigo. Así, la SAP Barcelona, de 25 de mayo de 2007 inadmite un e-mail aportado por un testigo, admitido por el juez de instancia, razonando que «son las partes quienes deben aportar los documentos o requerir a los contarios o a terceros su exhibición y estas reglas deben ser respetadas», precisando, además, que la ley no prevé que el testigo «acompañe documentos para reforzar sus afirmaciones»[3181].

5.3.6. Deberes de exhibición

El deber de exhibición documental resuelve la problemática de la ausencia en el proceso de un documento, sea público o privado, y cómo aportarlo o conocerlo cuando la parte no lo tiene, sea porque esté en poder de otra parte, de un tercero o de un organismo o entidad pública.

La regulación de la LEC, muy modificada en tramitación parlamentaria, ha superado lagunas de la derogada LEC de 1881 –ej. deber de exhibición entre partes, zanjando viejas polémicas doctrinales[3182]–, pero es parca en los aspectos procedimentales, particularmente en las sanciones derivadas del incumplimiento de los deberes de exhibición. Una regulación legal completa, partiendo del principio general del deber de exhibición, debería atender los requisitos de la solicitud de exhibición, los eventuales motivos de oposición

3181 La SAP Barcelona, secc. 14ª, de 25 de mayo de 2007, fto. jco. 1º (JUR 2007\295172) razona que «la credibilidad del testigo no se basa en los documentos que acompañe, sino en la coherencia del relato histórico, en su contundencia comunicacional o en otros aspectos, sin que la ley prevea que acompañe documentos para reforzar sus afirmaciones».

3182 Bajo la derogada LEC de 1881, un sector doctrinal (Prieto Castro, L., *Exhibición de documentos en juicio*, en «Estudios y comentarios para la práctica procesal», vol. I, Madrid, 1950, pp. 161 y ss; Serra Domínguez, M., voz *Prueba documental,* en «Enciclopedia Seix»; Moreno Catena, V., *Comentario al art. 603 LEC*, en AAVV «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1984, pp. 538 y ss.) entendía que existía tal deber de exhibición entre partes, por interpretación *a sensu contrario* del art. 603 LEC\1881, el principio de la buena fe procesal del artículo 11.1 LOPJ y del deber de colaboración entre el Juez y las partes; mientas que otro sector doctrinal (de la Oliva Santos, A., *Derecho procesal civil*, t. II, Madrid, 1997, p.367) sostenía que no existía tal deber de exhibición siguiendo el aforismo *nemo tenetur edere contra se.*

al requerimiento de exhibición y las consecuencias procesales de la no aportación, como sucede en otros ordenamientos extranjeros[3183].

La regulación legal está pensada en los deberes de exhibición entre partes, de terceros y de las Administraciones, pero limitada a los documentos en papel (arts. 328 a 330 LEC). Así se deduce del hecho que la regulación de la exhibición documental entre partes exija al solicitante que aporte una «copia simple del documento» (art. 328.1 LEC) y del dato que, separadamente, existan previsiones legales con respecto a la «extracción de copias de documentos que no sean escritos» (art. 333 LEC).

No existe ninguna referencia al deber de exhibición de instrumentos informáticos entre partes, en poder de terceros o de la Administración (arts. 328 a 330 LEC)[3184] y ante el silencio legal cabe entender bien que el legislador ha querido excluir de los deberes de exhibición la prueba por instrumentos informáticos, bien acudir a la analogía y entender que los deberes de exhibición previstos para los documentos convencionales también son de aplicación a la prueba electrónica, opción esta segunda que nos parece más acertada, con las prevenciones propias de que entre ambos «documentos» –esto es, el escrito y el no escrito– median algunas diferencias ya expuestas[3185].

Puede plantearse la dificultad que al requerirse de exhibición una prueba electrónica la misma figure en el disco duro de un ordenador o en un pen-drive, por citar algunos ejemplos. Para sortear tales obstáculos, la parte requerida de exhibición puede facilitar una copia del disco duro del ordenador o volcar la información contenida en un dispositivo informático similar, si se conforma la parte requirente. También puede optar por volcar la información en soporte papel, lo cual suscita el interrogante de quien corre con los gastos de la traslación de la información electrónica a un soporte papel, particularmente en aquellos supuestos en que se trate de un información muy voluminosa o de traslado más complejo (ej. un proyecto de obras que incluye mapas y dibujos; un documento contable digital con infinidad de cifras o datos numéricos).

Siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, el deber de exhibición entre partes precisa de los siguientes requisitos: 1º) Que la parte que la solicita no pueda disponer del documento de otra manera; 2º) Que los documentos sean pertinentes (es decir, relacionados con el objeto del proceso) o relevantes para la eficacia (valor probatorio) de otros medios de prueba; 3º)

3183 En el Derecho comparado puede verse la regulación alemana contenida en los arts. 421 y ss. ZPO.

3184 Sobre el deber de exhibición documental y las dificultades que suscita la regulación legal ya con respecto a los documentos escritos me remito a mi estudio *La prueba documental*, ob. cit., pp. 114-133.

3185 A favor de la solución analógica también se han pronunciado: MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.196; ORDOÑO ARTÉS, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.503; DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Jiménez Conde, F. (coord.), ed. Sepín, 2002, respuesta a la cuestión núm. 32, pp. 287-288; NIEVA FENOLL, J., *La prueba en documento multimedia*, en Instituciones del nuevo proceso civil, ob. cit., pp. 322-323; SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONET, A.E., *La prueba por medios audiovisuales*…, ob.cit.,pp. 120-121.

Que la parte acompañe copia simple del documento o, si no existe o no se dispone de ella, se indique, con la mayor exactitud posible el contenido del documento[3186].

La necesidad, como requisito de proposición, que la parte proponente aporte una «copia simple» puede suscitar alguna dificultad con respecto a la prueba electrónica, ya que si bien con respecto al documento convencional escrito las nociones de original y copia simple aparecen perfectamente delimitadas conceptualmente y pueden distinguirse en el tráfico jurídico (salvo claro está, en supuestos de impugnación), no ocurre lo mismo con el documento no escrito, pues ni a nivel conceptual ni en el tráfico jurídico existe una frontera tan nítida, siendo una afirmación bastante generalizada que con respecto al documento no escrito la distinción entre el original y la copia aparece desdibujada.

En aras a facilitar el deber de exhibición entre partes, y en una interpretación que garantice la efectividad derecho a la prueba (art. 24.2 CE), podemos entender que la copia «simple», esto es, la versión del documento no escrito aportada por la parte proponente (ej. copia de un e-mail, de una página web, de un mensaje sms, por citar tres ejemplos) deberá tenerse por tal, salvo que fuere impugnada por la parte requerida.

5.3.7. Criterios de admisión prueba electrónica

La LEC enumera unos criterios generales y comunes a la admisión de cualquier medio de prueba, conocidos sobradamente como la pertinencia, la utilidad y la legalidad (art. 283 LEC). A pesar de las singularidades de la prueba electrónica –la información puede aparecer en imágenes y sonidos; realidad intangible de la fuente de prueba; dudas sobre la posibilidad de distinguir el original y la copia–, lo cierto es que el legislador no ha previsto unos criterios específicos para la aportación de la prueba electrónica, tal vez en la confianza que las dudas en cuanto a su integridad o exactitud puedan «denunciarse» a través de la impugnación de la prueba electrónica, y las dudas sobre su lícita obtención a través del incidente de ilicitud ya comentado (art. 287 LEC)[3187].

Ello no obstante, la doctrina científica se ha esforzado por apuntar algunos criterios específicos de admisibilidad de la prueba electrónica, y entre ellos: 1) Identificar debidamente el hardware o equipo del que procede el documento electrónico; 2) Acreditar que dicho equipo funciona de modo correcto; 3) Demostrar que los datos introducidos en el ordenador, lo han sido conforme a un programa que refleja la exactitud de dicho proceso de registro; 4) Explicar, de modo razonable, que el procesamiento, almacenaje y salida de datos se ha realizado de forma fiable; 5) Que pueda acreditarse, por otros medios, quienes

3186 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 328 LEC*, en AAVV «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.573.

3187 Puede verse el epígrafe 5.3.1. de este capítulo.

participaron en el proceso de elaboración del documento y que efectivamente se ha controlado el mismo[3188].

A efectos prácticos, puede suscitarse alguna dificultad cuando la prueba electrónica se aporta directamente a través de un soporte electrónico (esto es, DVD, un CD-Rom, un pen drive, etc.) sin el volcado en soporte papel. Dado que el soporte electrónico incorpora una información incorpórea se está pidiendo del juez casi un «juicio de adivinación» sobre la pertinencia de la prueba aportada. Para evitar tal inconveniente cabe una doble solución, bien que se proceda a la reproducción del soporte electrónico en la propia audiencia previa –lo cual, en función de los casos, puede alagar dicho trámite procesal– o bien proceder previamente a su impresión en formato papel.

El régimen de recursos frente a la admisión o inadmisión de la prueba electrónica es el común al resto de los medios de prueba y permite distinguir entre las distintas clases de juicios declarativos. En el juicio ordinario, frente la admisión o inadmisión de las pruebas electrónicas cabrá un recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral (art. 285.1 LEC) y si fuere desestimado, la parte perjudicada podrá formular protesta a los efectos de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285.2 LEC). En el juicio verbal, frente a la inadmisión de una prueba electrónica o la admisión de una prueba electrónica de las que se denunciara como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a los efectos de hacer valer sus derechos en segunda instancia (art. 446 LEC). Adviértase que el ámbito de la «impugnación» es más limitado en el juicio verbal, pues no cabrá protesta contra la admisión de una prueba electrónica que la parte considera impertinente, inútil o que infringe la legalidad del procedimiento.

5.4. La conservación o perdurabilidad de la prueba electrónica

La «conservación» de la prueba electrónica exige, cuando menos, el análisis de los siguientes extremos: 1º) La posibilidad de distinguir entre el original y la copia de la prueba electrónica; 2º) La copia del documento público notarial; 3º) El acta y la custodia de la prueba electrónica; 4º) Las medidas de gestión y técnicas que garantizan la perdurabilidad e la prueba electrónica.

5.4.1. La distinción entre el original y la copia

Existe un vacío en cuanto a la aportación de las copias de las pruebas electrónicas, dado que la regulación legal está prevista para los documentos escritos (arts. 273 y ss). Dicha omisión no es un olvido del legislador, puesto que la regulación de las pruebas electrónicas, inexistente en el PLEC, se incorporó posteriormente a raíz de los informes del CGPJ y el legislador no considera a las pruebas electrónicas como documentos.

3188 de Urbano Castrillo, E., *El documento electrónico: aspectos procesales*, en «Internet y Derecho Penal», p.589.

Esta laguna legal ha favorecido alguna «corruptela» de práctica forense, tal como la no presentación de copias de la prueba electrónica, a la espera que se efectúen por la Oficina Judicial, o la presentación de un fichero principal sin acompañar los archivos adjuntos del documento electrónico principal (documentos que van adjuntos con el correo electrónico, firma digital adjunta al documento expedida por un fedatario público)[3189]. Por otra parte, sin necesidad de aportar una copia del soporte electrónico, puede entenderse conferido el traslado mediante la aportación de una «imagen digitalizada» de un instrumento informático como un CD-Rom, DVD, pen drive o la impresión en formato papel de la información contenida en el soporte electrónico.

La regulación del traslado de copias de documentos (arts. 273 a 280 LEC) resulta de difícil aplicación analógica a la prueba electrónica, puesto que contempla el documento en soporte papel y la firma manuscrita tradicional. Además, suele añadirse que, con respecto a la prueba electrónica, la misma noción de copia queda desdibujada, en la medida que a menudo no es posible distinguir el original de la copia, puesto que el documento de partida y el duplicado son idénticos[3190].

Ello nos lleva a plantear dos cuestiones, a saber, si conceptualmente es posible distinguir el original y la copia en las pruebas electrónicas; y si legalmente se ha efectuado esta distinción. Ambos interrogantes deben ser contestados afirmativamente. La copia y el original del documento electrónico pueden ser idénticos, precisamente por su facilidad de reproducción, pero partiendo de un criterio cronológico y en función de los llamados «datos de tráfico», puede distinguirse el primer documento y los documentos sucesivos, pues en ellos se suelen conservar los datos relativos a su fecha de creación. Pensemos, a título de ejemplo, en un e-mail que es creado en determinada fecha y reenviado en otra posterior.

La LEC no alude a la copia de la prueba electrónica, pues la regulación de las copias de los escritos y documentos y su traslado (arts. 273 a 280 LEC) está pensada en los documentos aportados en soporte papel y con firma manuscrita tradicional. Ello no obstante, el art. 382 LEC –y para la prueba por medios audiovisuales– concede al aportante la facultad de aportar «una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte que se trate», esto es, una impresión en formato papel del contenido del medio audiovisual. Dicha previsión, no obstante el silencio legal, puede ser de aplicación analógica a la prueba por instrumentos informáticos (art. 384 LEC)[3191].

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha distinguido entre el original y la copia. Para un supuesto de impugnación de unas copias privadas obtenidas de documentos electrónicos (e-mails o correos electrónicos), es ilustrativo el razonamiento contenido en la SAP de Cádiz de 25 de febrero de 2008, que literalmente expresa:

3189 Illán Fernández, J.M., *La prueba electrónica*…, ob. cit., pp. 434 y 435.

3190 Sanchís Crespo, C., *La prueba por soportes informáticos*, ob. cit., pp. 110 y 111.

3191 Samanes Ara, C., *Comentario al art. 384 LEC,* ob. cit., p.1285.

> «Es importante señalar que en el caso presente las pruebas documentales a las que se ha negado validez por el actor, están constituidas por copias privadas obtenidas de documentos electrónicos (e-mails o correos electrónicos) que no constan que posean firma electrónica reconocida, y que han sido obtenidas a través de la impresora del ordenador. Y a la vista de todo lo anterior, es importante discernir si lo que se impugna por la actora y apelante es el propio documento original conservado en los registros electrónicos de la parte demanda, o la falta de correspondencia entre las copias unidas a las actuaciones (los documentos 2 a 7 y 15 a 17 aportados por la demandada) y el original»[3192].

La anterior sentencia distingue entre el original –referido al que se encuentra en el registro informático– y la copia –la obtenida a través de la impresora e incorporada a las actuaciones en soporte papel–. Tal distinción afecta al contenido de la impugnación, pudiéndose impugnar la exactitud de la copia –correspondencia entre las copias aportadas a las actuaciones y el original obrante en el registro informático– o la veracidad del propio documento –certeza del contenido del documento–.

Para facilitar el traslado de los documentos electrónicos se han propuesto diversas alternativas:

a) *de lege ferenda* la creación de un «Servicio Común de Notificaciones y Copias de Documentos Multimedia», en el que, bajo la fe pública del Secretario, y teniendo a disposición los aparatos necesarios, se realizaran las oportunas copias[3193].

b) acudir al Derecho comparado, en particular a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por resolución 51/62, de su Asamblea General, en sesión plenaria de 16 de diciembre de 1996, cuyo artículo 8 precisa los requisitos para que un documento electrónico puede ser considerado original, y que supondría la aportación del soporte electrónico que se encuentra grabado en el disco duro del ordenador, junto con una copia informática para las demás partes, en las diversas modalidades existentes en la actualidad (disquette, cd-rom, etc.)[3194].

c) Otra alternativa puede consistir en la presentación de copias digitalizadas, permitidas por el artículo 267 LEC (para los documentos públicos) y el artículo 268 LEC (para los documentos privados). Se trata de la presentación de documentos en formato electrónico a través de una imagen digitalizada, incorporada como anexo, que habrá de ir firmada mediante firma electrónica reconocida. Se presenta en soporte electrónico una copia escaneada del documento público o privado que antes se aportaba en papel (copia u original o copia fehaciente).

3192 SAP Cádiz, secc. 2ª, de 25 de febrero de 2008, fto. jco. 5º (JUR 2008\235221).

3193 Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, en «Jurisdicción y proceso», ed. Marcial Pons, 2009, p.329.

3194 Elías Baturones, J.J., *La prueba de documentos electrónicos*…, ob. cit., p.162.

d) En el futuro la presentación de copias podrá realizarse a través del sistema Lexnet, aprobado por Acuerdo de 28 de septiembre de 2005 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y regulado por RD 84/2007, de 26 de enero[3195]. Se define como «una plataforma tecnológica que permite la remisión y recepción de escritos y documentos procesales, basada en un sistema de correo electrónico seguro, mediante el empleo de la firma electrónica reconocida»[3196].

Se afirma que el sistema aporta las garantías de autenticidad (el emisor del documento es realmente quien dice ser), integridad (el documento llega inalterado y su contenido no puede alterarse durante la transmisión), no repudio en origen ni en destino (el emisor no puede negar que ha enviado el documento ni el receptor que lo ha enviado) que proporciona la firma electrónica reconocida, así como también las garantías de confidencialidad (solo el destinatario puede leer su contenido) y la de sellado de tiempo (constatación del instante de la comunicación, lo que permite fijar el orden de llegada de escritos) mediante mecanismos técnicos adecuados (art. 2 RD 84/2007)[3197].

Entre las funcionalidades del sistema Lexnet, y según se recoge en el Anexo V del RD 84/2007, se encuentra la del traslado de copias de escritos y documentos, al órgano jurisdiccional y a los Procuradores personados, de tal manera que quede constancia en las misma copias de la fecha y hora en que se ha realizado el traslado.

El sistema Lexnet ha sido creado y desarrollado por el Ministerio de Justicia y se implementa en las Oficinas Judiciales correspondientes al ámbito de actuación del Ministerio de Justicia, siquiera se han firmado también convenios de cooperación tecnológica entre el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia[3198].

5.4.2. La copia del documento público notarial

La dificultad de distinguir entre el original y la copia desparece en los documentos electrónicos notariales, puesto que la intervención del fedatario público notarial garantiza

3195 BOE de 13 de febrero de 2007: «Sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos».

3196 DE HOYOS SANCHO, M., *Hacia un proceso civil más eficiente: Comunicaciones telemáticas. El sistema «Lexnet»*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», vol. II, ob. cit., p.94.

3197 MARTÍN PASTOR, J., *Un paso importante hacia el proceso telemático en España: el sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos,* en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», vol. II, ob. cit., pp. 128 y ss.

3198 En fecha 4 de octubre de 2005 con la Generalitat Valenciana (BOE núm. 278, de 21 de noviembre); en fecha 5 de mayo de 2006 con la Generalitat de Cataluña (BOE núm. 151, de 26 de junio) y en fecha 20 de diciembre con la Xunta de Galicia (BOE núm. 29, de 2 de febrero).

la autenticidad e integridad del documento, por mor del art. 17 bis de la Ley de 28 de noviembre de 1862, en la redacción dada por Ley 24/2001, de 27 de noviembre.

Dicho artículo 17 bis, a pesar de su extensión, debe reproducirse literalmente:

1. «Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.
2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo. En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:
   a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.
   b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en ésta u otras leyes.
3. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.
4. Si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido.
5. Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.
6. También podrán los registradores de la propiedad y mercantiles, así como los órganos de las Administraciones públicas y jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos

efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia.

7. Las copias electrónicas sólo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia indicando dicha finalidad.

8. En lo no previsto en esta norma, la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley Notarial y en su Reglamento».

Del art. 17 bis de la Ley del Notariado, y en acertada síntesis de MONTERO AROCA, interesa destacar[3199]:

1º) Los documentos públicos autorizados por un notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados en soporte papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en ésta u otras leyes.

2º) Las copias autorizadas de las matrices (es decir, las llamadas copias auténticas) podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, aunque sólo para su remisión a otro notario, a un registrador o a un órgano de las administraciones pública o jurisdiccional.

3º) Las copias simples electrónicas podrán mandarse a cualquier interesado.

4º) Si las copias se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial el traslado debe hacerlo el notario al que se hubiesen remitido.

5º) Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se hubiese enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

6º) También podrán los órganos jurisdiccionales trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los solos efectos de incorporarlas a los expedientes que correspondan por razón de su oficio.

Adviértase que el documento notarial electrónico va referido siempre a las copias o reproducciones telemáticas, pero no a la matriz, dado que el documento original ha sido elaborado y conservado en papel. En este sentido se expresa la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Notarial (adicionada por el art. 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y el Orden Social) al disponer: «hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas, así como, en su caso, a la reproducción de las

3199 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil…*, ob. cit., p.513.

pólizas intervenidas». Como se ha afirmado acertadamente «la electronificación alcanza a la copia pero no al original del documento notarial»[3200].

5.4.3. El acta y la custodia de la prueba electrónica

Con respecto a la prueba por «medios audiovisuales», el art. 383 LEC, en su apartado primero, regula el contenido del acta, y en su apartado segundo, la custodia de los materiales que han sido objeto de reproducción. Y con respecto a «prueba por instrumentos informáticos», el art. 384 LEC, en su apartado segundo, regula la documentación en las actuaciones y la adopción de medidas de custodia.

Del análisis conjunto de ambos preceptos, podemos señalar que el contenido del acta, que debe ser extendida por el Secretario judicial, comprende: a) la consignación de los datos necesarios para identificar las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como los instrumentos informáticos. A efectos prácticos tal identificación puede consistir en insertar una etiqueta en el propio soporte electrónico que contenga las menciones del órgano judicial, el número de autos, la parte aportante y la fecha del juico o comparecencia; b) los dictámenes aportados o pruebas practicadas, así como cualquier incidencia que haya tenido lugar durante la reproducción[3201]; y c) los datos objetivos referentes a la percepción y apreciación del tribunal, aun cuando no lo recoja el art. 383 LEC, por aplicación analógica de la normativa relativa al reconocimiento judicial (arts. 358 y 359 LEC)[3202].

A efectos de la práctica forense, puede resultar útil reproducir la propuesta de «Acta de ejecución de prueba videográfica» detallada por Muñoz Sabaté[3203].

> «…El juicio continua con la ejecución de la prueba videográfica propuesta por la parte actora.
>
> Asiste el técnico encargado de la proyección Don…elegido y propuesto por dicha parte.
>
> Por el letrado de la demandada se recuerda que tiene denunciada la ilicitud de esta prueba, a lo que Su Señoría resuelve que es necesario visionarla primero para decidir con más conocimiento de causa.
>
> Empezada la proyección y en la secuencia en donde aparece la imagen del que se supone ser Don… parte demandada, Su Señoría la interrumpe para preguntar a la representación y defensa del mismo si lo identifica como tal. Por el señor letrado…se contesta afirmativamente.

3200 Mira Cos, C., *La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva*, ob. cit., p.111.

3201 Jaume Bennasar, A., *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal,* ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p.83.

3202 En este sentido: Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico…*, ob. cit., p.506; Fernández Seijo, J.Mª, *Comentario al art. 383 LEC*, ob. cit., p.2716; Cremades Morant, J., *Comentario al art. 383 LEC,* ob. cit., p.2390.

3203 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos…*, ob. cit., p.393.

> La proyección contiene diversas secuencias que recogen varias y diferentes situaciones y comportamientos del demandado en su vida de relación, resultando significativos a los efectos de esta litis, aquellas secuencias que manifiestan actos ambulatorios de estación bípeda, sin auxilio de silla de ruedas, muletas o asistencia de terceros.
>
> Por la parte actora se solicita que se fotogramen documentalmente para su incorporación a los autos las secuencias que llevan al pie las fechas siguientes: 04/03-10 horas; 07/03-9.35 horas y 14/03-16.25 horas, de lo cual queda instruido el operador Sr…, quien promete cumplir fielmente el encargo y entregar por triplicado al Juzgado los fotogramas junto con esta cinta.
>
> Terminada la proyección Su Señoría, oída también la parte actora, resuelve que la solicitud formulada en su momento por el letrado de la demandada denunciando la ilicitud de dicha prueba por haberse adquirido infringiendo el derecho constitucional a la intimidad, es improcedente ya que las imágenes que acaban de visionarse han sido captadas en lugares públicos.
>
> Resuelta esta cuestión Su Señoría pregunta a la defensa de la parte demandada si al margen de ella tiene algo más que añadir respecto a la autenticidad de la cinta o al contenido de la proyección. Por el letrado se contesta que no puede afirmarlo o negarlo.
>
> Con lo cual se da por terminada esta diligencia de prueba, ordenando Su Señoría que la cinta videográfica una vez devuelta por el experto, continúe depositada en poder del Sr. Secretario».

Con respecto a la custodia de los materiales, que también es deber del Secretario judicial, las previsiones legales señalan que: a) su archivo y conservación se efectúa en el propio órgano judicial; b) debe efectuarse con referencia a los autos del juicio concreto donde se ha practicado; y c) debe verificarse de modo que el documento electrónico no sufra daños y alternaciones. Por tanto, una vez aportada la prueba electrónica al proceso, su custodia corresponderá al Secretario judicial, como si se tratara de un deber de conservación de cualquier otro documento (art. 148 LEC).

Las pruebas electrónicas plantean la dificultad de la conservación y almacenamiento de la información por el órgano judicial. Se ha propuesto que la conservación debe extenderse al doble ámbito de «perdurabilidad», entendida como constante disponibilidad de lo representado en el soporte electrónico tal y como aconteció, y de «fidelidad», entendida como seguridad de lo que representado coincide con lo que efectivamente se realizó, a cuyo efecto y en el epígrafe siguiente daremos cuenta, por lo que respecta a los instrumentos informáticos, de las llamadas técnicas de preservación digital.

La generalización y difusión de las TIC comporta la necesidad de adopción de nuevas medidas de gestión y técnicas de preservación de la información, y de ahí que el legislador, con suma cautela y con carácter abierto, disponga, con respecto a los instrumentos informáticos, que «la documentación se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento», mediante la adopción por el Secretario judicial de unas innominadas «medidas de custodia que resulten necesarias» (art. 384.3 LEC), en el bien entendido que los aspectos tecnológicos y archivísticos no son cerrados, sino que permanecen, al igual que los avances de la tecnología, en constante evolución, pues no debe presuponerse que un documento electrónico, por el mero hecho de serlo, tenga una conservación superior al documento tradicional escrito.

Una última precisión sobre la conservación y el deber de custodia. El artículo 383.2 LEC se refiere al deber de «conservación» por parte del tribunal de los medios audiovisuales y el artículo 384.2 LEC al deber de «custodia» de los instrumentos informáticos por parte del secretario judicial. Aun cuando se trata de una simple diferencia terminológica debe precisarse que ambos deberes, conservación y custodia de los materiales e instrumentos, así como de las actas que documenten las actuaciones judiciales, corresponde al Secretario judicial.

5.4.4. Medidas para garantizar la perdurabilidad

Podemos distinguir aquí entre medidas de gestión –encaminadas a impedir los daños que se pueden producir en las herramientas informáticas– y técnicas –encaminadas a conservar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información–. Las medidas de gestión se deben traducir en políticas de preservación digital, mientras que las medidas técnicas comportan técnicas de preservación digital[3204].

Entre las medidas de gestión se sitúan los planes de preservación de la información digital que responde a varios interrogantes, tales como qué guardar y porqué guardarlo, dónde guardarlo, hasta cuándo guardarlo, cómo encontrarlo después, cómo hacer qué se mantenga inalterado y cómo evitar que se vuelva obsoleto, cuyo análisis desborda la finalidad del presente estudio.

Entre las medidas técnicas, y sin ánimo exhaustivo, citamos las siguientes. En primer lugar, la preservación de los sistemas originales. Resulta el sistema más obvio y consiste en mantener los recursos electrónicos del ordenador con el que han sido creados los documentos electrónicos, aun cuando puede ofrecer el inconveniente que esos recursos queden obsoletos por el mero transcurso del tiempo, particularmente cuando la tecnología nos ofrece a diario nuevos instrumentos con prestaciones diferentes de sus predecesores.

En segundo lugar, la emulación permite que el *software* original sea usado sin necesidad que el sistema original que lo ejecutaba siga existiendo.

En tercer lugar, la migración que consiste en convertir la información a los nuevos formatos, aun cuando ofrece el inconveniente de ser una tarea pesada y puede que eventualmente se produzcan modificaciones en los datos informáticos tras las sucesivas conversiones.

En cuarto lugar, el replicado y rejuvenecimiento. El replicado consiste en la realización automática de copias de seguridad y almacenamiento en un lugar seguro, mientras que el rejuvenecimiento consiste en la transferencia de los datos almacenados a nuevos soportes de almacenamiento.

En quinto lugar, las copias de seguridad. Su finalidad no es tanto la preservación de la información a largo plazo, cuanto la recuperación a corto plazo y proteger la información

3204 Bia, A., *La preservación digital, ¿un problema tecnológico u organizativo?*, en «El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos», Blasco Díaz, J.L. y Fabra Valls, M.J. (ed.), Col·lecció «Estudis jurídics», núm. 16, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2008, pp. 432 y ss.

de infortunios como el apagón, el extravío o la sustracción de equipos informáticos Resulta conveniente identificar correctamente el material electrónico que se aporta a presencia judicial y la realización de una copia de seguridad, que permita eventualmente la repetición de un peritaje.

Con respecto a un proceso penal y en un supuesto de delito contra la propiedad intelectual, la SAP Barcelona 29 enero de 2008 [3205] ofrece unos razonamientos relativos a la custodia de un material informático incautado por la policía y posteriormente trasladado a unos peritos judiciales, en los términos siguientes:

> «En primer lugar debe señalarse como hubo una correctísima identificación de los efectos incautados en cada uno de los domicilios registrados, como es de ver en las distintas actas en las que el Secretario Judicial hace constar las indicaciones que aparecen en la carátula de cada CD o diskette, aunque sea de forma somera y si no tiene identificación lo hace constar así, indicando en ese caso incluso el color de las cajas en que se guardan dichos elementos».

Y la misma sentencia advierte sobre la conveniencia de que los peritos trabajen sobre copias de seguridad al razonar:

> «Es verdad, como recuerda J.E., vocal de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de la Comunidad Valenciana (COIICV) en su ponencia sobre la pericial informática, «el objetivo de un peritaje de este tipo es presentar el contenido de archivos que puedan tener relevancia jurídica, informando de su significado y características, teniendo en cuenta además que el peritaje ha de poder ser repetido, por lo que no se pueden alterar los elementos informáticos originales trabajándose siempre sobre copias clónicas».

Y en sexto lugar, la arqueología digital que consiste en recuperar la información a partir de fuentes de datos dañadas, fragmentadas o arcaicas.

5.5. La verificación de la prueba electrónica

5.5.1. Momento procesal

El artículo 382.2 LEC, al que remite el artículo 384.2 LEC, permite que se aporten dictámenes y medios de prueba instrumentales «cuando se cuestione la autenticidad de lo reproducido», aun cuando guarda silencio legal sobre el momento procesal oportuno para efectuar tal impugnación.

Ante la inexistencia de una previsión específica, la impugnación de la prueba electrónica debe efectuarse bien en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal), por aplicación de las reglas generales del artículo 427 LEC, previstas para el supuesto que se impugne la autenticidad de los documentos de contrario, puesto que dentro de la llamada fase delimitadora de los términos del debate de la audiencia previa

3205 SAP Barcelona, secc. 7ª, de 29 de enero de 2008, fto. jco.1º (AR.P\2008\317).

cada parte tiene la carga procesal de pronunciarse sobre los documentos aportados hasta ese momento de contrario «manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad»[3206]. Al formular la impugnación, deberán proponerse los dictámenes o demás pruebas instrumentales para acreditar el motivo de la impugnación.

5.5.2. Contenido de la verificación

El «posicionamiento» sobre los documentos convencionales versa sobre los documentos materiales, pues son aquellos en que las partes fundan su pretensión y su resistencia (no los procesales). La impugnación de un documento convencional puede versar sobre: a) la autenticidad, esto es, la concordancia del autor aparente con el autor real, b) la exactitud, esto es, la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original; y c) la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones o testimonios contenidos en el documento con la realidad.

Siendo la certeza propia de la valoración en sentencia, el legislador ha recogido la impugnación de la autenticidad y de la exactitud del documento en el trámite de la audiencia previa (art. 427.1 LEC), a partir de una triple opción legal: a) *reconocer* el documento: la parte reconoce como auténtico el documento suscrito por ella; b) *admitir* el documento: la parte no ha suscrito un documento, pero lo reconoce como auténtico; c) *impugnar* el documento: la parte considera que el documento no es auténtico o la copia, certificación o testimonio no es exacto, y decide impugnarlo[3207].

En el documento electrónico, y habida cuenta de la dificultad de distinguir entre el original y la copia, se puede impugnar también su autenticidad, su exactitud (o tal vez mejor su integridad), su licitud y su certeza, debiéndose valorar la certeza en trámite de sentencia, y los restantes aspectos en la audiencia previa. Es cierto que en la audiencia previa y en el trámite de «posicionamiento ante documentos» no se contiene una referencia expresa al documento electrónico (art. 427.1 LEC), pero no es menos cierto que se ha previsto «la aportación de dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido» (art. 382.2 LEC), en referencia a la prueba por medios audiovisuales, pero aplicable a la prueba por «instrumentos» o prueba electrónica, por remisión directa del artículo 384.2 LEC.

Con respecto a la impugnación de las pruebas electrónicas, debemos distinguir según se trate de la impugnación de una prueba electrónica privada o pública.

Para la impugnación de la prueba electrónica privada, el artículo 326.3 LEC dispone «cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o

3206 En este sentido, Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, ob. cit., p.188; Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.498.

3207 Molins García-Atance, J., *Impugnación y autenticación documental*, Diario la Ley, núm. 6143, p.9.

se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica». La remisión a la Ley de Firma Electrónica debe entenderse referida al apartado 8 del artículo 3, que regula la impugnación de la autenticidad de la firma electrónica reconocida.

Para acreditar la autenticidad basta la certificación oficial por el prestador del servicio de certificación acreditativa de los extremos del documento que contiene la firma electrónica reconocida. Es decir, si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida, «la autentificación consistirá en comprobar que por el prestador de servicios de certificación que ha expedido los certificados electrónicos se cumplen los requisitos establecidos por la ley, en particular la garantía de confidencialidad del proceso y la autenticidad, conservación e integridad de la información y la identidad de los firmantes» (SAP Cádiz de 25 de febrero de 2008 [3208]).

De modo distinto, si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica avanzada la LFE remite al artículo 326.2 LEC, aun cuando dicho artículo no está previsto para probar la autenticidad del documento electrónico. Es decir, en este supuesto se puede practicar «cualquier medio de prueba que resulte útil y pertinente, pudiendo practicarse prueba pericial que acredite que el medio de prueba no ha sido manipulado, prueba testifical con el autor del documento aportado, etc.» (SAP Cádiz, de 25 de febrero de 2008 [3209]).

Y para la impugnación de la prueba electrónica pública, el artículo 267 LEC dispone: «Cuando sea públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta efectos probatorios».

El mecanismo para comprobar la autenticidad del documento público consiste en el cotejo de las copias, certificaciones o testimonios con los originales y se practica por el secretario judicial (art. 320. 2 LEC). Y llegados a este punto se suscita un doble dificultad. Primera, que el artículo 320.2 LEC está pensado para el cotejo de documentos en soporte papel y no en soporte digital. Y segunda, que el Secretario judicial, encargado de comprobar la concordancia de la copia, certificación o testimonio con el original carecerá, por lo general, de la formación técnica para efectuar dicha comprobación. Para obviar tal dificultad y que pueda efectuarse una comprobación será necesario que el secretario judicial cuente con el auxilio de un perito informático.

Existe una previsión específica con respecto a los documentos electrónicos «notariales». El artículo 17 bis de la Ley Notariado dispone: «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe

3208 SAP Cádiz, secc. 2ª, de 25 de febrero de 2008, fto.jco.4º (JUR\2008\23551).

3209 SAP Cádiz, secc. 2ª, de 25 de febrero de 2008, fto. jco.4º (JUR\2008\23551).

pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Ello significa que los documentos electrónicos notariales gozan, al igual que los escritos, de la presunción de veracidad e integridad de su contenido, y que los documentos electrónicos notariales se sujetan a los mismos requisitos de impugnación de los documentos en soporte papel.

5.5.3. Medios de verificación: la pericial informática y otros medios

La prueba electrónica puede precisar una pericial informática auxiliar de la prueba principal tanto para percibir cuanto para valorar una prueba. La intervención del perito informático es particularmente útil en aquellos casos que se haya impugnado la falta de autenticidad o integridad del soporte informático. Se trataría, a modo de ejemplo, que la prueba pericial se utilice para determinar si una firma digital corresponde a una determinada persona o para desencriptar el contenido de un disquette informático[3210].

La pericial informática es una modalidad de prueba pericial, a la que será de aplicación con carácter general el régimen legal previsto en la LEC (arts. 335 a 352), particularmente la previsión contenida en el artículo 352 LEC, que permite el dictamen pericial instrumental sobre otra prueba ya existente[3211]. Ahora bien, presenta singularidades en atención a factores subjetivos, objetivos y derivados de su propia especificidad.

En el plano subjetivo, el perito informático será un sujeto poseedor de unos especiales conocimientos en lo que se ha dado en conocer como «informática forense» –también denominada «computer forensics» o análisis forense de dispositivos digitales[3212]–, habiéndose puesto de manifiesto la ausencia de una normativa, a nivel europeo, que precise las características que debe reunir un experto en Informática Forense, y señalado la conveniencia que fuera, como mínimo, una licenciatura, y preferentemente en Informática, Ingeniería o Matemáticas[3213].

En el plano objetivo, la pericia informática tendrá por objeto de análisis una prueba electrónica (ej. disco duro de un ordenador, el correo electrónico, etc.). A diferencia de un

3210 Sanchís Crespo, C., *La prueba por soportes informáticos,* ob. cit., p.102.

3211 Art. 352 LEC: «Cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o proceder a su más acertada valoración, podrán las partes aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal al amparo de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 299».

3212 Sobre el particular Bevilacqua, M., *¿Qué es el computer forensics?*, en e-newsletter Cybex, septiembre, 2008, núm. 41, pp. 21-24.

3213 Insa Mérida, F; Lázaro Herrero, C; García González, N., *Pruebas electrónicas ante los tribunales*…, ob. cit., p.149. Con referencia al ámbito penal, puede verse la SAP Barcelona, secc. 7ª, de 29 de enero de 2008, fto. jco. 1º (ARP 2008\317) en la que el Juez de Instrucción, para el examen de unos archivos informáticos incautados, efectúa un nombramiento de perito judicial, optando por una de las tres posibilidades dadas por la denunciante: lista de peritos judiciales; Asociación de Doctores, Licenciados e Ingenieros en Informática (ALI); o Asociación de Técnicos en Informática (ATI).

documento escrito, que puede ser examinado de manera autónoma, un documento informático (ej. archivo de texto contenido en un ordenador) debe analizarse, si es posible, en el contexto del ordenador, pues si lo separamos del sistema operativo o resto de archivos puede perderse información clave[3214].

En el plano derivado de la pericia, y atendiendo a la especial dificultad que pueden plantear los problemas de autenticidad, integridad y licitud, debe prestarse particular atención a la cadena de custodia de los elementos que constituirán la prueba informática que se presente en el proceso judicial. A tal efecto, se ha señalado que debe garantizarse la integridad de la información analizada para que ésta pueda ser verificada, llegado el caso, por otro perito, sea de parte o de designación judicial[3215].

La pericial informática va precedida de una investigación pericial en la que, resumidamente, pueden distinguirse tres fases: 1ª) análisis preliminar, para la identificación de la prueba informática que se desea obtener, siendo aconsejable la implicación del perito desde el primer momento en la selección de la información a identificar; 2ª) adquisición de los datos informáticos, a cuyo efecto es fundamental la conservación de las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información, siendo recomendable que la prueba sea obtenida a presencia de testigos –e incluso de notario– y se deposite en soporte adecuado en una notaría, mediante un acta de manifestaciones del perito en la que se detalle el proceso de obtención de la información; y 3ª) análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito, amén de la elevada cualificación técnica, atesore un mínimo conocimiento de la normativa legal[3216].

Con respecto a la adquisición de datos informáticos a los efectos de una posterior pericial forense, y para un supuesto de despido procedente por acceso al correo electrónico del Director General de una empresa a través de réplica en el ordenador del trabajador, la STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2009 [3217] detalla el siguiente proceder, literalmente reproducido:

> «…en el proceder empresarial no se ha actuado de manera contraria a los preceptos que se citan como infringidos. Se efectuaron dos llamamientos a la actora para que presenciara ella misma, o por delegación, la copia del disco duro del ordenador, y no es sin agotar este protocolo de actuación cuando se decide, en presencia notarial, a través de una entidad especializada, efectuar una imagen forense del disco duro del ordenador que habitualmente utiliza la actora y el del nuevo Director General Sr. G. con el resultado…[…]. La actora, en todo caso, pudo instar un nuevo informe pericial que desvirtuase el obrante en autos propiciado por la empresa y no lo hizo».

3214 Pasamar, A., *Empresa y prueba informática*, en el libro del mismo título «Empresa y Prueba informática», Abel Lluch, X. (dir), Colección de formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006, p.24.

3215 Pasamar, A., *Empresa y prueba informática*, ob. cit., p.26.

3216 Seguimos y resumimos las fases descritas por Pasamar, A., *Empresa y prueba informática,* ob. cit., pp. 31-38.

3217 STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2009, fto. jco. 5º (JUR\2010\27623).

Con respecto a la prueba por medios audiovisuales, y en el supuesto que se cuestionara la autenticidad de una voz, se ha propuesto la práctica de una pericial fonográfica, a través de un cotejo de voz. Resumidamente, se trataría que la persona cuya voz se duda, repitiera una frase o frases correspondientes a la parte de la conversación cuya autoría se duda, en presencia del secretario judicial, y que ésta fuera recogida por un aparato de características similares al que recogió el original. Posteriormente se debería cotejar la voz cuya autenticidad ha sido puesta en entredicho y la recogida a presencia del Secretario judicial[3218].

5.6. Práctica de la prueba electrónica

Existe una diferencia fundamental entre la práctica de la prueba documental escrita y la prueba documental no escrita (prueba electrónica). A diferencia del documento escrito, cuya información es perceptible directamente por los sentidos, el documento electrónico (o más genéricamente la prueba electrónica) no es directamente legible o cognoscible, siendo necesario un instrumento técnico para acceder a la información contenida en el soporte electrónico.

Por «práctica de la prueba electrónica» entendemos la reproducción del contenido de los medios audiovisuales (art. 382 LEC) o de los instrumentos informáticos (art. 384 LEC) con las garantías de inmediación, contradicción y publicidad. En el supuesto de la prueba por medios audiovisuales, la práctica consiste en la reproducción ante el tribunal de las palabras, sonidos o imágenes, tal como fueron captados en un determinado momento, ya irrepetible, mediante la grabación o filmación. Y en el supuesto de la prueba por instrumentos informáticos, la práctica consiste en la reproducción ante el tribunal y exteriorización de una representación de la realidad captada mediante escritura, signos o símbolos[3219].

Se ha afirmado que la práctica de las pruebas electrónicas participa de las características de varios de los medios de prueba. Con respecto a los medios de prueba audiovisuales podemos afirmar, siguiendo a Fernández Seijó, que: a) Participan de la prueba documental, en cuanto se presentan con la demanda o contestación (art.265.1.2º LEC); b) Participan del reconocimiento judicial, en cuanto se han de reproducir ante el tribunal palabras, imágenes o sonidos captados, convirtiéndose en una prueba de apreciación directa por el tribunal; c) Participan de la prueba pericial, porque las partes pueden valerse de informes o dictámenes que consideren convenientes para acreditar que las palabras, imágenes y sonidos no han sido manipulados; y d) Incluso pueden participar del interrogatorio de testigos porque las partes pueden valerse de medios de prueba complementarios para acreditar la veracidad de la filmación o grabación[3220].

Partiendo de estas premisas, podemos analizar los distintos momentos procesales en que puede tener lugar la práctica de la prueba por «medios e instrumentos».

3218 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*…, ob. cit., pp. 189-190.

3219 Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., p.504.

3220 Fernández Seijo, J. Mª., *Comentario al art. 382 LEC,* ob. cit., p.2706.

5.6.1. Práctica como diligencias preliminares

Las diligencias preliminares han sido definidas como «una serie de actividades previas al proceso cuya realización se puede solicitar a los tribunales con la finalidad de preparar aquél, obteniendo datos que le son necesarios al futuro demandante para la presentación de la demanda»[3221] y caracterizadas como «una actividad judicial no jurisdiccional, facultativa y de preparación del proceso»[3222].

Aparecen enumeradas en el art. 256 LEC, que comprende la declaración de hechos o exhibición de documentos sobre capacidad, representación y legitimación (art. 256.1.1º LEC), exhibición de cosa mueble (art. 256.1.2º LEC), exhibición de un acto de última voluntad (art. 256.1.3º LEC), exhibición de documentos y cuentas de sociedades o comunidades (art. 256.1.4º LEC), exhibición del contrato de responsabilidad civil (art. 256.1.5º LEC), concreción de las personas integrantes de un grupo de afectados (art. 256.1.6º LEC) y otras diligencias preliminares previstas en leyes especiales (art. 256.1.7º LEC).

Aun cuando ninguna de las diligencias preliminares descritas mencione que la documentación del futuro demandante pueda hallarse en algún soporte electrónico, nada lo impide, y podemos pensar, a título de ejemplo, en la necesidad de exhibir un contrato telemático que otorga poder a determinada persona (art. 256.1.1º LEC) o las cuentas de una sociedad que se encuentran en soporte informático (art. 256.1.4º LEC)[3223].

5.6.2. Práctica anticipada

La prueba anticipada ha sido considerada como uno de los aspectos más relevantes de la actividad probatoria, y una manifestación de la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) en la medida que permite la práctica de aquellas pruebas en las que, por el transcurso del tiempo, podrían desaparecer o perder su objeto[3224].

La prueba anticipada deberá proponerse con anterioridad al inicio del proceso (art. 295.1 LEC), bien pendiente ya el proceso (art. 295.2 LEC), pues a diferencia de la LEC de 1881 que limitaba la prueba anticipada a la testifical (art. 502 LEC 1881), no existe limitación en cuanto a los medios de prueba cuya práctica anticipada se interesa.

Puede resultar conveniente anticipar la prueba en supuestos en que exista temor fundado a que la persona que posee el soporte informático lo altere o en supuestos en que

3221 Díez-Picazo Giménez, I., (con de la Oliva Santos, A.), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2000, p.226.

3222 *Ibid.,* p.226.

3223 Ejemplos propuestos por Sanchis Crespo, C., *La prueba por medios audiovisuales*…, ob. cit., p.105.

3224 Sobre su fundamento, naturaleza y regulación en la LEC puede verse Picó i Junoy, J., *La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en rev. Justicia, 2001, número 2-4, pp. 121-142.

dada la fragilidad física del soporte sea aconsejable su fijación para coadyuvar a la formación de la convicción judicial[3225].

Se ha discutido si en el caso de la prueba electrónica es necesario repetir nuevamente la prueba en el período ordinario de prueba. Dispone el artículo 295.4 LEC que «la prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad».

Entendemos que tal previsión resulta de aplicación a las llamadas pruebas personales (interrogatorio de las partes, interrogatorio de testigos y prueba pericial) en las que, además de la proposición, es necesario un acto posterior para su práctica, de modo que puede producirse alguna modificación entre la prueba practicada anticipadamente y la practicada en el momento ordinario de prueba. Pero esa posibilidad de modificación –y salvo, por supuesto, casos de alteración de la prueba electrónica– carece de razón de ser con respecto a los documentos, sean o no escritos, pues como se ha afirmado acertadamente el documento es uno y no admite distintas versiones, amén que, a diferencia de los otros medios de prueba, no necesita de un acto de práctica posterior, bastando el mero examen del mismo por el juez[3226].

Distinta de la prueba anticipada son las medidas de aseguramiento. Se ha afirmado acertadamente que la «anticipación supone la práctica de prueba antes del momento procesal oportuno, y el aseguramiento es la garantía para que pueda practicarse en él»[3227]. El legislador regula las medidas de aseguramiento de forma abierta, sin mencionar explícitamente las concretas medidas que pueden adoptarse, aun refiriéndose genéricamente a las medidas que «permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características».

En el caso de las pruebas electrónicas las medidas de aseguramiento que puede adoptar el juez, con fundamento en el artículo 297.2 LEC, no difieren excesivamente de las medidas de custodia que pueda adoptar el Secretario judicial con fundamento en el artículo 384.2 LEC, y se reconducen a la posibilidad de levantar un acta notarial en la que se recoja el contenido de la página web, del correo electrónico o del sms y su posterior depósito y custodia por el secretario judicial, preservando, de este modo, la integridad de la prueba electrónica.

5.6.3. Práctica al amparo del art. 429.1, II y III LEC

La normativa del artículo 429.1, II y III LEC, ubicada en sede de audiencia previa y dentro de la fase de proposición y admisión de prueba, permite al juez una doble posibilidad de intervención: la facultad de indicación de insuficiencia probatoria y la facultad

3225 Recogemos los ejemplos de Sanchís Crespo, C., *La prueba por medios audiovisuales*…, ob. cit., p.112.

3226 Sacristán Represa, G., *La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.359.

3227 Sacristán Represa, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.359.

de proposición de pruebas[3228]. La facultad de indicación le permite poner de manifiesto el hecho o hechos que, una vez propuestas las pruebas por las partes, podrían verse afectados por una eventual insuficiencia probatoria, con anterioridad a la práctica de la prueba. Se recoge en la proposición inicial del artículo 429.1, II LEC en los términos siguientes: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria».

La facultad de proposición de prueba –también llamada facultad de «sugerencia»– permite al juez la proposición de la prueba o pruebas que considere convenientes para paliar la insuficiencia probatoria. Aparece recogida en la proposición segunda del artículo 429.1, II LEC, que literalmente dispone: «Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar la prueba o pruebas que considere convenientes».

Y, finalmente, las partes a la vista de la indicación de insuficiencia –y, en su caso, de la sugerencia de prueba– «podrán completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba» (art. 429.1, III LEC)[3229].

Una de las cuestiones más controvertidas que plantea esta novedosa previsión legal es la de si el juez puede sugerir o las partes pueden proponer, a raíz de la indicación de insuficiencia probatoria, medios de prueba cuyo estadio procesal ha precluido, y en particular documentos y dictámenes periciales[3230]. Podemos, pues, plantearnos si el juez, al amparo del art. 429.1, II LEC puede «sugerir» una prueba electrónica o tal facultad le ha precluido.

Nuestra propuesta de solución parte de tres premisas fundamentales. En primer lugar, la normativa del artículo 429.1, II y III LEC no figuraba en el Proyecto de LEC enviado en su día por el Gobierno y su introducción se produjo en la Comisión de Justicia de la Ponencia de la LEC, fruto de una enmienda transaccional, por lo que tal vez muchos de los problemas que ofrece su interpretación –y, en particular, el de la preclusión– probablemente pasaran inadvertidos al legislador. En segundo lugar, la normativa del artículo 429.1 II y III LEC abre un «segundo período de proposición de prueba», una vez recaído el juicio de admisión de prueba, carente de regulación específica. Hubiera sido deseable que, a la vista de la sugerencia judicial, se pudiera abrir un breve contradictorio entre las partes

3228 También resulta aplicable al juicio verbal por remisión del artículo 443.4, II LEC: «La proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 el artículo 429.»

3229 Sobre el origen, fundamento, alcance, presupuestos y límites de esta normativa me remito a mi estudio, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 114 y ss. En la jurisprudencia destaca por su claridad y precisión la SAP Navarra, secc. 2ª, de 16 de abril de 2002, fto. jco. 5º (La Ley 73501/2002).

3230 Una síntesis de los argumentos favorables y contrarios a la preclusión probatoria puede verse en mi trabajo *Normativa del art. 429.1, II y III LEC y la preclusión probatoria*, en «La audiencia previa», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch, Barcelona, 2010, pp. 371-381.

sobre su oportunidad, la idoneidad del medio sugerido por el juez, el posible resultado de las pruebas propuestas por las partes.Y en tercer lugar, algunos medios de prueba –ej. documentos y dictámenes– están sujetos a estrictas reglas de preclusión, que no aparecen regulados en otros –ej. interrogatorio de las partes, de testigos y reconocimiento judicial–.Y aún dentro de los medios de prueba sujetos a preclusión –documentos y dictámenes– se prevé un régimen legal muy matizado, pues se contempla una preclusión inicial –documentos y dictámenes que deben aportarse con los escritos de alegaciones– y otras preclusiones posteriores –ej. imposibilidad de aportación de documentos con posterioridad a la vista o al juicio– y excepciones legales a ambas reglas de preclusión.

La facultad judicial de sugerir una prueba electrónica tiene una solución análoga a la de sugerir dictámenes periciales o documentos[3231]. A la vista de los artículos 265.1.1º y 2º y 269 LEC– que imponen la carga de aportar los documentos e «instrumentos» fundamentales con los escritos de alegaciones bajo sanción de preclusión– y del artículo 271.2 LEC– que establece la imposibilidad de aportación de cualquier documento en momento posterior a la vista en el juicio verbal o al acto del juicio en el juicio verbal– hemos de concluir que, legalmente, solo se permite una sugerencia de aportación de prueba electrónica, con fundamento en la normativa del artículo 429.1, II y III LEC, en los supuestos de pruebas electrónicas no «fundamentales» del artículo 270 LEC (falta de existencia de la prueba electrónica; falta de conocimiento de la prueba electrónica; y falta de disponibilidad de la prueba electrónica) y en los supuestos en que la prueba electrónica pudiera reputarse como complementaria, al modo como se califican los documentos.

No es ocioso recordar que tanto el artículo 270 LEC, que regula la aportación de documentos fundamentales en un momento no inicial del proceso, cuanto el artículo 271 LEC, que regula la preclusión definitiva de la presentación y las excepciones a la regla, aluden expresamente –junto a los documentos– a los «instrumentos» y a los «medios», expresión con la que el legislador designa a los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» (art. 382 LEC) –o prueba por medios audiovisuales– y a los «instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso» (art. 384 LEC) –o prueba por instrumentos informáticos– y a los «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen» (art. 299.2 LEC).

5.6.4 Práctica ordinaria

La práctica ordinaria de la prueba electrónica tendrá lugar en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. El examen de la documental, en soporte papel o informático, por parte del juez es una exigencia clara en nuestros Códigos Procesales. El artículo 726 Lecrm. dispone que «el juez examinará por sí mismo los libros, documentos,

3231 Pérez Gil, J., *El conocimiento científico en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.127, defiende la posibilidad de acudir a la normativa del art. 429.1, II y III LEC para hechos cuya acreditación requiera soporte científico o tecnológico.

papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad». Y de modo semejante el artículo 289.3 LEC, tras señalar que la presentación de documentos, medios e instrumentos se llevará a cabo ante el Secretario Judicial, se cuida de precisar: «Pero el tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y *cualquiera otros medios o instrumentos*»[3232], mención ésta última en la que podemos incluir las pruebas electrónicas.

La práctica de la prueba electrónica aparece regulada, fundamentalmente, en el artículo 289 LEC (forma de practicarse las pruebas, en sede de disposiciones generales sobre las pruebas); en el artículo 382.1 LEC (de las pruebas por medios audiovisuales, en sede de los medios de prueba); en el artículo 384.1 LEC (de los instrumentos informáticos, en sede de medios de prueba) y en el artículo 431 LEC (finalidad del juicio, en sede del juicio). Tal vez la distinta ubicación legal y sistemática de estos cuatro artículos justifique algunas de las imprecisiones que se desprenden de su análisis jurídico.

Dispone el artículo 289.2 LEC: «Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes y, *en su caso*, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales»[3233]. La redacción legal suscita una triple reflexión.

Primera, la inexcusabilidad de la presencia judicial en la práctica de la prueba electrónica. Al igual que el interrogatorio de las partes o de testigos, el reconocimiento judicial y la contradicción del dictamen pericial, el juez debe estar presente en la práctica de la prueba electrónica, sin que dicha previsión se extienda –lógicamente – a la prueba documental (escrita), en la que no hay una fase diferenciada de proposición y práctica. Segunda, no se alcanza a comprender el alcance jurídico del inciso «en su caso», que parece querer dar a entender que así como la inmediación siempre es preceptiva en la práctica de la prueba por medios audiovisuales, puede o puede no serlo en el caso de la práctica de la prueba por instrumentos informáticos. Y tercera, tanto si se trata de la prueba por medios audiovisuales cuanto de la prueba por instrumentos informáticos la información contenida en los medios o instrumentos debe ser reproducida ante el tribunal –y en eso consiste la práctica de la prueba–, siquiera probablemente no sea necesaria una reproducción integra de su contenido, bastando la reproducción de los aspectos más relevantes o de los aspectos en los que exista discrepancia entre las partes[3234].

3232 La cursiva es nuestra para identificar la expresión (medios o instrumentos) con la que el legislador contempla los medios de prueba derivados de los avances tecnológicos.

3233 La cursiva es nuestra para remarcar el distinto trato que parece dispensar el legislador a la prueba por soportes audiovisuales y a la prueba por soportes informáticos.

3234 Defiende la innecesaridad de la reproducción íntegra del contenido González Sánchez, J.L., *Comentario al art. 24*, en «La nueva Ley de internet» (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), Cremades, J. y González Montes, J.L. (coords.), ed. La Ley, Madrid, 2003, pp. 390-391.

El artículo 382.1 LEC dispone: «Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes». En concordancia con el artículo 289.2 LEC la práctica de la prueba por medios audiovisuales consiste en la reproducción de la palabra, imagen o sonido (fuente de prueba) captadas con instrumentos de grabación, filmación u otros análogos (magnetófono, cassette, apartado de video…) y recogidos en un soporte determinado (cinta magnetofónica, cinta de video, soporte informático que recoja imágenes o sonidos) a través de una aparato apto para su reproducción. La práctica podrá venir acompañada por la aportación de la transcripción de su contenido –lo que facilita su accesibilidad– y por la aportación de dictámenes y medios de prueba instrumentales –lo que permite acreditar su integridad, exactitud o licitud– y para su constancia se extenderá una acta, que deberá conservarse por el Secretario Judicial.

El artículo 384.1 LEC en la parte que interesa, dispone literalmente: «los instrumentos […] serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar […]». Dado que la prueba electrónica –salvo que se haya aportado a través de un documento auxiliar o de referencia– precisa en orden a su práctica de un aparato –léase ordenador, reproductor de CD o de DVD, etc. se grava a las partes con la carga de facilitar el instrumento técnico que permita su práctica, en previsión que el Juzgado pueda no disponer del mismo. La redacción legal favorece la efectividad de la tutela judicial y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), pues ante la eventualidad que el Juzgado no disponga de los medios técnicos que permitan acceder al contenido del soporte informático, la parte podrá aportar tal instrumento (ej. un ordenador portátil) y con ello evitar que se conculque el derecho a la práctica de una prueba admitida.

Es discutible, como sostiene el algún autor, que el artículo 384.1 LEC autorice una sustitución de «los medios que la parte proponente aporte» por los que el tribunal «disponga utilizar»[3235]. No se trata tanto de alterar los medios que la parte aporte por los que el tribunal disponga utilizar, cuanto de permitir la mayor facilidad en la práctica de la prueba por soportes informáticos, sea utilizando los medios aportados por la parte, sea los que se disponen en el Juzgado.

El artículo 431 LEC, en su proposición inicial, dispone: «El juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos». Aun cuando no contenga ninguna alusión a la prueba por instrumentos (si en cambio, a la «reproducción de palabras, imágenes y sonidos») no cabe duda que deberá practicarse a presencia judicial, y así se deduce del artículo 289 LEC, que al regular la presencia judicial en la práctica de los medios de prueba incluye la alusión «en su caso» al mencionar las «cifras y datos». Es más, dado que la prueba electrónica es siempre una prueba

3235 Sacristán Represa, S., *Comentario al art. 384 LEC*, ob. cit., p.1772.

con código mediato, se necesita expresamente un «aparato reproductor» y que la reproducción se produzca a presencia judicial.

5.6.5. Práctica como diligencias finales

Las diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC\1881) han sido sustituidas por las diligencias finales (arts. 434 a 436 LEC). En apretada síntesis, y como aspectos más relevantes de la regulación legal, podemos señalar que las diligencias finales se acuerdan y practican dentro del plazo para dictar sentencia, originando la suspensión del mismo (art. 434.2 LEC).

Como regla general, deben solicitarse a instancia de parte, y se refieren bien a pruebas admitidas y no practicadas por causas ajenas a la voluntad de la parte proponente, bien a pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1 LEC). Sin embargo, de manera excepcional podrán acordarse de oficio –también a instancia de parte–, previa concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que la prueba verse sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; 2) que las anteriores diligencias de prueba hayan resultado frustradas; 3) que la frustración en el resultado de la prueba sea independiente «de la voluntad y diligencia de las partes»; 4) que hayan desparecido las circunstancias que impedían la práctica de la prueba; y 5) que el juez tenga motivos fundados sobre la certeza de las nuevas pruebas.

Se han ejemplificado como supuestos en los que sería posible acudir a las diligencias finales el hecho de la imposibilidad de la conexión a internet o el mal funcionamiento de los medios de reproducción del juzgado[3236]. Se trata de supuestos en los que en el momento de la práctica ordinaria de la prueba –acto del juicio (en el juicio ordinario) o vista (en el juicio verbal)– y por razones normalmente derivadas del empleo de instrumentos técnicos no se pudo practicar la prueba. A parte de los ejemplos enunciados pueden pensarse en cualquier otro que, por motivos técnicos, impida la práctica normal de la reproducción de la prueba (ej. corte suministro electrónico, colapso o saturación de los ordenadores, amenaza de infección de virus, etc.)

Las razones técnicas son ajenas a la voluntad y diligencia de las partes y, una vez superadas las mismas, no debe existir obstáculo alguno en la práctica de la prueba, sea a instancia de parte, sea de oficio.

5.6.6. Práctica en segunda instancia

La aportación de nueva prueba documental en la segunda instancia se circunscribe a «los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 y que no hayan podido aportarse en la práctica de la instancia» (art. 460.1 LEC), esto es, se requiere la doble condición de ser un documento posterior a los escritos de alegaciones y

3236 Sanchís Crespo, C., *La prueba por soportes*…, ob. cit., p.182.

de imposible aportación en la instancia, exigencia legal muy restrictiva, que se agrava con una práctica judicial reacia a la aportación de documentos en la segunda instancia[3237].

Aun cuando el artículo 460.1 LEC alude exclusivamente a los documentos –que en terminología del legislador son los aportados con los requisitos y formalidades basados en soporte papel y la firma manuscrita tradicional–, entendemos aplicable dicha normativa a los documentos electrónicos y, en general, a la prueba electrónica por tres razones. Primera, porque el citado artículo 460.1 LEC efectúa una remisión directa al artículo 270 LEC, y éste último artículo contiene una mención no limitada a los «documentos», sino que también se extiende a los «medios e instrumentos relativos al fondo del asunto», terminología con la que, como es sabido, el legislador identifica a los medios de prueba audiovisuales y a los instrumentos informáticos (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC). Segunda, porque el legislador anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC que los referidos «medios e instrumentos» deben tener una consideración análoga a la de las pruebas documentales (epígrafe XI, párrafo 13ª), lo cual implica que los operadores jurídicos deben suplir por vía de la interpretación analógica las lagunas legales.Y tercera, porque a lo largo de este estudio defendemos una concepción dogmática del documento amplia que incluya tanto los contenidos en soporte papel y firma manuscrita tradicional cuanto los contenidos en otro tipo de soportes (audiovisuales, informáticos o electrónicos).

5.7. Eficacia probatoria de la prueba electrónica

A los efectos de reconocer eficacia probatoria a la prueba electrónica se constata una evolución legislativa en la que es preciso distinguir hasta tres fases, coincidentes con la vigencia de la LEC de 1881 (la primera de ellas), la promulgación de la LEC de 2000 (segunda) y la aparición de normas sustantivas posteriores a la LEC (tercera).

5.7.1. En la LEC de 1881

Tras una fase inicial restrictiva en el que no se les otorgaba eficacia probatoria, y en virtud de la evolución jurisprudencial, fueron admitiéndose progresivamente estos medios de prueba distinguiéndose entre: a) documentos electrónicos; b) archivos y bases de datos; y c) medios de reproducción audiovisuales. Mientras los documentos electrónicos y los archivos y bases de datos fueron admitidos por la vía de la prueba documental y se les aplicaron sus normas, los medios de reproducción se admitían por la vía de la prueba de reconocimiento judicial, aplicándose las reglas de la sana crítica[3238].

3237 En sentido crítico sobre el carácter restrictivo de la regulación legal y la práctica forense, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. II, ed. Atelier, Barcelona, 2008, p.1467.

3238 Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico*…, ob. cit., pp. 494-495.

La inercia histórica aun se refleja en algunas resoluciones que, ya con varios años de entrada en vigor de la LEC, siguen considerando que las grabaciones de imágenes son una prueba más cercana al reconocimiento judicial. En un supuesto de reclamación extracontractual por lesiones producidas en un parking público por caída una bajada de una barrera que regulaba el paso de automóviles se aporta por el actor junto con la demanda, y entre otros medios de prueba, «grabación y fotografías del lesionado», que en la SAP Guipúzcoa de 25 de noviembre de 2008 [3239] merecen la siguiente consideración, literalmente expuesta:

«En el art. 382 de la LEC, por lo tanto, se refiere a instrumentos de filmación y grabación, a los medios audiovisuales que pueden recogerse en soportes informáticos y en orden a su asimilación a los restantes medios de prueba al contener sonidos que expresan ideas e imágenes se podría aproximar el citado medio a los arts. 317, 324 y 333 de la LEC, pero puesto que su lectura no es posible, sino a través de aparatos técnicos se alejan de los documentos y en esa dirección parecen aproximarse más a la del reconocimiento judicial como se evidencia de la reproducción de su contenido».

Esta resolución confunde la fuente de prueba (en este caso, la grabación de imágenes del lesionado), con el medio (en este caso, los medios audiovisuales de grabación) y con su práctica durante el juicio (en este caso, la reproducción de su contenido). El dato que los medios audiovisuales no accedan a los sentidos por la lectura, sino que sea necesario un aparato para la reproducción de la imagen y del sonido, no cambia la naturaleza del medio de prueba, ni lo somete a un régimen jurídico distinto.

5.7.2. En la LEC de 2000

Con la promulgación de la LEC se distingue entre los medios de prueba audiovisuales (arts. 382 y 383 LEC) y los instrumentos informáticos (art. 384 LEC). Ambos se valoran conforme a las reglas de la sana crítica y, según el tenor literal del artículo 384.3 LEC, «la sana crítica según su naturaleza».

Dispone el artículo 384.3 LEC: «El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza».

Conviene precisar el alcance de la remisión legal a las reglas de la sana crítica y, particularmente, la ambigua apostilla contenida en inciso final «según su naturaleza» (art. 384. 3 LEC), pudiéndose distinguir al respecto hasta tres posiciones doctrinales.

Un primer sector doctrinal entiende que la apostilla «según su naturaleza» no aporta nada, dado que las reglas de la sana crítica, por definición, se refieren siempre a las circunstancias del caso concreto[3240], y se trata de una simple redundancia, en la medida que

3239 SAP Guipúzcoa, secc. 3ª, de 25 de noviembre de 2008, fto.jco. 4º (JUR\2009\90418).

3240 Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.202.

la libre valoración supone tener en cuenta la naturaleza propia del medio que se aplica[3241], llegándose a afirmar que se podría incluso haber prescindido de esta previsión legal[3242]. Se ha afirmado acertadamente que la expresión «sana crítica» permite ajustarse a las circunstancias «cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto»[3243].

Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno[3244], de ahí su adaptabilidad. Con frecuencia se identifican con las máximas de experiencia que, según clásica definición de Stein, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos»[3245]. En la jurisprudencia se han ofrecido pluralidad de nociones «aunque en definitiva [se] las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia» (SAP Madrid, 28 noviembre 2006)[3246], siendo muy extendida la noción que constituyen «el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba» (SAP Guipúzcoa, 15 mayo 2006)[3247].

Para un segundo sector doctrinal la expresión «según su naturaleza» permitiría distinguir entre: a) Aquellos instrumentos informáticos que son semejantes a los audiovisuales, a los que se aplicarán las mismas reglas de valoración, y que por disposición del artículo 382.3 LEC son las reglas de la sana crítica; b) Aquellos otros medios, que por su naturaleza se aproximan o equiparan a los documentos, en cuyo caso habrá que tener en cuenta las distintas reglas de valoración de documentos, según sean públicos, privados o electrónicos[3248]. Desde esta posición se afirma que la expresión «según su naturaleza» constituye una pauta interpretativa que facilita la puesta en conexión de la prueba electrónica con los do-

3241 Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 384 LEC*, ob. cit., p.1773.

3242 Samanes Ara, C., *Comentario al art. 384 LEC,* ob. cit., p.1286.

3243 Sobre la naturaleza e importancia de la sana crítica puede verse Serra Domínguez, M., *De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XVI, vol. II, 2ª ed., Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, Madrid, 1991, pp. 23-26; y del mismo autor, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, en «Libro Homenaje a Jaime Guasp», ed. Comares, Granada, 1984, pp. 583-585.

3244 Entre otras muchas: SSTS de 19 febrero 2007, fto. jco.2º (EDJ 2007/8523); de 17 de octubre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/288696) y de 19 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/225536).

3245 Stein, F., *El conocimiento privado del juez* (traducc. De la Oliva, A.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p.22.

3246 SAP Madrid, secc.10ª, de 28 de noviembre de 2006, fto. jco.5º (EDJ 2006/414368), con cita de numerosa jurisprudencia.

3247 SAP Guipúzcoa, secc. 3ª, de 15 de mayo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398652).

3248 Aragoneses Martínez, S., Hinojosa Segovia, R. y otros, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil,* ed. Colex, Madrid, 2004, p.185.

cumentos, ya que pueden considerarse análogos cuando sean la forma de documentación más apta, tal y como sucede, por ejemplo, en la contratación electrónica[3249].

Un tercer sector ha afirmado que la valoración de la prueba electrónica se halla sujeta a una «sana crítica especialísima»[3250]. La cualificación de «especialísima» de la sana crítica es una apelación a la mayor sensibilidad judicial, a un *plus* –si se quiere expresar de este modo– puesto que la valoración de un hecho o una prueba electrónica puede demandar una especial atención o una mejor información sobre aspectos técnicos. A ello cabría añadir que para la valoración de la prueba electrónica, especialmente cuando se ha impugnado su falta de autenticidad o integridad, se puede precisar el auxilio de una prueba pericial, cuya libre valoración es incontrovertida.

Desde esta perspectiva se han enumerado unos criterios valorativos específicos y que pueden resumirse como: a) atender a la naturaleza del documento; b) comprobar si viene firmado electrónicamente o no; c) el control del uso del conocimiento privado del juez; d) el recurso a la pericial informática, con carácter general; e) el examen del binomio hardware-software; f) las características del tipo de documento que se trate[3251].

En todo caso, parece evidente la necesidad de ponderar los aspectos más conflictos de la prueba electrónica, ya enunciados, de integridad, autenticidad e ilicitud. No es de extrañar que la Ley colombiana 527 de 18 de agosto de 1999, primera en el continente sudamericano sobre la materia, fijara: «Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente».

5.7.3. Normas sustantivas posteriores a la LEC

Con posterioridad a la LEC han aparecido normas sustantivas con previsiones sobre el documento electrónico o a la firma electrónica, que han llegado a modificar artículos de la LEC. Merece dejar constancia de los siguientes artículos, literalmente transcritos, y atendiendo al orden de su promulgación:

a) Artículo 17 bis Ley Notariado, añadido por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) y RD 45/2007: «En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público

3249 Pérez Gil, J., *Documento informático y prueba electrónica*…, ob. cit., p.238.

3250 García Paredes, A., *La prueba en juicio: ¿y si es electrónica?*, ob. cit., p.9.

3251 de Urbano Castrillo, E., *La valoración de la prueba electrónica,* ob. cit., pp. 51 y ss. y 121.

notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

Con independencia de que la disposición transcrita extiende el ámbito de la fe pública notarial no solo a los hechos sensoriamente perceptibles por el notario (identidad de los otorgantes), sino a juicios o apreciaciones del notario (la capacidad y representación de los otorgantes, la libre prestación del consentimiento, el carácter debidamente informado de la voluntad expresada y la adecuación del otorgamiento a la legalidad)[3252], lo más relevante es que el legislador equipara, en cuanto a su eficacia probatoria, el documento público notarial y el documento público electrónico y admite que éste último pueda recogerse en cualquier soporte, esto es, en soporte informático, electrónico o digital.

b) Artículo 24 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de Sociedad de la Información y Comercio Electrónico: «1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica. 2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».

El apartado 1 del artículo 24 LSSI sujeta la prueba de un contrato electrónico a las normas generales del ordenamiento jurídico, entre las que, por supuesto, se encuentra la LEC y efectúa una remisión directa a la LFE. El apartado 2 del artículo 24 LSSI otorga la consideración de prueba documental al soporte electrónico que recoge el contrato electrónico.

Ello significa que, por una parte, los contratos electrónicos accederán al proceso por el cauce de la prueba documental y, por otra parte, que su eficacia probatoria será la propia de la prueba documental, esto es, que podrán tener eficacia de prueba tasada –en cuanto al hecho, estado de cosas o acto documentado, fecha de la documentación e identidad del fedatario y demás intervinientes– cuando accedan al proceso a través de un documento público (art. 319.1 LEC) y también cuando accedan a través de un documento privado y éste no resulte impugnado (art. 326.1 LEC). La admisibilidad en juicio del contrato electrónico por la vía de la prueba documental signi-

3252 Puede verse la crítica de Ortells Ramos, M., *Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. Reflexiones sobre el artículo 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 684, julio-agosto, 2004, http://www.vlex.com/vid/328782.

fica otorgarle la eficacia probatoria tasada de la prueba documental, con derogación de la regla de la libre valoración del apartado 3º de los artículos 382 y 384 LEC [3253].

c) Artículo 3.5 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica: «Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable».

d) Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Reforma del Mercado Hipotecario que reforma artículo 318 LEC. «Los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentados éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportado por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada, conforme a lo previsto en el artículo 267, no se hubiera impugnado su autenticidad».

La novedad aportada por Ley 41/2007 consiste en admitir que los documentos públicos pueden ser aportados en soporte papel o en soporte electrónico, y que tanto en uno como en otro cosa su fuerza probatoria será idéntica. Esto es, con independencia del soporte (papel o electrónico) los documentos públicos presentados por original, copia o certificación fehaciente despliegan la eficacia probatoria del artículo 319 LEC.

El denominador común de las anteriores disposiciones legales es que otorga un tratamiento a la prueba electrónica similar al de la prueba documental y, por tanto, también una equiparación en cuanto a su eficacia probatoria. Ello significa que el documento electrónico puede ser soporte de documentos públicos, documentos expedidos por funcionarios públicos y documentos privados y que tales documentos tendrán el valor y eficacia jurídica que corresponda a su naturaleza, en función de la legislación que les resulte aplicable[3254]. Esta afirmación colisiona con la regulación de la LEC que remite a las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.3 LEC). En este sentido y de modo expresivo en la Exposición de Motivos de la LFE se dispone: «se incluye dentro de la modalidad de prueba documental el soporte en que figuren los datos firmados electrónicamente, dando mayor seguridad al empleo de la firma electrónica al someterla a las reglas en juicio de la prueba documental».

Se ha objetado, en orden a la eficacia del documento electrónico, la remisión a las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.3 LEC), afirmándose que tratándose de documentos

3253 En sentido distinto, González Sánchez, J.L., *Comentario al art. 24*, en «La nueva Ley de Internet», ob. cit., p.390.

3254 En este sentido Cremades Morant, J., *Comentario al art. 318 LEC,* en «Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepin, 2008, p.2057.

pudieran resultar de aplicación las reglas tasadas de la prueba documental. No le falta razón a Sanchís Crespo cuando afirma que de no aplicarse a la prueba electrónica criterios de prueba tasada «se llega al absurdo de penalizar con la prueba libre la utilización de los avances informáticos, premiando con la prueba legal, el mantenimiento de las formas tradicionales»[3255].

En coherencia con la razonada posición de considerar la prueba electrónica como una prueba de naturaleza documental, nos parece contradictoria la remisión a las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.3 LEC), parámetro valorativo propio de los medios de prueba de libre valoración (ej. prueba pericial e interrogatorio de testigos), debiéndose estimar que también el documento electrónico está sujeto a criterios de valoración tasada, particularmente en aquellos supuestos en que no ha sido impugnado y también en aquellos otros supuestos en que, habiéndose impugnado su integridad, autenticidad o licitud, se ha verificado la impugnación como carente de fundamento. Podría aplicarse por analogía la previsión contenida en el artículo 326.1 LEC, en virtud del cual el documento privado no impugnado hará prueba plena en el proceso, en los términos previstos para los documentos públicos en el artículo 319 LEC, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique[3256].

A nivel jurisprudencial se ha otorgado validez a la correspondencia entre los letrados directores mediante burofax y correo electrónico figurando en ellos el número del remisor como del receptor, y otorgándole la valoración de una documental privada (SAP Málaga, 21 de diciembre de 2005 [3257]).Y en supuestos de reclamación de cantidad con fundamento en la acción de repetición del artículo 43 LCS se considera que el documento electrónico consistente en la transferencia a un asegurado del importe de los daños ocasionados con el siniestro y con referencia de la póliza que lo cubría se equipara al documento papel (SAP Santa Cruz de Tenerife, 18 de noviembre de 2009 [3258]).

5.7.4. Eficacia probatoria del documento con firma electrónica

Para analizar correctamente este epígrafe debe partirse de algunas consideraciones previas[3259]. Primera, la firma electrónica no es ni una fuente ni un medio prueba, sino un simple instrumento tecnológico que permite garantizar la autenticidad e integridad de los

3255 Sanchís Crespo, C y Chaveli Donet., *La prueba medios audiovisuales*…, ob. cit., p.124.

3256 En este sentido: Sanchís Crespo, C., *La prueba por soportes*…, ob. cit., p.164; Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental*…, ob. cit., p.206; Sacristán Represa, G., *Comentario al art. 384 LEC*, ob. cit., p.1773; Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.362; Armenta Deu, t. , *Lecciones de Derecho Procesal civil,* ed. Marcial Pons, 2009, p.195, para quien la equiparación del documento electrónico con el documento privado no impugnado por falta de autenticidad es posible «siempre que se tratase de instrumentos y medios en los que las imágenes y sonidos consistieran en símbolos o signos expresivos de una realidad contrastable».

3257 SAP Málaga, secc. 6ª, de 21 de diciembre de 2005, fto. jco. 2º (EDJ 2006\150474).

3258 SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 4ª, de 18 de noviembre de 2009, fto. jco. 2º (JUR 2010|77692).

3259 Illán Fernández, J. Mª., *La prueba electrónica*…, ob. cit., p.422.

documentos electrónicos. Segunda, la eficacia probatoria no debe predicarse en rigor de la firma electrónica que –reiteramos– es un simple instrumento, sino del documento con firma electrónica, que es el medio de prueba. Y tercera, la eficacia probatoria del documento con firma electrónica no se regula en la LEC, sino en la LFE (Ley 59/2003) que distingue varias clases de firmas electrónicas –reconocida, simple y avanzada– y contiene algunas previsiones sobre su eficacia probatoria. De ahí que, con relación a la eficacia probatoria del documento con firma electrónica, debamos partir del análisis de tres formas distintas de firma electrónica.

En primer lugar, la firma electrónica reconocida. Se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Su eficacia probatoria se equipara a la de la firma manuscrita, al expresarse que «la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel» (arts. 3.3. y 3.4, LFE). En suma, la LFE admite la existencia de una firma electrónica reconocida y le otorga un reconocimiento probatorio específico.

La equiparación de los efectos jurídicos de la firma manuscrita y la firma electrónica reconocida, a partir de la interpretación conjunta de los artículos. 3.3 y 3.4 LFE, y siguiendo a Martínez Nadal, precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) debe tratarse de una firma electrónica avanzada, es decir, la que cumple los requisitos del artículo 3.2 LFE, relativos a la autenticidad e integridad del mensaje y que se reconducen a la firma digital basada en la criptografía simétrica; b) dicha firma electrónica avanzada ha de estar basada en un certificado reconocido, es decir, que cumpla los requisitos de los artículos 11, 12 y 13 LFE (en particular, las exigencias en materia de comprobación de la identidad del solicitante, que se realizará, de forma general, con personación física del mismo ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada) y que haya sido expedida por un prestador que cumple los requisitos del artículo 20 LFE; y c) dicha firma electrónica avanzada, además, ha de haber sido producido por un dispositivo de creación de firma, que es aquel que cumple las exigencias legalmente establecidas[3260].

En segundo lugar, la firma electrónica simple. Es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados a ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante (art. 3.1 LFE). Se admite como prueba documental el soporte en que se hallen los datos con firma electrónica simple (art. 3.8 LFE). Su eficacia probatoria – a diferencia de la firma electrónica reconocida– no viene tasada en la LFE, pero al establecer que se admite como prueba documental, debemos entender que tendrá la eficacia propia del documento –público o privado– a través del cual se aporte al proceso, y que su autenticidad, de ser impugnada, puede acreditarse a través de un dictamen pericial. La LFE admite también la existencia de la firma electrónica simple y admite su incorporación al proceso a través del cauce de la prueba documental, sin pronunciarse expresamente sobre el alcance de su eficacia probatoria.

3260 Martínez Nadal, A., *Comentarios a la Ley 59/2003, de firma electrónica,* 2ª ed., ed. Civitas, 2009, p.90.

Y en tercer lugar, la firma electrónica avanzada. Es la basada en un certificado reconocido y generada con un dispositivo seguro de creación de firma. A pesar de ello, la LFE no le otorga reconocimiento probatorio específico, por lo que deberá equipararse a la firma simple. La LFE admite la existencia de una firma electrónica avanzada, sin eficacia probatoria especifica, pero equiparable, cuando menos, a la firma simple.

5.8. La impugnación de la prueba electrónica

Bajo este epígrafe analizamos los distintos momentos en que puede «impugnarse» la prueba electrónica, distinguiendo la posibilidad de impugnar su incorporación a los autos en momento procesal de efectuarse el juicio de admisión; la impugnación de su contenido con anterioridad a la valoración en sentencia; y la impugnación de su valoración a través de los recursos una vez dictada sentencia, siguiendo una sistemática idéntica a la que seguimos en el capítulo de la prueba documental escrita. Dada la parquedad de la regulación legal de la prueba electrónica (arts. 299.2 LEC y 382 a 384 LEC), optamos por resolver las lagunas legales con la aplicación analógica, en cuanto resulte posible, de la normativa de la relativa a la prueba documental convencional (escrita).

5.8.1. Impugnación del juicio de admisión

Con relación a los documentos convencionales (escritos) hemos afirmado que la impugnación del juicio de admisión dependía, fundamentalmente, del momento de acceso al proceso (criterio de la temporalidad) y de los requisitos legales para su acceso al proceso (criterio de la legalidad).

Atendiendo al criterio de la temporalidad, Muñoz Sabaté, distingue entre: 1) documentos *acompañados*, que son los aportados junto con los escritos de alegaciones para dar soporte a las alegaciones que se vierten en los mismos; 2) documentos *aportados*, que son los presentados aisladamente del cuerpo de alegaciones y comprensivos de: a) los documentos llamados complementarios; b) los documentos cuyo interés o relevancia se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar la demanda (art. 265.3 LEC); c) los documentos que se pueden aportar en un momento no inicial del proceso (art. 270 LEC); d) los documentos que se pueden aportar como diligencia final en sustitución de otros actos de prueba fallidos (art. 435.2 LEC); e) los documentos que se pueden presentar excepcionalmente frente a la regla de la preclusión definitiva (art. 271 LEC); y 3) documentos *requeridos*, que son aquellos que se solicitan o requieren a las otras partes o a un tercero para que proceda a su debida exhibición en el proceso (arts. 328, 329 y 333 LEC)[3261].

Atendiendo al criterio de la legalidad, esto es, los requisitos que el legislador ha fijado para la admisión de los documentos podemos distinguir: a) documentos fundamentales,

3261 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos*…, ob. cit., pp. 295-304.

son los que fundan la causa de pedir de las partes o, en la terminología legal, «el derecho a la tutela judicial que pretenden» (art. 265.1.1º LEC); b) documentos complementarios, son los documentos accesorios o auxiliares o aquellos destinados a combatir las alegaciones de adverso (SAP Madrid, de 17 de octubre de 2007 [3262]); c) documentos que se pueden aportar en un momento no inicial del proceso, por ser fecha posterior a la demanda y contestación y no haberse podido confeccionar con anterioridad (art. 270.1 LEC); por ser documentos que la parte justifica no haber conocido con anterioridad a la demanda y contestación (art. 270.3 LEC)[3263]; d) documentos que se pueden aportar por vía de diligencias finales, por ser documentos referidos a hechos nuevos o de nueva noticia (art. 271.1 LEC) o sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa anteriores a la fase de conclusiones y decisivas en términos del fallo (art. 271.2 LEC); d) documentos requeridos a las partes, terceros, o Administraciones, en cuyo caso deberán concurrir, respectivamente, los requisitos de los artículos 329, 330 y 333 LEC.

Con respecto a las pruebas electrónicas hay que tener en cuenta las siguientes previsiones legales: a) los «medios e instrumentos» deberán aportarse con los escritos de alegaciones, siempre que sean fundamentales (art. 265.1.2º LEC); b) los «medios e instrumentos» podrán aportarse también en un momento no inicial (art. 270.1 LEC); c) los «medios e instrumentos» no podrán aportarse con posterioridad a la vista (en el juicio verbal) o al acto del juicio (en el juicio ordinario) (art. 271.1 LEC); d) los «medios e instrumentos» se pueden aportar por vía de diligencias finales en los supuestos previstos en el art. 435.1, regla 3ª LEC (art. 271. 1 LEC).

Partiendo de los anteriores requisitos legales, y supliendo por vía analógica las lagunas legales, la admisión de la prueba electrónica deberá analizarse en cada caso concreto, siquiera con carácter general puede afirmarse: a) los «medios e instrumentos» fundamentales, en principio serán siempre admitidos, salvo escasas excepciones, principalmente formales; b) los «medios e instrumentos» complementarios podrán indamitirse por no reunir tal carácter, sino el de fundamentales (art. 265.1.2º LEC); c) los «medios e instrumentos» aportados en un momento no inicial, esto es, en los supuestos del artículo 270 LEC, podrán impugnarse por ser de fecha anterior a la demanda y contestación o haberse podido confeccionar con anterioridad (art. 270.1 LEC), por no justificarse el desconocimiento del «medio o instrumento» (art. 270.2 LEC), o por no acreditarse la falta de disponibilidad

3262 La SAP Madrid, secc. 21ª, de 17 de octubre de 2007, fto. jco.2º (AC 2008\70) razona que un libro de comercio aportado por la actora en la audiencia previa debe admitirse, sin que pueda ser tachado de extemporáneo, porque no se trata de un libro que genera la causa de pedir de la parte actora en la litis, sino lo que pretende es desvirtuar determinadas alegaciones efectuadas por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda.

3263 Con referencia al derogado art. 506 LEC\1881, similar al actual art. 270 LEC, puede verse Montero Aroca, J., *Presentación de documentos materiales con la demanda y contestación*, en Revista Poder Judicial, núm. 17, Madrid, 1990, p.53, donde efectúa un análisis de distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

inicial del «medio o instrumento» (art. 270.3 LEC); d) los «medios e instrumentos» aportados por vía de diligencias finales por no referirse a hechos nuevos o de nueva noticia o por no ser anteriores al momento de formular conclusiones o no ser decisivos en términos del fallo (art. 271.2 LEC); e) los «medios e instrumentos» requeridos de exhibición se podrán impugnar por falta de los requisitos previstos para la exhibición entre parte (art. 328 LEC) –como puede ser, por ejemplo, la falta de disponibilidad del «medio o instrumento»–; por falta de los requisitos para la exhibición por terceros (art. 329 LEC) –como puede ser, por ejemplo, que el «medio o instrumento» no tiene el carácter de trascedente para dictar sentencia–; o por falta de requisitos para la exhibición por las entidades oficiales (art. 333 LEC) –como puede ser, por ejemplo, que se trate de medios o instrumentos de carácter reservado–.

5.8.2. Impugnación de la prueba electrónica con anterioridad a la valoración en sentencia

Con anterioridad a la valoración en sentencia, la prueba electrónica puede ser objeto de impugnación en la fase de alegaciones, en la fase de audiencia previa o vista y en la fase de conclusiones. El término «impugnar» se entiende en sentido amplio, no limitado a la interposición de recursos ordinarios o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios de prueba que desvirtúen el contenido de una prueba electrónica de adverso, y todo ello sin perjuicio de las matizaciones que se introducirán al examinar el trámite de «posicionamiento ante documentos» en la audiencia previa (art. 427.1 LEC).

En la fase de alegaciones, el demandado, podrá en su escrito de contestación a la demanda, bien efectuar alegaciones que rebatan el contenido de la prueba electrónica aportada por el actor, bien aportar una prueba electrónica contradictoria.

En la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal) cada parte debe «posicionarse» sobre los documentos presentados de adverso. De conformidad con el artículo 427.1 LEC: «En la audiencia previa, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contraria hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad». Aun cuando el artículo transcrito se refiere a los documentos en soporte papel y firma manuscrita, debemos entender que también es aplicable a los «medios e instrumentos» (arts. 382 a 384 LEC), dado que muchos de ellos –particularmente los «instrumentos informáticos»– suelen aportarse mediante la impresión en formato papel. Por otra parte, el contenido de la impugnación probablemente no se agota con la autenticidad, pudiendo a extenderse a otros aspectos propios de la prueba electrónica, como es la integridad.

En la fase de conclusiones, una vez admitidas todas las pruebas, los letrados podrán impugnar críticamente el contenido de las pruebas electrónicas. La impugnación requerirá por el letrado un examen crítico de las pruebas electrónicas aportadas, analizadas individualmente y también en relación con los restantes medios de prueba, los cuales podrán confirmar o ratificar el contenido de las pruebas electrónicas.

5.8.3. Impugnación de la prueba electrónica tras la valoración en sentencia: recursos frente a la valoración judicial

Una vez dictada sentencia, cabe la impugnación de las pruebas electrónicas mediante la interposición del recurso ordinario de apelación, el recurso extraordinario por infracción procesal y la revisión de la sentencia firme, siendo necesario desarrollar los siguientes extremos:

1. Posibilidad de aportar en segunda instancia documentos electrónicos.

La valoración de la prueba electrónica, sea de eficacia tasada o de eficacia libre, efectuada por el Juez de Primera Instancia puede ser revisada en su integridad por la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación. Tal como se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC, se ha optado por el modelo de apelación limitada (*revisio prioris instantiae*), de modo que el tribunal de apelación goza de la misma libertad para valorar la prueba practicada en la instancia, pudiendo apreciar las mismas pruebas de modo distinto. Ahora bien, en aquellos supuestos en que la prueba electrónica no se haya aportado mediante su impresión en formato papel, sino a través de un instrumento informático (ej. pensemos en un CD o DVD unido a las actuaciones), dado que la práctica de la prueba exige la reproducción ante el tribunal, parece que lo razonable sería visionar la prueba ante los Magistrados de la Sala de Apelación.

La aportación de nueva prueba documental en la segunda instancia se limita a «los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 y que no hayan podido aportarse en la práctica de la instancia» (art. 460.1 LEC), esto es, se requiere la doble condición de ser un documento posterior a los escritos de alegaciones y de imposible aportación en la instancia, exigencia legal muy restrictiva, que se agrava con una práctica judicial reacia a la aportación de documentos en la segunda instancia[3264].

El transcrito artículo 460.1 LEC se refiere únicamente a los «documentos» (léase, los escritos), pero entendemos que ofrece cobertura legal para incluir también los «documentos electrónicos». En primer lugar, porque aun cuando la rúbrica del artículo 460 LEC aluda solamente a los documentos, en el desarrollo del precepto se mencionan a los medios e instrumentos. En segundo lugar, porque el artículo 460 LEC hace una remisión directa al artículo 270 LEC y éste último menciona expresamente a los «medios e instrumentos»[3265]. Como ha se ha dicho acertadamente el hecho que «el artículo mencione exclusivamente a los documentos tal vez obedezca a razones de economía del lenguaje y a que la rúbri-

3264 En sentido crítico sobre el carácter restrictivo de la regulación legal y la práctica forense, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil,* t. II, ob. cit., p.1467.

3265 Art. 270.1 LEC: «El tribunal después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, *medios e instrumentos* relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes: […] (La cursiva es nuestra).

ca del artículo 270 sólo cita los documentos, aunque su contenido sea más rico»[3266]. Y en tercer lugar, porque ello es coherente con la concepción dogmática del documento que defendemos –que engloba tanto el documento en soporte papel cuanto en soporte electrónico[3267]–, con la consideración «análoga» del tratamiento procesal de los medios e instrumentos con los documentos escritos que anticipa la Exposición de Motivos (epígrafe XI, párrafo XIII)[3268], amén que una interpretación excluyente de la aportación de los documentos electrónicos en la segunda instancia constituiría una discriminación de difícil justificación con respecto a los documentos escritos[3269].

Sin embargo, no se trata de una cuestión doctrinal pacífica. Otros autores sostienen que el artículo 460.1 LEC «debe entenderse que se refiere sólo a los documentos, pues son los únicos que no necesitan actividad probatoria de práctica; los medios e instrumentos sí necesitan esa actividad, como se comprueba en los artículos 382 y 383, y para ello, y en su caso, se estará al artículo 460.2, 3º LEC»[3270]. No obstante la autoridad doctrinal de estos autores, no podemos compartir sus conclusiones. Es cierto que el artículo 460 LEC, en su apartado primero, regula la aportación de documentos en segunda instancia; mientras que su apartado segundo regula la «práctica en segunda instancia» de determinadas pruebas.Y es incontestable que la prueba documental electrónica –la prueba por medios e instrumentos del artículo 299.2 LEC– necesita, a los efectos de su «práctica», de la reproducción ante el tribunal (arts. 382 y 383 LEC).

Pero semejante razonamiento introduce un tratamiento discriminatorio del documento electrónico con respecto al documento en soporte papel de difícil justificación dogmática. Además, la regulación del artículo 460 LEC, y a efectos de las pruebas que puedan practicarse en la segunda instancia, lo que pretende es otorgar un tratamiento procesal diferenciado a la aportación de la prueba documental (art. 460.1 LEC) del resto de los medios de prueba (art. 460.2 LEC), no tanto porque la prueba documental (escrita) no necesite de una práctica, cuanto porque es una prueba sujeta a estrictas reglas de preclusión.

El documento electrónico en la segunda instancia, al igual que en la primera instancia, podrá aportarse en bien soporte material informático, bien en soporte papel, siempre que su impresión resulte idónea para la captación de la información. El momento procesal

3266 Herrero Perezagua, J.F., *Comentario al art. 460 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, Cordón-Moreno, F; Armenta-Deu, T; Muerza-Esparza, J.J; Tapia Fernández, I,, ed. Aranzadi, 2001, p.1580.

3267 Puede verse el epígrafe 2.4.3. de este capítulo.

3268 Así lo afirman Aragoneses, P. y Gisbert, M., *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios,* ed. Civitas, 2003, p.283.

3269 En este sentido Picatoste Bobillo, J., *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2009, p.306.

3270 Montero Aroca, J. y Flors Maties, J., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. p.424.

oportuno para la proposición será con el escrito de interposición del recurso de apelación (art. 460.1 y 2 LEC) y con el escrito de oposición y, en su caso, impugnación del recurso (art. 461.3 LEC).

2. Práctica de pruebas que justifiquen la ineficacia de los documentos electrónicos en que se funde la sentencia de primera instancia

También cabe en segunda instancia, y al amparo del artículo 460.2,2º LEC «las [pruebas] propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales». Se trata de las pruebas admitidas en la instancia y no practicadas por causa no imputable al proponente, ya sea debida a un deficiente funcionamiento de los tribunales, a fuerza mayor, o incluso a actuación maliciosa de la parte contraria.

Son aquellos casos, poco frecuentes, en que la «reproducción» (esto es, la práctica) de la prueba electrónica haya resultado defectuosa en la instancia –tanto en la fase del acto ordinario como en la posterior de diligencias finales– por una deficiencia técnica en los aparatos de reproducción de los que disponía el Juzgado.

3. Posibilidad de fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, que no de casación excluida por la jurisprudencia, que limita la infracción de las reglas de valoración de la prueba al motivo 4º del art. 469 LEC.

La jurisprudencia viene sosteniendo que la disconformidad con la valoración de la prueba en general –y también, por supuesto, de la prueba documental electrónica– efectuada por el Tribunal de Apelación debe impugnarse, cuando sea posible su presentación, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y no por la vía del recurso de casación, habiéndose dictado ya, bajo esta argumentación, numerosos autos de inadmisión del recurso de casación. Así razona, entre otros muchos, el Auto del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2010 [3271], que literalmente, y en la parte que interesa afirma:

> «El régimen de recursos de la nueva LEC 2000 no es, en absoluto, coincidente con la distinción entre «infracción de ley» y «quebrantamiento de forma», establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo limitarse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios «in procedendo» y atribuir el control de los vicios «in iudicando» al recurso de casación, pues el ámbito jurídico material al que se circunscribe éste último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva a la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las «cuestiones procesales», entendidas en sentido amplio, es decir, no reducido a las que enumera el art. 416 de la LEC 2000 bajo dicha denominación –falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus respectivas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca–, sino comprensivo también de las normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye

3271 Auto Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de junio de 2010, fto. jco.2º (JUR 2010/227519).

> un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, e igualmente de las que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o extraordinaria) la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos, en cuanto resultante de la aplicación de esas reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de la actividad probatoria, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma»…,

La misma jurisprudencia recuerda que el recurso por infracción procesal está sujeto a un presupuesto de recurribilidad que veda el acceso al recurso extraordinario cuando la infracción o vulneración ha sido consentida o no se promovió la oportuna corrección del defecto, y que incumbe al litigante en el escrito de preparación del recurso indicar cómo y en qué momento se efectuó la denuncia y se pidió la subsanación (art. 470.2, inciso final, LEC)[3272].

La más reciente jurisprudencia viene entendiendo que, de forma excepcional, la indebida valoración de la prueba, que anteriormente había encuadrado en el número 2º del artículo 469 LEC («infracción de las normas reguladoras de la sentencia»), debe ser denunciada actualmente al amparo del número 4º del mismo artículo 469 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitucional»).

Por su claridad expositiva, transcribimos, a continuación y en la parte que interesa, la STS de 1 de octubre de 2010 [3273], en cuyo fundamento jurídico 3º se razona:

> «Las razones por las el motivo debe desestimarse son las siguientes:
>
> A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2 LEC, que fue el alegado por la entidad recurrente en el escrito de preparación del recurso. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.
>
> La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración

3272 Auto Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2008, fto. jco.2º (RJ 2008\6936), el cual, a su vez, cita otros numerosos autos de la Sala 1ª en el mismo sentido.

3273 STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010, fto. jco. 3º (CENDOJ 28079110012010100613).

de la prueba (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005 , entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469. 1, 4.º LEC , en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005)».

En el escrito de interposición del recurso por infracción procesal basado en el motivo 4º del artículo 469.1 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución») deberá exponerse razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyó en el resultado del pleito (art. 471, I LEC). Se trata, obviamente, de la parte fundamental del recurso en la medida que el recurrente deberá razonar el motivo del recurso, el momento procesal en que se ha cometido la infracción o vulneración, la concurrencia de todos los requisitos procesales para la admisión del recurso y cuál hubiera sido el resultado del proceso en el caso que no se hubiera producido la infracción.

En lo que se refiere a la valoración de la prueba –en general– y a la valoración de la prueba electrónica –en particular– la fundamentación del recurso podría fundarse en la errónea valoración de la prueba electrónica (ej. no otorgar el carácter de prueba tasada a un documento electrónico no impugnado).

El motivo segundo del artículo 469.1 LEC ofrece cobertura legal para denunciar la infracción de los requisitos formales de la sentencia y la infracción de los requisitos internos que se refieran a su contenido, siendo éstos últimos los de mayor trascendencia. De ahí que puedan tener acogida el motivo segundo del artículo 469.1 LEC otras infracciones de carácter procesal que, aun no directamente relacionadas con la valoración de la prueba en la sentencia, afectan a los actos procesales que han podido conducir al erróneo dictado de la sentencia, como, por citar algunos ejemplos y sin ánimo exhaustivo, la admisión extemporánea de una prueba electrónica, la denegación indebida de la prueba electrónica, la admisión de la prueba electrónica con violación de derechos fundamentales o la práctica irregular o defectuosa de la reproducción de la prueba electrónica ante el juez.

4. Particularidades del proceso de revisión fundado en las causas 1ª y 2ª del art. 510 LEC.

La revisión de sentencias firmes, con fundamento en la prueba documental, se puede basar en dos motivos: 1ª) «Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiese podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado» (art. 510.1º LEC) y 2º. «Si hubiese recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido

declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad (se) declarase después penalmente» (art. 510.2º LEC).

La revisión de sentencias firmes (arts. 509 a 516 LEC) se configura dogmáticamente como una acción impugnativa autónoma, distinta del recurso, pese a ciertas concesiones legales en su articulación jurídica, cuyo objeto es una sentencia firme. El objeto de la revisión es el juicio anterior, que se intenta rescindir por uno de los motivos previstos en la ley.Y así la LEC abandona la terminología «del recurso de revisión» (Título XXII Libro II LEC\1881) y alude expresamente a la «revisión de sentencias firmes» (Título VI, Libro II LEC).

La revisión en virtud de documentos recobrados (art. 510.1º LEC) exige que se trate de documentos conocidos, retenidos u ocultados por la parte en cuyo favor se ha dictado la sentencia y anteriores a ésta. Se ensancha el ámbito de la revisión no solamente a los documentos recobrados (art. 1796-1º LEC\1881), sino también a los documentos obtenidos (art. 510.1 LEC) «con lo que se amplía el ámbito del precepto y la disposición revisoría a los supuestos en que ignorándose con anterioridad a dictarse sentencia la posible existencia de un documento trascendental para la resolución del pleito, se llega a tener posteriormente conocimiento del mismo y se alcanza su disponibilidad» (ATS, 14 de diciembre de 2001 [3274]).

La jurisprudencia recuerda que, pese a la novedad de la introducción del término «obtuvieron» en el artículo 510.1º LEC, sigue siendo de aplicación la jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1796-1º LEC\1881, que exigía: «a) Que los documentos se hayan recuperado (u obtenido) después de la sentencia firme. b) Que los mismos hubiesen sido detenidos por causa de fuerza mayor o por la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo impugnado. c) Que sean decisivos para la justa decisión de la *litis*, siendo carga probatoria de la parte recurrente» (STS, 24 de septiembre de 2002).

La doctrina precisa que, a los efectos de este motivo de revisión, por documento deberá entenderse no solo los documentos escritos, públicos o privados, sino también los medios e instrumentos del artículo 299.2 LEC (esto es, los documentos electrónicos)[3275], resultando, por ende, irrelevante tipo de soporte en que se recoja el documento y, por el contario, fundamental el que se trate de documentos e instrumentos «decisivos», esto es, por sí mismos suficientes para provocar un pronunciamiento distinto al recaído en la sentencia impugnada. Con anterioridad a la vigente LEC el Tribunal Supremo tenía declarado que por documento ha de entenderse aquel que procesalmente constituye un instrumento de prueba de los hechos que se enjuician en un procedimiento y que por su eficacia probatoria, puede dar al traste con la valoración efectuada por el Tribunal de otros medios probatorios que obraban en los autos (STS, 8 de junio de 1982)[3276].

3274 Auto, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 2001, fto. jco. Único (JUR 2002/1646).

3275 Montero Aroca, J., y Flors Maties, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, ob. cit., p.1190.

3276 STS de 8 de junio de 1982 (citada por Carreras Maraña, J. en *Comentario al art. 510 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», t. II, ob. cit., p.3386).

La revisión en virtud de documentos falsos (art. 510.2º LEC) exige que se trate de una falsedad declarada en virtud de sentencia en vía penal y que el documento sea decisivo en el juicio[3277]. Es preciso, por ende, la concurrencia de un doble requisito: a) que la falsedad del documento en que se funda hubiera sido declarada en un proceso penal (SSTS, 16 de mayo de 1991 y 15 de febrero de 2001); y b) que la sentencia impugnada haya fundado su fallo en el documento que se tacha de falso por los «recurrentes» (STS, de 5 de octubre de 1987). Con respecto al artículo 1796-2º LEC 1881 se suprime de la expresión legal el término «reconocidos», para destacar que no basta el simple reconocimiento de la falsedad del documento, siendo necesaria una sentencia penal que así lo declare[3278].

El proceso de revisión basado en las causas 1ª y 2ª del artículo 510 LEC y en un documento electrónico puede presentar particularidades. En cuanto a la causa 1ª del artículo 510 LEC (obtención o recobro de documento electrónico decisivo) la mayor dificultad puede consistir en la obtención o recobro del documento electrónico original, si del mismo no se ha conservado una copia impresa, ante la eventualidad que haya intentado ser eliminado por la parte a quien pueda perjudicar. En cuanto a la causa 2ª del mismo artículo 510 (falsedad documental electrónica) parece imprescindible que el previo proceso penal en el que se declare la falsedad se practique una prueba pericial informática.

5.8.4. Impugnación por falsedad documental

El documento electrónico, al igual que el documento escrito, puede impugnarse por falsedad documental, pues a efectos penales el art. 26 CP precisa que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Y aun cuando el art. 40.4 LEC, que regula la prejudicialidad penal, se limite a mencionar a los «documentos aportados» debemos incluir en ellos también los documentos electrónicos. El examen de la prejudicialidad del documento electrónico exige reparar en los requisitos, el objeto de la suspensión y el régimen de la suspensión

Dos son los requisitos para que la prejudicialidad penal suspenda el curso de las actuaciones civiles. En primer lugar, que se acredite ante el tribunal civil la existencia de un proceso penal sobre el delito de falsedad relativo a un documento electrónico determinado. La ley solo exige la existencia de una causa criminal, siendo irrelevante cómo se ha incoado el proceso penal y en la fase en que el mismo se encuentra, por lo que también procederá la suspensión en el caso que el proceso se halle en apelación. Y en segundo lugar, que el documento electrónico sea decisivo para resolver el fondo de la cuestión debatida en el proceso civil. La LEC circunscribe la prejudicialidad penal

3277 STS, Sala Civil, de 21 de febrero de 1997, fto. jco.1º (JUR 1997\1156).

3278 Carreras Maraña, J. M., *Comentario al art. 510 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia», t. II, ob. cit., p.3388.

por falsedad a la prueba documental, sin que pueda hacerse extensiva a otros medios de prueba. La expresión que el documento pueda ser decisivo ha llevado a un sector de la doctrina a entender que se documento debe ser relevante para la sentencia y que el hecho probado por el documento no ha de estar fijado por admisión, ni probado por otros medios de prueba[3279].

Se discute el objeto de la suspensión, esto es, si debe ser el fallo (art. 362 LEC 1881) o el procedimiento (art. 10.2 LOPJ). La literalidad legal permite sostener que la suspensión del proceso civil puede acordarse tan pronto se acredite la apertura del proceso penal y tan pronto el juez civil aprecie que el documento electrónico es decisivo para resolver sobre el fondo del proceso civil pendiente (art. 40.4 LEC), aun cuando no faltan autores que, más matizadamente, admiten que la suspensión tenga lugar no «tan pronto» se ha aportado el documento –pues el juez puede no considerar en el momento de la aportación el documento como decisivo–, sino más avanzado el proceso y, en todo caso, antes de dictar sentencia[3280]. Por supuesto, el auto que estime o deniegue la suspensión, debe razonar el carácter decisivo o no del documento electrónico y su relación con las pretensiones por las partes[3281].

El régimen de la suspensión, varía en función de las circunstancias concurrentes. Por un lado, la parte que pudiera resultar favorecida por el documento reputado falso puede renunciar al mismo, con lo que continuará el proceso civil (art. 40.5 LEC), todo ello con la finalidad de evitar que la suspensión pueda solicitarse con fines dilatorios. En tal supuesto se ha postulado que el documento falso se retire de las actuaciones, pues si quedare incorporado podría llegar a influir en la convicción judicial[3282]. Por otro lado, la parte perjudicada por la suspensión del proceso civil puede pedir la indemnización de daños y perjuicios en el mismo proceso civil, con arreglo a los artículos 712 y siguientes de la LEC (art. 40.6 y 7 LEC), si el proceso penal, que se hubiera incoado por denuncia o querella de una de las partes, finaliza con la declaración que el documento es auténtico o que no se ha probado la falsedad»[3283].

3279 Reynal Queral, N., *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, en «Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. I, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed dijusa, Barcelona, 2000, p.274. En cuanto a los requisitos, puede verse también el Auto AP Castellón, secc. 1ª, de 31 de julio de 2007, fto. jco.2º (JUR 2007/335857).

3280 Arroyo Fiestas, F.J., *Comentario al art 40 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia», t. I, Xiol Ríos, J.A. (coord.), ob. cit., p.357.

3281 Suárez Robledano, J.M., *Comentario al art. 40 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler;Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 378-379.

3282 Arroyo Fiestas, F.J., *Comentario al art. 40 LEC,* en «Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia», t. I, ob. cit., p.357.

3283 Barona Vilar, S., *Comentario al art. 40 LEC,* en «El Proceso Civil», vol. I, ob. cit., p.422.

6. Referencia breve a algunas pruebas electrónicas

El examen exhaustivo de las distintas pruebas electrónicas desborda el objeto de este estudio y, además, cualquier enumeración de pruebas electrónicas quedaría en poco tiempo obsoleta por la aparición de otras nuevas. Efectuaremos una sucinta referencia a las más frecuentes, a día de hoy, ofreciendo su noción, el encaje en la regulación de la LEC y la problemática procesal más específica.

6.1. El documento informático

Constituye una especie dentro de la categoría general del documento electrónico y ha sido definido como «el documento electrónico creado a través de medios o instrumentos informáticos o telemáticos, o que poseyendo un origen distinto, ha sido objeto de algún tratamiento automatizado»[3284]. El correo electrónico, la página web, y el mensaje de teléfono sms constituyen, a día de hoy, las modalidades más frecuentes de los documentos informáticos.

No debe confundirse el documento con el soporte, que es uno de sus elementos integrantes, siendo los soportes más habituales, a fecha de hoy, el CD-Rom, los discos DVD o los sistemas de almacenamiento de las memorias portátiles como USB.

Atendiendo a su funcionalidad, podemos distinguir dos clases. Por una parte, el documento informático que consiste en la comunicación o transferencia de datos a través de una red, sea una intranet (red privada o restringida), una extranet (red con usuarios autorizados) o internet (red universal), y que se puede almacenar y recuperar. Y por otra parte, el documento creado por el propio sistema informático y que también se puede almacenar y recuperar (una contabilidad, base de datos, informe, etc.)[3285].

El documento informático tiene encaje en el artículo 384 LEC. Es más, la expresión «instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas con fines contables o de otra clase» es la perífrasis legal utilizada para referirse a todo tipo de computadoras y accesorios informáticos[3286].

Su problemática procesal se centra en la distinción entre el original y la copia y la conservación del original a efectos de su eventual impugnación. Se afirma, con cierta frecuencia, la indistinguibilidad entre el original y la copia de los documentos informáticos. Tal vez resulta más exacta la referencia a los datos almacenados en el interior del disco duro del ordenador u otro dispositivo informático (que constituye el «original»), la exteriorización o visualización de los datos en pantalla (que constituye el código mediato que permite su lec-

3284 Jaume Bennasar, A., *La validez del documento electrónico y su eficacia procesal*, ob. cit., p.96.

3285 *Ibid.* p.96.

3286 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. II, ob. cit., p.780.

tura) y la impresión en formato papel (que constituye el sistema de su aportación al proceso). Y si bien es cierto que *prima facie* puede resultar más difícil que con respecto al documento manuscrito o convencional la distinción entre el original y copia, no es menos cierto que los propios sistemas informáticos, y a través de los denominados datos de tráfico, permiten dejar constar del documento creado originariamente y el de sus reproducciones posteriores.

Por lo que respecta a la cuestión de la conservación ya nos hemos referido a la existencia de técnicas de perdurabilidad (preservación de originales, emulación, migración, replicado, rejuvenecimiento, copias de seguridad, arqueología digital)[3287]. Un ejemplo paradigmático de estas técnicas puede encontrarse en el AAP Barcelona de 2 de febrero de 2006, que permite comprobar hasta qué punto los avances de la técnica permiten la recuperación de los datos borrados del disco duro del ordenador[3288]. En este supuesto, se trataba de la adopción de medidas cautelares ante la sospecha de infracción de un pacto de no concurrencia y de un plan oculto de antiguos empleados de la entidades actoras para desviar su fondo de comercio a nuevas sociedades creadas por ellos. Los demandados, tras negarse a permitir el acceso a los contenidos del ordenador que utilizaban, borraron los datos del disco duro del ordenador, pero a través de una pericial informática se pudo reconstruir la información. En la parte que interesa se puede leer:

> «[…] el Sr. Luis Miguel, en un período de siete horas formateó el disco duro, modificó el reloj, modificó el nombre de usuario y reinicializó el sistema operativo del ordenador de la empresa. Esta operación de borrado, que efectivamente fue anunciada por el requerido tras negarse a permitir el acceso a los contenidos del ordenador que utilizaba, supuso deshacer el armazón de dicha información y convertirla en una amalgama de datos no susceptible de clasificación, en la que los datos del correo electrónico se mezclaban de forma indiscriminada con archivos word, excel, imágenes u otros formatos. La búsqueda ciega que el perito llevó a cabo, según opera la herramienta Encase o similares y ratificó el Sr. […], no supone por tanto la lectura de toda la información para detectar lo relevante para la empresa, sino la utilización de palabras clave que sólo permiten rescatar lo que interesa, si es que no hubiera sido borrado en la reinstalación. El borrado usual (pues existen otros de bajo nivel que sí eliminan la información), no hace desaparecer los datos, sino que elimina las entradas de los mismos y hace imposible acceder a ellos: al romperse el código de entrada en sistema binario, los datos permanecen, pero confundidos e indistinguibles en una enorme cantidad de ceros y unos, de modo que el programa empleado pretende detectar los patrones binarios de ciertas palabras, y una vez detectados, reinterpretar por encima y por debajo hasta reconstruir un texto».

6.2. El correo electrónico

El correo electrónico, más popularmente conocido como e-mail (contracción de la expresión inglesa electronic-mail), se ha convertido en un sistema eficaz, cómodo e instantáneo de comunicación entre un emisor y uno o varios (múltiples) destinatarios, para la

3287 Puede verse el epígrafe 5.4.4 de este capítulo.

3288 AAP Barcelona, secc. 15ª, de 2 de febrero de 2006, fto. jco. 4º (AC 2006\440).

transmisión de un texto escrito, imágenes y sonidos, mediante el uso de unas direcciones electrónicas previamente conocidas por el remitente y el destinatario/s. Al igual que la página web y el mensaje de teléfono sms constituyen una modalidad de los documentos informáticos.

Tiene su encaje en el artículo 384 LEC, dentro de la prueba por soportes o instrumentos informáticos, en cuanto permite «archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas con fines contables o de otra clase», pues, sin perjuicio de otros fines, normalmente se utiliza para un intercambio puntual, informal y rápido de información entre remitente y destinatario. A diferencia de la correspondencia manuscrita, la realizada a través del correo electrónico, reviste menor grado de formalidad, puesto que, por un lado, el sistema operativo ya configura unos campos y dispone de un formato predeterminado a modo de encabezamiento en el que se introduce el destinatario, el emisor, el asunto y los eventuales destinatarios ocultos, y, por otro lado, en el propio sistema operativo es factible la estampación de la firma por procedimientos informáticos.

Dado que el correo electrónico necesita de un sistema operativo y se encuentra en el interior de un aparato electrónico (ordenador, agenda electrónica, iphone, blackberry, iphad, etc.) lo normal es que acceda al proceso a través de una copia impresa, que podrá ser una simple impresión privada –como es lo más frecuente–, aun cuando ello no excluye que pueda acceder a través de un acta de presencia notarial.

El correo electrónico, o más precisamente, su impresión en formato papel se sujeta a las reglas previstas para la aportación de documentos. Por ello, tratándose de un correo electrónico «fundamental», esto es, que fundamenta la pretensión del actor o la resistencia del demandado, debe aportarse con la demanda o con la contestación a la demanda (art. 265.1.1º LEC), todo ello bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC).Y no siendo un correo electrónico «fundamental» estará sujeto al principio de libre aportación.

Un problema práctico es el relativo a la confirmación de la recepción del e-mail. En la correspondencia manuscrita puede verificarse la recepción del documento mediante la exigencia de un «acuse de recibo» que se diligencia a través del sistema de correos. En la correspondencia electrónica el acuse de recibo tradicional se ha sustituido mediante la solicitud de «confirmación de lectura» consistente en un mecanismo que puede accionar el remitente interesando del destinatario que ratifique la recepción.

En la jurisdicción social ha suscitado controversia el uso indebido del correo electrónico durante la jornada laboral, del que ya nos hemos ocupado[3289]. Baste ahora recordar que cada vez con mayor frecuencia las empresas adoptan códigos de conducta para el uso de los sistemas informáticos y entre ellos el uso del e-mail. El punto conflictivo es la distinción entre el uso puntual –socialmente aceptado, salvo prohibición legal expresa– y el uso abusivo– jurídicamente reprobable y que puede incluso justificar la sanción de despido laboral–.

3289 Puede verse el epígrafe 4.3.1. de este capítulo.

La relevancia práctica del correo electrónico se destaca, entre otras, en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001 que admite la dimisión irrevocable de un directivo de una empresa enviada por e-mail[3290]. Dado que la legislación aplicable no exigía ninguna formalidad particular y dado que era un mecanismo de comunicación habitual en la empresa se tuvo por eficaz la dimisión así presentada.

6.3. La página web

La página web constituye una modalidad de documento informático a la que se puede acceder por vía de internet previa identificación de un enlace. Han sido definidas como «documentos electrónicos publicados en internet, es decir, colocados en servidores (ordenadores) a los que se accede para ver la información que contienen»[3291]. Para interpretar una página web de internet, se precisa una herramienta software de navegación, es decir, un navegador, como *Internet Explorer Micfosoft* (IE), *Netscape, Mozilla, Firefox,* etc. A través de ellos se interpreta el código o lenguaje HTLM en que están escritas las páginas.

Son cada vez más utilizadas por particulares, profesionales, empresas e instituciones diversas (académicas, culturales, científicas, etc.) para transmitir información, ofrecer servicios o simplemente transferir conocimiento. En el ámbito jurídico, los despachos de abogados anuncian el nombre de los profesionales y sus ámbitos de asesoramiento a través de páginas web y lo mismo efectúan los centros docentes con sus programas de grado, el directorio de los profesionales que integran el claustro docente, y, en general, su oferta académica.

Tiene su encaje legal en el artículo 384 LEC, como instrumento que permite archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso. A diferencia del correo electrónico, que sirve para el intercambio puntual y generalmente informal de información, la página web se orienta a la difusión de información –e incluso, a veces, de conocimiento (ej. página web de una institución de investigación que contiene los artículos científicos publicados por sus miembros)–, y puede tener un contenido más predeterminado, aun cuando también sujeto a cambios y a permanente actualización en función de su finalidad.

Una problemática procesal específica, que ya hemos anticipado, es la de su acceso al proceso[3292]. La página web, en cuanto fuente de prueba, puede introducirse a través de distintos medios de prueba: a) del interrogatorio de las partes y de testigos, cuando se interroga a la parte o el testigo sobre el contenido de una determinada web; b) de una documental privada, cuando se imprime el contenido de una página web y se acude a la notaría para extender un acta

3290 STSJ Madrid (Sala de lo social) de 13 marzo de 2001, fto. jco. 6º (AS 2001\1733).

3291 Martínez Ginesta, G., *Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos*, en «Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia», Velasco Núñez, E. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II/2007, CGPJ, Madrid, 2007, p.162.

3292 Puede verse el epígrafe 3.3. de este capítulo.

de protocolización, sin perjuicio que, aun no protocolizada, seguirá tendiendo valor probatorio la impresión que se aporte al juzgado; c) de una documental pública, cuando se interesa que el notario navegue por la web y extienda una acta de presencia; d) de una prueba pericial, cuando se interesa, por ejemplo, el número de visitas que recibe una página web; y e) incluso a través de lo que se ha llamado cibernavegación, cuando se solicita que el juez, por sí solo o auxiliado por un perito, navegue por la red y deje constancia de sus propias percepciones.

En ocasiones ofrece dificultad la identificación del autor de la página web o de los textos vertidos en su contenido, esto es, lo que Pérez Gil llama «la fuente merecedora de confianza»[3293]. El anonimato en la identificación del autor de la información resta credibilidad en la fase de valoración probatoria, como se puede desprender de la SAP de Burgos de 27 de junio de 2006 [3294], que literalmente dice:

> «Por el contrario, el informe sobre la posible presencia de un rayo en la zona articulado por la parte demandada no ha resultado convincente ni verosímil por varias razones. Por un lado, porque, a diferencia del anterior, se apoyó como datos «científicos» en meras páginas de Internet sin constatación académica y sin identificación bastante de los autores de la información encontrada en las páginas de Internet como: «lasalid.com» o «forodemteored.com», donde no se identifica la identidad de los autores de la información que toma en cuenta el perito Sr. Gaspar, ni se ha producido adveración y contradicción en el juicio oral de las personas que aparecen en esas páginas como «mandorlin», «seta spisatus», «anti-anticiclón», «cumpulcymbus», «frenetetrío», «bertgood», «Federico», «mariete». Es evidente que cualquier análisis de esta prueba pericial no resiste su valoración conforme al criterio de la «sana crítica» que consagra el art. 348 LEC».

Algunas páginas web (ej. google earth o street plan) se utilizan durante la práctica de los medios de prueba. En supuestos de responsabilidad extracontractual y en reclamaciones derivadas de los accidentes de circulación el juez puede solicitar a las partes la identificación del punto de la colisión, o determinados aspectos que puedan arrojar claridad sobre la controversia (ej. existencia de una señal de stop o de un semáforo, sentido de dirección de la calle, ubicación del paso de peatones, etc.). Aun cuando legalmente no están reconocidas como medios de prueba, estas páginas web pueden configurarse como instrumentos auxiliares que facilitan la declaración de las partes o de los testigos y peritos.

6.4. El mensaje de teléfono móvil (SMS)

Al igual que la página web y el correo electrónico constituyen una modalidad de los documentos informáticos. La telefonía móvil es un dispositivo electrónico con las mismas

3293 Pérez Gil, J., *El conocimiento científico en el proceso civil,* ob. cit., p.182.

3294 SAP Burgos, secc. 2ª, de 27 de junio de 2006, fto. jco. 1º (JUR 2007\41135) que analiza un supuesto de responsabilidad extracontractual por fallecimiento de una persona como consecuencia de electrocución derivada de conductividad a través de unos árboles de alta tensión procedentes de poste eléctrico. La demandada Iberdrola funda su absolución en que la causa del fallecimiento era la caída de un rayo o chispa de rayo o un fenómeno inexplicable.

capacidades básicas de un teléfono de línea telefónica convencional, pero siendo portátil e inalámbrico. Funciona a través del enlace de dos sistemas o redes: una red de comunicaciones (o red de telefonía móvil) y los terminales (o teléfonos móviles) que permiten el acceso a dicho red[3295].

Su reducido espacio, fácil manejo y la multiplicidad de sus prestaciones (navegación por internet, fotografías, descargar música o ver televisión, entre otras) lo convierten en un instrumento de uso frecuente en actividades profesionales y en las relaciones personales.

Tiene su encaje legal en el artículo 382 LEC (en cuanto permite grabar imágenes) y en el artículo 384 LEC (en cuanto permite archivar datos), aun cuando aquí nos interesa en su vertiente de posibilidad de comunicar y transmitir mensajes.

La problemática procesal específica es la relativa a su posible manipulación o alteración. Suele suscitarse con relativa frecuencia la cuestión relativa a la identificación del remitente del mensaje de telefonía móvil, particularmente en la jurisdicción penal, y cuando se utiliza el teléfono como instrumento para la perpetración de delitos o faltas contra las personas, tales como injurias, calumnias o coacciones, puesto que el destinatario puede acreditar que ha recibido un mensaje de contenido injurioso, calumnioso o coactivo, y que el mensaje ha sido recibido desde un determinado teléfono móvil, pero resulta más complicado acreditar quién es el remitente del mensaje.

Así, por ejemplo, la SAP Las Palmas de 23 de noviembre de 2002 revoca la de instancia y absuelve al denunciado de la falta de injurias que había sido condenado, con el siguiente razonamiento[3296]:

> «Ante las alegaciones que se hacen por el denunciado es preciso constatar la ausencia de pruebas (salvo la declaración de la denunciante) que acrediten el envío de los mensajes que se dicen y que, en tal caso, fueran enviados desde los terminales móviles del denunciado; puesto que, aún cuando fuera cierto que en el móvil de la denunciante aparecieran los números de aquéllos, se ha de constatar que tal hecho no determina necesariamente que sean enviados desde ellos, pues con una simple aplicación informática (según se ha podido ilustrar quien ahora enjuicia) el número que aparezca en la pantalla del móvil receptor se puede manipular».

Y en sentido similar, la SAP Badajoz de 21 de febrero de 2002 también revoca la de instancia, procediendo a la absolución del denunciado de una falta de injurias, con parecido razonamiento[3297]:

> «Pero es que, en cualquier caso, hay que ser enormemente cautelosos con lo que hace suponer que es un mensaje guardado en la memoria del teléfono de su destinataria que, por otra parte, bien podía haberse mantenido hasta su debido examen técnico, comprobación por el órgano jurisdiccional o, incluso, hasta el acto del juicio oral. Téngase en cuenta que las nuevas

3295 Martínez Ginesta, G., *Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos*, ob. cit., p.153.

3296 SAP Las Palmas, secc. 1ª, de 23 de noviembre de 2002, fto. jco.2º (JUR 2003\66627).

3297 SAP Badajoz, secc. 3ª, de 21 de febrero de 2002, fto. jco. 2º (JUR 2002\136257).

tecnologías permiten, por ejemplo, enviar mensajes denominados SMS desde servidores de Internet en los que es notoria su fácil manipulación, haciendo figurar al final del mismo un número o un nombre cualquiera, lo que, de sostener el valor de tan endebles pruebas, permitiría imputar acciones a quienes habrían de soportar una prueba muchas veces diabólica en su descargo. A efectos meramente dialécticos y sin que ello suponga ninguna alusión a la denunciante, también puede manipularse los datos de la propia pantalla de un teléfono móvil de tal modo que, aparentemente, figure un remitente al final de un mensaje. Por ello insistimos hay que adoptar las debidas cautelas técnicas y constatar inequívocamente las circunstancias en este tipo de hechos relacionados con tecnologías hasta hace muy poco tiempo inexistentes y hoy tan extendidas».

6.5. El registro fonográfico

El registro fonográfico consiste en la grabación de la voz y tiene su encaje legal en el artículo 382 LEC, dentro de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, y a pesar de no figurar en la enumeración de los medios de prueba de los entonces vigentes artículos 587 LEC\1881 y 1215 CC, la jurisprudencia, atenta a los avances del progreso científico y ante la inexistencia de prohibición legal, se había pronunciado a favor de su admisibilidad como medio de prueba y con eficacia probatoria, unas veces sujeta la adveración de su autenticidad, veracidad y fidelidad a través del reconocimiento judicial (STS 30 de noviembre de 1992 [3298]), otras veces mediante el sometimiento al régimen de los documentos (STS 12 junio 1999 [3299]).

El Tribunal Constitucional, también con anterioridad a la vigente LEC, se había pronunciado en su sentencia de 16 de noviembre de 1992 [3300] a favor de su admisibilidad en los siguientes términos:

> «Con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ella se limite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de 'pruebas' artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria. Por el contrario, la misma existencia de intervenciones legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos».

3298 STS, Sala Civil, de 30 de noviembre de 1992, fto. jco. 1º (RJ 1992\9458).

3299 STS, Sala Civil, de 12 de julio de 1999, fto. jco. 6º (RJ 1999\4735).

3300 STC, Sala Primera, de 16 de noviembre de 1992, fto. jco.3º (RTC 1992\190).

Para garantizar la regularidad del acceso de las grabaciones al proceso deben advertirse las garantías siguientes: a) observancia de los parámetros que definen la intimidad; b) puesta a disposición judicial del material probatorio, esto es, de los soportes que registran la conversación; y c) verificación de la autenticidad para evitar eventuales manipulaciones.

Debe distinguirse entre registros fonográficos por particulares y registros practicados por miembros y fuerzas de la seguridad del estado. La validez y la licitud de una conversación entre particulares no requiere autorización judicial, si bien debe distinguirse entre el registro efectuado por una de las personas que intervino en la conversación –que puede desplegar eficacia probatoria– y el registro efectuado por un tercero –que puede constituir vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad–.

Por el contrario, las intervenciones telefónicas practicadas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado están sujetas a unas exigencias de constitucionalidad que, resumidamente, son: a) autorización judicial; b) adopción en el curso de una investigación penal y con indicios de criminalidad; c) respeto al principio de proporcionalidad; d) carácter excepcional y necesidad de limitación temporal; e) limitación de la intervención a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas; f) motivación del auto habilitante y eventualmente de las sucesivas prórrogas; g) control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada[3301].

Si se impugnare la autenticidad de las voces recogidas en el registro fonográfico caben dos alternativas. Primera, el cotejo de voces, también llamado «pericial sobre voces», que guarda parecido con el cotejo de letras (arts. 349 y 350 LEC) y cuya finalidad es averiguar si un registro fonográfico corresponde a una determinada persona. Y segunda, el dictamen pericial tecnológico sobre el soporte que recoge la grabación y cuya finalidad fundamental es verificar si ese soporte que recoge la voz ha sido objeto de algún tipo de manipulación.

A los efectos de la práctica del cotejo de voces recogemos y sintetizamos las sugerencias de Montón Redondo: a) construcción de un «cuerpo de voz» a presencia judicial, ante las partes y el Secretario Judicial; b) repetición de una frase correspondiente al diálogo o palabras cuya autoría se duda; c) grabación por un aparato de características similares al que recogió el original; d) auxilio judicial por personas especializadas en el manejo de aparatos de grabación; e) conveniencia de la presencia de testigos, designados por la parte proponente, y a los efectos de atestiguar que la forma de hablar de la persona responde a sus características habituales; f) práctica en centros especializados con aparatos adecuados para analizar el «espectro de la palabra»[3302].

3301 Jaume Bennasar, J., *La validez del documento electrónico,* ob. cit., p.141.

3302 Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, ob. cit., p.190.

6.6. La videograbación

Puede definirse como el registro mediante video, ya sea de la imagen y el sonido o solo de la imagen y tiene su encaje legal en el artículo 382 LEC, dentro de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Una de sus modalidades es la videovigilancia, entendida como la captación y grabación de imágenes con fines de vigilancia[3303].

Se distingue entre los sistemas de grabación automática y los sistemas controlados por personal especializado. En los primeros, la labor humana se limita a su programación, mantenimiento y verificación posterior y la captación de imágenes se efectúa por sistemas robotizados, pudiendo constituir, en el proceso penal, prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que se haya procedido a su visualización en el plenario con las garantías de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad. En los segundos, la labor humana permite observar en tiempo real lo que se está grabando, siendo necesaria, a efectos de su eficacia probatoria, la declaración del sujeto en el plenario[3304].

Se plantea la cuestión relativa a su lícita obtención y la colisión de las imágenes y/o sonidos obtenidas con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE), así como el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18. 2 y 3 CE), particularmente en la jurisdicción penal, cuando la videograbación se ha efectuado por motivos de prevención y/o investigación del delito, aun cuando también ha tenido incidencia en el ámbito de las relaciones laborales y como mecanismo de control empresarial de la actividad de los trabajadores que se encuentren bajo su dirección (art. 20 ET y STSJ La Rioja 30 de mayo de 2002 [3305]).

Con carácter general debe destacarse que cualquier limitación de un derecho fundamental, y entre ellos la intimidad, exige el respeto al juicio de proporcionalidad, que en constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, precisa de los siguientes requisitos: 1º) Que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2º) Que la medida sea necesaria, en el sentido que no existe una medida menos gravosa para la consecución de idéntica finalidad (juicio de necesidad); y 3º) Que la medida sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad

3303 Puede verse Gordillo Pérez, L.I., *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europea*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J. y Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, Madrid, pp. 1567-1588.

3304 Jaume Bennasar, J., *La validez del documento electrónico*, ob. cit., p.154.

3305 STSJ La Rioja, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2002, fto. jco. 4º (AS 2002\2207) donde se razona que no ha existido violación del derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE por la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona por donde el trabajador desarrollaba su actividad laboral al concurrir los requisitos que constituyen el juicio de proporcionalidad.

en sentido estricto) (STC, 16 de diciembre de 1996)[3306]. Igualmente debe recordarse que si la videograbación se realiza en lugar privado o en el que se desarrollan aspectos de la vida íntima será preceptiva la previa autorización judicial o el consentimiento de su titular (art. 6.5 LO 4/1997, de 4 de agosto)[3307].

Con carácter particular, y dentro de la jurisdicción penal, la problemática procesal específica se ha centrado fundamentalmente en los siguientes aspectos: a) las grabaciones preventivas efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, reguladas por Ley Orgánica 4/97, de 4 de agosto, de utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos y el Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 596/99, de 16 de abril, que autorizan la instalación de dispositivos de grabación en espacios públicos, o el uso de videocámaras móviles, y cuyo uso requiere que exista un riesgo razonable para la seguridad pública, en el caso de las cámaras fijas, y un peligro concreto, en el caso de las móviles (art. 6.4 L.O); b) las grabaciones de imagen (y sonido) efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos en el curso de una investigación policial de los delitos concretos, excluidas del ámbito de la precitada LO 4/97, y que deben regirse por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya validez ha sido admitida desde la STS de 6 de mayo de 1993 [3308]; c) las imágenes captadas por los dispositivos de seguridad de establecimientos privados, particularmente por entidades crediticias, que tienen cobertura legal en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (arts. 112 y 120) y en la Ley 23/92, de 30 de julio, de Seguridad Privada (art. 5.e); y d) las grabaciones efectuadas por particulares relevantes para el enjuiciamiento del delito, siendo necesario distinguir, en este punto, entre las grabaciones realizadas por terceros –que constituyen un medio para ratificar lo declarado por el testigo en el plenario– y las grabaciones de conversaciones por uno de los interlocutores, esto es, la grabación de palabras del imputado efectuadas por el denunciante o el querellante que, según jurisprudencia reiterada[3309], no constituyen violación del derecho al secreto de las

3306 Por su claridad puede verse la STC, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 1996, fto. jco. 4º (RTC 1996\207), a propósito de una intervención corporal y subsiguiente diligencia pericial sobre el pelo del imputado para determinar si era consumidor de cocaína u otras sustancia estupefaciente, seguida por SSTC 69/99, de 26 de abril y 89/06, de 27 de marzo.

3307 Matiza Hernández García, J., (*¿Pueden realizarse escuchas acústicas o grabaciones de imágenes dentro del domicilio?*, en «99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal», obra dirigida por el mismo autor, Manuales de Formación Continuada núm. 51/2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 434-435) que ello no impide que, previa autorización judicial y al amparo del art. 770.2º Lecrm., se pueda grabar en el interior del domicilio para la mejor constancia de la documentación del acto de inspección, registro y ocupación de efectos.

3308 STS, Sala Penal, de 6 de mayo de 1993, fto. jco. 1º (RJ 1993\3854) que admite la captación de imágenes de una persona sospechosa en vía pública o espacio abierto no supone intromisión indebida en la intimidad familiar y tienen valor probatorio, siempre que sean reproducidas en las sesiones del juicio oral.

3309 Entre otras muchas SSTS, Sala Penal, de 17 de junio de 1999, fto. jco.1º (RJ 1999\5653) y de 1 marzo de 1996, fto. jco. 1º (RJ 1996\1886).

comunicaciones ni de la intimidad personal[3310], puesto que la conversación no puede considerarse secreta respecto de sus interlocutores[3311].

La regularidad en el acceso de las grabaciones al procedimiento judicial se sujeta a las siguientes garantías: 1º) supervisión de las condiciones en que se han obtenido las grabaciones para preservar el derecho a la intimidad personal. 2º) comprobación que la grabación fue puesta de inmediato a disposición de la autoridad judicial y en el menor plazo posible; 3º) aportación de la grabación original al proceso, no solo para reducir el riesgo de manipulación, sino también para posibilitar la pericial contradictoria, caso de impugnación por la defensa; 4º) aportación íntegra a las actuaciones de las filmaciones que tenga relación directa con el delito, para posibilitar la selección por el juez de las imágenes relevantes (STS 17 de marzo de 2006)[3312].

La jurisprudencia ha considerado que las grabaciones o fotografías extraídas de ellas pueden ser aportadas al proceso como prueba documental, y más explícitamente, como documental electrónica. Por su claridad y contundencia, transcribimos, en la parte que interesa, el ATS de 11 de enero de 2007 [3313]:

> «En cuanto a estos clichés, pretende el recurrente negarles validez como piezas de convicción, por no haber sido autorizada judicialmente la grabación de la que derivan las secuencias por las que fueron identificados. Olvida el recurrente que los supuestos en los que es preceptiva dicha autorización judicial son aquéllos en los que se proceda a la clandestina o subrepticiamente a captar imágenes de personas sospechosas en los lugares que deban calificarse de privados por desarrollar en ellos tales sospechosos su vida íntima (por todas, STS nº 1.733/202, de 14 de octubre). Nada obsta, en cambio, a que un establecimiento privado decida dotar sus instalaciones con mecanismos de captación de imágenes, en su propia seguridad y en prevención de sucesos como el enjuiciado, siempre que las videocámaras se encuentren en zonas comunes, es decir, excluyendo aquellos espacios en los que se desarrolle la intimidad (v.g. aseos).
>
> En el caso examinado, los recurrentes invadieron la nave industrial, captándose las imágenes de los mismos agarrando a la víctima en una zona común de un almacén (f.120 a 138). La aportación a las actuaciones de la grabación y de los fotogramas obtenidos de la misma, a los fines de facilitar la investigación policial y sumarial de los hechos, constituye un supuesto tí-

3310 Puede verse el detenido examen de Úbeda de los Cobos, J.J., *Videograbación y videoconferencia*, en «Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia», Velasco Núñez, E (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II/2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 307-340 y el de Jaume Bennasar, A., *La validez del documento electrónico*…, ob. cit., pp. 148-170.

3311 Hernández García, J. *¿Puede reconocerse valor probatorio a las grabaciones efectuadas por un interlocutor privado de una conversación mantenida con un tercero aportada posteriormente al proceso de la que se deducen datos incriminatorios para éste?* en «99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal», obra dirigida por el mismo autor, ob. cit., pp. 435-440.

3312 STS, Sala Penal, de 17 de marzo de 2006, fto. jco. 1º (RJ 2006\1648).

3313 ATS, Sala Penal, sección 1ª, de 11 de enero de 2007, fto. jco. 3º (JUR 2007\44477), a propósito de la validez, como prueba de cargo, de las grabaciones de una cámara de seguridad de una empresa.

pico de documento electrónico, aceptado en el proceso actual, cuya unión a los autos habilita al Juzgador para valorarla, al menos, como pieza de convicción, de conformidad con el art. 726 Lecrm., en el presente caso, no presenta objeción alguna por lo ya indicado».

No debe confundirse la videograbación con la videoconferencia. La primera es un medio de prueba, mientras que la segunda es una forma de practicarse la prueba en el juicio oral y ha sido definida como «un auxilio técnico que tiene como finalidad facilitar la transmisión a tiempo real del resultado de la prueba (imagen y sonido) a un lugar distinto de aquél en que se practica, existiendo conexión bidireccional entre ambas sedes»[3314]. La videoconferencia se regula en el artículo 229 LOPJ y los artículos 306, 325 y 731 bis Lecrm., debiéndose ponderar su utilización tanto por razones de dificultad o incomodidad de acudir al plenario cuanto en aquellos otros supuestos en que pueden ser conveniente evitar la confrontación de las víctimas del delito con el inculpado (STS 28 de junio de 2006 [3315]), particularmente en supuestos de menores de edad (art. 731 bis Lecrm).

6.7. La fotografía digital

Las fotografías obtenidas mediante cámaras digitales tienen su encaje en el artículo 382 LEC, que permite considerar como medios de prueba a los instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Ya la lejana STS de 25 de mayo de 1945, con sentido aperturista e innovador, había reconocido eficacia probatoria a las reproducciones fotográficas, aun cuando no venían recogidas en la enumeración de medios de pruebas de los entonces vigentes artículos 578 LEC\1881 y 1215 CC. Y adviértase que el tenor literal del artículo 382 LEC, al aludir a los «instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» utiliza unas expresiones abiertas que permiten cobijar cualquier tipo de fotografía, sea o no digital.

Progresivamente asistimos a una sustitución de la cámara fotográfica tradicional, que requiere un posterior revelado en un establecimiento comercial, por las fotografías obtenidas a partir de cámaras digitales, agendas electrónicas o aparatos similares, que permiten su visualización instantánea a través de pantalla y su almacenaje en dispositivos informáticos. La sencillez de su uso, la posibilidad de almacenaje y borrado inmediato, y la multiplicidad de fotografías que se pueden tomar han convertido a la fotografía digital en un producto electrónico estrella, fácilmente asequible al consumidor.

Desde la perspectiva procesal se suscita la doble problemática de su incorporación al proceso y la posible alteración o manipulación de la imagen. Una fotografía digital, como su antecesora la fotografía llamémosle clásica, puede incorporarse al proceso mediante su impresión en formato papel y el sometimiento al régimen de la prueba documental, debiéndose acompañar con los escritos de alegaciones en caso de reputarse documento fun-

3314 Úbeda de los Cobos, J.J., *Videograbación y videoconferencia*, ob. cit., p.342.

3315 STS, Sala 2ª, de 28 de junio de 2006.

damental, y estando sujeta al principio de libre aportación de considerarse complementaria o auxiliar.

La impugnación de la fotografía digital por alteración, manipulación o trucaje deberá ser objeto de la correspondiente prueba pericial. La práctica de la prueba de la fotografía digital consistirá en su «reproducción» ante el tribunal, que ordinariamente consistirá, como se ha dicho, en su incorporación a través de una previa impresión en el momento procesal oportuno. Y la parte que haya propuesto la fotografía digital «podrá aportar los dictámenes y medios de prueba» (art. 382.2 LEC) que considere oportunos con la finalidad de acreditar su autenticidad o la ausencia de manipulación.

En este sentido se pronuncia la ya citada STS de 12 de junio de 1999 que, con referencia a las cintas magnetofónicas, vídeos y «cualquier otro medio de reproducción hablada o visual del pensamiento humano», razona[3316]:

> «…[estos medios] aparecen admitidos por la jurisprudencia de esta Sala […] como prueba documental asimilable a los documentos privados, por cuanto, al igual que con éstos ocurre, si la parte a quien perjudiquen no los reconoce como legítimos, habrán de ser sometidos a la correspondiente verificación o comprobación, por medio de la prueba pericial o, incluso, de reconocimiento o inspección personal del Juez, y siendo ello así […] ha de regir para ellos la misma norma procesal que para los documentos, en el sentido que aquellos que sean los fundamentales en que la parte actora base su derecho, han de ser presentados con la demanda […]».

6.8. El fax

El fax, sucesor del telefax y abreviatura del facsímil, es un instrumento de transmisión directa de información, a través de un mismo canal de telefonía, de un documento que es recibido por su receptor en el mismo formato e imprimido en papel común. También se ha definido como «un aparato diseñado para enviar y recibir imágenes en blanco y negro a través de la línea telefónica»[3317]. Se ha dicho acertadamente que «el fax, en sí mismo considerado, no es documento electrónico, sino que, más bien, se trata de un documento que, recogido en soporte papel, es trasmitido mediante un instrumento electrónico que utiliza como canal la comunicación telefónica»[3318].

De naturaleza jurídica controvertida, para un sector doctrinal se trata de un medio de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido del artículo 382 LEC. Para otros se trata de un documento atendiendo a la aportación del documento recibido por el aparato de fax. Y unos terceros sostienen que no puede tratarse de un documento porque falta el requisito de la firma individualizadora del remitente.

3316 STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999, fto. jco. 2º (RJ 1999\4735), la cual, a su vez, cita las SSTS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9458) y 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8939).

3317 de Urbano Castrillo, E. *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.90.

3318 Jaume Bennasar, J., *La validez del documento electrónico y su eficacia procesal*, ob. cit., p. 171.

El fax no se sujeta al régimen previsto en los artículos 382 a 384 LEC, puesto que no se trata de una prueba electrónica, sino de una prueba documental. Pese a que alguna resolución judicial (SAP Málaga, 27 de febrero de 1995 [3319]) niega su equiparación al documento privado debido a su impresión mecanizada y la falta de firma individualizadora del remitente, entendemos que la inexistencia de firma individualizadora puede eventualmente efectuar a su eficacia jurídica, pero no a su naturaleza jurídica y su encaje legal. Ahora bien, y a continuación es preciso añadir, que el fax no es documento electrónico, puesto no se produce el almacenamiento y tratamiento de los datos, solo su impresión automática, y en este sentido no es considerado un Servicio de la Sociedad de la Información (letra a) anexo de definiciones Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico). En definitiva, el fax es un documento, pero no un documento electrónico, sino documento privado.

La forma de aportación se hará mediante el escrito remitido –original, si es posible– y con el llamado «reporte de actividad». Y se aportará, al igual que cualquier otro documento, con la demanda o contestación a la demanda, siempre que se trate de un documental fundamental de la pretensión o resistencia (art. 265.1.1º LEC), y no siendo un documento fundamental se regirá por el principio de libre aportación, con respeto a las reglas preclusivas de aportación de documentos.

La falta o la defectuosa recepción del fax (recepción incompleta, ilegible o simplemente manipulada) puede suscitar controversia procesal. Sin ánimo de descender a una casuística interminable, y como pauta general, parece adecuado acudir a los criterios de razonabilidad y normalidad en las cosas, resultando que el remitente del fax cargue con la prueba de su transmisión (habitualmente mediante el reporte de actividad) y si el destinatario impugnare el hecho de su recepción o la defectuosa recepción (por ilegible, incompleta o manipulada) cargue con la prueba de esa exigencia probatoria, debiendo proponer, si fuera menester, una prueba pericial consistente en el cotejo o comprobación de lo enviado con respecto a lo recibido.

En la práctica forense es un medio habitual de comunicación en las relaciones entre particulares, de éstos con empresas y de empresas entre sí. Existen resoluciones que valoran la eficacia del fax como medio idóneo para interrumpir la prescripción de la acción en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y el de los contratos de seguros (SAP Barcelona, 17 de febrero de 2004[3320]).

Bibliografía

Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001; Bevilacqua, M., *¿Qué es el computer forensics?,* en e-newsletter, Cybex, septiembre,

3319 SAP Málaga, secc. 4ª, de 27 de febrero de 1995, fto. jco. 3º (AC 1995\871).

3320 SAP Barcelona, secc. 1ª, de 17 de febrero de 2004, fto. jco. 2º (AC 2004/530).

2008, núm. 41; Bellido Aspas, M., *La utilización del correo electrónico como motivo de despido laboral*, en «Empresa y prueba informática», Abel Lluch, X. (dir.), Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE, J.M. Bosch, Barcelona, 2006; Bia, A., *La preservación digital, ¿un problema tecnológico u organizativo?*, en «El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos», Blasco Díaz, J.L. y Fabra Valls, M.J. (ed.), Col·lecció «Estudis jurídics», núm. 16, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2008; Bornardell Lenzano, R., *La firma electrónica. Especial consideración de sus efectos jurídicos*, Notariado y contratación electrónica. Consejo General del Notariado, Madrid, 2000; Cabezudo Rodríguez, N., *Omisiones del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos*, rev. La Ley, t. 5, 2004; Cervelló Grande, J.Mª y Fernández, I., en *La prueba y el documento electrónico*, en «Derecho de internet», Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M. (dirs.), Aranzadi editorial, Navarra, 2000; Cruz Rivero, D., *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, ed. Marcial Pons, 2006; de Hoyos Sancho, M., *Hacia el proceso civil eficiente: Comunicaciones telemáticas. El sistema «lexnet»*, vol. 2, en «Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente», Carpi, F. y Ortells, M. (eds.), Universitat de València, València, 2008; de Urbano Castrillo, E., *La valoración de la prueba electrónica*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2009; –*El documento electrónico: aspectos procesales*, en Internet y Derecho Penal; de Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003; del Rey Guanter, S., *El respeto a la intimidad y las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo*, en e-newsletter, cybex, enero, 2004; Elías Baturones, J.J., *La prueba de documentos electrónicos en los Tribunales de Justicia*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2008; –*La jurisprudencia ante el documento electrónico (o en soporte no escrito). Su aceptación como prueba documental*, en rev. Tapia, octubre-noviembre, 1996; García Mas, F.J., *El documento público electrónico*, en «Nuevas tecnologías en la contratación: sociedad, nueva empresa e hipoteca electrónica», Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio de 2003, Escolano Navarro, J.J. (dir.), ed. Civitas, 2005; García Paredes, A., *La prueba en juicio: ¿y si es electrónica?*, en Rev. Contratación Electrónica, núm. 62, julio 2005; Giannantonio, E., *Valor jurídico del documento electrónico, Informática y Derecho*, Vol. I., 1991; Gómez del Castillo y Gómez, MANUEL M., *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, en Derecho y Conocimiento, vol. 1, pp. 77-90, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva; González Sánchez, J.L., *Comentario al art. 24*, en «La nueva Ley de internet» (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), Cremades, J. y González Montes, J.L. (coords.), ed. La Ley, Madrid, 2003; Gordillo Pérez, L.I., *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europa*, en «La prueba judicial», Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J., y Richard González, M. (dirs.), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 1567-1588; Hernández García, J., *¿Pueden realizarse escuchas acústicas o grabaciones de imágenes dentro del domicilio?*, en «99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal», obra dirigida por el mismo autor, Manuales de Formación Continuada núm. 51/2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010; –*¿Puede reconocerse valor probatorio a las grabaciones efectuadas por un interlocutor privado de una conversación mantenida con un tercero aportada posteriormente al proceso de la que se deducen datos incriminatorios para éste?* en «99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal», obra dirigida por

el mismo autor, Manuales de Formación Continua, núm. 51/2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010; Illán Fernández, J. Mª, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil. Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (Lexnet) y el expediente judicial electrónico. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Navarra, 2009; Insa Mérida, F; Lázaro Herrero, C; García González, N., *Pruebas electrónicas ante los tribunales en la lucha contra la cibercriminalidad. Un proyecto europeo,* en Revista Venezolana de Información, Tecnología y Comunicación, año 5, mayo-agosto, 2008; Jaume Bennasar, A., *La validez del documento electrónico y su eficacia procesal*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010; Magro Servet, V., *Presentación de documentos y escritos por vía electrónica y de la prueba tecnológica en el proceso civil*, Práctica de los Tribunales, núm. 52, Septiembre, 2008; Marchena Gómez, M., *Dimensión jurídico-penal del correo electrónico*, La ley, t. 2, 2006; Martín Pastor, J., *Un paso importante hacia el proceso telemático en España: el sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos,* en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», vol. 2, Carpi, F. y Ortells, M. (eds), Universitat de València, València, 2008; Martínez Ginesta, G., *Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos*, en «Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia», Velasco Núñez, E. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II/2007, CGPJ, Madrid, 2007; Martínez Nadal, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de Firma Electrónica*, 2ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2009; Mira Ros, C., *El expediente judicial electrónico,* ed. Dykinson, Madrid, 2010; *–La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», t. II, comunicaciones, Carpi, F. y Ortells, M. (eds.), Universitat de València, València, 2008; Montero Aroca, J., *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988; Montón Redondo, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000; Moreno Navarrete, M.A., *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*, ed. Marcial Pons, 2002; *–La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, ed. Marcial Pons, 2001; Nieva Fenoll, J., *La prueba en documento multimedia*, en «Jurisdicción y proceso», ed. Marcial Pons, 2009; Ordoño Artés, C., *El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Régimen jurídico de internet», Cremades, J; Fernández Ordoñez, M.A e Illescas, R. (coords.), ed. La Ley, Madrid, 2002; Ormazábal Sánchez, G., *¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones entorno a la eficacia probatoria de la Ley 59/2003, de 3 de diciembre,* Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 2006, pp. 153-174; *–Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica*, en «Empresa y prueba informática», Abel Lluch, X. (dir.), Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006; *–La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos,* ed. La Ley, Madrid, 2000; Ortells Ramos, M., *Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. Reflexiones sobre el art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 684, julio-agosto, 2004; Pasamar, A., *Empresa y prueba informática*, en el libro del mismo título «Empresa y prueba informática», Abel

Luch, X. (dir.), Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006, Pérez Gil, J., *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; –*Documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios*, en «El comercio electrónico», Echebarría Sáenz, J. A. (coord.), ed. edisofer, Madrid, 2001; Picó i Junoy, J., *Uso derivado de las tic empresariales, derechos fundamentales y prueba ilícita*, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 2008; Sanchís Crespo, C. y Chaveli Donet, E.A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Sanchís Crespo, C., *La prueba por soportes informáticos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999; Sanfulgencio, J. A., *Las pruebas electrónicas desde la perspectiva jurídico-laboral: relevancia empresarial*, II Seminario de Pruebas Electrónicas; Temboury Redondo, M., *La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales*, en Derecho de Internet, ed. Aranzadi, Navarra, 2000; Úbeda de los Cobos, J.J., *Videograbación y videoconferencia*, en «Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia», Velasco Núñez, E (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II/2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007; Vilaboy Loios, L., *El denominado «documento» electrónico como medio de prueba en el proceso civil. Reflexiones a la luz de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, en «Comercio electrónico en Internet», Gómez Segade, J.A. (dir), Fernández-Albor Baltar, A. y Tato Plaza, A. (coords.), ed. Marcial Pons, 2001.

CAPÍTULO XVI

El reconocimiento judicial[3321]

1. Precisiones introductorias. 2. La prueba de reconocimiento judicial. 2.1. Naturaleza jurídica. 2.2. Concepto. 2.3. Caracteres. 2.4. Admisibilidad. 2.5. Distinción de figuras afines. 2.5.1. Examen del presunto incapaz. 2.5.2. Exploración del menor. 2.5.3. Inspección ocular. 2.5.4. Reconstrucción hechos. 2.5.5. Otros supuestos. 2.6. Supuestos específicos de reconocimiento judicial. 3. Los sujetos del reconocimiento. 3.1. El juez. 3.2. Las partes, los abogados y los procuradores. 3.3. Las personas técnicas o expertas. 3.4. Los peritos y testigos. 4. El objeto del reconocimiento. 4.1. Generalidades. 4.2. Reconocimiento judicial de lugares. 4.3. Reconocimiento judicial de objetos. 4.4.Reconocimiento judicial de personas. 4.5. Disponibilidad del objeto. 5. Las circunstancias del reconocimiento . 5.1. Lugar. 5.2. Tiempo . 5.3. Forma. 5.4. Orden del acto del reconocimento. 6. Procedimiento. 6.1. Proposición. 6.1.1. Requisitos generales y específicos. 6.1.2. El trámite contradictorio de proposición. 6.1.3. Alcance de la intervención judicial. 6.2. El juicio de admisión. 6.3. Práctica: momentos. 6.3.1. Práctica anticipada. 6.3.2. Práctica al amparo del art. 429.1, II y III LEC. 6.3.3. Práctica ordinaria. 6.3.4. Práctica como diligencia final. 6.3.5. Práctica en segunda instancia. 6.4. La práctica conjunta del reconocimiento judicial con otros medios de prueba. 6.4.1. Con la prueba pericial. 6.4.2. Con el interrogatorio de testigos. 6.4.3. Con el interrogatorio de las partes. 7. El acta del reconocimiento judicial. 7.1. Forma. 7.2. Contenido. 7.3. Medios técnicos. 7.4. Valor. 8. Valoración de la prueba de reconocimiento judicial. 8.1. ¿Prueba tasada o libre?. 8.2. Vinculación del juez al acta del reconocimiento judicial. 8.3. El error en la percepción judicial. 8.4. Valoración del reconocimiento por otro órgano judicial. 8.5. Colisión del reconocimiento judicial con otros medios de prueba. 9. Impugnación de la prueba de reconocimiento judicial. 9.1. Impugnación del juicio de admisión. 9.2. Control de la prueba de reconocimiento judicial. 9.2.1 Recurso de apelación. 9.2.2 Control en otras instancias. 9.3. Control del acta del reconocimiento judicial. 10. Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías. 10.1. La cibernavegación. 10.2. Práctica del reconocimiento judicial con medios técnicos. 10.3. Constancia del reconocimiento judicial con medios técnicos. 10.4. Las nuevas tecnologías y el reconocimiento judicial como medio para la acreditación del derecho extranjero. 10.5. La videoconferencia como alternativa al reconocimiento por auxilio judicial. Bibliografía.

1. Precisiones introductorias

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) identifica este medio de prueba como reconocimiento judicial (arts. 299.1, 5º y 353 a 359 LEC), zanjando la incertidumbre terminológica sobre su denominación. Bajo la vigencia de la LEC de 1881, se le conocía como «inspección judicial» (arts. 1240 y 1241 CC), «inspección ocu-

3321 Publicado en la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, núm.6, J.M.Bosch, 2012, y revisado para esta obra.

lar» (arts. 326 a 385 Lecrm–aun vigentes–) y también con el nombre de «reconocimiento judicial» (arts. 633 a 636 LEC 1881).

Esta incertidumbre terminológica favorecía las propuestas doctrinales, con denominaciones que se estimaban más ajustadas a la naturaleza y finalidad de este medio de prueba, tales como, entre otras, la de monumentos (Guasp), percepción judicial inmediata (Fenech Navarro) o comprobaciones (Gorphe)[3322]. No menor diversidad se advierte en el Derecho comparado, como recuerda el listado de citas recogido por Montero Aroca: Beweis durch Augenscheim (inspección ocular) parágrafos 371 y 372 de la ZPO alemana y los parágrafos 368 a 370 de la ZPO austríaca; vérifications personelles du juge de los artículos 179 a 183 del Nuevo Código de procedimiento civil francés de 1975; la ispezione giudiziale de los artículos 258 a 260 del Códice italiano; a prova per ispezione directa de los artículos 134 y siguientes del Código de Procedimiento civil del Estado de la Ciudad del Vaticano; inspeçao judicial de los artículos 440 a 443 del Código brasileño y de los artículos 612 a 615 del portugués[3323].

Dogmáticamente es más precisa la expresión «percepción judicial inmediata»[3324], en cuanto recoge las notas distintivas de este medio de prueba –examen directo por el juez de un lugar, un objeto o una persona–, aun cuando desde el punto de vista legislativo y de la tradición histórica la expresión «reconocimiento judicial» –ya introducida por la LEC de 1855– puede reputarse acertada y goza de un elevado consenso doctrinal, resultando, además, adecuada etimológicamente, en cuanto «reconocer» significa, según el Diccionario de la Real Academia, «examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias».

Resulta oportuno prescindir del término «inspección ocular», de matiz más inquisitivo y limitado a la percepción por el sentido de la vista, como apunta la SAP Álava de 17 de septiembre de 2010 al afirmar:

> «En primer lugar debe precisarse que pese a la expresión utilizada en la sentencia lo que se ha hecho en la instancia es realizar un «reconocimiento judicial», que es la prueba de percepción directa por el juez de lugares, objetos o personas (art. 353 LEC). Pese a que en la sentencia se diga que hubo «inspección ocular», en el proceso civil, cuyas normas deben aplicarse, la percepción directa del juez de un lugar, como es el caso, constituye una prueba con regulación específica, el reconocimiento judicial, que queda por lo tanto afectado al régimen general

3322 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, nº VIII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, p.207.

3323 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, p.448.

3324 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009, p.540; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en rev. Justicia, año 2001, p.44; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, t. I, ed. Atelier, Barcelona, 2008, p.682, quien precisa que «no hay limitación alguna respecto a las representaciones sensoriales del juez».

sobre el modo de practicar la prueba y a su específica regulación contenida en los arts. 353 a 359 LEC»[3325].

Advierte agudamente Sentís Melendo que el término inspección ocular puede resultar redundante, «porque si *inspección* quiere decir también *mirar* (de *inspectio*, y ésta de *inspicere*) sólo mediante el sentido de la vista se puede realizar una verdadera inspección[3326].

Se ha objetado que el término reconocimiento judicial «no se ajusta a la función que desempeña en el proceso. Hay reconocimiento en todos los medios probatorios, pues para llegar al estudio del contenido obtenido en esta actuación es necesario, en primer lugar, observar la cosa inspeccionada por sus exterioridades»[3327]. Efectivamente hay reconocimiento, en cuanto percepción, en la actividad judicial de oír la declaración de las partes o de un testigo, de leer un documento o las conclusiones de un dictamen pericial, pero la idea de reconocimiento, en cuanto asociada a un examen directo y sin intermediarios entre el juez y un lugar, un objeto o una persona, es la que permite individualizar a este medio de prueba.

La extensa regulación y la preponderancia del reconocimiento judicial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (arts. 326[3328] a 385 Lecrm, aun vigentes), contrastaba con la parquedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 633 a 636), y con una regulación que soslayaba aspectos tan decisivos como el objeto reconocible, su disponibilidad o el simple reconocimiento de personas, lagunas que han sido paliadas, en gran parte, por la mayor amplitud y detalle de LEC (arts. 353 a 359) que, no obstante, regula casi exclusivamente el reconocimiento de inmuebles, con práctico olvido del reconocimiento de cosas muebles susceptibles de ser trasladadas a presencia judicial, y con olvido también de una norma sobre la eficacia probatoria de este medio de prueba, en injustificable contraste con las previsiones existentes para los restantes medios de prueba (art. 316 LEC, para el interrogatorio de las partes; art. 376 LEC, para el interrogatorio de testigos; arts. 319 y 326 LEC, para documentos; art. 348 LEC, para la prueba pericial; arts. 382.3 y 384.3 LEC, para las «pruebas electrónicas»).

Por vez primera se dota de una regulación específica y flexible al reconocimiento de personas (art. 355 LEC), se anticipan medidas para la efectividad del reconocimiento de lugares, objetos y personas, ante la negativa de la parte o de un tercero, con expresa pre-

3325 SAP Álava, secc. 1ª, de 17 de septiembre de 2010, fto. jco.1º (La Ley 204939/2010).

3326 Sentís Melendo, S., *El reconocimiento judicial*, en «Estudios de Derecho Procesal», t. I, Buenos Aires, 1967, p.471.

3327 Onecha Santamaría, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, en Revista Información Jurídica, 1972, p.82.

3328 Art. 366 Lecrm: «Las diligencias prevenidas en este capítulo (Capítulo II «Del cuerpo del delito») y en el anterior (Capítulo I, «De la inspección ocular»), se practicarán *con preferencia a las demás del sumario*, no suspendiéndose su ejecución sino para asegurar la persona del presunto culpable o para dar auxilio necesario a los agraviados por el delito». La cursiva es nuestra para destacar su valor preponderante en la jerarquía de los medios de prueba.

visión de acordar una entrada y registro (art. 354.1 LEC), se precisa el contenido del acta del reconocimiento judicial (art. 358 LEC) y se admite la constancia del reconocimiento mediante el empleo de medios técnicos (art. 359 LEC). Se trata de importantes novedades legales, que afectan tanto al contenido de la prueba como a su constancia formal, y que prácticamente se ignoran en la Exposición de Motivos de la LEC, limitada a destacar la mayor «amplitud del reconocimiento judicial».

Las alabanzas doctrinales a este medio de prueba, que llegan a afirmar que «así como en las otras pruebas al Juez *le* convencen, en el reconocimiento judicial el Juez *se* convence él»[3329], contrastan con la secular resistencia judicial a su admisión, fundada unas veces en razones de tipo estructural –sobrecarga de trabajo del tribunal y coste temporal del desplazamiento fuera de la sede del juzgado– y otras en razones de «inutilidad» –existencia de pruebas periciales o documentales que reflejan el lugar, el objeto o la persona del reconocimiento–. Ni siquiera la novedad legal, introducida por la LEC y destacada por la doctrina, que permitió la admisión de este medio de prueba no solo por razones de «necesidad» (art. 633 LEC\1881), sino de mera «conveniencia» (art. 353.1 LEC) ha logrado vencer la resistencia judicial.

Resulta, a menudo, complejo armonizar las legítimas expectativas del letrado y su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) con el mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) y, particularmente, con el dictado de una resolución motivada y recaída en tiempo razonable. Tampoco es fácil ofrecer soluciones efectivas, prescindiendo de la concreta realidad de cada juzgado –actualmente existen Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que, además, asumen funciones de violencia doméstica– y de la «sensibilidad probatoria» –si se me permite la expresión– de cada juez.

Puede resultar útil «apostillar»[3330] la oportunidad del reconocimiento judicial con la proposición de la prueba, destacando las razones por las que, en el caso concreto, la prueba se considera necesaria o conveniente, posibilidad que viene favorecida por la existencia de un trámite oral de proposición de la prueba (arts. 429.1 y 443.4 LEC). También puede resultar conveniente la práctica conjunta del reconocimiento judicial con otros medios de prueba (arts. 356 y 357 LEC) –particularmente en aquellos supuestos en los que el reconocimiento exija el desplazamiento fuera de la sede judicial y la complejidad del asunto lo haga conveniente–, reservando en la agenda del juzgador el tiempo necesario para todo ello. Y tal vez reclamar la aplicación del *favor probationes* y una mayor sensibilidad probatoria –como recuerdan, entre otras, la STS de 10 de febrero de 1992[3331] y la STC de 13 de enero

3329 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* t. II, vol. 1º, 2ª parte, M. Aguilar editor, Madrid, 1947, p.680.

3330 Muñoz Sabaté, LL., *Cuadernos de Probática*, editados por el Banco Santander Central Hispano, 1999, pp. 49, define «apostillar» como el «razonamiento que a veces se hace al proponer una prueba al objeto de convencer de su necesidad y evitar así una posible declaración de inadmisibilidad».

3331 La STS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 1992, en su fto. jco. 2º (RA 1080) razona que «el art. 24.2 de la CE ha elevado al rango de derecho fundamental el disponer de los medios de prueba pertinentes

de 1992[3332]–, particularmente cuando la persona u objeto del reconocimiento es susceptible de desplazarse a presencia judicial.

Si en el pasado el reconocimiento judicial estuvo vinculado a cuestiones territoriales (examen de lugares), en el presente puede conectarse con el examen de las fuentes de prueba informáticas (ej. páginas web, e-mail, redes sociales), e incluso en el futuro cabe que la realidad sea trasladada a presencia judicial mediante sistemas de grabación de la imagen y del sonido o películas[3333], contribuyendo todo ello a revitalizar este medio de prueba.

2. Prueba de reconocimiento judicial

2.1. Naturaleza jurídica

La doctrina científica ha discutido si el reconocimiento judicial era un medio de prueba, negándole un sector doctrinal tal condición bajo los argumentos siguientes: 1º) No se prueba aquello que directamente se ve y se observa[3334]; 2º) El reconocimiento es un modo de consingar un hecho que cae bajo nuestros sentidos, pero no un medio de prueba, en el sentido estricto de la frase[3335]; 3º) El concepto de prueba debe conectarse con la idea de suministrar medios de prueba; 4º) El resultado de una prueba es la persuasión ocasionada por una alta verosimilitud, mientras la percepción produce certeza[3336].

Semejantes afirmaciones han sido refutadas por otro sector doctrinal bajo varios argumentos, sintetizados por Montero Aroca del modo siguiente: 1º) En la prueba de reco-

---

para la defensa […] ello impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción del derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de la prueba que en el de su denegación».

3332 La STC, Sala Segunda, de 13 de enero de 1992, fto. jco. 5º, destaca que «la garantía del art. 24.2 del derecho a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los Tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstacularizarlo». Pueden verse, en la línea jurisprudencial expuesta, los trabajos de Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba,* J.M.Bosch, Barcelona, 2006; *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 31 y ss.; *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M.Bosch, Barcelona, 2012, pp. 177-184.

3333 En este sentido, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.687.

3334 Mattirolo, L., *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, 2ª edición, Torino, 1899, p.239.

3335 Ricci, F., *Tratado de las pruebas,* (traduc. de Buyla y Posada), Analecta editorial, Madrid, 2005, pp. 16-17.

3336 Una exposición de estos argumentos en Carnelutti, F., *La prueba*, ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 56 y ss.

nocimiento judicial hay afirmación de hechos de una parte y negada por otra, entendiendo por hecho «todos los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana»; 2º) También la prueba versa sobre situaciones de hecho, esto es, hechos afirmados por las partes de presente; 3º) A través del reconocimiento judicial se obtiene certeza sobre las afirmaciones de las partes; 4º) La fuente de prueba será el lugar, la cosa o la persona que debe reconocerse y el medio el reconocimiento; 5º) Se caracteriza por la percepción judicial directa[3337].

El derecho positivo, tanto histórico como vigente, avala la naturaleza jurídica del reconocimiento judicial como medio de prueba. Un fragmento de la Ley 8, Título XIV, de la Partida Tercera, afirma: «Otrosí ay otra natura de prueua, así como por vista del Judgador, ueyendo la cosa sobre la que es contienda: esto seria, assó como si contendiessen las partes ante el Juez sobre términos de villas, o de otros términos». Otro fragmento de la Ley 13, Título XIV, partida 3ª afirma: «Otro sí hay otra natura de prueba, así como por vista del juzgador, veyendo la cosa sobre que es la contienda, esto sería así como si contendieran las partes ante el juez sobre términos de villas o de otros términos». La LEC recoge el reconocimiento judicial en la enumeración legal de los medios de prueba (art. 299.1.5º LEC) y al regular el orden de su práctica (art. 300.5º LEC).

2.2. Concepto

La LEC no define el reconocimiento judicial, aun cuando nos anticipa su objeto y finalidad, en los términos siguientes: «El reconocimiento judicial 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 LEC), cuyo análisis nos permite destacar:

a) La dualidad de los términos «esclarecimiento y apreciación», siguiendo el precedente del art. 633 LEC\1881[3338], permite a algunos autores distinguir entre la certeza sobre un hecho («esclarecimiento») y el conocimiento de sus circunstancias («apreciación»)[3339]. Pero resulta difícil distinguir entre el esclarecimiento y la apreciación de los hechos, dado que la prueba tiene por finalidad reconstruir la pequeña historia del proceso para lograr la convicción judicial sobre los hechos o, más precisamente, sobre las afirmaciones de los hechos introducias por las partes en sus escritos de alegaciones y que resulten controvertidas.

3337 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.448.

3338 Guasp, J., *Comentarios a la LEC*, t. II, vol. 1º, 2ª parte, ob. cit., p.685, apunta que la dualidad de términos refleja con acierto la doble función de la prueba, como una mera percepción o una valoración de determinadas circunstancias.

3339 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 353 LEC*, en AAVV «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.610.

b) La admisibilidad del reconocimiento judicial se sujeta al doble parámetro de la necesidad o conveniencia, como ya reclamaba un autorizado sector doctrinal[3340], superando la rigidez del parámetro de la necesidad (art. 633 LEC/ 1881), todo ello en aras a facilitar la práctica por los jueces. Probablemente los parámetros de «conveniencia y necesidad» (art. 353.1 LEC) deben referirse al criterio legal de la utilidad (art. 283 LEC)[3341]. Sin embargo, otros autores refieren la «necesidad» a la insuficiencia de los demás medios de prueba, y la «conveniencia» a que el reconocimiento coadyuve al resultado de los demás pruebas[3342].

c) La referencia al «tribunal» como sujeto del reconocimiento, en lugar del juez, debe entenderse en el sentido que el reconocimiento debe practicarse por los distintos Magistrados cuando se trate de un tribunal colegiado, y no solo por el Magistrado ponente, y así se deduce del art. 137.1 LEC –que regula la presencia judicial en la práctica de las pruebas– y alude expresamente a los «magistrados miembros del tribunal que conocen del asunto» para la práctica de las pruebas[3343].

d) La expresión «examine por sí mismo» resulta muy gráfica y recoge las notas distintas de la prueba de reconocimiento judicial, en cuanto actividad de percepción judicial inmediata.

e) La expresión «lugar, objeto o persona» (art. 353 LEC) es técnicamente más adecuada que la de «sitio o cosa litigiosa» (art. 633 LEC/1881) y consagra legislativamente, por vez primera, el reconocimiento de personas, posibilidad ignorada en la LEC de 1881 y reclamada por la doctrina[3344]. Además, zanja las discusiones sobre el objeto del reconocimiento en la medida que todas las cosas (muebles o inmuebles, animadas e inanimadas), y también las personas pueden ser objeto del reconocimento[3345].

El legislador precisa, además, que las partes podrán auxiliarse de personas prácticas o entendidas en la materia (art. 353.2 LEC); prevé la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial (art. 356 LEC) y con los interrogatorios de las partes y de los

3340 Guasp, J., *Comentarios a la LEC,* t. II, vol. 1º, 2ª parte, ob. cit., p.685, nota a pie núm. 5, quien propugnaba la sustitución del parámetro de la necesidad por el de la «mera utilidad o conveniencia».

3341 Cucarella Galiana, L.A., en Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., ed Aranzadi, Navarra, 2010, p.413; Escribano Mora, F., *Comentario al art. 353 LEC,* en «El Proceso Civil», obra coordinada por el mismo autor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2564.

3342 Rueda López, J.C., *Comentario al art. 353 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», Suárez Robledano, J.M. (coord.), ed. Dijusa, Madrid, 2003, p.1147.

3343 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.610.

3344 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p. 547, nota a pie núm. 34, quien cita expresamente en favor del reconocimiento de personas autores como Prietro-Castro; Gómez Orbaneja; Silva Melero; y Jiménez Asenjo.

3345 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 353 LEC,* en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I, ed. Aranzadi, 2001, p.1207.

testigos (art. 357 LEC); y exije que las percepciones y apreciaciones del tribunal consten en un acta (art. 358 LEC).

Podemos afirmar, por tanto, que el reconocimiento judicial es un medio de prueba, actualmente recogido en el artículo 299.1.5º LEC, en virtud del cual el juez examina directamente, a través de cualesquiera de los sentidos, un lugar, un objeto o una persona y de los cuales extrae percepciones y apreciaciones relevantes para el proceso, de los cuales deja constancia en una acta, pudiéndose auxiliar de personas prácticas o entendidas, y cuya práctica puede ser conjunta con la prueba pericial, testifical y declaración de partes»[3346].

3346 Son numerosas las definiciones doctrinales y todas ellas similares: A) Con carácter general: «Se entiende por la inspección o reconocimiento judicial, una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción» (Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial,* t. 2, 5ª ed., Buenos Aires, 1981, p.415); «La inspección ocular es un acto por el cual el averiguador, en vez de hacerse informar por otros, toma personalmente conocimiento de un objeto concreto con fines de esclarecimiento» (Döhring, E., *La prueba. Su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos del proceso*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p.297); «Es aquel medio de prueba, real y directo, por medio del cual el juez observa o comprueba, personal e inmediatamente sobre la cosa no solo su existencia o realidad, sino alguna de sus características, condiciones o efectos de interés para la solución de la litis o asunto sometido a su resolución» (Jiménez Asenjo, E., *Inspección ocular,* en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo XII, Barcelona, 1965, p.895); «Se trata de la comprobación personal de un hecho del proceso realizada directamente por el juez» (Sentís Melendo, S., *El reconocimiento judicial*, en «Revista del Colegio de Abogados de la Plata», 11-519, citado por Falcón, E.M. *Tratado de la prueba*, 2ª ed., ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, p.688); «La percepción misma del hecho a probar» (Silva Melero,V., *La prueba procesal*, tomo I, Teoría General, Madrid, 1963, p.295).B) Con respecto a la LEC de 1881: «Es aquella actividad procesal del Juez consistente en el examen personal de un lugar, persona o cosa litigiosa, a los efectos de obtener un mejor esclarecimiento de los hechos relevantes en el proceso» (Fernández Ballesteros; Rifá Soler; Valls Gombau, *Derecho Procesal Práctico,* t. III, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p.828); «El reconocimiento judicial, o inspección personal del juez (C.c), es la percepción sensorial *inmediata* del juez de la contextura o circunstancias de personas o cosas» (Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, 8ª ed., Madrid, 1976, p.363); «El examen que hace el juez por sí mismo de la cosa litigiosa con el objeto de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos» (Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1887, p.314); «El reconocimiento judicial es una prueba de carácter directo por virtud de la cual el juez o tribunal toma conocimiento inmediato, por medio de los sentidos, del objeto mismo de la prueba, pudiendo consistir tal objeto en un bien mueble, un inmueble o en una persona viva» (Martínez García, A. S., *La confesión en juicio. La prueba de testigos. El reconocimiento judicial. La prueba pericial*, en «La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1994, p.74); «La actividad que realiza el juez para percibir por los sentidos circunstancias que, de personas y del objeto físico o material del proceso, puedan interesar, con fines de fijación de hechos o de apreciación de los mismos» (Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I. Proceso declarativo. Proceso de ejecución, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p.696); «Percepción inmediata por parte del órgano jurisdiccional, con cualquiera de sus sentidos, de los hechos que son objeto de prueba», (Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, p.423).C) Con respecto a la LEC de 2000:

«Un medio de prueba, ciertamente especial en cuanto a sus características, cuya finalidad es obtener que el tribunal competente o el que actúa por medio de exhorto (art. 169) lleve a cabo un examen personal y directo de lugares, objetos o personas siempre que dicha percepción sea conveniente o necesaria para una más adecuada apreciación o esclarecimiento de los hechos objeto del proceso» (Asencio Mellado, J.Mª, en «Proceso Civil Práctico», 4ª ed., Gimeno Sendra, V. (dir.), ed. La Ley, Madrid, 2005, p.744); «Supone la percepción directa, personal e inmediata por parte del Tribunal, de los hechos objeto de prueba (lugar, objeto o persona), cuando sea necesario o conveniente '*para el esclarecimiento y apreciación de los hechos'* controvertidos (art. 353.1)» (Cremades Morant, J., en «Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia», t. II, Xíol Ríos, J.A., coord., ed. Sepin, Madrid, 2008, p.2318); «Se trata de un medio consistente en la percpeción sensorial immediata por parte del juez del dato objeto de prueba» (Cucarella Galiana, L.A., en Ortells Ramos, M., «Derecho Procesal Civil», 10ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.411); «La actividad que, en orden al conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias concretos, de relevancia en el proceso, desarrolla el Juez poniéndose en personal contacto con lugares, objetos materiales o personales (de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración,* ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p.366); «La prueba de reconocimiento judicial […], constituye un medio probatorio cuya finalidad es la de acreditar hechos relevantes para la decisión del pleito, hechos para cuyo *esclarecimiento y apreciación sea necesario o conveniente que el Juez o los miembros del Tribunal examinen por sí mismos algún lugar, objeto, o persona* (art. 353 LEC), para lo cual, y acompañados del Secretario Judicial (art. 358 LEC), *se personarán físicamente en el lugar que haya de ser reconocidos o en aquel en que se hallen la persona o el objeto que hayan de serlo* (o bien ordenará a las personas que hayan de ser reconocidas, o que posean el objeto que haya de serlo, que comparezcan ante la sede del Juzgado para efectuar allí la práctica del reconocimiento), con la finalidad de dejar constancia escrita de todas las circunstancias de lugar, tiempo y forma, que adviertan en el curso de la diligencia» (Garberí Llobregat, J., *Derecho Procesal Civil. Procesos declarativos y de ejecución*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p.507); «El reconocimiento judicial es la percepción por parte de juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba» (Gómez Colomer, J.L., en AAVV, «El nuevo proceso civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.326); «Comprende la actividad intelectiva del juez al examinar directamente un lugar, persona o cosa, y exclusivamente sobre los datos que pueda examinar en el momento» (Gómez de Liaño González, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, ed. Forum, Oviedo, 2000, p.401); «Percepción sensorial inmediata del juez sobre algún tipo de materia dotada de capacidad semiótica para la litis» (Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, p.377); «Prueba que consiste en la percepción inmediata por parte del tribunal, con cualquiera de sus sentidos, de las fuentes de prueba que pueden arrojar luz sobre los hechos controvertidos» (Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ed. Atelier, 2008, p.679); «El reconocimiento judicial es un medio de prueba que tiene por objeto obtener certeza sobre los hechos controvertidos objeto del proceso por medio del examen personal por el tribunal de un lugar, objeto o persona, que tengan relación con los hechos» (Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 353 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1640); «Aquel medio probatorio en cuya virtud el Juzgador mediante la utilización de sus sentidos procede a percibir de modo directo las características o circunstancias de objetos, lugares o personas individualizadas a través de sus elementos externos, relacionadas con el hecho que se pretende probar, medio este que es de carácter necesario cuando los demás se revelan insuficientes a tal finalidad o conveniente cuando la apreciación directa sea coadyuvante al resultado del resto de las pruebas a efectos de una mejor valoración» (Rueda López, J. C., *Comentario al art. 353 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», t. II, Suárez Robledano, J.M. (coord.), ed. Dijusa, Madrid, 2003, p.1147). Se aparta de la doctrina mayoritaría Guasp, quien denomina a esta prueba monumentos, y la define «como aquel medio de prueba real

En parecidos términos se pronuncia la jurisprudencia, y así la SAP Cuenca de 22 de marzo de 1993 razona que:

> «Que la prueba de reconocimiento judicial, denominada inspección «personal» del Juez en el art. 1240 CC, consiste en la «apreciación directa» por el Juez de la cosa litigiosa con el objeto de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; […] desde la legislación de partidas a la vigente, la nota característica y esencial de esta prueba –salvo los supuestos del art. 254 LEC– es que la realice personalmente 'por sí mismo' el Juez de 1ª instancia –no los Jueces de Paz, pues el principio de inmediación debe estar presente en ella en toda su amplitud, desde el momento que la finalidad de la misma no es otra que la de que a través de la visión de la cosa sobre la que verse la litis, permitirle adquirir un conocimiento más exacto sobre la verdad de los hechos alegados por las partes […]»[3347].

Y, en términos similares, la SAP Granada de 23 de noviembre de 2002 afirma que:

> «[…] la prueba de reconocimiento judicial (artículos 353 a 359 de la L.E.C. 1/200, artículos 633 a 636 de la L.E.C. de 1881, y artículos, antiguos, 1240 y 1241 del Código Civil), prueba de carácter directo por virtud de la que el Juez o Tribunal, toma conocimiento inmediato, a través de su percepción sensorial, del objeto de la misma, por tanto el reconocimiento es una prueba en la que el juzgador no valora a la manera que lo hace con los restantes medios de prueba, sino que se persuade de la realidad de algo, se convence plenamente, encontrándonos así ante una prueba de libre valoración, que ha de conjugarse con las demás, testigos, documental y pericial»[3348].

2.3. Caracteres

Siendo el reconocimiento judicial una prueba de percepción judicial inmediata, podemos destacar los caracteres siguientes:

a) Prueba de percepción. A través del reconocimiento el juez recibe una impresión sensorial y a partir de ella se forma la convicción judicial. Esa percepción, como apunta Muñoz Sabaté, no es un proceso psicológico mecanicista, sino que comporta un proceso racional y pensante en el que entra en juego el aprendizaje, la afectividad, la fuerza del hábito o la motivación[3349]. Es un proceso racional, pero también falible, y no puede descartarse, al constituir una actividad humana, el error en la percepción judicial. Dogmáticamente cabe distinguir entre la percepción y la convicción judicial, pero en la práctica tal distinción se diluye, resultando difícil homogeneizar el proceso de decisión judicial: ni existe un solo proceso de con-

---

en que se utilizan objetos inmuebles para formar la convicción del Juez sobre un dato procesal determinado» (Guasp, J. y Aragoneses, P., *Derecho Procesal Civil*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 2003, p.447).

3347 SAP Cuenca de 22 de marzo de 1993, fto. jco.1º (EDJ 12699/1993).

3348 SAP Granada, secc.3ª, de 23 de noviembre de 2002, fto. jco.1º (La Ley 196573/2002).

3349 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.377.

vicción judicial, ni un mismo juez decide siempre con arreglo al mismo proceso mental[3350].

Históricamente destaca la preponderancia del sentido de la vista y así se refleja en la terminología legal, que aludía a la prueba «por la vista del judgador» (Partidas) o «prueba ocular» (Instrucción del Marqués de Gerona de 1881), y aun permanece la expresión «inspección ocular» en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 326 y ss.[3351]). A pesar que la literalidad legal –«cuando la vista del lugar o de las cosas o personas» (art. 357.1 LEC)– puede dar a entender que el reconocimiento se limita a las percepciones obtenidas por la vista –y ello es lo más habitual–, puede producirse por cualquiera de los sentidos (oído, vista, olfato, tacto y gusto[3352]).

Por citar algunos ejemplos, y sin ánimo exhaustivo: el juez puede reconocer (por el oído) el ruido de una máquina en funcionamiento; contrastar (por la vista) la extensión y profundidad de las cicatrices permanentes derivadas de un accidente de circulación; percibir (por el olfato) los olores molestos de una industria, o de la cocina de un restaurante urbano, o de una explotación de ganado porcino (SAP Zamora, 2 de mayo de 2003[3353]); apreciar (por el tacto) las particularidades de la superficie de una mesa o los acabados de una pintura; degustar (por el gusto) algún tipo de comida o bebida[3354].

La percepción no es exclusiva del reconocimiento judicial. Existe actividad de percepción en la declaración de un testigo, de una parte o de un perito, pero el juez es un perceptor cualificado en la medida que el objeto del reconocimiento está previamente delimitado por las partes (art. 353 LEC). Además, el juez puede concretar su atención en el lugar, el objeto o la persona a percibir, preocupándose por captar fielmente sus detalles y tomarse el tiempo preciso, sin olvidar que, a veces, se trata de una percepción colectiva –con intervención de partes, peritos, testigos o prácticos–

3350 El Magistrado Sancho Gargallo, I., afirma: «resulta muy difícil conocer el proceso mental seguido por el juez a la hora de juzgar y, desde luego, la mayor parte de las veces no coincide con la motivación vertida en la sentencia» (*Iuris prudencia del juez civil*, Discurso de ingreso en la Acadèmica de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, de 26 de octubre de 2010, p.22).

3351 Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva LEC 1/2000*, en Revista Xurídica Galega, núm. 35, 2002, p.66.

3352 Puede verse *per omnia* Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.540.

3353 La SAP Zamora de 2 de mayo de 2003, fto. jco.3º (EDJ 40465/2003) condenó al demandado a suspender la actividad de explotación porcina que llevaba a cabo en la nave colindante con la propiedad del actor, habiéndose practicado una prueba de reconocimiento judicial en la que se califican los olores «como de molestos por encima de lo permisible».

3354 de la Oliva Santos, A., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p.366, advierte de la excepcionalidad del reconocimiento por el sentido del gusto.

que pueden efectuar observaciones, declaraciones o aportar máximas de experiencia y con ello ensanchar la percepción judicial[3355].

Siendo una prueba de percepción, únicamente podrán ser objeto del reconocimento las cosas susceptibles de percepción sensorial, debiéndose excluir los objetos carentes de materialidad intrínseca[3356].

b) Prueba judicial. El adjetivo judicial, que acompaña al término reconocimiento, subraya que el juez es el protagonista del reconocimiento y permite vislumbrar una mayor iniciativa judicial, que alcanza, en la fase de proposición de la prueba, la facultad de delimitar su objeto[3357] (art. 353.2 LEC). Se trata del examen judicial en su oficio de juez y no como particular («cuam iudicium ad iudeces spectat, non secundum privatum sed secundum publicam potestatem oportet eos iudicare» –Santo Tomás, Sec.part., quest., 67, art. 2)[3358] y que el reconocimiento debe hacerse conforme al procedimiento fijado por la ley[3359]. Esta prueba, como precisa acertadamente Font Serra, «no es que deba practicarse a presencia del tribunal, sino que debe practicarse *por* el tribunal».

El protagonismo judicial radica en que el juez no solo es destinatario de la prueba –como sucede en los restantes medios de prueba–, sino que es el protagonista de la prueba, en la medida que lo distintivo de este medio de prueba es el examen por el propio juez de un lugar, un objeto o una persona. Ese mayor protagonismo judicial, y sin perjuicio del debido respeto al principio de aportación de parte, debería permitir ampliar las facultades judiciales en orden a la proposición y práctica de la prueba.

c) Prueba inmediata o directa. Significa que entre el juez y el lugar, el objeto o la persona del reconocimiento no se interpone ningún instrumento (SAP Las Palmas, 29 de octubre de 1998[3360]). El carácter directo de este medio de prueba comporta la

3355 Döhring, E., *La prueba. Su práctica y apreciación. La investigación de los hechos en el proceso*, ob. cit., pp. 300-301 analiza las ventajas y desventajas de la percepción judicial.

3356 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.550.

3357 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p.242.

3358 Jiménez Asenjo, E., *Inspección ocular*, ob. cit., p.895.

3359 «El reconocimiento judicial debe hacerse según derecho, porque no basta que el juez sepa la exactitud de los hechos o del estado de las cosas fuera de sus funciones o como particular, sino que es necesario que este conocimiento sea el resultado de las diligencias o procedimientos practicados conforme a la ley con el carácter de juez» (Jose de Vicente y Caravantes, Tratado histórico, crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, t. II, Imprenta Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1856, p.195, citado por Sentis Melendo, p.487).

3360 La SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 29 de octubre de 1998, fto. jco.1º (AC 7350/1998) caracteriza el reconocimiento judicial como aquel medio probatorio «en que la percepción la efectúa el Juez sin intermediarios, directamente, representándose dentro de sí los estímulos que le ofrece el objeto litigioso, por lo que constituye una prueba directa, que se traduce en una percepción judicial personal e inmediata».

necesidad –sancionada bajo nulidad– de la inexcusable presencia judicial durante la práctica judicial (art. 289.2 LEC), la excepcionalidad del reconocimiento practicado por exhorto, y la aspiración que el mismo juez autor de reconocimiento sea el redactor de la sentencia.

El articulado legal rezuma aspiración por la inmediación: («examine por sí», del art. 353.1 LEC; «interrogatorio realizado por el tribunal», del art. 355.1 LEC; en el acta se consignarán las «percepciones y apreciaciones del tribunal», del art. 358.1 LEC), por lo que no cabe delegación, en el Juez de Paz[3361], ya que solo puede prestar auxilio con respecto a los actos de comunicación (art. 170 LEC).

El carácter directo de la prueba de reconocimiento judicial coadyuva a facilitar la convicción judicial, en la medida que existe mayor proximidad entre el hecho a probar y la mente del juez, y siempre que no se demuestre, a través de otra prueba, la existencia de un error judicial de percepción[3362]. Como se ha afirmado acertadamente «no es lo mismo que un testigo relate al juez el mal olor que desprende una industria próxima, que el examen directo del juez mediante su propio olfato»[3363].

La prueba de reconocimiento judicial, en cuanto actividad humana, no está exenta de error, pero en la medida que se efectúa por el juez, sujeto imparcial y que percibe intencionalmente, disminuyen las posibilidades de error respecto de las declaraciones de otros sujetos, como los testigos, que pueden tener mayor o menor interés[3364]. El mismo carácter directo ha llevado a afirmar que en el reconocimiento judicial no hay una actividad de valoración, como existe en los restantes medios de prueba, sino de persuasión de la realidad de un lugar, un objeto o una cosa[3365].

Los tres caracteres expuestos (prueba de percepción, prueba judicial y prueba inmediata o directa) aparecen recogidos en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2008, que configura la prueba de reconocimiento en los términos literales siguientes:

« […] por su propia naturaleza, supone la percepción directa, personal e inmediata por parte del Tribunal, de los hechos objeto de prueba (lugar, objeto o persona), medio de prueba, claramente judicial, pues se trata de una percepción por el Tribunal de forma «directa», con sus sentidos («todos»), y no solo la «vista», como parecía restringir la anterior terminología:

3361 Cremades Morant, J.B., *Comentario al art. 353 LEC,* ob. cit., p.2324.

3362 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2º, ob.cit., p.420.

3363 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 353 LEC*, en «El Proceso Civil», vol. III, obra coordinada por el mismo autor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.2562.

3364 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., pp. 544 y 545.

3365 Cortés Domínguez, V. (con Moreno Catena, V.) *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.266. En el mismo sentido, SAP Granada, secc.3ª, de 23 de noviembre de 2002, fto. jco.1º (La Ley 196573/2002).

«inspección ocular», de forma que entre el Juez y el objeto de la prueba no existe (a diferencia de los otros medios) ningún elemento»[3366].

Además de los tres caracteres expuestos, y que se desprenden de su definición, podemos añadir los siguientes:

a) Prueba personal. Se trata de una actividad que llega al proceso a través de un acto humano (como el interrogatorio de las partes, de testigos o la prueba pericial), en contraposición a las pruebas reales, que vendrían respresentadas por cosas materiales[3367].

b) Prueba crítica o lógica. El juez percibe un lugar, un objeto o una persona a través de sus sentidos y su mente lo verifica existiendo un juicio crítico, por elemental que sea, sobre el objeto del reconocimiento, en contraposición con las pruebas históricas, en las que hay una representación del hecho objeto de la prueba en la narración oral o escrita que del mismo hace la parte, el testigo o el perito[3368]. Junto a la labor sensorial de percepción, hay una labor intelectual de reelaboración de lo percibido, a través de las máximas de experiencia, que permiten al juez razonar en torno a lo percibido[3369].

   En el reconocimiento judicial prima el «examen» que efectúa el propio juzgador de un lugar, un objeto o una persona, resultando que el término legal «examen» se emplea por el legislador también para aludir al reconocimiento del presunto incapaz (art. 759 LEC) y al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC). Dicho examen, como se ha razonado acertadamente, «abarca tanto la actividad de percepción sensorial como la de captación o aprehensión intelectual que el juez realiza»[3370]. Ello significa que la percepción judicial opera por los sentidos, pero se racionaliza mediante el intelecto, siendo necesaria tanto una correcta aprehensión del lugar, objeto o persona reconocidos, cuanto su posterior reelaboración intelectual en contraste con el resultado de los demás medios de prueba.

c) Prueba separada. Salvo que el objeto o la persona puedan desplazarse a la sede judicial, el reconocimiento se practicará fuera de la vista (del juicio verbal) o de la audiencia previa (del juicio ordinario) y como prueba anticipada[3371]. En todo caso, deberá practicarse de modo anticipado el reconocimiento de un lugar y también el de un objeto o una persona que debe reconocerse *in situ*, a cuyo efecto se prevé que

3366 AAP Barcelona, secc. 13ª, de 14 de mayo de 2008, fto.jco.2º (JUR 317656/2008).

3367 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob.cit., p.427.

3368 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p.427.

3369 Font Serra, E., *El dictamen pericial y el reconocimiento judicial*, ob. cit., p.213.

3370 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.208.

3371 Se exceptúa algun supuesto: reconocimiento judicial que se propone en la vista del procedimiento para adopción de medidas cautelares, que podrá practicarse dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la vista (art. 734.2 LEC).

el Secretario judicial señale, con al menos cinco días de antelación, el día y hora en que haya de practicarse la prueba (art. 290 LEC).

En estos supuestos se configura como una prueba «separada» de la actividad probatoria ordinaria –la que tiene lugar en el acto del juicio o la vista– y así se reconoce en la regulación del orden de la práctica de los medios de prueba, situando el reconocimiento después de la prueba testifical, pero «cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal» (art. 300. 4 LEC).

d) Prueba asistida. En gráfica expresión de Muñoz Sabaté, y que alude al hecho que este medio de prueba se puede practicar conjuntamente con la prueba de peritos o con el interrogatorio de testigos y/o de las partes[3372], es decir, con acompañamiento de peritos, testigos y/o partes. Ha sido también calificada de «prueba compleja o mixta»[3373], pues se practican simultáneamente –reconocimiento judicial y pericial– o sucesivamente –reconocimiento judicial y acto seguido interrogatorio de testigos y de las partes– dos pruebas de naturaleza distinta, pudiendo los peritos aportar sus máximas de experiencia y los testigos o las partes su declaración, y en ambos casos sobre el lugar de los hechos. La práctica conjunta de las pruebas no se regula con carácter general, sino de modo fragmentario, y a propósito del reconocimiento judicial (arts. 356 y 357 LEC).

No puede predicarse, por el contrario, el carácter de prueba fungible, propia de la prueba de peritos. En la práctica forense, y para vencer la resistencia a su admisibilidad, se ha sido substituido la prueba de reconocimiento judicial por la aportación de actas notariales, fotografías, pruebas periciales o videográficas. Pero una práctica viciosa no puede transmutar la naturaleza de un medio de prueba.

2.4. Admisibilidad

Bajo la vigencia de la LEC/1881 el reconocimiento judicial se había convertido en una prueba residual o subsidiaria, que se admitía cuando los demás medios de prueba resultaban insuficientes para el esclarecimiento de los hechos[3374]. Los jueces eran reacios a la admisión de la prueba de reconocimiento, amparándose en una regulación legal que sujetaba el juicio de admisión al criterio de necesidad (art. 633 LEC/1881). Refleja gráficamente esta situación Díaz Fuentes al afirmar que «la Justicia se enclaustró en la oficina judicial, perdiendo la aspiración de conocer la realidad exterior por sí misma»[3375].

3372 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.382.

3373 Jiménez Asenjo, E. *Inspección ocular*, ob. cit., p.896.

3374 Serra Domínguez, M., *Liberalización y socialización del proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, 1972, p.537.

3375 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, p. 289.

La jurisprudencia interpretaba la necesidad como imposibilidad de probar el hecho de otra manera, propiciando una práctica judicial restrictiva, tal como recuerda, entre otras muchas, la STS de 29 de junio de 1985[3376] que, en la parte que interesa, razona:

> «Por otra parte, el artículo mil doscientos cuarenta del Código, no contiene ningún precepto imperativo de forzosa aplicación, al limitarse a establecer el fundamento, finalidad y razón de ser de este medio probatorio, que «será eficaz cuando claramente permita al Tribunal apreciar –por las exterioridades de la cosa inspeccionada– el hecho que se trate de averiguar», marcando, pues las circunstancias en las que debe utilizarse para que tenga eficacia –Sentencias de quince de febrero de mil novecientos treinta y cuatro) y veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y seis entre otras–, lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo seiscientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento, permitiendo el reconocimiento judicial «cuando para el esclarecimiento, y apreciación de los hechos, sea necesario que el Juez examine, por sí mismo, algún sitio o cosa litigiosa…»; requiérase, por tanto, la necesidad, no bastando la simple utilidad, interés o conveniencia, cuya apreciación corresponde únicamente al Juez que debe prevalecer, de acuerdo con la reiterada doctrina legal, mientras no se acredite de manera objetiva, que es necesario para obtener un resultado decisivo que no pueda conseguirse con otros medios probatorios –Sentencias de diez de abril de mil novecientos cincuenta y uno) y diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho)–, lo que en el caso examinado, no se logró evidenciar».

Algunas resoluciones judiciales, apartándose del sentir mayoritario, alentaban la práctica del reconocimiento judicial con la apelación al mandato de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), a la mayor sensibilidad probatoria del juez y a las ventajas que reporta el contacto directo del juez con el objeto de su decisión. Entre ellas, la STS 4 de octubre 1993[3377], que en la parte que interesa razona:

> «La prueba de reconocimiento judicial, no obstante la importancia y la conveniencia de su práctica, sobre todo en las contiendas de dimensión territorial, no es obligatoria para el Juez en forma incondicional, sino que su práctica tendrá lugar cuando lo estime precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y sobre fijación de los hechos. […]. No obstante esta Sala una vez más tiene que proclamar la conveniencia de llevarse a cabo las pruebas interesadas, salvo aquellos casos en los que su improcedencia sea manifiesta, respetándose siempre la decisión libre de los Juzgados en esta cuestión, pues no hay que olvidar que el art. 24 de la Constitución proclama la tutela judicial efectiva, y ello también implica que ha de procurarse la misma con la mayor plenitud posible para que ningún ciudadano sufra proceso interior

3376 STS, Sala 1ª, de 29 de junio de 1985, cdo. 4º (RJ 3321/1985). En sentido similar, y entre otras muchas, pueden verse: SSTS, Sala 1ª, de 8 de julio de 1992, fto. jco. 2º (RJ 6190/1992); de 7 de julio de 1995, fto. jco. 5º (RJ 5568/1995); de 10 de abril de 1951 (RJ 1613/1951); y de 17 de mayo de 1958 (RJ 1745/1958). Tras la entrada en vigor de la vigente LEC, la inercia histórica de esta jurisprudencia aun se sigue arrastrando en algunas resoluciones judiciales: SAP La Rioja de 27 de mayo de 2003, fto. jco.3º (La Ley 95040/2003) que califica expresamente el reconocimiento judicial como una prueba de carácter complementario.

3377 STS, Sala 1ª, de 4 de octubre de 1993, fto. jco. 3º (RJ 7454/1993). En sentido similar, la STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2002, fto. jco. 1º (RJ 5235/2002), la cual, a su vez cita las SSTS de 4 de octubre de 1993 (RJ 7454/1993) y de 7 de julio de 1995 (RJ 5568/1995).

de sentirse desprotegido, al no haberse llevado a cabo las probanzas que propuso, aunque éstas posteriormente no resulten lo suficientemente favorables para sus pretensiones, de ahí que el mandato constitucional también entraña un mandato a la sensibilidad y atención de los Jueces, avivando las inquietudes de Justicia que deben de poseer. Merece todo apoyo y resulta positivo-procesal su contacto directo con las cosas sobre las que van a pronunciar un fallo decisorio, tan trascendente para las partes que lo hace ley obligatoria para las mismas y de necesario cumplimiento».

La LEC, en su afán de revitalizar el reconocimiento judicial, sujeta el juicio de admisión no solo al parámetro de la «necesidad», sino también al más flexible de la «conveniencia» del examen judicial de un lugar, un objeto o una persona (art. 353. 1 LEC). Pero la inclusión del parámetro de la conveniencia, junto al de necesidad, tampoco ha conseguido vencer la inercia judicial a su inadmisión. De ahí que se hayan postulado fórmulas legales alternativas, tales como la propuesta por Ordoño Artés: «Las partes podrán solicitar el reconocimiento judicial, cuando para determinar la certeza de los hechos que deseen probar, haya de ser examinado por el Tribunal algún lugar, objeto, animal o persona relacionado con aquéllos»[3378].

Con agudeza Ramos Méndez apunta que la admisibilidad de la prueba de reconocimiento judicial debe anudarse con el grado de convicción judicial e incluso la profesionalidad del propio juez. «La reflexión de fondo, sobre todo para el tribunal, es de tipo profesional: en qué medida el medio supletorio es suficiente para formar su convicción y en qué medida es proporcionado el esfuerzo que supone la realización fuera de la sede del tribunal»[3379]. Existe, por tanto, un doble factor de ponderación en orden a la admisibilidad del reconocimiento: por una parte, que los medios de prueba supletorios, esto es, los ya aportados a las actuaciones – testimonios notariales, etc. suministren al juez los datos probatorios suficientes, y por otra parte, que el coste temporal del desplazamiento fuera del juzgado se encuentre «justificado».

En la duda es preferible inclinarse por la admisibilidad, conforme al principio *favor probationes,* entendido como flexibilidad en la interpretación de los criterios de admisión de los medios de prueba[3380]. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional recuerda que la constitucionalización del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) implica una «nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte

3378 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, Madrid, CGPJ, p. 222.

3379 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil,* t. I, ob. cit., p. 687.

3380 Muñoz Sabaté, LL., *Cuadernos de Probática I y II LEC*, ob. cit., p.113, afirma que el *favor probationes* «no es propiamente una regla de prueba, sino una pauta de conducta motivada por un sentimiento de justicia experimentado por el juzgador, que le hace salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba».

que deben los tribunales proveer a su satisfacción, sin desconocerlo no obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación»[3381].

Existen objetos o personas que pueden desplazarse a presencia judicial, reduciendo el factor de «coste temporal». Y en aquellos supuestos –fundamentalmente, examen de lugares– que exijan el desplazamiento fuera de la sede judicial, puede acordarse la práctica conjunta con la prueba pericial (art. 356 LEC), con el interrogatorio de testigos y/o de las partes (art. 357 LEC), operándose una concentración *in situ* de medios de prueba que racionaliza el esfuerzo judicial y permite un mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos.

2.5. Distinción de figuras afines

El reconocimiento judicial debe distinguirse de otras figuras afines y, en particular, de las siguientes:

2.5.1. Examen del presunto incapaz

El legislador y la doctrina consideran que el examen del presunto incapaz encaja dentro del reconocimiento judicial, mientras que la jurisprudencia le confiere un tratamiento singular. A nivel legislativo, tanto el artículo 353 LEC –que regula el objeto y finalidad del reconocimiento judicial–, cuanto el artículo 759 LEC –para el reconocimiento del presunto incapaz– y el artículo 763 LEC –para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico– utilizan el término «examen», que denota la existencia de una actividad de percepción judicial directa.

A nivel doctrinal, es indiscutible que entre el presunto incapaz y el juez no hay intermediarios. El juez efectúa una actividad de percepción directa sobre una fuente de prueba –en este caso, una persona– con la finalidad de advertir si es o no capaz de gobernarse por sí misma[3382]. Aun cuando se producen ciertas limitaciones en cuanto a la asistencia de abogados y procuradores en el examen del presunto incapaz, ello no transmuta la naturaleza de la prueba.

Sin embargo, la jurisprudencia dominante configura el examen del presunto incapaz –en referencia al derogado artículo 208 CC y aplicable al vigente 759 LEC– como un requisito de fondo al fallo, de trascendencia constitucional, con relevancia probatoria esencial y en garantía de la protección de abusos. Y también como un medio de prueba directo, legal, autónomo e imperativo cuya ausencia determina la nulidad de actuaciones y

3381 Entre otras, las SSTC de 20 de febrero de 1986, fto. jco. 8º (RTC 1986/30); y de 30 de octubre de 1991, fto. jco. 3º (EDJ 10314/1991).

3382 Entre otros, Escribano Mora, F., *Comentario art. 353 LEC,* ob. cit., p.353; Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial…*, ob. cit., p.69.

su retroacción al momento en que debió practicarse el examen[3383], posición que ha seguido particularmente la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, única especializada en incapacidades[3384].

La STS de 15 de octubre de 2001 resume la anterior doctrina jurisprudencial, en su fundamento jurídico segundo que, por su claridad y precisión, reproducimos literalmente *in extenso:*

> «A) El artículo 208 del Código Civil (actualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al artículo 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad.
>
> B) Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española.
>
> C) En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado, constituye, por una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la Medicina o la Psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación.
>
> D) Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre una materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»[3385].

3383 La STS, Sala Civil, de 31 de diciembre de 1991, fto.jco.1º (RJ 9483/1991) afirmaba: «[…] desde los exámenes directos del presunto incapaz (art. 208 CC), tanto por el juez de la instancia, como por el tribunal, si éste es el que declara la incapacidad, en una actuación que ni puede puede calificarse de reconocimiento judicial (art. 633 LEC), ni de inspección ocular (arts. 1240 y 1241 CC) y menos de mezcla de ambos […]».

3384 La SAP Barcelona, secc. 18ª, de 5 de mayo de 2009, fto. jco.2º (La Ley 169939/2009) afirma que el examen del presunto incapaz por el juez «no puede calificarse propiamente de reconocimiento judicial –art. 353 LEC– sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada». En idénticos términos y de la misma Audiencia y sección: SS de 15 de octubre de 2009, fto. jco.2º (La Ley 270441/2009); 14 de mayo de 2008, fto. jco. 2º (La Ley 76142/2008); 17 de diciembre de 2007, fto. jco.1º (La Ley 283359/2007); 22 de junio de 2006, fto. jco.1º (La Ley 156041/2006); 8 de noviembre de 2005, fto. jco.1º (AC 181/2006); 23 de noviembre de 2004, fto. jco.2º (La Ley 246504/2004); y 15 de abril de 2002, fto. jco.1º (La Ley 72498/2002).

3385 STS, Sala 1ª, de 15 de octubre de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 33575/2001). Mas ampliamente sobre la necesidad, forma del examen, su contenido y su constancia documental puede verse mi trabajo, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, 2005, pp. 202-204.

El examen del presunto incapaz constituye un reconocimiento judicial de una persona –en la sentencia ahora transcrita se alude literalmente «al examen o inspección personal del demandado»–. Todo proceso de incapacitación precisa de un reconocimiento judicial, que desempeña simultáneamente las veces de examen de una persona y de garantía legal y constitucional. Algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, particularmente tras la entrada en vigor de la LEC, se han hecho eco de esta posición, y califican la exploración del presunto incapaz como «una modalidad específica de reconocimiento judicial previsto en el art. 355 de la LEC» (SAP Pontevedra, 29 de octubre de 2003[3386]).

No debe confundirse, como advierte Rifá Soler, el reconocimiento de un presunto incapaz con el dictamen pericial sobre su estado físico o mental, puesto que en el primero existe una percepción judicial sobre las aptitudes mentales de una persona y en el segundo se contienen valoraciones técnicas a partir de procedimientos técnicos[3387].

2.5.2. Exploración del menor

Un sector doctrinal sostiene la exploración del menor ni es prueba ni es reconocimiento[3388], sino que se trata de una diligencia judicial consistente en la audiencia del menor y debe configurarse como un derecho del hijo menor y un mandato dirigido al juez[3389], o de una simple entrevista entre el juez y el menor[3390]. Por el contario, otros autores sostienen que se trata de un reconocimiento de personas (art. 355 LEC)[3391] o que, cuando menos, se

3386 La SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 29 de octubre de 2003, fto. jco. 1º (La Ley 173019/2003) añade, además, que esta modalidad de reconocimento judicial «no puede confundirse ni verse sustituida por la prueba de interrogatorio (art. 301 LEC) practicada a instancia de las partes». En el caso, la Audiencia declaró la nulidad de actuaciones y ordenó un nuevo examen personal del presunto incapaz, pues éste había sido interrogado por las partes, pero no había sido examinado por el juez en la forma que prescribe la ley.

3387 Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.1643.

3388 En estos términos categóricos se pronuncia Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil,* ob. cit., p.451. Para la SAP Las Palmas, secc. 4ª, de 29 de abril de 2004, fto. jco. 1º (EDJ 75998/2004) «[…] el reconocimiento o exploración del menor es cuanto menos dudoso sea propiamente un medio probatorio de los previstos en art. 355 LEC, con la obligación inherente prevista en el art. 358 del mismo texto legal, de tener que levantar la correspondiente acta con indicación de todo lo expresado por el menor. Es más bien un trámite de audiencia de los menores de edad recogido en el art. 92 párrafo segundo del CC en los procesos de separación, nulidad o divorcio, en cuya práctica no deben intervenir las partes litigantes, a excepción del Ministerio Fiscal dada su función tutelar de los derechos del menor y actuación objetiva sujeta al principio de legalidad».

3389 Montero Aroca, J., et alt., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1141-1152.

3390 Martínez García, A. S., en «La prueba en el proceso civil», ob. cit., p.81, quien destaca que no existe propiamente un examen o reconocimiento.

3391 Gallego Mañueco, Mª A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 353 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.) y Guilarte Gutiérrez, V.

asemeja al reconocimiento judicial[3392], posición también dominante entre la jurisprudencia, particularmente tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero[3393]. Y no faltan quienes lo configuran tanto como un derecho del menor cuanto como un medio de prueba susceptible de ser incluido entre el reconocimiento judicial de personas[3394].

En apoyo de la tesis que la exploración del menor es una actuación judicial a través del cual el menor ejerce su derecho a ser oído –y no un medio de prueba– se han aducido los siguientes argumentos: 1º) el legislador no menciona la «exploración judicial» dentro de los medios de prueba; 2º) la finalidad de la exploración no es obtener certeza sobre hechos; 3º) el menor no es objeto reconocido, sino el sujeto que reconoce; 4º) para poder llevar a cabo una exploración judicial es requisito indispensable que el menor haya alcanzado un grado mínimo de madurez que le permita haberse formado y poder expresar su opinión o su percepción sobre la situación; 5º) los parámetros aplicables como regla general a las pruebas –contradicción, presencia e intervención de las partes, publicidad–, y que solo excepcionalmente se excluyen en determinados reconocimientos de personas, operan como reglas –ausencia de las partes y sus defensas, privacidad– en la exploración judicial del menor[3395].

Aun cuando legalmente no aparezca recogida con tal *nomen* (exploración o audiencia del menor) en la enumeración de los medios de prueba (art. 299 LEC), y se configure legalmente como un derecho del menor (arts. 92 CC y 9 LOPM), tiene una trascendencia probatoria indiscutible, en cuanto la exploración permite obtener información sobre los hechos controvertidos, que permite cobijarlo dentro del reconocimiento judicial de personas (arts. 353 y 355.1 LEC), si se quiere como una modalidad del mismo en atención al sujeto (hijo menor) sobre el que se practica, lo que justifica un tratamiento excepcional –por lo demás legalmente previsto (arts. 138.2 y 754 LEC)– en cuanto a las reglas de publicidad de la prueba. En la exploración del menor existe una percepción judicial inmediata del

(coord.), 2ª ed., ed. Lex Nova, Valladolid, p.1924. Fernández Gil, C., *Comentario al art. 355 LEC*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil comentada. Soluciones prácticas de la doctrina y la jurisprudencia», ed. Tecnos, Madrid, 2010, p.726.

3392 Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *Derecho de la familia y de la persona*, t. 6, ed. Bosch, Barcelona, 2007, p.71.

3393 SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 1 de julio de 2009, fto. jco.2º (La Ley 122363/2009); SAP Cádiz, secc.5ª, de 13 de diciembre 2007, fto.jco.3º (La Ley 334531/2007); SAP Soria de 3 de julio de 2007, fto. jco. 2º (La Ley 307156/2007); SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 5 de noviembre de 2007, fto. jco.2º (EDJ 296475/2007); SAP La Coruña, secc. 6ª, de 15 de marzo de 2006, fto.jco. 3º (EDJ 44662/2006); SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 30 de septiembre de 2004, fto. jco.1º (La Ley 202205/2004) la cual, además, añade que la expresión «exploración del menor» es inadecuada al tratarse, con la vigente LEC, de una prueba de reconocimiento judicial de personas del art. 355 LEC.

3394 López Muñiz Criado, C., en AAVV, «Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», O'Callaghan, X. (coord.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p.539.

3395 Caso Señal, M; Arch Marín, M.; Jarne Esparcia, A.; Molina Bartomeus, A., *Guía práctica de exploración de menores*, ed. Sepin, Madrid, 2011, p.12.

menor, cumpliéndose las notas esenciales de la prueba de reconocimiento judicial, siendo irrelevante que en la exploración del menor éste pueda adoptar una posición más activa, a diferencia de otros tipos de reconocimiento de personas (ej. examen de cicatrices de un sujeto adulto), porque el mayor o menor grado de intervención del sujeto reconocido no le priva de su naturaleza jurídica ni desvirtúa el examen por el juez de un sujeto sin ningún otro intermediario.

Tampoco es relevante, a los efectos de su naturaleza jurídica y su encuadre como prueba de reconocimiento judicial, la exigencia de que el menor haya alcanzado una determinada madurez jurídica, pues ello, en todo caso, constituye un requisito legal para la práctica de la prueba (del mismo modo que, por ejemplo, para la prueba testificial se requiere que el testigo tenga noticia –directa o indirecta– de los hechos controvertidos, *ex* art. 360 LEC y no se halle permanentemente privado de los sentidos, *ex* art. 361 LEC), pero una vez alcanzada esta madurez jurídica, la actividad judicial seguirá siendo un reconocimiento judicial. Probablemente la incertidumbre en cuanto a su naturaleza jurídica obedezca al doble factor de la inexistencia legal del reconocimiento de personas bajo la vigencia de la LEC de 1881, y a su doble regulación sustantiva –en el Código Civil y en la Ley Orgánica de Protección del Menor– y procesal –en la Ley de Enjuiciamiento Civil–.

La exploración del menor es un trámite legal imperativo en los procesos de nulidad, separación o divorcio y cuando el menor ha alcanzado la edad de doce años (art. 770.4ª, II LEC[3396]). Resulta oportuno citar la STC de 29 de julio de 2009, que ha desestimado el recurso de amparo, basado en la falta de exploración de un menor, considerando interpretación judicial razonable, al hallarse en vigor la Ley 15/2005, prescindir de tal examen, cuando el parecer del menor de 11 años de edad se conocía a través de un informe psicosocial practicado, señalando dicho Tribunal:

> «Esta argumentación –expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición– es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia del menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio a petición del Fiscal, partes o miembres del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»[3397].

3396 Inexplicablemente, y para los procesos consensuales de separación y divorcio, la audiencia de los hijos menores se reserva para aquellos supuestos en que tengan «juicio suficiente» –por tanto, no se sigue el criterio cronológico de la audiencia preceptiva a los menores mayores de doce años– y siempre que el juez lo estime necesario de oficio o medie petición «del Fiscal, partes, miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor» (art. 777.5 LEC).

3397 STC, Sala 2ª, de 29 de junio de 2009.

La exploración del menor suscita varias cuestiones como las relativas al lugar, el contenido, su práctica, su carácter público y privado y su constancia documental.

La exploración del menor tiene lugar habitualmente en el despacho del Juez o en la Sala de vistas, de no disponerse de dependencias más adecuadas, aun cuando la práctica forense es muy variada, pues unos jueces la llevan a cabo solos, otros con presencia del secretario judicial, otros en presencia del fiscal y otros con auxilio de los psicólogos del Juzgado, siquiera esta última posibilidad solo tiene carácter excepcional en la LEC (art. 770.4ª, III LEC).

El contenido de la exploración del menor vendrá determinado por las pretensiones deducidas en el proceso matrimonial y, particularmente, sobre las relativas a la guarda y custodia y el régimen de visitas con el progenitor no custodio, siendo deseable que, tras la exploración, el juez pueda conocer la voluntad del menor sobre estos extremos, evitando formular preguntas directas, que pueden transferir al menor el peso de la decisión y generarle un conflicto de lealtaldes, pero intentando averiguar su vinculación con ambos progenitores, a fin de tomar aquella decisión que resulte más beneficiosa en interés del menor.

En cuanto a su práctica, se prevé «que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario» (art. 770.4ª, III LEC)[3398].

Es habitual su práctica en ausencia de los padres del menor o los letrados, para evitar que puedan perturbar su ánimo o coartar su libertad, y dejando a salvo circunstancias excepcionales que aconsejen su presencia (SAP Pontevedra, 1 de julio de 2009[3399]). La ausencia de las partes y la celebración de la exploración del menor a puerta cerrada no exime del levantamiento del acta, resultando mucho más discutible la grabación audiovisual (SAP Las Palmas, 30 de septiembre de 2004[3400]), pues el interés del menor, que debe orientar toda decisión judicial, puede aconsejar que las afirmaciones del menor no queden registradas en

3398 Muy sugestivas son las recomendaciones de práctica forense de Serrano Molina, A., *¿En qué supuestos resulta pertinentes la audiencia del menor?* en Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, p.19. También puede verse Caso Señal, M., et alt., *Guía práctica de exploración de menores,* ob. cit., especialmente pp. 18 a 22 y 57 a 75, donde se recogen unos principios (de protección, adecuación a las circunstancias de cada menor, intimidad, participación de expertos con carácter excepcional) que deben inspirar la exploración del menor, así como se ofrecen pautas concretas para el «marco de la entrevista» (tiempo, espacio físico, entrevistador), las «etapas de la entrevista» (inicial, central y de cierre) y las «habilidades de comunicación», con un cuadro resumen que recoge, a modo de ejemplos, las preguntas abiertas y cerradas propias de esta exploración.

3399 SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 1 de julio de 2009, fto. jco. 2º (La Ley 122363/2009). En sentido similar, la SAP Soria, de 3 de julio de 2007, fto. jco. 2º (La Ley 307156/2007) invoca razones de experiencia práctica y el respeto a la dignidad y la intimidad de la persona para justificar la ausencia de las partes.

3400 La SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 30 de septiembre de 2004, fto. jco. 1º (La Ley 202205/2004) abre la posibilidad a la grabación audiovisual de la exploración de un menor, bajo el doble argumento de considerar que se trata de una prueba de reconocimiento personal y que permite que las partes y el Tribunal de apelación puedan examinar y alegar sobre el medio de prueba.

soporte apto para la grabación del sonido y la imagen (SAP Cádiz, de 13 de diciembre de 2007[3401]), produciéndose una tensión entre el derecho a la intimidad del menor y su propio derecho y el de las partes a la tutela judicial efectiva[3402].Y procesalmente debe articularse en la forma prevista en el artículo 355 LEC, esto es, mediante un interrogatorio, adaptado a las circunstancias del menor (SAP Zaragoza, de 17 de octubre de 2003[3403]).

De la exploración del menor debe extenderse un acta, a los efectos de que quede constancia de la realización del acto, de las manifestaciones efectuadas por el menor, y para que pueda servir tanto de recordatorio para el juez que ha de dictar sentencia como eventualmente de soporte documental a los efectos de su revisión por un tribunal superior, pese a la existencia de alguna resolución judicial que ha negado que deba incorporarse a los autos (SAP Madrid, 7 de marzo de 1995[3404]).

2.5.3. Inspección ocular

La inspección ocular es una diligencia propia del proceso penal y consiste «en una comprobación personal del juez en el que observa directamente las circunstancias y elementos relacionados con el hecho punible, en el lugar donde éste ha ocurrido»[3405] o, en expresión de la STS de 24 de junio de 1991, «el reconocimiento sensorial y directo del órgano judicial de los lugares u objetos vinculados con el hecho punible (distancias, estado del lugar donde el delito se llevó a cabo, descomposición de un cadáver, ruidos, rugosidad de un objeto, etc…)»[3406].

3401 La SAP Cádiz, secc. 5ª, de 13 de diciembre de 2007, fto. jco.3º (La Ley 334531/2007) realiza interesantes aportaciones sobre la práctica de la exploración del menor y, entre ellas, la práctica en el despacho personal del juez –de no existir habitación más adecuada–, la facultad del menor de solicitar el acompañamiento de algún miembro del equipo psicoposicial adscrito al juzgado o de alguna psicóloga que trabaje habitualmente para el juzgado, o la conveniencia que el menor no tenga que responder a un interrogatorio.

3402 Moreno, V., *La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en Rev. La Ley, 2010, t. 3, pp. 1436 y 1437, postula que debe levantarse un acta de la diligencia de exploración del menor, recogiendo las manifestaciones más importantes, y en cuanto a la grabación de la exploración atender a la voluntad del menor (art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero) si tiene condiciones de madurez y se constata la inexistencia de manipulaciones.

3403 La SAP Zaragoza, secc. 4ª, de 17 de octubre de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 135950/2003) razona que la exploración del menor debe efectuarse de conformidad con las normas de procedimiento y sin que se puede suplir por la audiencia de sus representantes legales en un supuesto de divorcio consensual y presentación de convenio regulador.

3404 SAP Madrid, secc. 22ª, de 7 de marzo de 1995, citada por Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *Derecho de la familia y de la persona*, t. 6, ob. cit., p.72.

3405 Rifá Soler, J.Mª; Valls Gombau, J.F. y Richard González, M., *El proceso penal práctico*, 6ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2009, p.520.

3406 STS, Sala 2ª, de 24 de junio de 1991, fto. jco. 3º (RJ 4795/1991).

El término «inspección ocular» es impreciso, en la medida que todos los sentidos pueden ser utilizados en esta diligencia. Existe, al igual que en el reconocimiento judicial del proceso civil, una actividad de percepción judicial directa, pero presenta diferencias sustanciales derivadas de la existencia en el proceso penal de una fase separada de instrucción y de enjuiciamiento. La inspección ocular tiene lugar en la fase de instrucción del proceso penal, resultando anómala su reproducción en la fase del juicio oral[3407], siendo normalmente la policía judicial, y no el juez instructor, quien practica esta diligencia. Además, su finalidad fundamental es la recogida y conservación de los vestigios y pruebas materiales del delito[3408].

De ahí que algunos autores distinguen entre la inspección ocular, que pueden realizar los funcionarios de la policía judicial y que constituye un acto de investigación (arts. 282 Lecrm. y art. 28 RD 769/1987), y el reconocimiento judicial, consistente en la inspección ocular del juez de instrucción, asistido por el Secretario judicial, con presencia de las partes, para examen de los elementos de la realidad física externa, en la que se ha efectuado la comisión de un delito, y que constituye una prueba preconstituida[3409].

Las características de esta diligencia son: debe documentarse por escrito y mediante un acta; deben hacerse constar los aspectos objetivos de la cosa, de la persona o del lugar examinado, de manera clara y detallada; y deben tener intervención todas las personas afectadas por el proceso penal, siempre que su intervención sea posible por el momento en que se practica[3410].

Al igual que la prueba de reconocimiento judicial en en el proceso civil, la diligencia de inspección ocular puede completarse con el informe de peritos (art. 328 Lecrm.) y con la declaración de testigos (art. 329 Lecrm).

El valor probatorio del acta de inspección ocular se limita a los datos objetivos percibidos por el Juez de Instrucción, sin que pueda extenderse a las manifestaciones que los inculpados, testigos o peritos hagan en el acto de inspección ocular, y sin perjuicio de las

3407 Resulta muy clarificadora la STS, Sala 2ª, de 25 de junio de 2001, que afirma: «Lo normal es que se lleve a cabo en el sumario o en las diligencias previas como prueba preconstituida con validez para el juicio oral por haberse practicado con intervención de las partes, precisamente porque de ordinario lo que se pretende es precisar datos que el tiempo puede borrar. Pero esto no impide que pueda ser necesario para el juicio examinar el lugar de los hechos por existir alguna circunstancia relevante que no haya desparecido. Pero en estos casos la parte que propone esta prueba debe decir con precisión cúal es el dato concreto que tiene que ser apreciado por el Tribunal, para que pueda resolverse sobre su necesidad.»

3408 Moreno Catena, V. *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.229.

3409 Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2008, p.244.

3410 Climent Duran, C., *La prueba penal*, t. I, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.671. Sobre la práctica de esta diligencia puede verse Alonso Pérez, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 67-70; y Marchal Escalona, A. N., *El atestado. Inicio del proceso penal,* 7ª ed., ed. Aranzadi, 2008, pp. 184 y 185.

declaraciones que éstos puedan efectuar en el acto del jucio ratificando o rectificando lo recogido en el acta de inspección ocular.

2.5.4. Reconstrucción de los hechos

Recogida, en virtud de una interpretación integradora en el artículo 331 Lecrm («Cuando el delito fuere de los que no dejan huellas de su perpetración, el Juez instructor procurará hacer constar por declaraciones de testigos y por los demás medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa cuando el delito hubiese tenido por objeto la sustracción de la misma»), y practicada de oficio o a instancia de parte, se ha descrito como «una diligencia de inspección ocular que se caracteriza por la existencia de una o varias hipótesis comisivas del delito susceptibles de comprobación física en el lugar de los hechos»[3411] o, en palabras de la STS de 4 de marzo de 1986, como «la verificación de una hipótesis y la comprobación en el mismo lugar de autos de la verosimilitud de las diferencias versiones respecto de cómo ocurrieron los hechos»[3412].

La reconstrucción de los hechos –también llamada reconstitución de los hechos[3413]– trata de reproducir idealmente y en tiempo diferido los hechos investigados o circunstancias particulares de los mismos. La diferencia fundamental con la inspección ocular consiste en que la percepción judicial se procura que sea en movimiento para que se pueda recrear el hecho delictivo investigado.

Constituye una diligencia de prueba propia del proceso penal, catalogable como una modalidad de inspección ocular, y que se distingue por el hecho que el juez se ha planteado una o varias hipótesis delictivas y acude al lugar de los hechos para extraer elementos de prueba que permitan corroborarlas.

Su naturaleza jurídica resulta muy discutida, distinguiéndose hasta tres posturas. Para un sector, se trata de una prueba de inspección *sui generis*[3414], cuya singularidad radica en que el juez puede controlar la versión de las partes y los testigos. Para otros se trata de una prueba autónoma, incluida dentro de los medios que se refieren a la percepción personal, pero que no se limita a una simple inspección, sino que tiene por objeto el desarrollo

3411 Marca Matute, J., Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. Especial consideración a la intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria, en «Estudios de Derecho Penal», vol. II, Abel Lluch, X. y Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 52-53.

3412 STS, Sala 2ª, de 4 de marzo de 1986, fto. jco. 1º (RJ 1107/1986).

3413 Climent Duran, C., *La prueba penal*, t. I, ob. cit., p.728.

3414 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2º, ob. cit., p.478; Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.557, quien, además, sugiere que la práctica simultánea de varias pruebas apoya la posibilidad que la reconstrucción de los hechos pueda ser aplicada en el proceso civil, particularmente en procesos de reclamación por responsabilidad extracontractual; Rifá Soler, J.M.ª, *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.1663.

efectivo de una acción, acontecimiento o episodio[3415]. Y para unos terceros de una prueba mixta o combinada, que se distingue del reconocimiento, por la significación de las cosas y el obrar de las personas que el juez puede observar[3416]. La STS de 24 de junio de 1992 atribuye a la reconstrucción de los hechos una naturaleza mixta entre la inspección ocular y la prueba testifical, en los términos siguientes:

> «La diligencia de reconstrucción de los hechos, que no aparece recogida con tal denominación expresa entre los medios de investigación y prueba del proceso penal, en esencia, no es otra cosa que una inspección ocular completada con una prueba testifical, y su realización práctica debe regularse sustancialmente por las normas legalmente previstas para la inspección ocular –artículos 326 y siguientes y artículo 727 de la Lecrm-«[3417].

2.5.5. Otros supuestos

Son supuestos en los que interviene el órgano jurisdiccional, pero que no tienen la naturaleza de prueba de reconocimiento judicial.

Con referencia a la LEC/1881, se han citado los siguientes: a) reconocimiento y depósito de cosa mueble (art. 1497.2º LEC/1881); b) reconocimiento de efectos mercantiles (art. 2127 LEC/1881); c) reconocimiento de buque (art. 2161 LEC/ 1881); d) reconocimiento de libros y papeles de los litigantes (art. 571 LEC/ 1881); e) reconocimiento de documentos privados y correspondencia (arts. 604 LEC/1881 y 1225 CC); f) reconocimiento de libros de comerciante (art. 48 del C. de Com); g) reconocimiento de firma y deuda (art. 1432 LEC/1881)[3418].

Con la LEC se han recogido los siguientes: a) el interrogatorio domiciliario (art. 311 LEC); b) el cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales (art. 320.2 LEC); c) la reclamación por el tribunal de los libros de los comerciantes (art. 327 LEC); d) el careo de testigos y entre éstos y las partes (art. 373 LEC); e) la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (art. 382 LEC)[3419].

3415 Florián, *De las pruebas penales*, t. II, núm. 309 citado por Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2º, ob. cit., p.478.

3416 Clariá Olmedo, citado por Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial,* t. 2º, ob. cit., p.478.

3417 STS, Sala 2ª, de 24 de junio de 1992, fto. jco.1º (RJ 5854/1992). En sentido similar, la STS, Sala 2ª, de 22 de noviembre de 2000, fto. jco. 3º (RJ 9554/2000) la cual, además, añade que la diligencia de reconstrucción de hechos «tiene un carácter excepcional sólo útil cuando se hacen manifestaciones contradictorias de las que nacen dudas sobre la situación o participación de los protagonistas de los hechos».

3418 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ob. cit., pp. 36 y ss.

3419 Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 353 LEC,* ob. cit., pp. 1929-1930.

Con mayor precisión, y respecto a la anterior enumeración, cabría afirmar:

a) el interrogatorio domiciliario (art. 311 LEC). Es una prueba de interrogatorio de las partes, singularizada porque su práctica no tiene lugar en la propia sede del tribunal que conoce del asunto, sino en el domicilio de la parte interrogada, dado que existe alguna enfermedad u otra circunstancia grave que impide a la parte interrogada desplazarse a la sede del tribunal.

b) el cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales (art. 320.2 LEC) constituye un mecanismo para la verificación del documento público, consistente en la confrontación de la copia, certificación o testimonio aportado al proceso con el original del documento, y tiene naturaleza parecida –aun cuando no idéntica– a un reconocimiento, del que difiere porque no se permite la concurrencia al acto con asistencia de técnicos o entendidos, y porque no debe realizarlo el juez, sino el Secretario judicial[3420].

c) Los libros de los comerciantes constituyen la única categoría específica de documentos privados reconocida en la LEC (art. 327), y dotada de cierta especialidad. Se ha afirmado que el reconocimiento o exhibición de los libros de comercio es un supuesto de prueba documental, combinada con la de reconocimiento judicial, e incluso con la prueba pericial, algo que ya prevé el art. 356 LEC[3421]. Otros autores, por el contrario, entienden que los libros de los comerciantes y los soportes informáticos en los que consta la contabilidad tienen mejor encaje dentro de los «instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase» (art. 299.2 LEC)[3422]. Y tampoco faltan quienes afirman que, dado que en la actualidad la mayoría de estos libros se gestionan por medios electrónicos e informáticos, se trata de una prueba «a caballo entre la prueba documental y la prueba por medios electrónicos e informáticos»[3423].

d) el careo entre testigos y entre éstos y las partes (art. 373 LEC). Ha sido calificada como una especialidad de la prueba testifical[3424] o una prueba singular[3425]. Pero no puede catalogarse, cuando menos en la LEC, como un medio de prueba autónomo, pese a que obviamente tenga lugar a presencia judicial. El careo no figura en la enumeración de los medios de prueba (art. 299.1 LEC), sino que se inserta en la

3420 Cremades Morant, J., *Comentario al art. 349 LEC,* ob. cit., p.2298.

3421 Guzmán Flujá, V., *Comentario al art. 327 LEC,* ob. cit., p.2410.

3422 Rojo, A., *La contabilidad. Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba*, en «Curso de Derecho Mercantil», Uría, R. y Menéndez, A. (dirs), 2ª ed, 2006, p.180.

3423 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.749.

3424 Fernández Seijo, J.Mª, *Comentario al art. 373 LEC*, ob. cit., p.2663.

3425 de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración,* ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p.324.

regulación del interrogatorio de testigos. Carece, por tanto, de regulación en sección independiente, como sí tienen los medios de prueba enumerados en el art. 299 LEC. Y, lo que resulta más decisivo, en la propia dicción legal se elude identificarlo como un medio de prueba, pues se conceptúa, literalmente y de modo un tanto ambiguo, de «actuaciones» (art. 373.3 LEC). Siguiendo una jurisprudencia consolidada y recaída en el proceso penal, se configura como una diligencia instrumental –sirve de cauce para confrontar declaraciones de testigos o entre testigos y partes–, excepcional –su adopción exige la concurrencia de «graves contradicciones»–, y subsidiaria –pues solo deberá acudirse a ella cuando los hechos probados no puedan deducirse a través de otros medios probatorios–[3426].

e) la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes y los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (arts. 382 y 384 LEC). No es un supuesto de reconocimiento judicial, sino de prueba electrónica, que es una modalidad de prueba documental, singularizada porque el objeto representativo se recoge en un soporte distinto del papel, como puede ser el soporte digital o informático. No debe confundirse la reproducción ante el tribunal –que constituye la práctica de la prueba– con las palabras, imágenes, sonidos, datos, cifras y operaciones matemáticas –que constituyen la fuente de prueba–. Así se distingue, con precisión y rigor dogmático, en la SAP Barcelona de 2 de mayo de 2007[3427], en los términos siguientes:

> «Entre las modalidades: A) los medios de reproducción ante el tribunal de la palabra, la imagen y el sonido contenidos en soportes (arts. 382 y 383 LEC). Ello impone una serie de precisiones: la palabra, la imagen y el sonido (la palabra es «sonido») son la fuente de prueba de donde pueden obtenerse los datos relevantes para el proceso; tales fuentes son captadas con instrumentos de grabación, filmación u otros análogos (magnetófono, cassette, aparato de vídeo, …) y recogidos en un soporte determinado (cinta magnetofónica, cinta de vídeo, soporte informático que recoja imágenes o sonidos) lo que sin duda planteará problemas sobre quién ha de proprocionar el aparato para la reproducción; la prueba es la reproducción ante el tribunal de la palabra, la imagen y el sonido».

Existe una diferencia fundamental entre el reconocimiento judicial y todos los supuestos que acabamos de describir. Como agudamente advierte Nieva Fenoll, en el reconocimiento judicial la fuente de información del juez se obtiene directamente de la observación de un lugar, un objeto o una persona, mientras que en los otros supuestos el juez debe procesar informaciones a través del lenguaje que ofrece el objeto (documento)

3426 Entre otras, pueden verse las STSS, Sala 2ª, de 13 de diciembre de 1994, fto. jco. 1º (RJ 10147/1994); de 12 de diciembre de 1996, fto. jco. 5º (RJ 8904/1996); y de 6 de mayo de 2010, fto.jco 1º (RJ 5168/2010).

3427 SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2 de mayo de 2007, fto. jco. 3º (La Ley 113346/2007).

o el sujeto (parte, testigo o perito)[3428]. El carácter directo o inmediato que se afirma del reconocimento judicial significa que entre el juez y el lugar, el objeto o la persona no se interponen ningún instrumento.

2.6. Supuestos específicos de reconocimiento judicial

Fuera de la sección 6ª (Del reconocimento judicial), del Capítulo VI (De los medios de prueba y las presunciones), del Título I (De las Disposiciones comunes a los procesos declarativos) del Libro II (De los procesos declarativos), se regulan los siguientes supuestos específicos de reconocimiento judicial:

1º) Reconocimiento judicial en los procesos de tutela sumaria de la posesión por suspensión de obra nueva (art. 441.2 LEC).

Dispone el art. 441.2 LEC: «Si la demanda pretendiera que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo *reconocimiento judicial, pericial o conjunto,* antes de la vista».

En el proceso de tutela sumaria de la posesión por suspensión de la obra nueva se confiere al tribunal la facultad de acordar de oficio la prueba de reconocimento judicial o la prueba pericial, o la práctica acumulada de ambas, con anterioridad a la vista[3429]. Dado que se trata del reconocimiento judicial de un lugar –aquel en el que se está levantando una obra cuya paralización se interesa– se acuerda su práctica con anterioridad a la vista. Se trata de un supuesto de anticipación probatoria del reconocimiento judicial, pericial o conjunto, que puede acordarse incluso de oficio (SAP Tarragona, 20 de julio de 2004[3430]). Ahora bien, debe tenerse presente que la anticipación probatoria se limitara al reconocimiento judicial o pericial, conjunto, pero no a las restantes pruebas que deberán practicarse en el acto de la vista oral[3431].

Nada dice la ley sobre el régimen del reconocimiento judicial o la prueba pericial anticipadas. Ante el silencio legal, podemos entender que si el reconocimiento judicial es

3428 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010, p.333.

3429 La SAP Jaén, secc.1ª, de 20 de junio de 2007, fto. jco.4º (La Ley 194824/2007) destaca el carácter facultativo de la prueba de reconocimiento judicial, así como la necesidad, en cuanto a su proposición, de indicar los extremos del reconocimiento.

3430 La SAP Tarragona, secc. 1ª, de 20 de julio de 2004, fto. jco. 1º (Tol 505830) admite que puede acordarse la designación pericial de oficio por el Juez al amparo del art. 441.2 LEC.

3431 Cerrato Guri, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.421.

acordado de oficio, será el propio juez quien determine los extremos del reconocimiento, aun cuando, genéricamente hablando, debe circunscribe a la determinación del estado de la obra. Si la prueba pericial se acuerda de oficio, el perito deberá designarse conforme al sistema de designación judicial de peritos (art. 341 LEC). Si el juez se limita a acordar de oficio el reconocimiento judicial, la parte actora podría solicitar la práctica acumulada con la prueba pericial, y el juez resolver lo que estime procedente. La práctica anticipada del reconocimiento judicial y/o pericial también puede ser solicitado por la parte actora, sin que tal petición vincule al juez.

El objeto del reconocimiento es la obra cuya suspensión se ha acordado. El juez puede examinar si la obra está o no terminada, a los efectos de acordar el alzamiento o mantenimiento de la suspensión inicialmente acordada, y la conveniencia que el dueño de la obra, si así lo hubiere solicitado, realice obras indispensables para conservar lo edificado. La determinación del estado de la obra cuya comprobación interesa el tribunal puede comprender: el estado actual en que se encuentra la obra; cuáles son las obras necesarias para la conservación de lo construido; y si la obra ya está terminada, en sentido jurídico[3432].

La práctica del reconocimiento judicial con anterioridad a la vista puede suscitar algunas dificultades procesales. Dado que puede ocurrir que el demandado no comparezca debidamente representado al proceso hasta el momento de la vista, puede ser conveniente que se le ponga en su conocimiento la celebración de la prueba (SAP Pontevedra, 15 de noviembre de 2002[3433]). En otra ocasión se acordó el reconocimiento judicial con anterioridad a la vista y en el acto del reconocimiento judicial se advertió que la obra estaba terminada, dictándose acto seguido auto de archivo del procedimiento, con olvido que la práctica anticipada del reconocimiento no exime del señalamiento de la posterior vista y la tramitación conforme al juicio verbal (SAP Cádiz, 30 de marzo de 2007[3434]).

2º) Reconocimiento judicial en la adopción de medidas cautelares (art. 734 LEC).

Dispone el art. 734 LEC: «En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueren pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique *reconocimiento judicial*, que, si se considerare pertinente y no pudiera practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días».

3432 Vázquez Barros, S., *Los interdictos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.341.

3433 SAP Pontevedra, secc. 5ª, de 15 de noviembre de 2002, fto. jco. 3º (JUR 53446/2003).

3434 La SAP Cádiz, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2007, fto.1º (JUR 20508/2007) acuerda la nulidad de actuaciones y retroacción a su momento procesal oportuno, es decir, practicado el reconocimiento judicial es necesaria la convocatoria y celebración de la vista en la que las partes realicen alegaciones sobre dicho reconocimiento y las demás pruebas aportadas, dictándose finalmente sentencia que alce o mantenga la suspensión inicialmente acordada.

En la vista para la adopción de las medidas cautelares se confiere al actor y al demandado la facultad de pedir cualesquiera clase de prueba, incluido el reconocimiento judicial, a pesar que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* suele acreditarse a través de documentos. La especialidad más relevante de este reconocimiento judicial es el momento procesal de su práctica, puesto que se prevé que si no puede practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo con posterioridad.

Dado que el solicitante pretende obtener las medidas cautelares con la mayor rapidez, la práctica de un reconocimiento judicial con posterioridad a la vista pretende evitar la suspensión o interrupción de la misma. Recordemos que el actor y solicitante de la medida cautelar debe pedir en su solicitud inicial las pruebas de que intente valerse (art. 732 LEC) y que las mismas deben admitirse (o denegarse) en la providencia que señala la vista. La preclusión de la solicitud de pruebas tiene su fundamento en la brevedad y concentración en la tramitación de las medidas cautelares[3435]. La práctica del reconocimiento judicial con posterioridad a la vista tiene idéntico fundamento.

3º) Reconocimiento judicial en los procesos de capacidad (arts. 759.1 y 763.3 LEC).

Dispone el art. 759.1 LEC: «En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752 LEC, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, *examinará a éste por sí mismo* y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas solicitadas por las leyes. Nunca decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal».

El examen del presunto incapaz es una modalidad de reconocimiento judicial personal[3436]. Como tuvimos ocasión de exponer en un anterior estudio, conviene precisar la necesidad, forma, contenido y constancia documental de este reconocimiento[3437].

El reconocimiento personal del presunto incapaz es una prueba legal e imperativa, incluso cuando media un previo internamiento no voluntario. Aun cuando coincide el sujeto, la finalidad del reconocimiento difiere de la del internamiento, pues en éste se examina el «aquí y ahora», y en la incapacitación se examina un «proceso». El internamiento es una medida transitoria y temporal restrictiva de la libertad ambulatoria, mientras la incapacitación es un proceso que priva o limita la capacidad de un sujeto y le constituye en estado civil de incapacitado.

3435 Valls Gombau, F.J., *Comentario al art. 734 LEC,* en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamento Civil», t. II, Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá-Soler, J.Mª; y Valls Gombau, F.J. (coords), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.3336.

3436 Entre otros muchos, Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.457; Banacloche Palao, J., *Comentario al art. 359 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», ed. Civitas, Madrid, 2001, p.1281.

3437 Reproduzco, con algunas matizaciones, las observaciones de mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 202 y 203.

En defecto de previsión legal específica, se practicará como un reconocimiento de personas, esto es, mediante un interrogatorio adaptado a las circunstancias del caso (art. 355 LEC), que en alguna resolución judicial se califica incluso de «conversación»[3438]. El examen judicial sin sujetarse a un esquema rígido de pregunta-respuesta puede desarrollarse por el cauce que el juez estime más apropiado a la enfermedad que padezca el presunto incapaz.

El contenido del reconocimiento también dependerá de la enfermedad o deficiencia del presunto incapaz. Con carácter general, y siempre que sea posible, el juez deberá indagar sobre los siguientes aspectos: la conciencia del presunto incapaz sobre el procedimiento y sobre su propia enfermedad o deficiencia; su entorno personal, familiar y social; sus hábitos cotidianos; las relaciones de dependencia y afectividad con otros familiares, con particular referencia a la existencia o no de hijos; el grado de autonomía personal del presunto incapaz; la mayor o menor posibilidad de administración de bienes; y la mayor empatía o rechazo hacia alguno de los familiares que eventualmente pudiera ser designado tutor[3439].

Mayor controversia suscita la documentación de este reconocimiento personal. Un sector doctrinal sostiene que debe extenderse un acta del examen del presunto incapaz en la que, tras la reseña de los datos objetivos (juzgado, fecha, hora y asistentes), se harán constar las «percepciones y apreciaciones del tribunal» (art. 358 LEC) –y, si asistieren y las formularen, de las partes– procurando que el juez no se limite a describir hechos o transcribir respuestas, sino también a reflejar o emitir su opinión. Otro sector doctrinal, además de extender el acta, sostiene que deberán utilizarse los medios de grabación de imagen y sonido (art. 359 LEC).

Son mayores las ventajas de prescindir de la grabación puesto que ayuda a crear un clima de naturalidad y espontaneidad para el presunto incapaz, aspecto decisivo para el buen desarrollo de la prueba. Además, la grabación del examen del presunto incapaz tampoco es decisiva, pues de interponerse un recurso de apelación, el tribunal de segunda instancia deberá imperativamente volver a practicar dicho examen (art. 759.3 LEC).

Puede ser oportuno hacer constar en el acta que se extienda al efecto –y, si es posible, también en la resolución judicial– los datos siguientes: el juez o magistrado ante quien/es se practica el examen; la asistencia del ministerio fiscal y/o de las demás partes; la duración temporal del examen; el estado emocional de la persona examinada (nerviosa, serena, vacilante, etc.); el modo de expresarse (detallado, impreciso, etc.); la transcripción literal de las

3438 Pueden verse, entre otras, las SSAP Barcelona, secc. 18ª, de 22 de noviembre de 1999, fto. jco.2º (AC 8282/1999); de 11 de febrero de 2005, fto.jco.2º (JUR 80507/2005); de 12 de enero de 2006, fto. jco.2º (JUR 84795/2006); de 6 de julio de 2006, fto. jco.2º (JUR 71516/2007); y de 15 de mayo de 2007, fto. jco.2º (JUR 269349/2007).

3439 Desde la perspectiva judicial, Sancho Gargallo, I. *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 99-102, sistematiza de modo acertado y minucioso el contenido de la exploración judicial, distinguiendo entre una esfera personal, una esfera patrimonial y el derecho al sufragio, y apuntando los extremos objeto de examen en cada una de dichas esferas.

respuestas, frases o expresiones más significativas; y las opiniones o valoraciones de quien/es realizan el examen[3440]. Un buen ejemplo de todo ello lo encontramos en la SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 1999, en la que se lee:

> «[…] que la prueba de exploración judicial efectuada, ante todos los magistrados de esta sección especializada en materia de incapacidades y con asistencia y presencia del Ministerio Fiscal en la cual se mantuvo una conversación con la Sra. F. durante un prolongado período de tiempo, superior a una hora y treinta minutos, puso claramente de manifiesto que si bien Dª María tiene déficits de memoria referentes a hechos relativamente recientes aunque mucho más al principio de la exploración, en que se encontraba un poco nerviosa, se trata de persona que goza de una plena autonomía para desplazarse y para el gobierno de su persona, y máxime en el momento actual que, según manifestó con todo detalle, se encuentra viviendo en casa de su hijo Ramón, […]»[3441].

A diferencia de la prueba de reconocimiento judicial, no es necesaria la presencia ni la intervención contradictoria de las partes. En este sentido puede resultar clarificadora la STS de 20 de marzo de 1991, que en la parte que interesa, afirma:

> «[…] El examen de la presunta incapaz se verificó por el juez constituido en audiencia a puerta cerrada, con asistencia del secretario, pero sin intervención de las partes, lo que puede estar justificado con una interpretación teleológica, por el carácter tuitivo de la medida a adoptar y que el examinado se muestre tal como es, sin mediatización alguna nacedera de la presencia de extraños, para que su aptitud y criterio fluya con absoluta naturalidad»[3442].

Ahora bien, una cosa es limitar la presencia de las partes, para favorecer el desarrollo del examen judicial, y otra distinta es que pueda efectuarse sin contradicción, esto es, sin presencia de los abogados de las partes, dado que ello puede suponer una limitación del derecho de defensa[3443]. A favor de la presencia de los abogados se ha aducido también una lectura integradora de los artículos 355.1 LEC (posibilidad de intervención de las partes

3440 En el particular relativo a las opiniones de los magistrados es ilustrativa la SAP Ciudad Real, secc. 2ª, de 26 de julio de 1999 (EDJ 38417/1999) que, en su fto. jco. 4º, razona: «Del contenido de la exploración judicial de la demandada […] no se hace constar ni un solo dato que revele en aquella una falta de percepción sobre el valor del dinero o de los bienes materiales en general, no dando, además ninguna respuesta incoherente en tal sentido, contestando convenientemente a las preguntas que se la hacen, entendiendo a qué se refieren todas las preguntas que se la han hecho». Y en la STS de 20 de febrero de 1989, fto. jco. 5º (EDJ 11796/1989), en una reflexión genérica sobre el valor de la inmediación en los procesos de incapacitación, se dice textualmente que «no se busca que el juez o tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen prudentemente de definir».

3441 SAP Barcelona, secc.18ª, de 22 de noviembre de 1999, fto. jco.2º (AC 8282/1999).

3442 STS, Sala 1ª, de 20 de marzo de 1991, fto. jco. 4º (RJ 2266/1991).

3443 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 474 y 475, limita la exclusión de los abogados de las partes (y de ambas partes) al argumento que la «asistencia impedirá que la diligencia de reconocimiento alcance buen fin», y no en razones de decoro o intimidad de la persona.

siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia) con los artículos 353.2 (facultad de la parte de anunciar la concurrencia de una persona práctica o entendida en la materia) y 354.2 (facultad de las partes, abogados y procuradores de concurrir al acto del reconocimiento y de efectuar, de palabra, observaciones), todos ellos de la LEC[3444].

Dispone el art. 763.3 LEC: «Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá *examinar por sí mismo a la persona cuyo internamiento se trate* y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley».

El «examen por sí mismo» a la persona que sufre trastorno psíquico es también una modalidad de reconocimiento judicial personal, que suscita cuestiones relativas al lugar del examen, la forma, el contenido, la práctica conjunta con el dictamen del facultativo y su carácter público o privado[3445].

El lugar del examen será, como regla general, la sede del Tribunal (arts. 290 y 129.1 *a sensu contrario* LEC), y la excepción el desplazamiento fuera de la sede judicial, admisible por razones de urgencia del internamiento[3446], por las características del trastorno sufrido por la persona afectada[3447] o por la negativa voluntaria a comparecer a presencia judicial, tras una previa citación[3448].

Se practicará como un reconocimiento de persona, mediante un interrogatorio adaptado a las circunstancias del caso (art. 355 LEC), que tendrá un carácter abierto, de

3444 Cucarella Galiana, L.A., en Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob.cit., p.415.

3445 Sigo, en lo sustancial, mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio*, ob. cit., p.217.

3446 En el mismo sentido, Huertas Martín, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Comares, Granada, 2002, p.212.

3447 La LEC contiene previsiones para el «interrogatorio domiciliario» (art. 311.1 LEC) y para la «declaración domiciliaria del testigo» (art. 364.1 LEC), uno de cuyos presupuestos es la enfermedad y también la concurrencia de circunstancias especiales, que en la remisión del art. 364.1 LEC al 169.4 LEC, permite incluir la «dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte o causas de análogas características».

3448 La celeridad que debe inspirar el proceso y la ausencia de formalismos debe habilitar al juzgado para recurrir a los actos de comunicación previstos en el art. 162 LEC («por medios electrónicos, informáticos o similares») y si no resultare posible la citación por vía de fax –por no disponer el juzgado o la persona citada–, puede ser oportuno recurrir a una citación por vía telefónica, bajo la dación de fe del secretario, o en el supuesto de comparecencia de un familiar en el juzgado, mediante la entrega de cédula al mismo.

manera que el juez puede formular ora preguntas, ora efectuar observaciones, ora simplemente contrastar las respuestas del afectado con la información médica o la procedente de otros familiares.

En el contenido del examen, y siempre que sea posible, el juez procurará examinar los siguientes aspectos: la conciencia del sujeto sobre el procedimiento y su propio trastorno, la situación personal y familiar de la persona afectada, la voluntariedad o resistencia del afectado al internamiento y la existencia de algún previo internamiento.

La práctica del reconocimento puede hacerse por el juez por sí solo, o con la presencia de un facultativo, el cual indicará los aspectos médicos más relevantes o puede ofrecer pautas para interpretar la conducta o respuestas de la persona examinada. La práctica conjunta tiene soporte legal en el art. 356 LEC que admite, de oficio y a instancia de parte, la práctica simultánea del reocnocimiento judicial y del pericial.

Mayores matices precisan la intervención del Ministerio Fiscal, letrados y partes. La regla general es la publicidad de las actuaciones de prueba y de las actuaciones orales (arts. 137 y 138 LEC), admitiéndose, previa audiencia de las partes, la práctica a puerta cerrada «cuando la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan» (art. 138.3 LEC).

La intervención del Ministerio Fiscal en el reconocimiento que, a tenor del art. 763 LEC no es preceptiva, puede ser conveniente en aquellas sedes judiciales en que los medios humanos así lo permitan y atendida la complejidad del caso[3449]. Aun cuando no es habitual que los letrados deseen intervenir en el examen, integra una de las manifestaciones del derecho de defensa. Por el contrario, el juez puede ser más restrictivo con la presencia de la parte promotora del internamiento, pues salvedad que el afectado –por razones de seguridad o confianza– reclame su presencia, ésta puede devenir perturbadora para la propia persona afectada.

Además del examen del presunto incapaz (art. 759 LEC) y de la persona afectada por un trastorno mental transitorio (art. 763 LEC) otros supuestos de reconocimiento judicial de personas con regulación específica y propios de los procesos de capacidad, filiación y matrimonio son: a) examen del juez del declarado incapaz para el proceso de reintegración

3449 En el mismo sentido, Duerto Argemí, t. , *Los procesos sobre capacidad de las personas. La medida de internamiento*, Jornadas sobre «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en «Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal», núm. II-2001, Madrid, 2001, p.264; Jiménez Soria, J., *El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares: referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz*, en «El Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces: fundamento de su actuación y problemas prácticos», en «Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal», VII, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, p.76, subraya la importancia de la presencia del Ministerio Fiscal y se muestra a favor de la presencia e intervención de las partes, representantes y letrados. En contra, González Poveda, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 1997, p.339, para quien se puede prescindir de la presencia del Ministerio Fiscal, aduciendo razones de intimidad y fluidez en la práctica de la prueba.

de la inacapacidad (art. 761.3 LEC); b) audiencia de las personas afectadas en la adopción de medidas cautelares cuando el tribunal tiene conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación de una persona (art. 762.3 LEC); c) audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas como medida cautelar en los procesos de impugnación de la filiación, cuando se acuerden medidas de protección sobre la persona y bienes del sometido a potestad (art. 768. 3 LEC); d) audiencia a los hijos menores o incapacitados, si tuvieren juicio suficiente y, en todo caso, a los mayores de doce años, en procesos de nulidad, separación y divorcio contenciosos (art. 760.4ª II LEC); e) audiencia a los hijos menores o incapacitados en procesos de separación y divorcio consensuales (art. 777.5 LEC)[3450].

3. Los sujetos del reconocimiento

3.1. El juez

El juez es el protagonista y el destinatario de la prueba de reconocimiento judicial. Como protagonista del reconocimiento percibe por cualesquiera de los sentidos un lugar, un objeto o una persona y traslada sus percepciones y apreciaciones al acta del reconocimiento judicial[3451] (art. 358.1 LEC). Como destinatario del reconocimiento contrasta sus percepciones sensoriales con el resultado de los demás medios de prueba, en orden a la motivación del juicio fáctico de la sentencia.

El juez no actúa aisladamente, sino que, junto con el Secretario judicial integra la comisión judicial, que se desplaza al lugar del reconocimiento, siendo el juez el protagonista del acto de reconocimiento judicial y el secretario judicial el autor del acta de reconocimiento. En aquellos supuestos en que el objeto o persona se desplaza a la sede judicial a los efectos del reconocimiento puede plantearse la cuestión, tras la reforma de 2009, de si es necesaria la presencia del Secretario judicial[3452].

El art. 147 LEC permite que el Secretario judicial utilice la firma electrónica (u otro sistema de seguridad que ofrezca las mismas garantías) para garantizar la autenticidad de lo

3450 Recogemos la enumeración de Gallego Mañueco, Mª A., y Martín Jiménez, C. M., *Comentario al art. 355 LEC*, ob. cit., pp. 1944 y 1945.

3451 Con un punto de ironía la SAP Madrid de 8 de febrero de 1992, fto. jco. 2º (AC 311/1992) afirma que el juez «no puede hallarse en calidad de convidado de piedra» en el acto de reconocimiento judicial, añandiendo que las observaciones de las partes tienen carácter complementario respecto de las percepciones del juez, que es el auténtico protagonista de la diligencia.

3452 Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, una de cuyas finalidades es potenciar el Cuerpo de Secretarios Judiciales y redistribuir las funciones entre el Juez y el Secretario, de modo que el Juez se concentre en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y el Secretario asuma nuevas funciones, más allá del impulso formal del procedimiento, que inciden en la tramitación procesal.

grabado, pudiendo ausentarse del de la vista. Ahora bien, el mismo artículo prevé la posibilidad de que se tengan que practicar pruebas que precisen de la asistencia del secretario: «el Secretario judicial atendiendo a la complejidad del asunto, *al número y naturaleza de las pruebas a practicar*, al número de intervinientes…». De modo que queda al criterio del Secretario judicial la asistencia al acto del juicio o la vista. De practicarse un reconocimiento sin la asistencia del Secretario judicial, se documentará mediante la descripción del objeto del que quedará constancia en la grabación[3453].

El carácter directo del reconocimiento judicial comporta que, en principio, ha de practicar el reconocimiento el juez que ha de dictar sentencia. Aun cuando dogmáticamente puede merecer algún reproche, se podrá practicar por auxilio judicial (arts. 273 a 275 LOPJ), siendo deseable que se precisen los extremos del reconocimiento en el exhorto librado al efecto. No cabe, en cambio, la delegación en el Juez de Paz, en la medida que las competencias de éste, en el auxilio judicial, no alcanzan los actos de práctica de prueba (art. 170 LEC).

Si el reconocimiento debe practicarse por tribunal colegiado, y a diferencia de lo que lo que disponían los artículos 254 y 336-3º de la LEC de 1881, que permitían encomendar su práctica al magistrado ponente, deberá ser practicado por la sala sentenciadora (arts. 137 y 180 LEC), esto es, con la participación de todos los miembros del tribunal, lo cual es, también, un refuerzo y garantía de la inmediación[3454].

Tal sucedió el 23 de septiembre de 2009 cuando, ante una solicitud de medidas cautelares de suspensión de obras interpuesta por el Patronato de la Sagrada Familia, cinco magistrados de la Audiencia Nacional comparecieron en Barcelona para examinar las obras del túnel de alta velocidad cuyo trazado transcurre a pocos metros del templo de la Sagrada Familia, habiéndose desplazado hasta las obras la Sala de la Audiencia Nacional al completo e integrada por sus cinco magistrados[3455].

3.2. Las partes, los abogados y los procuradores

Además del juez y secretario judicial, pueden concurrir al acto del reconocimiento judicial las partes, sus abogados y sus procuradores. Se trata de una intervención facultativa, no preceptiva, como se deduce de los términos empleados por el legislador («las partes, sus procuradores y abogados *podrán* acudir al reconocimiento judicial…», art. 354.2 LEC).

3453 En sentido crítico se manifiesta Richard González, M., *Análisis crítico sobre las últimas reformas del proceso civil*, artículo inédito, p.10, para quien la asistencia del Secretario al acto del juicio o la vista debería corresponder al Juez, en cuanto le incumbe la competencia para ordenar y dirigir el proceso.

3454 Montero Aroca, J., *La prueba de reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.471; Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.75.

3455 Ejemplo recogido por Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.337.

El carácter contingente de la intervención de las partes, sus abogados y procuradores significa que su inasistencia al acto del reconocimiento, incluso de la parte que propuso el medio de prueba, no implica desistimiento, ni suspensión del acto, puesto que la nota distintiva de este medio de prueba es la percepción judicial inmediata (SAP Las Palmas, 29 de octubre de 1998[3456]).

Mayor dificultad suscita precisar el alcance de la intervención de las partes, que podrán «hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas» (art. 354.2 LEC). Las partes no tienen una intervención meramente testimonial en el acto del reconocimiento judicial, debiéndose precisar el alcance de sus «observaciones». Parece claro que no es un acto de alegaciones y contraalegaciones de las partes[3457], y que su intervención tampoco alcanza la facultad de formular preguntas al juez acerca del modo cómo percibe lo que está reconociendo[3458], sino que más bien se trata de efectuar propuestas de observación para que el tribunal las aprecie o verifique, o mejor reconozca lo que está examinando[3459], o simplemente indique aspectos que pudieran ser relevantes a los efectos del objeto del reconocimiento y que han pasado inadvertidos en una primera percepción judicial[3460].

Sin embargo, tampoco faltan autores partidarios de una amplia intervención de las partes, tanto si incluyen observaciones de hecho como valoraciones subjetivas[3461]. A efectos probatorios, y dado que lo esencial son las «percepciones y apreciaciones del tribunal» reflejadas en el acta (art. 358.1 LEC), las observaciones de las partes no dejan de ser «meras alegaciones de las partes en un acto judicial»[3462].

Las «observaciones» de las partes y los abogados deben ser recogidas en el acta del reconocimiento judicial. Como se ha dicho acertadamente «la intercalación de la fórmula

3456 La SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 29 de octubre de 1998, fto. jco.1º (AC 7350/1998) afirma, con referencia al derogado art. 634 LEC\1881 y aplicable al vigente 354.2 LEC, que la inasistencia de la parte, su Letrado o Procurador no obsta a la validez de la diligencia practicada, pues tal presencia no es preceptiva.

3457 Escribano Mora, F, *Comentario al art. 358 LEC*, ob. cit., p.2608.

3458 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., pp. 58. En sentido contrario. Gallego Mañueco, Mª A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.1939, para quienes: «En concreto, las partes pueden preguntar al juez acerca de cómo percibe el objeto que está reconociendo y, en el caso que haya un extremo que no comprendan, pueden pedirle las oportunas aclaraciones y explicaciones».

3459 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* ob. cit., p.300.

3460 Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.755, cita, a título de ejemplo, «señalar al tribunal aspectos concretos de la cosa que deben ser examinados, hacer constar sus apreciaciones sobre el objeto, refutar si es conveniente lo dicho por la otra parte».

3461 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.687.

3462 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 354 LEC,* ob. cit., p.2590, quien, además añade que, «incluso, suele ser frecuente que el juez haga constar que pese a una determinada alegación, su percepción sensorial es distinta a la que realiza la propia parte».

'de palabra' no elude, si son rehusadas, el derecho a hacerlas consignar, porque lo determina el art. 358.1 LEC, aparte de las exigencias de la fe pública judicial, según los arts. 145 y 146 LEC»[3463]. La omisión en el acta de las observaciones de las partes puede ser motivo de nulidad de actuaciones, tal y como razona la SAP de Cádiz de 22 de noviembre de 1993 que, en la parte que interesa, literalmente expresa:

> «El art. 634 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [1881] [y el actual 354.2 LEC] es taxativo al decir que las partes podrán hacer al Juez, de palabra, las observaciones que estimen oportunas, así como que del resultado de la diligencia extenderá el actuario la oportuna acta, que firmarán los concurrentes, consignándose también en ella las observaciones pertinentes hechas por una y otra y las declaraciones de los prácticos. Por tanto, dos cosas son claras en el texto de la Ley: una, el acta la firmarán los concurrentes (no sólo el Juez y la Secretaria, pues la negativa a firmar de las partes podría plantear una posible conducta punible contra quienes representan la actuación jurisdiccional), y otra, que dicha acta recogerá las observaciones de la parte. Pues bien ninguno de estos dos extremos concurren en el caso de autos, donde la representación y asistencia de los apelantes se negaron a firmar el acta de reconocimiento judicial (cosa que no debió permitir el Juez de instancia, ya que la negativa injustificada supone desconocer el recto ejercicio de la función jurisdiccional) y, de otro lado, no se recogen las alegaciones que sobre la obra de autos hizo aquella parte durante la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial»[3464].

La intervención de las partes, abogados o procuradores puede ser limitada o prohibida en determinados supuestos (arts. 138.2 y 754 LEC). Se trata de una difícil ponderación entre el derecho de defensa de las partes a través de abogados (art. 24 CE) y el derecho a la dignidad e intimidad de las personas (art. 18 CE), ponderación en la cual el juez deberá limitar o prohibir la presencia de aquellos sujetos cuya presencia «considere perturbadora para el buen fin de la diligencia» (art. 355.1 LEC).

Las partes, abogados y procuradores, en virtud de un *usus fori*, se abstienen de intervenir en el reconocimiento de un presunto incapaz y en la exploración de un menor de edad. Fuera de estos supuestos, sobre los que existe un consenso de práctica forense, la limitación de la presencia de las partes y abogados requiere resolución motivada, en la medida que menoscaba el derecho de defensa.

Las partes pueden ser objeto de interrogatorio cuando se admite la práctica conjunta del reconocimiento judicial y del interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC), en cuyo caso el Secretario judicial deberá expedir, con una antelación mínima de cinco días (art. 290 LEC), la citación con las prevenciones legales propias (y, entre ellas, también el hecho que la incomparecencia no justificada de la parte puede eventualmente y en sentencia considerarse como una *ficta admissio*). La dicción legal limita el interrogatorio de las partes al solicitado por la adversa (art. 357.2 LEC), con injusticable exclusión del solicitado por un codemandado cuando medie conflicto de intereses (art. 301 LEC).

3463 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* ob. cit., p.300.

3464 SAP Cádiz, secc. 2ª, de 22 de noviembre de 1993, fto. jco.1º (AC 2598/1993).

3.3. Las personas técnicas o expertas

Las partes puedan concurrir al acto del reconocimiento judicial con el auxilio de unos sujetos, antes denominados «personas prácticas en el terreno» (art. 634, II LEC\1881) y ahora «personas técnicas o prácticas en la materia» (art. 353.2 LEC). Mientras para unos la nueva denominación puede inducir a confusión por acercarlo a la figura del perito[3465], para otros, con mejor acierto, evidencia la intención del legislador de que cualquier persona con conocimientos sobre los que versa el reconocimiento, «sea perito, técnico, entendido o práctico», pueda concurrir al acto y acompañar a la partes[3466].

Ha sido definido como «un tercero, por lo tanto ajeno a la *litis*, introducido en el proceso a instancia de parte y llamado a declarar o a hacer observaciones a conveniencia del tribunal por razón de su especial conocimiento (que no conocimiento especializado) sobre el objeto que constituya la prueba de reconocimiento»[3467].

Su naturaleza jurídica ha sido –ya desde la derogada LEC/1881– muy discutida, pudiendo distinguirse las siguientes posiciones:

a) Naturaleza similar al perito, pero solo se le piden meras observaciones, lo cual le convierte como máximo en una mera *pericia percipiendi*[3468]. Se afirma que los conocimientos que aporta el práctico, sean fruto de su experiencia o su proximidad con el objeto del reconocimiento –e incluso de su titulación[3469]–, están más cercanos a los de un perito, pero su intervención en el acto, propuesto por las partes y supeditado a la iniciativa y necesidad del tribunal, le aleja del régimen jurídico de la prueba pericial, en el que los dictámenes –sean de parte o de designación judicial– se rinden por escrito y pueden someterse a contradicción a instancia de cualquiera de las partes (art. 347 LEC). Posición que no podemos compartir en cuanto las personas técnicas o prácticas –y ya prescindiendo de la mayor o menor cualificación de sus conocimientos– no emiten un dictamen, ni pueden ser objeto de recusación ni de tacha.

b) Naturaleza similar al testigo. Se destaca que son propuestos por una de las partes que desea llevarlos al acto del reconocimiento judicial[3470], y que su régimen ju-

3465 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* ob. cit., p.294.

3466 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial…,* ob. cit., p.221.

3467 Solé Riera, J., *Personas técnicas o expertas*, en «El reconocimiento judicial», J.M.Bosch editor, Barcelona, 2012.

3468 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob.cit., p.380.Y en sentido similar Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.56 y Cremades Morant, J.B., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.1210.

3469 Rueda López, J.C., *Comentario al art. 353 y 354 LEC*, ob. cit., p.1153.

3470 Manresa y Navarro, J.Mª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. III, ob. cit., p.317, para quien, además, no puede permitirse la recusación de estos prácticos y pueden ser tachados por las mismas causas que los testigos.

rídico es incompatible con los sistemas de designación de perito, puesto que no son susceptibles de ser designados por el tribunal, o por insaculación o de común acuerdo por las partes[3471]. Posición que no podemos compartir en cuanto las personas técnicas o prácticas no declaran sobre hechos del proceso, ni pueden ser objeto de tacha, ni tienen el deber de comparecer. Además, la intervención del práctico no está sujeta a la formalidad del interrogatorio de un testigo, ni se le formulan propiamente preguntas, ni la parte adversa tiene la facultad de formular repreguntas y, finalmente, mientras no existe limitación en cuanto al número de testigos que una parte puede proponer, la intervención del práctico es unitaria, puesto que cada parte solo puede hacerse acompañar «con alguna persona práctica o entendida» (art. 353.2 LEC)[3472].

c) A medio camino entre el perito y el testigo. Se trata de «expertos cualificados en la materia sobre la que versa el reconocimiento, requiera o no titulación oficial la acreditación o el empleo de sus conocimientos»[3473]. Y precisamente por estar a medio camino, se dice que son propuestos por las partes –como los testigos–, pero prestan su colaboración al juez –como los peritos–. En esta línea, expresiva de la incertidumbre doctrinal, Prieto Castro aludía a ellos como «testigos con formación cuasi-pericial»[3474]. También se han calificado como una «figura mixta», una suerte de perito-testigo, puesto que declara y hacer observaciones al juez bajo juramento o promesa de decir verdad (art. 354.3 LEC)[3475].

d) Naturaleza similar al testigo-perito. Se fijan en la intervención del práctico en el proceso y se apunta que su finalidad consiste en «proporcionar máximas de experiencia basadas en la memoria histórica de la conformación de linderos, por ejemplo, pero al tiempo, enseñaba las costumbres para la fijación de linderos, etc…»[3476]. Posición que no podemos compartir porque, aun cuando su intervención pueda ser similar, su naturaleza jurídica es bien distinta. El testigo-perito, cuando menos en la regulación del artículo 370.4 LEC, es un testigo cualificado por sus conocimientos y un testigo declara sobre los hechos generalmente pasados y sobre hechos del proceso, resultando un sujeto infungible. Por su parte, el práctico hace observaciones al juez, bajo juramento de decir verdad (art. 354.3 LEC), pero no propiamente a través

3471 Cremades Morant, J.B., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.2327. Con cautela afirma Montero Aroca, J., (*La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.472) que «no son peritos en sentido estricto de la LEC y es dudoso que puedan ser considerados como testigos, aunque se acercan al testigo».

3472 de Paula Pérez, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, 1968, pp. 40 y 41.

3473 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial…*, ob. cit., p.193.

3474 Prieto Castro, L., *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1968, p.453.

3475 Gómez Colomer, J.L., con AAVV, «El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)», ob. cit., p.327.

3476 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.2591; Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.221.

de un interrogatorio y puede ser sustituido por cualesquiera otra persona con los mismos conocimientos.

e) Sujetos auxiliares del reconocimiento judicial. Se afirma que las personas técnicas o prácticas contribuyen a facilitar la perfecta percepción del juez de la cosa a reconocer y que pueden ser interrogados sobre las peculiaridades de la cosa reconocida, pero no sobre las restantes hechos del proceso[3477]. Es la posición más acertada en cuanto centra la función de la persona práctica o entendida –auxilio judicial para la mejor percepción del objeto del reconocimiento (ej. fijación de lindes de fincas, de servidumbre, de identificación de terrenos, de procesos de cultivo, etc.) – y su intervención en el proceso –limitada a las peculiaridades del objeto del reconocimiento–.

En términos similares se ha dicho que son «mediadores probatorios», particularmente en aquellos supuestos en los que el conocimiento del terreno podía constituir un valioso dato probatorio[3478], y con esta denominación se contemplaban en el art. 513 del Proyecto de Profesores de 1974[3479], aun cuando referidos a la actuación de un práctico cuando la inspección pudiera entrañar un peligro para el juez (citándose como ejemplos en la Exposición de Motivos, «el examen de los hierros de los toros bravos o de animales de circo o parque, o comprobación del estado de construcción de un piso elevadísimo y sin embalizada de seguridad, etc.»)[3480].

f) Asistentes de las partes. Se afirma que las personas técnicas o prácticas codyuvan a la defensa de la posición de las partes, al modo de los abogados o procuradores, pero en un plano secundario[3481], o que se trata de personas auxiliares de las partes cuya asistencia tiene una función de asesoramiento, sin perjuicio que el juez decida que le asesoren también a él[3482]. Desde esta posición se destaca que son las partes quien deben anunciar y proponer la presencia de la persona técnica o práctica en la materia, y no el juez.

La intervención del práctico en el acto del reconocimiento no está sujeta a la autorización judicial, aun cuando existe un deber de puesta en conocimiento a la parte

3477 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., pp. 556 y 557.

3478 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil,* ob. cit., p.685, para quien, además, dicha figura se trata ya de un «arcaismo simbólico», pues «es mucho más rentable que lo hagan los técnicos y el juez se limite a ver el vídeo de la extracción del petróleo contaminante del caso del buque».

3479 Cuyo tenor literal era el siguiente: Art. 513. Mediador para el reconocimiento. «Cuando por la situación de las cosas o el peligro que entrañe el reconocimiento no sea exigible al juez que lo verifique directamente en toda su amplitud, podrá valerse de persona entendida y apta según las circunstancias, a la cual recibirá previamente juramente de ser veraz en la transmisión de sus percepciones».

3480 Profesores de Derecho Procesal, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p.92.

3481 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. 1º, 2ª parte, ob. cit., p.688; Cucarella Galiana, L.A., en Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.415.

3482 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.2591.

contraria, a los efectos que pueda también concurrir con idéntica figura[3483]. Antes de ser interrogado, el juez recibirá juramento o promesa de decir verdad (art. 354.3 LEC), pero no está sujeto a ningún tipo de recusación o tacha[3484]. Aun con todas estas prevenciones, en la práctica es difícil deslindar lo que pueden ser las observaciones de un práctico y lo que pueden ser las deducciones de un perito[3485]. En cualquier caso la posibilidad de servirse de una persona práctica o entendida no puede suponer una manera encubierta de introducir un dictamen pericial que no se aportó con los escritos de alegaciones (SAP Málaga, 27 de febrero de 2004)[3486].

Se ha discutido también si es exigible algún tipo de titulación a la persona práctica o entendida, y lo cierto es que el art. 353.2º LEC no contiene ninguna exigencia de titulación específica –a diferencia de la regulación del perito, que admite la doble dualidad de peritos (el titulado y el no titulado, también llamado «persona entendida»)–, por lo que parece que basta que se trate de persona con conocimientos especializados (SAP Pontevedra, 26 de febrero de 2002)[3487], sin necesidad de estar amparados en ningún título de oficial.

3.4. Los peritos y testigos

La LEC prevé supuestos de acumulación –o, por respetar la dicción legal, de concurrencia– del reconocimiento judicial con la prueba pericial (art. 356 LEC) y/o con el interrogatorio de testigos (art. 357.1 LEC), en cuyo caso los peritos y/o los testigos deberán ser citados en tiempo y forma al acto del reconocimiento.

El reconocimiento judicial y la prueba pericial se practicarán simultáneamente y en un solo acto, de modo que el tribunal practicará el examen del lugar, el objeto o la persona, y al mismo tiempo oirá las máximas técnicas que puedan aportar el perito (art. 356 LEC). Dado el modelo de pericial dual –con dictámenes a instancia de parte y aportados, como regla general, con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC), y dictámenes de designación judicial, solicitados con los escritos de alegaciones y aportados cinco días antes de la audiencia previa o la vista (art. 339.2 LEC)– un autorizado sector doctrinal entiende

3483 En sentido contrario Asencio Mellado, J.Mª, *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.747, para quien la intervención de las personas técnicas o prácticas en la materia está sujeta a la autorización judicial.

3484 Ello no impide, en opinión de Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.380, que «la parte a quien perjudiquen sus observaciones puede indicar circunstancias que enturbien su imparcialidad u objetividad».

3485 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*, ob. cit., p.380.

3486 La SAP Málaga, secc.4ª, de 27 de febrero de 2004, fto.jco 1º (La Ley 51369/2004) advierte que «[…], por cuanto dicha norma [el art. 353.2 LEC] lo que permite es que las partes puedan concurrir al acto del reconocimiento judicial con alguna persona técnica en la materia, pero no que se designe al efecto un perito judicial para que emita informe, dado que no es sino una forma encubierta de soslayar la normativa procesal aplicable a la prueba del dictamen de peritos».

3487 SAP Pontevedra, secc.1ª, de 26 de febrero de 2002, fto. jco. 2º (La Ley 43227/2002).

que únicamente cabe la práctica conjunta con el dictamen de designación judicial, ya que el reconocimiento o examen del perito de parte ya se habrá producido[3488].

Aun cuando no se regula detalladamente la práctica conjunta de ambos medios de prueba –y el artículo 356.1 LEC contiene una insuficiente remisión «al procedimiento establecido en esta Sección», que obviamente no completa la prueba pericial–, entendemos que, por lo general, el perito aporta su dictamen con anterioridad al reconocimiento, y durante la práctica conjunta se produce una suerte de contradicción del dictamen pericial, al modo como podría tener en el acto del juicio (art. 347.1 LEC).

Esa contradicción reviste la peculiaridad que, a la vista del lugar, el objeto o la persona del reconocimiento, los abogados y el propio juez pueden solicitar del perito preguntas y aclaraciones sobre sus conclusiones y demás aspectos del dictamen y las explicaciones de éste *in situ* pueden coadyuvar a formar mejor la convicción judicial. Ahora bien, siendo ello lo deseable, y ante la falta de previsión legal, tampoco objetamos a que el perito participe en el acto del reconocimiento judicial, aportando sus conclusiones al juez y a las partes, y con posterioridad emita su dictamen escrito, con traslado a las partes para observaciones.

Acordada, de oficio o a instancia de parte, la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial, el Secretario judicial comunicará al perito el día, hora y lugar del reconocimiento, también con una antelación mínima de cinco días (art. 290 LEC)[3489].

El reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos se practican sucesivamente y en un solo acto, de modo que el tribunal practicará en primer lugar el examen del lugar, el objeto o la persona y, a continuación, tendrá lugar el interrogatorio (art. 357.1 LEC), con observancia del régimen general de la prueba testifical, de modo que los testigos serán preguntados, inicialmente, por las generales de la ley, acto seguido por las preguntas que formulen ambos letrados –comenzando por el proponente del testigo– y, finalmente, por las aclaraciones que interese el juez.

Los testigos, al igual que los peritos, serán citados al acto del reconocimiento, con al menos cinco días de antelación (art. 290 LEC) y su declaración no difiere de la que pueda tener lugar en el acto del juicio (de un juicio ordinario) o la vista (de un juicio verbal), con

3488 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.255; López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.221; Montero Aroca, J, *La prueba en el proceso civil,* ob. cit., p.476; Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* ob. cit., p.303; Rifá Soler, J.M., *Comentario al art. 353 LEC,* ob. cit., p.1645.

3489 La STS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 2004, fto. jco. 2º (RJ 6899/2004) aborda un supuesto en que fue propuesta y admitida la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial y la prueba testifical y, sin embargo, no se llevó a cabo porque no se señaló día y hora para su práctica. El TS estimó que, no obstante la existencia de una irregularidad procesal, no se generó indefensión porque en el escrito de conclusiones la parte recurrente no estimó necesaria la prueba de reconocimiento judicial y se limitó a interesarla para mejor proveer si existieran dudas.

la salvedad que, de no disponer de medios técnicos para grabación de la declaración, las preguntas y respuestas constan en el acta extendida al efecto por el Secretario judicial[3490].

4. Objeto del reconocimiento

4.1. Generalidades

Dogmáticamente es necesario distinguir entre el objeto, la fuente y el medio de prueba. Objeto del reconocimiento, en palabras de Onecha Santamaría, es «un conjunto de indicios que se desprenden de la observación de la materia que se examina y son entresacados por su vinculación con el tema que se enjuicia»[3491]. La fuente del reconocimiento judicial, entendida como concepto extrajurídico que se identifica con una realidad anterior al proceso, es un lugar, un objeto o una persona. Y el medio de prueba, entendido como concepto jurídico que permite incorporar las fuentes al proceso, es la actividad judicial de percepción.

También debe distinguirse entre objeto del reconocimiento, hecho deducido y hecho a probar. Siguiendo al mismo Onecha Santamaría, y en un supuesto de impugnación de un contrato de compraventa de máquina por vicios ocultos, el objeto del reconocimiento será la máquina, el hecho deducido la existencia, en su caso, de un ruido anormal, y el hecho a probar su falta de rendimiento y la existencia de un vicio oculto que sirve de fundamento para la pretensión[3492].

Otros autores, como Font Serra, distinguen entre el objeto de la prueba de reconocimiento judicial y el objeto de la percepción judicial en el reconocimiento judicial. Así serán objeto del reconocimento judicial, como de cualquier otro medio de prueba, los hechos o afirmaciones de los hechos controvertidos, con la particularidad que estos hechos pueden ser verificados, en cuanto a su existencia o inexistencia, por la percepción sensorial de algún ente u objeto material que pueda ser percibido y examinado. Y será objeto de la percepción judicial en el reconocimiento judicial la materialidad y la exterioridad, esto es, que la percecpión solo puede recaer sobre un ente material con exterioridades, de modo que lo inmaterial no podrá ser objeto de la percepción sensorial[3493].

3490 La SAP Cádiz, secc. 8ª, de 16 de febrero de 2007, fto. jco. 2º (La Ley 334596/2007) declara la nulidad parcial de la sentencia en lo que se refiere a la valoración de la declaración prestada en el acto de reconocimiento judicial por quien no fue propuesto como testigo en el momento procesal oportuno, ni pudo ser interrogado por ambas partes litigantes.

3491 Onecha Santamaría, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.84.

3492 *Ibid.*, p.80.

3493 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*, ob. cit., p.215.

De igual modo se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación del derogado art. 1240 CC, al afirmar que el reconocimiento debía permitir «al tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que trate de averiguar» (entre otras muchas, SSTS 17 de mayo de 1985, 12 de julio de 1990 y 2 de febrero de 1993)[3494]. No será necesario que el juez posea unos conocimientos especiales para percibir el objeto del reconocimiento, pues en tal caso sería necesaria una prueba pericial.

Cuestión distinta es qué puede ser objeto de reconocimiento judicial. Siguiendo a Montero Aroca, podemos afirmar que el reconocimiento puede recaer sobre: a) cualquiera cosa que sea susceptible de apreciación por los sentidos; b) los vestigios que haya podido dejar esa cosa, es decir, sus huellas o efectos (ej. electricidad); c) no tanto la cosa en sí misma considerada cuanto la cosa en una determinada situación (ej. funcionamiento de máquinas o los humos u olores de una fábrica); d) la persona humana, tanto en cuanto a sus características físicas como sus aptitudes mentales y cualidades[3495].

Con mayor precisión que el derogado artículo 633 LEC/1881 –que aludía al «sitio o cosa litigiosa»–, el artículo 353.1 LEC se refiere al «lugar, objeto o persona», expresión tripartita que permite intuitivamente identificar separadamente a los inmuebles («lugar»), muebles («objeto») y a las personas físicas («persona»).

4.2. Reconocimiento de lugares

Históricamente la prueba de reconocimiento judicial ha tenido por objeto un lugar. Así lo advierte una Ley de las Partidas (Ley 13, Título 14, Partida 3ª) al afirmar: «Contiendas e pleitos acaescen ante los omes, que son de tal natura que non se pueden departir por prueba de testigos o de carta o de sospecha, a menos que el juzgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda o el pleito. E esto sería cuando fuere movido pleito antél sobre términos de algún logar, o en razón de alguna torre o casa, que pidiesen al Juez que la ficiere derribar, porque se queria caer».

El lugar del reconocimiento puede ser entendido como un espacio físico –resultando muy gráfica la expresión francesa *descente sur lieux*– e incluso un espacio virtual. Puede reconocerse un espacio físico, entendiéndose por tal un espacio urbano o rústico de cuyo examen puedan extraerse datos probatorios. Y puede examinarse un lugar virtual, como puede ser el contenido obrante en la red de internet o en un ordenador.

La jurisprudencia ha recordado la conveniencia del reconocimiento judicial, especialmente cuando se trata de una cuestión relacionada con el «territorio»[3496], y el término

3494 SSTS, Sala 1ª, de 17 de mayo de 1985 (RJ 2265/1985); de 12 de julio de 1990, fto. jco. 3º (RJ 5856/1990) ; y de 2 de febrero de 1993, fto. jco. 3º (RJ 791/1993).

3495 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 454-455.

3496 La STS, Sala 1ª, de 4 de octubre de 1993, fto. jco. 3º (RJ 7454/1993) afirma: «La prueba de reconocimiento judicial, no obstante su importancia y la conveniencia de su práctica, sobre todo *en las*

lugar debe entenderse en sentido amplio compresivo no solo de terrenos sino de obras de cualquier clase, como caminos, puentes, carreteras, tendidos eléctricos, muros, etc. A título ilustrativo, el juez reconocerá un camino a los efectos de una acción negatoria de servidumbre (STSJ Aragón, 18 de junio de 2010[3497]), el cruce de un ferrocarril a los efectos de una acción de responsabilidad extracontractual por lesiones derivadas de accidente de circulación, los mojones de una finca a los efectos de una acción de deslinde, o un muro que se levanta a los efectos de un interdicto de obra nueva.

Por otra parte, ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, puede examinarse –mediante la navegación– una cuenta de correo electrónico, una página web, o los mensajes de teléfono sms, por citar algunos ejemplos, en los que el lugar no aparece vinculado a un territorio físico, sino a un espacio virtual[3498]. A título ilustrativo, puede solicitarse que el juez examine un ordenador a los efectos que verifique la existencia de un correo electrónico en el que una parte presta conformidad a un negocio jurídico, o acusa recibo de una factura o de un pedido comercial, o de una página web en la que se anuncian los precios de unos inmuebles a efectos de la tasación para el tipo de un subasta, o la oferta de un determinado producto que posteriormente se suministra en condiciones distintas.

4.3. Reconocimiento de objetos

Los objetos susceptibles de reconocimiento son todos aquellos que sean perceptibles por los sentidos y pueden encontrarse en una posición estática o dinámica (ej. máquina de una fábrica). Suele otorgarse al término objeto un sentido amplio y a la vez residual, en el que se integran toda clase de objetos, con tal que no sean lugares ni personas, integrándose en dicho concepto no solamente los objetos susceptibles de apropiación, sino todos aquellos susceptibles de percepción sensorial, como por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, la luz, el sonido o la lluvia[3499].

---

contiendas de dimesión territorial…». En el mismo sentido, y entre otras muchas, SSTS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2002, fto. jco. único (RJ 5235/2002) y de 7 de julio de 1995, fto. jco. 5º (RJ 5568/1995).

3497 La STSJ Aragón, secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, fto. jco. 5º (EDJ 233473/2010), y a los efectos de una acción negatoria de servidumbre de paso, efectúa una valoración conjunta de las fotografías aportadas y del acta de reconocimiento judicial, destacando que «en el acta de reconocimiento judicial se hizo constar que 'en la franja de terreno próximo a la entrada posterior de la casa de los demandados no se aprecian signos de rodadura ni de camino aparente'» y desestima el recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que, estimando íntegramente la demanda, declaró la inexistencia de servidumbre de paso sobre la finca propiedad del demandante a favor de la finca propiedad de los demandados.

3498 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, p.1084, que admite la dualidad que pueda entenderse como reconocimiento de un «lugar», en este caso virtual», o de un «objeto», en este caso el ordenador a través del cual se accede a la red.

3499 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y la prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.218.

Dentro de los objetos habrá que distinguir, a su vez, aquellos que son susceptibles de ser llevados a presencia judicial –y que se examinarán en el acto del juicio (ordinario) o de la vista (juicio verbal)– y aquellos otros que, por sus dimensiones o características (ej. pesada máquina de un proceso de producción), deben examinarse en el lugar en que se encuentran y con anterioridad al acto del juicio o de la vista, como si se tratara del reconocimiento de un lugar. Pueden también existir determinados objetos que, aun siendo susceptibles de ser llevados a presencia judicial, interesa su examen *in situ*, puesto que, por citar un ejemplo, forman parte de una cadena de producción.

Se excluyen del concepto de objeto aquellos que tengan la consideración de documentos, salvo que se trate del examen de sus exterioridades. También se excluyen los medios de reproducción de la imagen y del sonido (ej. películas cinematográficas, cintas de vídeo, cassettes, etc.), que serán objeto de una prueba *ad hoc* (prevista en los arts. 299.2 y 382 a 384 LEC y creada *ex novo* por la LEC) y que nosotros identificamos como prueba electrónica. En estos medios de prueba la reproducción ante el tribunal de la película, la cinta de video o el cassette –por citar algunos ejemplos– no es el medio de prueba, sino la forma de practicar de la prueba.

Ello no obstante, una jurisprudencia recaída con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC venía sosteniendo la admisibilidad de la prueba mediante cintas magnéticas, vídeos u otros medios de reproducción a través de la prueba de reconocimento judicial. Resulta paradigmática la STS de 30 de noviembre de 1992 que admitió la validez de una cinta de vídeo como medio de prueba, si bien condicionaba su eficacia probatoria a la certificación de su autenticidad, veracidad y fiabilidad. Se fundamentaba en la constatación de la existencia de avances técnicos que se traducían en nuevas fuentes de prueba, en el reconocimento de tales medios en algunos países de nuestro entorno (ej. Italia), en la labor jurisprudencial de adecuar el derecho vigente a la realidad social del tiempo y en la inexistencia de una prohibición expresa en la LEC o en el Código Civil[3500].

4.4. Reconocimiento de personas

Se ha apuntado que el reconocimiento de personas ya contaba con algún precedente en las Partidas, que regulaba el examen de mujeres corrompidas o preñadas por vista de mujeres de buena fama: «…si se querellase alguno antel que le fiziera otro grand desonra en su cuerpo la cual desonra, assi era tan grande que no se podría aueriguar por testigos tan solamente amenos de ver el judgador qual fue la desonra, e en qual logar de su cuerpo fue fecha» (P.III, t. XIV, L.8)[3501].

Superando el silencio de la LEC/1881, se admite el reconocimiento de las personas (art. 353 LEC), al que se dota de regulación específica (art. 355 LEC). El Código Civil efec-

3500 STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1992, fto.jco. 2º (RJ 9458/1992).

3501 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.221.

tuaba una referencia genérica en la regulación de la pruebas de paternidad y/o maternidad (art. 127 CC) y en la regulación de las pruebas para constituir a una persona en estado civil de incapacitado (art. 208 CC).

En los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio existen supuestos de reconocimiento judicial de personas con regulación específica, tales como el examen del presunto incapaz en los procesos de incapacitación (art. 759 LEC); el examen de la persona incapacitada en los procesos de reintegración y de modificación del alcance de la incapacitación (art. 761.3 LEC); el examen del presunto incapaz como medida cautelar en los procesos de incapacitación (art. 762.3 LEC); y el examen de la persona sometida a un internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763.3 LEC).

La doctrina suele distinguir el reconocimiento personal, del corporal y del psiquíatrico[3502]. El reconocimiento personal recae sobre los rasgos y caracteres físicos externos de la persona (color de los ojos, piel, cabello, estatura, complexión física, etc.). El reconocimiento corporal atiende al cuerpo en sí mismo considerado, esto es, sus partes, miembros u órganos. Y el reconocimiento psiquiátrico recae sobre facultades o carencias psíquicas, este último preceptivo en los procesos sobre incapacitación de las personas (art. 759.1 LEC) e internamiento (art. 763.3 LEC) y en algunos supuestos de exploración de menores (arts. 770.4ª, II y 777.5 LEC). Este reconocimiento psiquíatrico no incluye la valoración científica o grado de discernimiento de una persona, que es propio de la prueba pericial, sino que se limita a que el juez se ilustre de las condiciones de las partes o terceros a efectos del proceso, incluyendo su grado de discernimiento a los efectos del interrogatorio de un testigo[3503].

Aun cuando la anterior clasificación (reconocimiento personal, corporal y psiquíatrico) puede resultar doctrinalmente aceptable, algunos autores sostienen que la LEC únicamente contempla el llamado reconocimiento psiquíatrico, con exclusión del personal y del corporal, sobre la base que el reconocimiento debe practicarse a través de un interrogatorio (art. 355.1 LEC)[3504]. No podemos compartir semejante opinión, porque también hay percepción judicial inmediata en el examen de una cicatriz u otra parte del cuerpo humano o en la observación de las características de una persona, aun cuando no medie interrogatorio. El interrogatorio (o tal vez, examen) puede ser un instrumento para la práctica del reconocimiento psiquíatrico, pero no excluye que el reconocimiento pueda versar sobre caracteres físicos externos o partes del cuerpo humano.

El reconocimiento de personas se practica a través de un interrogatorio (art. 355.1 LEC), aun cuando en ocasiones puede circunscribirse a constatar algún extremo sin necesidad incluso de interrogatorio (ej. examen de un sujeto accidentado para determinar el alcance de unas cicatrices o lesiones). Dicho interrogatorio se realiza por el tribunal, de lo que deducimos que no se trata del interrogatorio de las partes con posibilidad de dirigir

3502 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.171 y ss.

3503 Rifá Soler, J.Mª., *Comentario al art. 355 LEC*, ob. cit., p.1656.

3504 Rueda López, J.C., *Comentario al art. 355 LEC*, ob. cit., p.1154.

preguntas al sujeto objeto de reconocimiento, sino efectuar sus observaciones a través del tribunal[3505]. Debe, además, adaptarse a las necesidades del caso concreto, de manera que puede reconducirse a un interrogatorio informal como una suerte de «conversación» o diálogo entre el tribunal y el sujeto a interrogar[3506], habiéndose sugerido la posibilidad de acompañar un listado de preguntas[3507].Y puede ser a puerta cerrada o fuera sede del tribunal (ej. reconocimiento de un presunto incapaz que tenga dificultades para desplazarse a la sede del tribunal).

Si el juez no considera oportuna la presencia de las partes y los letrados se ha apuntado que éstas puedan acompañar sus interrogatorios a los efectos de que el tribunal, si lo considera conveniente, efectúe las preguntas que consten en el mismo[3508], posibilidad que permite restablecer el principio de contradicción, en el bienentendido que el listado de preguntas queda sometido a la discrecionalidad del juzgador, y su formulación no deviene imperativa.

No resulta pacífico si las partes pueden ser objeto del reconocimiento de personas. Un sector doctrinal se inclina por la negativa, bajo el argumento que dicho reconocimiento debe practicarse a través de «un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades del caso concreto[3509]. Por el contrario, otro sector se inclina por admitir tal posibilidad bajo el doble argumento que el art. 355.1 LEC no contiene limitación alguna en cuanto a los sujetos a reconocer, pudiendo ser las partes o terceros[3510], y ser una de las formas menos incómodas de encajar el interrogatorio de la propia parte, máxime cuando es frecuente renunciar o no proponer el interrogatorio de la parte contraria, para evitar que ésta pueda ser interrogada por su propio letrado[3511]. Incluso en ocasiones la parte es la única protagonista de los hechos y su declaración es imprescindible, como puede ser, por ejemplo, en la víctima, única superviviente de un accidente que reclama un daño o en el arrendatario que no tiene testigos de sus relaciones con el arrendador[3512].

3505 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.302.

3506 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ob. cit., p.201; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit, p.50; Escribano Mora, F., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.2575. Con respecto al examen de un presunto incapaz, la SAP Pontevedra, secc.1ª, de 29 de octubre de 2003, fto. jco.1º (La Ley 173019/2003) advierte que el reconocimiento de personas del art. 355.1 LEC «no puede confundirse ni verse sustituido por la prueba de interrogatorio (art. 301 LEC) practicada a instancia de la parte promovente».

3507 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.202.

3508 Magro Servet, V. (coord.), *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4ª ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, cuestión núm. 875, p.404.

3509 Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 355 LEC*, ob. cit., p.105.

3510 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.381.

3511 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil,* t. I, ob. cit., pp. 683-684.

3512 Ejemplos propuestos por Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.684.

4.5. Disponibilidad del objeto

El juez necesita poder acceder al lugar, al objeto o la persona del reconocimiento. Para superar obstáculos derivados de la conducta de las partes o terceros la LEC introdujo una novedosa previsión legal, cuyo tenor literal es el siguiente: «El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer» (art. 354.1 LEC).

Destaca la mención *expressis verbis* de medida de entrada en un lugar, en contraste con el silencio en la regulación de otros medios de prueba (ej. arts. 328 y 330 LEC que no contienen esta mención ante la negativa a la exhibición de documentos en poder de las partes o terceros) posiblemente para disipar las dudas de constitucionalidad que pudiera suscitar la medida.Y destaca también la amplitud de la previsión legal, tanto desde el punto de vista objetivo («cualesquiera medidas que sean necesarias…»), que no contempla un *numerus clausus* de medidas, sino una cláusula abierta que permite incluir desde simples requerimientos o intimaciones hasta la entrada y registro, cuanto desde el punto de vista subjetivo, que al no hacer distinción, permite entender que las medidas se pueden adoptar sobre las propias partes o terceros[3513].

Puede distinguirse según el objeto del reconocimiento judicial se encuentre en poder de la parte contraria o de tercero y, en cada uno de estos supuestos, según se trate del reconocimiento de una persona o de un objeto (entendido como «lugar u objeto»)[3514].

a) En poder de la parte contraria.

Si se trata del reconocimiento de una persona, la cuestión más controvertida es si un parte tiene el deber legal de someterse al reconocimiento solicitado de contrario. La cuestión deviene aún más compleja porque en ciertos procesos (ej. capacidad) existen pruebas –y entre ellas el examen del presunto incapaz o del sometido a internamiento no voluntario– que son imperativas, bajo sanción de nulidad de actuaciones (arts. 759.1 y 763 LEC). Salvo en los supuestos de reconocimientos psiquíatricos de los procesos no dispositivos, no existe el deber ni la carga de someterse a un reconocimiento judicial postulado de adverso.

En derecho procesal, como afirma acertadamente Montero Aroca, no existen obligaciones ni deberes, sino cargas cuyo no levantamiento implica una consecuencia perjudicial para la parte inactiva[3515]. La negativa a someterse al reconocimiento judicial solicitado de adverso no autoriza a acordar la medida de entrada y registro en un domicilio particular, ni estimar una *ficta admissio* de hechos, sino que constituye un indicio endoprocesal –si se quiere cualificado– a valorar junto con los demás medios de prueba y que permite, en su

3513 Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.76.

3514 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.460.

3515 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.461.

caso, estimar por acreditada la versión de los hechos afirmada por la parte proponente del reconocimiento judicial[3516].

Se exceptúan los procesos de capacidad en los que el reconocimiento deviene un imperativo legal –arts. 759.1 y 3 y 763.3 LEC– y en los que el juez, ante la negativa de parte o de tercero, podrá recabar razonadamente y con amparo legal en el principio de proporcionalidad, el auxilio de la fuerza pública para acceder al lugar donde se encuentra la persona[3517].

Si se trata de un reconocimiento personal hay que distinguir: a) reconocimiento corporal o externo: la parte (tampoco el tercero) no tiene el deber de exhibir su cuerpo para ser reconcido, debiendo interpretarse la negativa como un indicio de conducta; b) reconocimiento psiquiátrico: puede emplearse el uso de la fuerza pública y la orden de entrada para acceder al lugar donde se encuentra la persona, pero tampoco tiene el deber de someterse a un examen psiquiátrico, resultando de tal negativa un argumento de conducta[3518].

Si se trata de un reconocimiento de objetos (léase lugares o cosas muebles), debe seguirse el criterio de gradualidad, de manera que, en primer lugar, debe practicarse el requerimiento a la parte contraria para que permita el acceso al lugar o presente la cosa mueble ante el Juzgado. De no accederse al lugar u objeto, podrá acordarse, motivadamente y mediante auto, la medida de entrada en el lugar. Y si aún con ello tampoco se logra acceder al lugar u obtener la cosa, debemos acudir a la teoría de los indicios de conducta, y deducir de la indisponibilidad –por falta de acceso al lugar o de presencia del objeto– un indicio –también cualificado– que permita acreditar la versión de los hechos afirmada por la parte proponente del reconocimiento judicial.

b) En poder de terceros.

Si se trata de un reconocimiento de personas, tampoco existe el deber legal de someterse al reconocimiento, siendo además una hipótesis poco frecuente.

Si se trata de un reconocimiento de objetos (léase lugares u objetos), debe articularse un trámite de audiencia al tercero, para que pueda alegar, en su caso, la inexistencia, destrucción o falta de disponibilidad del objeto o la imposibilidad de acceso al lugar. Una vez verificada la audiencia, y de mantenerse la necesidad del reconocimiento judicial, debe

3516 Muñoz Sabaté, LL., *La prueba judicial…*, ob. cit., p.381, alude a los «indicios endoprocesales de conducta». También puede verse: Muñoz Sabaté, LL., *Los indicios endoprocesales*, Diario La Ley, núm. 6849, de 27 de diciembre de 2007, pp. 1 a 5; de Miranda Vázquez, C., *La conducta endoprocesal de las partes como elemento de prueba: los indicios endoprocesales*, en La Ley, núm. 7564, de 8 de febrero de 2011, p.20; Picó i Junoy, J., *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 268 a 270.

3517 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial,* ob. cit., p.52, apunta, aun con caracter extraordinario y cuando otras medidas de carácter civil hubieran fracasado, la incoación de un proceso penal por desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP).

3518 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.2589, quien se refiere a la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba.

efectuarse un requerimiento de presentación de la cosa, y ante la negativa a tal requerimiento, acordar la entrada en el lugar para el examen del mismo u la obtención de la cosa.

Un supuesto distinto al de la indisponibilidad del objeto es el de la imposibilidad de la práctica de la prueba (ej. persona requerida que no se halla en el lugar de la práctica de la prueba; o un bien mueble ya no se halle en poder de la persona requerida, o tal vez no lo haya estado nunca). Para este supuesto, el reconocimiento judicial debe tenerse por intentado y no realizado, y extraer las valoraciones probatorias de la conducta de las partes y las circunstancias concurrentes[3519].

5. Las circunstancias del reconocimiento

5.1. Lugar

El reconocimiento judicial puede practicarse dentro o fuera de la sede judicial dependiendo del objeto a reconocer. Obviamente, si se trata del reconocimiento de un lugar el juez debe desplazarse fuera de la sede judicial y acudir al lugar –dentro o fuera de su circunscripción[3520]– objeto de reconocimiento. Si se trata de objetos, la regla general es que sean puestos a disposición judicial en la sede del propio juzgado, salvo que su desplazamiento resulte gravoso (ej. examen de una máquina de considerable peso) o que sea preferible efectuar el reconocimiento *in situ* (ej. máquina que debe examinarse en movimiento[3521]). Y si se trata de una persona, la regla general es que ésta acuda a la sede del juzgado, salvo que concurrieran razones de enfermedad u otras circunstancias personales que hicieren gravoso el desplazamiento, en cuyo caso el examen se practica en su domicilio[3522].

3519 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 355 LEC*, ob. cit., p.1655, quien también añade que «puede imponerse una multa por mala fe procesal o, ante la clara actitud obstruccionista, deducir testimonio a efectos de investigar la comisión de un posible delito de desobediencia».

3520 Pueden aplicarse, *mutatis mutandi*, las previsiones del interrogatorio por auxilio judicial del art. 313 LEC: «Cuando la parte que hubiese de responder al interrogatorio resida fuera de la demarcación judicial, y exista alguna de las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 169 «[…] razón de la distancia, dificultad de 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 persones […], aquella podrá ser examinada por vía de auxilio judicial».

3521 Ejemplos propuestos por Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.550.

3522 Por analogía con las previsiones del interrogatorio domiciliario del art. 311 LEC: «En el caso que por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar las preguntas no pudiera ésta comparecer a la sede del tribunal, a instancia de parte o de oficio, la declaración se podrá prestar en el domicilio o residencia del declarante ante el Juez o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del Secretario Judicial».

En el supuesto que el reconocimiento haya de practicarse fuera de la sede del juzgado, podemos distinguir dos supuestos:

a) Que la prueba deba realizarse dentro de la circunscripción del juzgado. En este caso, aunque el objeto del reconocimiento esté situado en localidad distinta a la del juzgado, a fin de mantener la exigencia de inmediación, el juez deberá desplazarse al lugar. No cabe delegación en el Juzgado de Paz, cuya intervención deberá quedar limitada a la práctica de los actos de comunicación (art. 170 LEC).

b) Que la prueba deba realizarse fuera de la circunscripción del juzgado. En este caso, el tribunal podrá acudir a la vía del auxilio judicial, expresamente prevista para el reconocimiento judicial en el artículo 169.2 LEC, si el tribunal no considera conveniente hacer uso de la facultad contemplada en el artículo 129.3 LEC, de desplazarse fuera de su circunscripción para practicar el reconocimiento conforme a lo prevenido en el artículo 275 LOPJ[3523].

Siendo el reconocimiento una prueba de percepción judicial directa, el recurso al auxilio judicial debería tener carácter excepcional, particularmente cuando se trate de personas u objetos susceptibles de desplazarse a la sede judicial[3524], llegando algunos autores a limitar el reconocimiento por auxilio judicial al que tiene por objeto exclusivamente lugares[3525].Y parece oportuno que en el exhorto se detallen los hechos[3526] o, mejor aún, los extremos objeto del reconocimiento en la forma que se precisaron en la resolución de admisión de la prueba.

5.2. Tiempo

El reconocimiento judicial puede practicarse, como regla general, bien en el acto del juicio (del juicio ordinario) o de la vista (juicio verbal), bien como prueba separada. Si se trata del reconocimiento de una persona o de un objeto susceptible de desplazarse a presencia judicial, y con la finalidad de mantener el principio de unidad de acto (art. 290, I LEC), se practicará en el acto del juicio o la vista, junto con las demás pruebas admitidas (arts. 433.1 y 443.4 LEC), y siguiendo el orden legalmente previsto (art. 300 LEC).

Si se trata del reconocimiento de un lugar, de un objeto, o una persona cuyo desplazamiento a la sede judicial resulte oneroso o sea conveniente examinar *in situ*, la prueba se practicará separadamente y, en todo caso, antes del juicio o de la vista (art. 290, II LEC)[3527].

3523 En este sentido, Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento…,* ob. cit., p.74.

3524 Cremades Morant, J. B., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.2324, afirma que no debe admitirse el reconocimiento judicial por auxilio judicial cuando se trate del reconocimiento de personas.

3525 Gómez Colomer, J.L., en AAVV, «El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)», ob. cit., p.327.

3526 Cremades Morant, J. B., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.2324.

3527 Seoane Spielgeberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000*, ob. cit., pp. 324 y ss., sostiene que en los procedimientos verbales con contestación oral, y dado que la contestación a la demandada se produce en el acto de la vista, no resulta possible acordar la práctica del reconocimiento judicial

También se prevé la facultad judicial de acordar la práctica con anterioridad a la vista en el proceso de tutela sumaria de la posesión por suspensión de obra nueva (art. 441.2 LEC). Y se prevé la facultad judicial de acordar la práctica con posterioridad a la vista en el procedimiento para la adopción de medidas cautelares (art. 734.2 LEC)[3528].

La mayor dificultad se plantea, al igual como sucede con otros medios de prueba, en el juicio verbal, y deriva de la estructura concentrada de la fase de proposición y práctica de prueba. Dado que, por imperativo legal, la prueba debe practicarse antes de la vista (art. 290 LEC), la alternativa consiste en la práctica anticipada (art. 293 LEC) o en la interrupción de la vista (art. 193.1.2º LEC), resultando preferible, como regla general, la práctica anticipada porque, a la vista del resultado del reconocimiento judicial, pueden abrirse nuevas perspectivas en la práctica de las demás pruebas admitidas[3529], tanto en orden a la estrategia probatoria de los letrados, cuanto a las facultades judiciales de intervención.

5.3. Forma

El reconocimiento judicial se lleva a cabo por el juez asistido por el secretario judicial, con la presencia de las partes, sus procuradores y abogados, que podrán hacer llegar las observaciones que estimen oportunas conforme a los principios de publicidad y contradicción. También podrán intervenir, previo juramento o promesa de decir verdad, las personas técnicas o prácticas propuestas por las partes (arts. 289.1 y 354.2 y 3 LEC).

El juez entra en contacto directo con un lugar, un objeto o una persona y examina aquellos extremos declarados pertinentes y útiles. A medida que vaya avanzando el reconocimiento, o una vez concluido el mismo, hará constar de viva voz sus percepciones y apreciaciones, de las cuales tomará nota el secretario judicial, para extender la oportuna acta del reconocimiento (art. 358 LEC), siendo preferible que dicha acta se redacte simultáneamente y en el mismo lugar de la percepción judicial, y no con posterioridad. También se podrá recoger el reconocimiento mediante instrumentos de grabación de la imagen y del sonido, aun cuando ello no exonera de levantar la correspondiente acta (art. 359 LEC)[3530]. Al dictar el acta del reconocimento judicial es importante que el juez piense no solo en la valoración de la prueba que le corresponderá a él mismo, sino también en la que puede corresponder a otro juez (por practicarse el reconocimento por auxilio judicial, por cambio de juez o por revisión por tribunal de apelación) a fin que se cumplan las exigencias legales de «claridad y detalle» (art. 358.1 LEC).

---

anticipado, puesto que con anterioridad a la vista se desconoce la contestación a la demanda y qué hechos resultarán controvertidos, por lo que para resolver esta problemática debe acudirse a la interrupción de las vistas (art. 193.1.2º y 3º LEC).

3528 Ver en este mismo capítulo el epígrafe 2.6. Supuestos específicos de reconocimiento judicial.

3529 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, ob. cit., p.297.

3530 Puede verse el epígrafe 10.2 de este capítulo. Práctica del reconocimiento judicial con medios técnicos.

Por lo general, y aun a falta de previsión legal, la iniciativa del reconocimiento partirá del juez y, una vez éste haya examinado los extremos pertinentes, las partes, sus abogados y procuradores podrán manifestarle los aspectos que, en su caso, hayan podido pasarle desapercibidos. No existe obstáculo legal para que el juez, de oficio o a instancia de parte, se sirva de instrumentos no complejos que permitan un mayor esclarecimiento de los hechos (ej. cinta métrica, lupa, etc.)[3531].

Salvo que el reconocimiento comporte el desplazamiento fuera de la sede judicial –en cuyo caso tendrá lugar anticipadamente–, se practica después del interrogatorio de las partes y de los testigos y del dictamen de peritos (art. 300.4º LEC). En caso de práctica conjunta con la prueba pericial, se practican simultáneamente ambas pruebas (art. 356 LEC).Y en caso de práctica conjunta con los interrogatorios de las partes y testigos, se practica en primer lugar el reconocimiento y acto seguido los interrogatorios (art. 357 LEC).

Se citará a las partes, abogados y procuradores –así como a los testigos y a los peritos– con al menos cinco días de antelación al día y hora en el que haya de practicarse el reconocimiento (arts. 290.1 y 353.3 LEC), no siendo necesaria la citación de las personas técnicas o prácticas en la materia[3532]. De haberse propuesto y admitido la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de testigos, la parte proponente de la acumulación deberá indicar qué testigos se compromete a presentar en el acto del reconocimiento y cuáles deben ser citados por el tribunal (art. 429.5 LEC). De tratarse de un juicio verbal, la parte proponente de la acumulación deberá indicar, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación para la vista, los testigos que, por no poderlos presentar ella misma, deben ser citados por el tribunal (art. 440.1, II LEC)[3533].

La cédula de citación no debe limitarse a señalar el día y hora en que haya de practicarse el reconocimiento –como pudiera desprenderse de una lectura literal del artículo 353.3 LEC– sino que debe contener todas aquellas medidas, ya acordadas en el auto de admisión de la prueba para la efectividad del reconocimiento, tales como, a título de ejemplo, efectuar los requerimientos oportunos para que en el día y hora la máquina objeto de reconocimiento esté en funcionamiento, o que la parte adversa presente ante el juzgado el objeto del reconocimiento, o que el sujeto se presente ante el juzgado para ser examinado, o que se efectúen también las citaciones a peritos, testigos y partes, en caso de práctica conjunta. La resolución que acuerde el reconocimiento a menudo contiene un requerimiento de una conducta determinada que debe notificarse al sujeto encargado de realizarla (arts. 149 y 150.3 LEC).

3531 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.1653.

3532 La SAP Álava, secc. 1ª, de 17 de septiembre de 2010, fto. jco.1º (EDJ 254095/2010) sanciona con nulidad de actuaciones la práctica de un reconocimiento judicial, cuyos datos han sido obtenidos de modo privado por el juez, sin citación de las partes ni intervención de las mismas.

3533 Chozas Alonso, J.M., *El interrogatorio de los testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*, ed. La Ley, Madrid, 2010, p.241.

La cédula de citación surte un doble efecto. Por una parte, permite la intervención de todas las partes (incluidos testigos y peritos) «para la práctica de todas las pruebas que hayan de practicarse fuera del juicio o de la vista» (art. 291 LEC)[3534]. Y por otra parte, excluye la intervención de aquellas personas (con la salvedad de las personas prácticas o entendidas, que no precisan de cédula de citación) que no han sido citadas al acto del reconocimiento[3535].

El reconocimiento de personas puede practicarse a puerta cerrada (art. 355.1 LEC), pudiendo el juez prohibir o limitar la presencia de las partes. Esta resolución, deberá adoptarse con audiencia de las partes y contra la misma no cabe ulterior recurso, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva (art. 138.3 LEC).

Cuando deba limitarse la intervención de las partes, y además de la resolución motivada, es preferible que, con anterioridad al acto del reconocimiento, el juez y las partes convengan el grado de intervención de éstas últimas, ponderando si no deben asistir al acto en su integridad o existe algún momento en el cual es posible su presencia. La otra particularidad formal del reconocimiento de personas es que debe garantizarse en todo caso el respeto a la dignidad e intimidad de la persona (art. 355.2 LEC).

5.4. Orden del acto del reconocimiento judicial

El orden –y desarrollo– del reconocimiento judicial respondería idealmente al siguiente esquema o fases:

1º. Desplazamiento del juez y de las partes al lugar del reconocimiento o traslado del objeto o persona a reconocer a la sede judicial.

Si se trata del reconocimiento de un lugar o de un objeto que debe ser examinado *in situ* (ej. máquina pesada o que debe examinarse en movimiento) el juez, junto con el secretario judicial, se desplazará al lugar del reconocimiento. Lo mismo si se trata de una persona que, por razón de enfermedad u otra circunstancia grave, no puede trasladarse a la sede judicial. Si se

3534 La SAP Almería, secc.1ª, de 30 de abril de 2008, ftos. jcos. 1º y 2º (La Ley 236086/2008) declara la nulidad de actuaciones de una prueba simultánea de reconocimiento judicial y pericial, en la que «el perito emitió su dictamen con carácter previo, de tal manera que cuando tuvo lugar el reconocimiento judicial ya había sido elaborado y aportado sin intervención alguna de las partes como se había pedido». En el caso, el perito había emitido su dictamen prescindiendo de unos planos y sobre la base de otros ajenos a la resolución de admisión, sin ajustarse a los extremos del dictamen, y sin que la parte que había solicitado la práctica acumulada del reconocimiento judicial y el pericial hubiera podido intervenir en la emisión del dictamen.

3535 La SAP Cádiz, secc. 8ª, de 16 de febrero de 2007, fto. jco. 2º (La Ley 334596/2007) declara la nulidad de la declaración de un testigo, presente en el acto del reconocimiento, cuya intervención no había sido propuesta ni admitida en el momento procesal oportuno. En el caso, la declaración del testigo había sido tenido en cuenta por la Juez de instancia, pese a que no fue propuesto como testigo, ni pudo ser interrogado por las partes litigantes.

trata de objetos o personas que son susceptibles de trasladarse a presencia judicial, la parte o el tercero que disponga de ellos deberá ponerlos a disposición del juzgado y en la sede judicial.

2º. Verificación de los asistentes.

Antes de dar inicio al acto del reconocimento, el Secretario judicial verificará la identidad de las personas concurrentes al acto, esto es, partes, abogados, procuradores, testigos, peritos y prácticos, pudiendo recoger sus nombres y apellidos en el encabezamiento del acta del reconocimento judicial.

3º. Identificación de los extremos del reconocimiento.

El juez puede iniciar el acto del reconocimiento judicial precisando los extremos del reconocimiento, tal como fueron admitidos en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal). Ello permite al juez delimitar el lugar, objeto o persona a examinar. Si se emplearen medios técnicos de grabación de la imagen y del sonido, el juez lo pondrá de manifiesto a los asistentes, indicando qué tipo de medios se van a emplear y la persona encargada de su manejo.

4º. Examen judicial del lugar, el objeto o la persona.

Consitituye el núcleo central del acto del reconocimento judicial y consiste en la percepción sensorial del lugar, el objeto o la persona por el juez. A medida que el juez vaya examinando el lugar, el objeto o la persona podrá tomar breves notas o dictarlas de viva voz al secretario judicial. Esa percepción se realizará inicialmente por el juez, y en la medida de lo posible sin interferencias de los asistentes, examinado espontáneamente los extremos admitidos en la resolución de admisión.

5º. Observaciones o declaraciones de personas prácticas o entendidas.

Durante el examen judicial del lugar, el objeto o la persona, y previo juramento o promesa de decir verdad, de oficio o a instancia de parte, el juez podrá oír las observaciones o declaraciones de las personas prácticas o entendidas (art. 354.3 LEC), que han sido identificadas al inicio del acta del reconocimiento judicial y que han concurrido al acto del reconocimiento a petición de cualquiera de las partes, sin necesidad de previa citación judicial.

6º. Observaciones de las partes, abogados y procuradores.

Durante el examen judicial del lugar, el objeto o la persona, las partes, abogados y procuradores podrán hacer, de palabra, observaciones al juez (art. 354.2 LEC), poniendo de manifiesto algún extremo que puede pasar desapercibido a la percepción judicial o cualquier otra incidencia que se produzca durante el acto.

7º. Aportación de las máximas de experiencia por el perito.

Si se hubiera acordado la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial (art. 356 LEC), y durante el examen del lugar, el objeto o la persona, el perito podrá apor-

tar sus máximas de experiencia, coadyuvando a percibir los aspectos técnicos, científicos o artísticos del reconocimiento y facilitando la percepción judicial.

8º. Interrogatorio de los testigos y de las partes.

Si se hubiera acordado la práctica conjunta del reconocimento judicial y el interrogatorio de testigos y de las partes (art. 357 LEC), una vez terminado el examen del lugar, el objeto o la persona, serán interrogados los testigos y, a continuación, las partes. El interrogatorio de testigos dará comienzo con las generales de la ley, seguirá por las preguntas que desee formular la parte proponente del interrogatorio, y continuará por las preguntas que formulen los demás letrados asistentes. El interrogatorio de las partes dará comienzo con las preguntas que desee formular el letrado proponente a la parte adversa, y continuará con las preguntas que formulen los demás letrados asistentes al acto.

9º. Redacción del acta del reconocimiento judicial.

El acta del reconocimiento judicial, en cuanto sea posible, deberá redactarse en el mismo lugar y momento del acto del reconocimiento judicial[3536]. El juez dictará de viva voz sus percepciones y apreciaciones al Secretario judicial, quien las extenderá en el acta del reconocimiento judicial, así como las máximas del perito, las preguntas y respuestas de los testigos y las partes, las declaraciones de las personas prácticas o entendidas, y las observaciones de las partes, abogados y procuradores.

Si se emplearen medios de grabación de la imagen y del sonido, ello no exonera de levantar también el acta escrita del reconocimiento judicial (art. 359 I LEC). Cuando sea posible la copia con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del tribunal (art. 359 II LEC).

10ª. Firma del acta del reconocimiento por los asistentes.

Terminada el acta del reconocimento judicial, se procederá a su firma, empezando por el juez o los magistrados que practicaron el acto del reconocimiento, luego por las partes y sus representantes (abogados y procuradores), por los peritos, testigos y prácticos que eventualmente hubieran declarado, si no firmaron al pie de su respectiva declaración (a fin de evitar que pudieran ausentarse una prestada su declaración). Finalmente, firmará y cerrará el acta el secretario judicial[3537]. Ahora bien, mientras la firma del juez representa la conformidad con la redacción del acta, la del secretario sólo da fe de la celebración del acto del reconocimiento judicial[3538].

3536 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2º, ob. cit., p.451.

3537 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2º, ob. cit., pp. 457 y 458.

3538 Martínez García, A. S., en «La prueba en el proceso civil», ob. cit., p.83.

6. Procedimiento

6.1. Proposición

6.1.1. Requisitos generales y específicos

El reconocimiento judicial, como los restantes medios de prueba, deberá proponerse de modo oral, dado que tiene lugar en un acto (vista –art. 443.4 LEC– o audiencia previa –art. 429.1 LEC–) presidido por la oralidad, y de modo separado (art. 284 LEC), esto es, con expresión separada con respecto de los restantes medios de prueba.

Se ha sugerido que el reconocimiento judicial, por exigir con frecuencia un desplazamiento fuera de la sede del tribunal, se pueda proponer en la demanda o en la contestación a la demanda[3539]. Sin embargo, ello puede resultar excesivo, pues sobre proponerse la prueba en un momento procesal no oportuno, en aquellos juicios verbales con contestación escrita de la demanda, al faltar la contestación, no puede conocerse cuáles son los hechos controvertidos y el ámbito de la controversia. Y también se ha propuesto que, en el juicio verbal no obstante la regla general es que las partes proponen la prueba en la vista y a fin de evitar la interrupción del acto de la vista, las partes pueden dirigirse al tribunal, con anterioridad al acto de la vista, a fin de comunicarle su intención de proponer el reconocimiento judicial, para que pueda practicarse a modo de prueba anticipada[3540].

Superando el silencio de los artículos 633 LEC\1881 y 1240 CC, el artículo 353 LEC aborda la forma de proposición de la prueba, trazando una triple secuencia, en la que puede adivinarse la intervención de la parte proponente, de las demás partes y del propio juez, en una novedosa manifestación de la capacidad iniciativa probatoria de oficio.

Dispone el párrafo primero del artículo 353.2 LEC: «Sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, la parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia». Y, a continuación, el párrafo segundo del mismo 353.2 LEC añade: «La otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona de las indicadas en el párrafo anterior».

Junto con los requisitos generales, ya señalados, la parte proponente debe atender a unos requisitos específicos. En primer lugar, debe precisar los extremos objeto del reconocimiento y, en concreto, si debe examinarse la totalidad de un objeto, o una parte del mismo o aspectos concretos, indicando, además, la situación en que debe encontrarse

3539 Oliva Santos Santos, A., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., pp. 611, y el mismo autor en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., p.367.

3540 Cubillo López, I., *Reconocimiento judicial*, en AAVV, «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil», ed. Colex, Madrid, 2004, p.188.

(máquina en funcionamiento, fábrica en actividad, etc.[3541]). El hecho que la propia norma conceda al tribunal facultades para delimitar el objeto del reconocimiento no exonera a la parte proponente de precisar con detalle los extremos sobre los que interesa el examen del lugar, objeto o persona[3542], pues se trata de una exigencia legal (art. 353.2 LEC) y conforme al principio de aportación de parte[3543]. E incluso algún autor ha sugerido que la exigencia legal no debería limitarse a los extremos del reconocimiento, sino también a su finalidad, con referencia al hecho que se pretende probar con el reconocimiento[3544].

Por otra parte, se ha afirmado que en los procesos no dispositivos no es necesario la expresión de los extremos objeto del reconocimiento[3545], afirmación que debemos entender en el sentido que el objeto del reconocimiento (ej. determinación de la capacidad) es un parámetro legalmente determinado (existencia de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, conforme al art. 200 CC).

Muñoz Sabaté ha sugerido la proposición con estimativas, que ilustra con el siguiente ejemplo:

> «Reconocimiento judicial consistente en que personándose el Juzgador en la finca contigua al taller de autos y disponiendo que en este último se ponga en funcionamiento normal las máquinas allí instaladas y que sirven a su proceso de producción, compruebe la intensidad de los ruidos y vibraciones reflejando en el acta correspondiente sus estimativas al respecto en términos tales como «poco ruido» o «mucho ruido», «ruido humanamente soportable» o «ruido insoportable»[3546].

La proposición con estimativas, en la medida que comporta una valoración –en este caso cuantitativa– puede suscitar la duda de si el juzgador se limita a dejar constancia de sus percepciones y apreciaciones (art. 358.1 LEC) o, además, incluye ya valoraciones más propias de la sentencia.

En segundo lugar, la parte proponente debe indicar si «pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia» (art. 353.2, II *in fine* LEC). A diferencia de la proposición de testigos o de la designación judicial de peritos, no es necesario indicar el nombre y apellidos del práctico ni su domicilio – dado que tampoco se precisa su citación al acto de reconocimiento–, pero es oportuno concretar cuál es su conocimiento o las

3541 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.465.

3542 En sentido contrario, Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.79.

3543 La SAP Jaén, secc. 1ª, de 20 de junio de 2007, fto.jco. 4º (La Ley 194824/2007) en un supuesto de juicio de interdicto de obra nueva deniega la prueba de reconocimiento judicial bajo el doble argumento que la prueba se propuso con carácter complementario y porque la parte actora no propuso los extremos del reconocimiento judicial.

3544 Rueda López, J. C., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.1149.

3545 Cremades Morant, J. B., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.2323.

3546 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial*…, ob. cit., p.384.

razones que hacen conveniente su presencia en el acto del reconocimiento y su relación con el objeto a reconocer[3547].

Se trata de una suerte de anuncio, no sujeto a la admisión judicial, y a los efectos que la parte adversa, si lo desea, pueda servirse, a su vez, también de una persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2, II *in fine* LEC)[3548], norma que, como advierte Ordoño Artés, es similar a la prevista para los supuestos en que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador (art. 32 LEC)[3549]. De no efectuarse este anuncio en la fase de proposición de prueba, la presencia del práctico en el acto del reconocimiento puede estimarse sorpresiva y el juez impedirle su asistencia.

En tercer lugar, la parte proponente debe indicar si solicita la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial (art. 356 LEC), con el interrogatorio de testigos (art. 357.1 LEC) o con el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC), a los efectos que se libren las oportunas cédulas de citación a los peritos, testigos y partes. E incluso a los efectos que se acuerde en un solo día la práctica conjunta de todas las pruebas acumuladas, por razones de economía procesal y mayor facilidad de esclarecimiento de los hechos. Lo que no resulta admisible es que, habiéndose solicitado –y admitido– una prueba de reconocimiento judicial conjuntamente con la pericial y la testifical, y habiéndose admitido que las partes podrían intervenir en las operaciones periciales, el perito emita su dictamen con anterioridad al día señalado para la práctica conjunta de la prueba y lo aporte a las actuaciones sin intervención alguna de las partes tal como se había pedido (SAP Almería, 30 de abril de 2008[3550]).

En cuarto lugar, y en aquellos supuestos en que el lugar, el objeto o la persona se hallen fuera de la localidad donde se celebra el juicio, la parte proponente puede efectuar las alegaciones pertinentes sobre la oportunidad que el reconocimiento se practique por medio de auxilio judicial o, por el contrario, el juez haga uso de la facultad de desplazarse fuera del partido judicial (arts. 129.3 LEC y 275 LOPJ)[3551].

En quinto lugar, la parte puede solicitar también las medidas necesarias para la efectividad del reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC). Dichas medidas pueden igualmente acordarse de oficio, aun sin petición de parte, y no se limitan a la entrada en un lugar, pudiendo consistir en requerimientos a las partes o terceros para la puesta a disposición de ob-

3547 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.55.

3548 Para la proposición del práctico puede verse la SAP Ciudad Real, secc.1ª, de 15 de julio de 2004, fto. jco. 2º (AC 1641/2004).

3549 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.220.

3550 La SAP Almería, secc. 1ª, de 30 de abril de 2008, fto.jco. 3º (La Ley 236086/2008) razonó que la actividad probatoria solicitada por la parte impugnante se había desarrollado de modo distinto al pedido y admitido, en la forma y en el fondo, declarando la nulidad de la prueba pericial y su repetición en la forma que fue admitida.

3551 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 353 LEC,* ob. cit., p.1645.

jetos, o la realización de conductas, y también en intimaciones e incluso multas por infracción de la buena fe procesal. La adopción de las medidas no afecta a la admisibilidad de la prueba de reconocimiento judicial[3552]. Si se solicita la entrada en un lugar, es útil apostillar dicha medida, a fin que, caso de estimarse oportuna, pueda facilitar la motivación judicial.

Una medida efectiva es la de la presentación del objeto a reconocer, particularmente cuando se trata de cosas muebles que pueden transportarse fácilmente hasta la presencia judicial. En el juicio ordinario, y en la audiencia previa, la parte proponente debe solicitar que se requiera a la parte adversa o al tercero, para que presente el objeto en el día y hora señalado para el juicio. En el juicio verbal, si el objeto del reconocimiento está en poder de la parte, debe aportarlo en el momento de la vista. Y si el objeto está en poder de la adversa o el tercero, como quiera que la proposición de la prueba se efectúa en el momento de la vista, puede efectuarse una indicación de proposición anticipada en la cédula de citación al demandado para que lo aporte ya en el acto de la vista. En este supuesto, y a la vista que aun no se ha producido la contestación a la demanda –y, técnicamente, no existen hechos controvertidos– el juez efectúa una admisión anticipada de la prueba de reconocimiento sujeta a la existencia de la posterior controversia.

También se ha sostenido que la aportación del objeto del reconocimiento pueda tener lugar con la demanda o contestación a la demanda bajo el argumento que el artículo 265 LEC permite la aportación de «documentos, y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto», entendiendo por objetos aquellos muebles que se aportan para reconocimiento judicial[3553]. La rúbrica del artículo 265 LEC («Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto») permite el siguiente desglose: a) los *«documentos»* son los documentos materiales (art. 265.1.1º LEC); b) los *«otros escritos»* comprenden las certificaciones o notas registrales (art. 265.1.3º LEC), los dictámenes periciales a instancia de parte (art. 265.1.4º LEC) y los informes de los detectives privados (art. 265.1.5º LEC); y c) los *«objetos»* se refieren a los medios de reproducción de imagen y sonido y la prueba por soportes informáticos (art. 265.1.2º LEC). Aun cuando el art. 265.1 LEC no contiene referencia alguna la aportación de objetos para su posterior reconocimiento judicial, podría entenderse que la aportación del objeto a reconocer con los escritos de alegaciones favorece el derecho de defensa y contradicción en la medida que las partes pueden preparar y proponer con mayor conocimiento de causa la prueba del reconocimiento judicial.

6.1.2. El trámite contradictorio de proposición

De modo parecido a la proposición de la prueba pericial en la LEC\1881 (arts. 611 y 612), existe un trámite contradictorio de proposición: una vez propuesta la prueba de reconocimiento judicial, las demás partes personadas pueden completar la proposición inicial.

3552 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.466.

3553 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento*…, ob. cit., p.210.

El art. 353.2, II LEC alude a la «otra parte», pero la referencia se extiende a las demás partes personadas, admitiéndose la ampliación de extremos por el codemandado con intereses contrapuestos[3554].

Ante una proposición de reconocimiento judicial, las demás partes pueden:

a) proponer otros extremos, sin que puedan versar sobre lugares, objetos o personas distintos (art. 353, 2. II LEC). Estos extremos deben versar sobre los hechos controvertidos y sobre el lugar, el objeto o la persona solicitado por la proponente.

b) anunciar que asistirán al acto del reconocimiento con una persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2, II LEC). Este anuncio no está sujeto al juicio de admisibilidad, pero constituye presupuesto para que la persona técnica o práctica pueda efectuar observaciones en el acto del reconocimiento y, a la vez, para preservar el derecho de defensa e igualdad de la parte adversa y su derecho de servirse, a su vez, de una persona técnica o práctica.

c) solicitar la práctica del reconocimiento, conjuntamente con la prueba pericial (art. 356 LEC), con el interrogatorio de testigos y/o de las partes (art. 357 LEC). Salvo la práctica conjunta con la prueba pericial –que puede acordarse de oficio o a instancia de parte–, en los demás supuestos se requiere la previa instancia de parte, esto es, que la parte proponente de ambas pruebas (reconocimento judicial e interrogatorio de testigos; o reconocimiento judicial e interrogatorio de las partes) solicite su acumulación (art. 357 LEC).

El trámite contradictorio de proposición es una particularidad del reconocimiento judicial, inexistente en los demás medios de prueba, y permite al actor y demandado delimitar el objeto de la percepción judicial.

La solicitud de ampliación de los extremos del reconocimiento tiene lugar, por regla general, en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal), siquiera algunos autores admiten que pueda efectuarse con posterioridad, en cuyo caso el juez deberá resolver sobre la misma con anterioridad al acto del reconocimiento judicial[3555].

6.1.3. Alcance de la intervención judicial

El juez dispone de ciertas facultades para delimitar el objeto del reconocimiento, bajo la previsión legal siguiente: «sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, […]» (art. 353.2 proposición inicial LEC). La disposición legal transcrita suscita la doble cuestión del alcance de la intervención judicial y de la posibilidad de acordar el reconocimiento judicial de oficio.

3554 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.293.

3555 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*, ob. cit., p.240; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil…*, ob.cit., p.468.

No se discute, a partir de la literalidad del artículo 353.2 LEC, la facultad judicial de ampliar el objeto reconocible, pero si resulta dudoso el alcance de esta facultad de ampliación, particularmente si es o no ilimitada. Un sector doctrinal, aun vigente la LEC/1881, entendía que el juez tiene una facultad ilimitada de ampliación. Así Serra Domínguez sostiene que el juez puede acordar el reconocimiento judicial siempre que lo estime necesario y a pesar que la solución legal exige instancia de parte, la amplitud con que se admitían las diligencias para mejor proveer permitía que los jueces practicasen libremente los reconocimientos que estimaren oportunos[3556]. Onecha Santamaria afirma que «no se puede poner límites a la intervención del juzgador y que una vez es admitido o acordado este medio es para examinar en toda su amplitud el objeto físico que se reconoce, para obtener de esta manera una conciencia cabal y completa de los hechos, ilustrada por la visión íntegra de aquello que se examina»[3557]. Reyes Monterreal manifiesta que «es ridículo observar como la parte señala al Juez lo único que debe ver de la finca, cosa o persona, sin que él pueda decir que quiere ver más o viéndolo, no pueda reflejarlo en sus impresiones, por incongruencia con lo pedido»[3558]. Con respecto a la LEC, Muñoz Sabaté sostiene que el artículo 353.2 LEC concede «al órgano judicial perceptor una ilimitada facultad para extender su reconocimiento»[3559]. Fuera del ámbito de interpretación de la LEC, un autor como Devis Echandía, en coherencia con su pensamiento que el juez puede acordar de oficio un reconocimiento judicial, sostiene que «cuando el juez puede ordenar de oficio la diligencia, es obvio que también puede ampliarla durante su práctica»[3560].

Por el contrario, otro sector entiende que la facultad de ampliación viene limitada por el mismo lugar, objeto o persona. Para Montero Aroca, «se trata que el juez de oficio puede ampliar el ámbito del reconocimiento judicial, siempre que, obviamente, se trate del mismo lugar, del mismo objeto, o de la misma persona[3561]. Para Gallego Mañueco «no aclara [el art. 353 LEC] si el tribunal puede no sólo restringir –como parece indiscutible– la propuesta de las partes, sino también 'ampliarla' a otros extremos que considere conve-

3556 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.564; Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.685.

3557 Onecha Santamaría, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.85, quien añade: «No hay que olvidar las posibilidades de sugerir la verdad que una cosa encierra y para ello es preciso que no se vea condicionada la realización de esta prueba con ciertas restricciones que no tendrían otro fundamento que el servicio a un interés de parte». En sentido similar, Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.218, para quien «el juez podrá ampliar, aumentar o extender su reconocimiento a otros extremos que le parezcan igualmente oportunos, convenientes o necesarios examinar».

3558 Reyes Monterreal, J. Mª., *Cuestiones que suscita el reconocimiento judicial*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1952, p.130.

3559 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba judicial…*, ob. cit., p.379.

3560 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba*, t. 2, ob. cit., p.447.

3561 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.468.

nientes, asumiendo de este modo un papel activo relativo a la proposición de la prueba», añadiendo que «no parece que su facultad de modificación consista tanto en ampliar el objeto de estudio como en realizar un análisis pormenorizado de ese objeto»[3562]. Para Solé Riera «entendemos que [el legislador] está atribuyendo al tribunal una facultad de actuación respecto de la prueba propuesta por las partes que, si bien no puede suplir la iniciativa de parte en cuanto a la proposición se refiere, sí puede restringir o ampliar la propuesta efectuada», llegando incluso a poder proponer «otros extremos distintos a los propuestos», pero sin que pueda extenderse «hacia el examen de otros objetos distintos al propuesto expresamente»[3563]. En la misma línea matizada, y desde la perspectiva judicial, Picatoste Bobillo razona que «hay que entender que el tribunal no podrá ampliar el objeto del reconocimiento, en el sentido de dirigirlo hacia cosas, lugares o personas distintos de los que la parte propuso; conviene hacer notar, en este sentido, que se habla de los «extremos» a que se refiere la parte, no del objeto; pero, dentro ya del ámbito material u objetivo propuesto, no está constreñido a examinar sólo los extremos acotados por la parte, sino que podrá ampliar su observación a otros del mismo objeto.Y ello es lógico porque difícil es que pueda la parte cercar el ámbito de la realidad física a observar por el Juez, si éste, inevitablemente, ha de percibirla de manera directa en su integridad»[3564].

La mayor iniciativa judicial se ha fundado en la restricción del ámbito de las diligencias finales[3565], que era bajo la vigencia de la LEC/1881, la fase en que solía acordarse la práctica del reconocimiento[3566], aunque resulta más adecuado entender que responde a la propia naturaleza y finalidad de esta prueba: obtener la convicción sobre los hechos controvertidos a través de la percepción judicial directa y a través de cualesquiera de los sentidos.

La facultad de ampliar el objeto del reconocimiento deberá ejercitarse no en el momento de la admisión, sino en el momento de la práctica, puesto que es cuando el juez estará en condiciones de efectuar tal ampliación[3567].

El artículo 353.2 LEC, a diferencia del artículo 511, II del Proyecto de Profesores de de 1974[3568], no permite acordar el reconocimiento de oficio, pues contempla la facultad

3562 Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C. M., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., pp. 1931 y 1932.

3563 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.53.

3564 Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento*…, ob. cit., p.72.

3565 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 353 LEC,* ob.cit., p.2580.

3566 La LEC/1881 permitía acordar de oficio el reconocimiento judicial como diligencia para mejor proveer (art. 340.3º LEC). Puede verse al respecto, Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español,* ed. Montocorvo, Madrid, 1987, pp. 246 y ss.

3567 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.468; Díaz Fuentes, A., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.297.

3568 El art. 511.II del Proyecto de Profesores de 1974 dispone que «cuando el reconocimiento se haya ordenado a instancia de parte, sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que deba tener, la

judicial de ampliar del objeto del reconocimiento, previa proposición de los extremos por la parte solicitante. Resumidamente, puede distinguirse tres posiciones:

Un primer sector doctrinal no admite el reconocimiento judicial acordado de oficio, puesto que el principio de aportación de parte exige la previa petición de la parte (art. 353.2 LEC) y el juez, todo lo más, puede acordar una ampliación de los extremos propuestos por las partes, y siempre que no se trate de un lugar, un objeto o una persona distinta.

Un segundo sector doctrinal sostiene que el reconocimiento judicial puede ser acordado de oficio por el juez, con independencia de la petición de las partes, tal como preveía el art. 511 del Proyecto de Profesores de 1974[3569]. Serra Domínguez argumenta que la prueba no está regida por el principio dispositivo, sino por el principio de aportación de parte y que el juez, siempre que lo estime oportuno, debe acordar el reconocimiento judicial, y que tampoco se atenta contra la carga de la prueba, porque su fundamento es objetivo y las partes sólo de forma indirecta se verán gravadas por las consecuencias de la falta de prueba, independientemente de quien la produzca: las partes o el juez[3570]. Con anterioridad Devis Echandía afirmaba que la facultad de acordar el reconocimiento judicial de oficio se fundamentaba en la «necesidad de verificar la verdad real de los hechos discutidos y de dotar al juez de amplias facultades para investigarlos»[3571]. Para Sentís Melendo el reconocimiento judicial acordado de oficio puede ofrecer la ventaja que, examinado directamente por el juez un lugar, un objeto o una persona, devengan innecesarias pruebas testificales e incluso periciales, y de ahí la conveniencia que se practique lo antes posible[3572].

Un tercer sector doctrinal, y entre ellos Gimeno Sendra y Morenilla Allard, tras señalar que la LEC es especialmente confusa en este extremo y que la regla general es la petición de parte, consideran que la prueba de oficio se limita a dos supuestos: 1º) El art. 355 LEC –que utiliza la forma verbal imperativa para acordar el reconocimiento judicial de una persona– y se circunscribe a los procesos en los que existe un interés público (menores, incapaces, matrimonios con hijos menores, etc.); y 2º) El art. 356 LEC –que permite, de oficio, la práctica conjunta del reconocimento judicial y el pericial– y que constituye

---

peticionaria expresará los extremos fundamentales a los que debe referirse el reconocimiento…». La facultad de acordar el reconocimiento de oficio se justifica por el hecho que «el juez debería ser la única persona facultada para poner en práctica la iniciativa del reconocimiento» (*Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* t. II, Madrid, 1974, p.91).

3569 Cuyo tenor literal era: 511.1. «Cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o materia, se decretará el reconocimiento judicial, *de oficio* o a instancia de cualquiera de las partes» (la cursiva es nuestra).

3570 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., pp. 564 y 565. En el mismo sentido, Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimento judicial*, ob.cit., p.217.

3571 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p.445.

3572 Sentís Melendo, S., *El reconocimiento judicial*, ob. cit., p.478.

una excepción a la regla general, dado que regula un supuesto de reconocimiento judicial previamente estimado[3573].

6.2. El juicio de admisión

La admisión del reconocimiento judicial, al igual que los demás medios de prueba, se supedita a los criterios de pertinencia, utilidad y legalidad (art. 283 LEC). No suelen ofrecer dudas los criterios de pertinencia –adecuación entre el medio propuesto y el hecho controvertido– y legalidad –proposición con observancia de las formalidades legales–, pero si el de la utilidad –idoneidad del medio propuesto para acreditar el hecho controvertido–.

Se ha denegado, por inútil, la prueba de reconocimiento judicial cuando el hecho que se pretendía demostrar venía acreditado de manera suficiente en unas actuaciones penales previas (STS, 19 de enero de 2006[3574]); cuando ha transcurrido un lapso de tiempo considerable después de los hechos origen de la demanda (STS, 16 de abril de 2007[3575]) o cuando los hechos controvertidos hacen referencia a aspectos técnicos propios de una prueba pericial (STS, 13 de julio de 2004[3576]). Esta última razona:

> «[…] pero no resulta suficiente una mera coincidencia entre el hecho no probado y el que constituía el objeto de la prueba inadmitida o no practicada, pues, […] se requiere, además, la idoneidad objetiva de la diligencia solicitada para acreditar el hecho decisivo o relevante». Y en el caso ocurre que el reconocimiento judicial no era el medio de prueba idóneo para probar los aspectos fácticos controvertidos, pues hacen referencia a temas propios de la pericia, por exigir conocimientos técnicos no jurídicos, como se reconoce por el propio actor en el suplico de la demanda, sin que el examen directo por el juzgador de la cosa litigiosa pudiera aportar nada de interés para el esclarecimiento y apreciación de los hechos que no hayan proporcionado las fotografías obrantes en las actuaciones».

No cabe denegar el reconocimiento judicial en los siguientes supuestos:

3573 Gimeno Sendra, V. y Morenilla Allard, P., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, ob. cit., p.487.

3574 La STS, Sala 1ª, de 19 de enero de 2006, fto. jco.3º (RJ 255/2006), en un supuesto de reclamación por culpa extracontractual por caída en la vía pública y fallecimiento de una persona, deniega la prueba del reconocimiento judicial razonando que dicha prueba «meses después de haber ocurrido el accidente no podía haber exteriorizado o descrito algún dato distinto de los que resultaban de dichas diligencias [actuaciones penales previas] en las que se incluye una doble inspección de la Guardia Civil, y del Juez instructor, además de unas fotografías y el acta de levantamiento del cadáver».

3575 La STS, Sala 1ª, de 16 de abril de 2007, fto. jco.1º (RJ 2012/2007), en un supuesto de reclamación de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la ingesta de agua mineral embotellada en garrafa conteniendo producto desinfectante en cantidad superior a la usual, afirma la inutilidad de una prueba de reconocimiento judicial sobre un planta embotelladora y del sistema de embotellamiento cuando habían transcurrido más de cinco años de haber tenido lugar los hechos origen de la demanda.

3576 STS, Sala 1ª, de 13 de julio de 2004, fto. jco. 2º (RJ 4296/2004).

a) Por la dificultad de la práctica de la prueba. La disponibilidad física y jurídica del objeto –caso de muebles– y la posibilidad de realizar eficazmente el reconocimiento –por dificultad de acceso al lugar– son criterios que, en su caso, afectan a la práctica del reconocimiento, pero no a su admisibilidad[3577]. Una vez admitido el reconocimiento, por indisponibilidad del objeto o por circunstancias peligrosas del lugar, su práctica puede devenir imposible.

b) Por argumentos basados, explícita o implícitamente, en consideraciones como la sobrecarga de trabajo, el coste del desplazamiento del tribunal fuera de la sede judicial, o la obtención de la convicción judicial a partir de otros medios de prueba[3578]. Las actas notariales preconstituidas no constituyen un supuesto de reconocimiento judicial, sino de prueba documentada[3579].

c) Por diferir la admisión a una fase posterior (admisión condicionada o como diligencia final o, bajo la LEC/1881, a las diligencias para mejor proveer). El uso generalizado de diferir la admisión del reconocimiento judicial a las diligencias para mejor proveer produjo el indeseado efecto de la aparición de pruebas documentales preconstituidas, como las actas notariales, en la que constan las percepciones y apreciaciones del notario y no del juez[3580]. La STS de 18 de mayo de 1993 condenó de forma contundente esta práctica en los términos siguientes:

> «En lo que concierne a la prueba de reconocimiento judicial solicitada el problema varía. La prueba, en efecto, no fue rechazada de plano; sobre ella declaró el Juez (Providencia de 23-2-1989) que «no ha lugar por ahora sin perjuicio de que en su día pueda acordarse para mejor proveer». Esta fórmula de reservarse para este momento la definitiva declaración de pertinencia se ha implantado y utilizado, cada vez, con mayor frecuencia y constituye, a no dudarlo, una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña, un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir, y desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales»[3581].

3577 En sentido contrario, Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.568 y Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 353 LEC*, ob.cit., p.1647, para quienes la posibilidad del reconocimiento es un parámetro de admisibilidad.

3578 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.685.

3579 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.566.

3580 Desde la perspectiva judicial, crítica el recurso a las diligencias para mejor proveer Martínez García, A. S., en «La prueba en el proceso civil», ob. cit., p.77.

3581 STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 1993, fto. jco. 5º (RJ 3561/1993). Esta fórmula ha sido severa y reiteradamente sancionada por la Sala Primera del Tribunal Supremo: de «generalizada y recusable práctica viciosa y no prevista en la LEC» (STS de 1 de octubre de 1994, fto. jco. 8º, RJ 7441/1994); «fórmula de reserva, extendida en su utilización, que este TS condena» (STS de 22 de noviembre de 1996, fto. jco. 1º, RJ 8642/1996); «esta admisión o inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es contraria al ejercicio de las facultades que concede a las partes el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (STS de 8 de marzo de 1997, fto.

El juicio sobre la admisión de la prueba de reconocimiento judicial se produce, por lo general, mediante una resolución oral del juez en la audiencia previa (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal). En esta resolución el juez debe precisar el objeto del reconocimiento –preferiblemente con mención expresa de los extremos admitidos–, el día y hora, el lugar, las medidas acordadas para garantizar su efectividad y, en su caso, si se accede a la práctica conjunta. La resolución de admisión es, como se ha afirmado acertadamente, una resolución anticipatoria o preparatoria de su práctica[3582] y debe guardar concordancia con la proposición efectuada por la peticionaria y las demás partes.

La práctica del reconocimiento judicial debe ser congruente con el juicio de admisión. La relevancia de la proposición se destaca en la SAP Ciudad Real de 15 de julio de 2004 que, en la parte que interesa, razona del modo siguiente:

> «La prueba de reconocimiento judicial se solicitó por el demandante según se desprende del visionado del vídeo de la audiencia previa en el siguiente sentido: […] en cuarto lugar, reconocimiento judicial, con el objeto de que su señoría compruebe in situ sobre el terreno la configuración actual de las fincas, las alteraciones que se han producido, los signos externos que constan de esas alteraciones y su comparación con los planos aportados como documentos y además como nos permite el artículo 353.2 de la LEC manifestamos que pretendemos concurrir a ese acto con una persona técnica en la materia que sería un ingeniero técnico agrícola, a fin de que sobre el terreno mida las fincas, en especial la 123, respecto de la cual se dice en la contestación a la demanda que no consta si las cifras 75 y 144 son metros o no […] a efectos de que ese experto sobre el terreno pueda decirnos sobre el terreno con una cinta métrica hasta dónde llegan esos metros según nosotros»[3583].

LLegado el acto del juicio no se admitió que pudieran efectuarse mediciones por poder constituir una pericial encubierta, efectuándose la correspondiente protesta por la actora proponente. La Audiencia Provincial declaró la nulidad de actuaciones, con retroacción al momento de la práctica del reconocimiento judicial, señalando que es la audiencia previa y no el acto del reconocimiento donde, en su caso, debió denegarse la prueba por los motivos que se estimaran.

6.3. Práctica

El reconocimiento judicial se practica, por lo general, en el acto del juicio (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal), o como prueba anticipada. También puede

---

jco. 1º, RJ 1911/1997); «irregularidad y práctica deleznable» (STS de 3 de noviembre de 1998, fto. jco.2º, RJ 8361/1998); «encubierta denegación de prueba» (STS de 4 de junio de 2001, fto. jco. 2º, RJ 5532/2001); «fórmula que la jurisprudencia de esta Sala considera rechazable» (STS de 11 de noviembre de 2004, fto. jco.2º, RJ 6899/2004); «de perversa fórmula que impide un recurso contra una auténtica denegación» y «de uso relativa y desgraciadamente frecuente y se considera no ya la violación de normas procesales […], sino del esencial derecho proclamado por el artículo 24 de la Constitución» (STS de 3 de mayo de 2006, fto. jco. 3º, RJ 2206/2006).

3582 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento*…, ob. cit., p.134.

3583 SAP, Ciudad Real, secc. 1ª, de 15 de julio de 2004, fto. jco.2º (AC 1641/2004).

practicarse al amparo del art. 429.1, II y III LEC, como diligencia final y en segunda instancia.

6.3.1. Práctica anticipada

La práctica anticipada del reconocimiento judicial, prevista en el Proyecto de Profesores de 1974, y con fundamento legal en el artículo 293 LEC, puede adoptarse siempre que se trate de dejar constancia de hechos perecederos o cuando sea necesaria o urgente la reposición de las cosas al estado anterior[3584]. Se trata, como indica Serra Domínguez, de evitar el riesgo de falsificación o alteración de sus circunstancias durante el proceso[3585].

En la solicitud será necesario razonar el presupuesto de admisibilidad –temor fundado de imposible realización posterior (art. 293.1 LEC)–, debe practicarse con contradicción (art. 295.1 LEC) y debe interponerse la demanda en los dos meses siguientes a la práctica de la prueba, salvo fuerza mayor (art. 295.3 LEC)[3586].

Un supuesto particular de prueba anticipada es el relativo al interdicto de obra nueva, en el que se puede acordar que el reconocimiento judicial se lleve a cabo con anterioridad a la vista (art. 441.2 LEC). Se trata de una facultad discrecional que permite que el juez celebre la vista con mayor conocimiento de causa, siendo exigible en tal caso que el reconocimiento se señale, con al menos cinco días de antelación a la vista (art. 353.2 LEC), y que se cite al demandado (art. 295.1 LEC)[3587].

Bajo la vigencia de la LEC/1881, que solo admitía como prueba anticipada la prueba testifical, era frecuente acudir a un notario y solicitar un acta de presencia a modo de reconocimiento judicial anticipado y en la que se dejaba constancia del estado de las cosas.

6.3.2. Práctica al amparo del art. 429.1, II y III LEC

La normativa del artículo 429.1, II y III LEC, ubicada en sede de audiencia previa y dentro de la fase de proposición y admisión de prueba, permite al juez una doble posibilidad de intervención: la facultad de indicación de insuficiencia probatoria y la facultad de proposición de pruebas[3588].

3584 Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.75.

3585 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.565.

3586 Veáse, con respecto a los presupuestos y el procedimiento, Rizo Gómez, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 75 y ss.

3587 La SAP Pontevedra, secc. 5ª, de 15 de noviembre de 2002, fto. jco.3º (JUR 53466/2003), y en un supuesto de interdicto de obra nueva, declara la validez del reconocimiento acordado cinco días antes de la vista y puesto en conocimiento del demandado.

3588 También resulta aplicable al juicio verbal por remisión del artículo 443.4, II LEC: «La proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 el artículo 429.»

La facultad de indicación le permite poner de manifiesto el hecho o hechos que, una vez propuestas las pruebas por las partes, podrían verse afectados por una eventual insuficiencia probatoria, con anterioridad a la práctica de la prueba. Se recoge en la proposición inicial del artículo 429.1, II LEC en los términos siguientes: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria».

La facultad de proposición de prueba –también llamada facultad de «sugerencia»– permite al juez la proposición de la prueba o pruebas que considere convenientes para paliar la insuficiencia probatoria. Aparece recogida en la proposición segunda del artículo 429.1, II LEC, que literalmente dispone: «Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar la prueba o pruebas que considere convenientes».

Las partes a la vista de la indicación de insuficiencia –y, en su caso, de la sugerencia de prueba– «podrán completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba» (art. 429.1, III LEC)[3589]. De ahí que, si a la vista de la sugerencia judicial de practicar el reconocimento judicial, las partes no acogen tal sugerencia, el juez no podrá acordarlo de oficio[3590].

Para que el juez pueda «sugerir» el reconocimiento judicial es necesario que la fuente de prueba –esto es, la referencia al lugar, el objeto o la persona del reconocimiento– se encuentre en las actuaciones porque al juez le resulta vedada la investigación de una fuente de prueba. Con ello la normativa del art. 429.1, II y III LEC respeta el principio de aportación de parte.

Siendo el juez protagonista y destinatario de la prueba, y consistiendo el reconocimiento en una prueba de percepción judicial directa, la facultad de sugerir el reconocimiento tiene un sólido fundamento dogmático, pues como afirmara Guasp nadie mejor que el juez puede saber si su observación puede tener influencia en el pleito[3591]. De ahí que algunos autores hayan postulado que, dado que la LEC no permite acordar el reconocimiento judicial de oficio (art. 353 LEC), la facultad de integración probatoria del art. 429.1, II y III LEC permitiría colmar este vacio normativo[3592].

3589 Sobre el origen, fundamento, alcance, presupuestos y límites de esta normativa me remito a mi estudio, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 114 y ss. En la jurisprudencia destaca por su claridad y precisión la SAP Navarra, secc. 2ª, de 16 de abril de 2002, fto. jco. 5º (La Ley 73501/2002).

3590 En sentido distinto Picó i Junoy, J., en «La audiencia previa», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J.(dirs.), J.M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 383-391.

3591 Guasp Delgado, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p.150. En sentido similar, Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.216; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.54.

3592 Rueda López, J. C., *Comentario al art. 353 LEC*, ob. cit., p.1148.

Otra cuestión que suscita la normativa del art. 429.1, II y III LEC es si la facultad de «sugerencia» judicial alcanza únicamente a la proposición de la prueba del reconocimento judicial o puede extenderse también a los extremos del reconocimento. Como he razonado en otro lugar[3593], la facultad de indicación de insuficiencia probatoria tiene un contenido general –referido a la manifestación judicial de la insuficiencia de la prueba propuesta– y un contenido particular –referido al hecho o hechos afectados por la insuficiencia–. Ello puede deducirse tanto de la propia dicción legal del art. 429.1, II y III LEC que permite al juez señalar la insuficiencia de las pruebas propuestas «indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por tal insuficencia»–, cuanto de la perplejidad que suscitiría una indicación de insuficiencia probatoria sin la individualización del hecho afectado por la misma[3594]. El juez puede, por ende, concretar los hechos afectados por la insuficiencia probatoria y con ello «sugerir» también los extremos del reconocimiento judicial.

El art. 429.1, II y III LEC también podría tener aplicación para «sugerir» la intervención de un práctico o entendido en la materia. Al efectuar la proposición del reconocimiento judicial, la parte solicitante puede «anunciar» su intención de concurrir al acto del reconocimiento con alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2 LEC), a los efectos que las demás partes personadas puedan, si así lo desean, efectuar idéntico anuncio (art. 353.2, II LEC). Puede suceder, a título de ejemplo, que las partes hayan aportado una prueba pericial informática, y que el juez «sugiera» en la audiencia previa –o en la vista del juicio verbal– la posibilidad que, además del perito, concurra un experto informático, en calidad de persona práctica o entendida, que le auxilie en el acto de contradicción del dictamen pericial. Si alguna de las partes recoge la «sugerencia» del juez, éste podría acordar la intervención de la persona práctica o entendida. Lo que no puede el juez, de oficio, es nombrar una persona práctica o entendida, si ninguna de las partes atiende la «sugerencia» probatoria, pues la intervención del práctico, fuera de la normativa del art. 429.1, II y III LEC, es facultad que corresponde a las partes[3595].

Un caso singular es el previsto en la SAP Barcelona de 29 de octubre de 2003. En un supuesto de reclamación por inejecución de contrato de obra, la actora propuso en la instancia documental y acogiéndose a la previsión del art. 429.8 LEC no pidió la celebración del juicio. En la primera instancia se absolvió a la demandada afirmando que las alegaciones de la actora en cuanto al incumplimiento de la obra habían quedado huérfanas de sustrato probatorio. Recurrida en apelación y alegando infracción del art. 429.1 LEC (el juez de primera

3593 Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 134-135.

3594 Illescas Rus, A.V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p.351, descarta que el juez efectúe «exhortaciones o amonestaciones genéricas», y exige «indicaciones muy precisas, […] al señalar el hecho o hechos concernidos por la eventual carencia de prueba». En sentido similar, Barona Villar, S., en AAVV, *El Proceso Civil*, t. IV, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.3219; y Etxebarría Guridi, F.J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC,* ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2003, p.273.

3595 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 354 LEC*, ob. cit., p.1651.

instancia debió advertir a la actora de la insuficiencia probatoria inmediatamente después de su proposición de la prueba en el acto de la audiencia previa), la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y declara la retroacción de las actuaciones hasta el trámite de la audiencia previa, pues razona que existe un deber –y no una simple facultad– de poner de manifiesto la insuficiencia probatoria y que el juzgado podía incluso haber sugerido un reconocimiento judicial de la parcela objeto del contrato de ejecución de obra[3596].

6.3.3. Práctica ordinaria

La práctica ordinaria del reconocimiento judicial tendrá lugar en el acto del juicio (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal) en aquellos supuestos en que el objeto o persona del reconocimiento pueda trasladarse a presencia judicial. Por el contrario, y en aquellos supuestos en que el juez haya de desplazarse hacia algún lugar, o el objeto o persona no puede trasladarse a presencia judicial, se practicará anticipadamente[3597].

6.3.4. Práctica como diligencia final

Las diligencias finales han sustituido a la centenarias diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC 1881), sobre presupuestos distintos de aquéllas. Se ha pasado de la discrecionalidad del «mejor proveer» a la excepcionalidad de las diligencias finales de oficio, produciéndose no solamente un cambio terminológico, sino también sistemático y sustantivo, en la medida que, como regla general, deberán adoptarse a instancia de parte (art. 435.1 LEC) y solo excepcionalmente de oficio (art. 435.2 LEC)[3598].

A instancia de parte, el reconocimiento judicial podrá acordarse en los siguientes supuestos: 1º) el reconocimiento judicial que no se hubiera podido proponer en tiempo y forma por las partes (art. 435.1.1ª LEC); 2º) el reconocimiento judicial que, una vez admitido, no se hubiera podido practicar por causas ajenas a la parte proponente (art. 435.1.2º LEC)[3599]; 3º) el reconocimiento judicial para acreditar hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3º LEC).

Excepcionalmente, el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se practique de nuevo un reconocimiento judicial sobre hechos relevantes, oportunamente

3596 SAP Barcelona, secc. 16ª, de 29 de octubre de 2003, fto. jcos 2º y 3º (La Ley 173541/2003). En nuestra opinión el art. 429.1, II LEC solo confiere al juez una facultad y no un deber de señalar la insuficiencia probatoria (*Inciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 125-131). Para la jurisprudencia mayoritaria también se trata de una facultad: entre otras, puede verse SAP Baleares, secc. 4ª, de 29 de marzo de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/45861).

3597 Pueden verse los epígrafes 5.1 (Lugar) y 5.2 (Tiempo) del reconocimiento en este mismo capítulo.

3598 Sobre las razones del cambio y la regulación de las diligencias finales, puede verse mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 256 y ss.

3599 Cremades Morant, J., en «Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia», t. II, ob. cit., p.2319, alude al supuesto en que la prueba hubiera sido admitida y no se hubiera realizado si el objeto a reconocer, por su naturaleza, no se podía trasladar a la sede judicial.

alegados, cuando de los actos probatorios anteriores no se hubieren obtenido resultados probatorios claros, a causa de circunstancias ya desparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes (art. 435.2 LEC).

El principal escollo para la adopción de una diligencia final de oficio radica en la necesidad que el resultado infructuoso o no conducente proceda de un reconocimiento judicial anterior o, por el contrario, puede proceder de cualquier otra prueba que aconseje su práctica[3600]. Para un sector doctrinal solo son admisibles como diligencias finales de oficio las pruebas ya propuestas, pues se configuran como una repetición de actos de prueba frustrados[3601], mientras que para otro sector doctrinal pueden acordarse también pruebas no propuestas por las partes, siempre que versen sobre los mismos hechos, pues se pueden acordar «siempre que sobre el hecho se haya practicado una prueba insatisfactoria»[3602].

Sin ignorar el carácter restrictivo de las diligencias finales de oficio, y siempre que concurran los requisitos del artículo 435.2 LEC, serán admisibles las diligencias finales sobre pruebas no propuestas, sobre pruebas propuestas y no practicadas, y sobre pruebas admitidas y no practicadas. La finalidad de las diligencias finales es coadyuvar a formar la convicción judicial y ello es independiente de que previamente se hayan o no propuesto las mismas pruebas, e independiente de los avatares que haya sufrido la prueba en cuanto a su admisión y práctica. Tampoco podemos olvidar que la expresión legal «de nuevo pruebas» no significa volver a practicar las mismas pruebas, sino más bien la posibilidad de un segundo momento o fase probatoria[3603].

La jurisprudencia «menor» ha admitido los siguientes supuestos: a) supuestos en los que, habiéndose utilizado en el acto del reconocimiento judicial medios de grabación de la imagen y del sonido, la filmación o grabación hubiera resultado defectuosa y, en general, cuando la documentación del acto de reconocimiento judicial, aun escrita, resulte ilegible; b) supuestos de periciales contradictorias y necesidad de reconocimento judicial de un lugar para desvanecer las contradicciones (SAP Castellón, 23 de diciembre de 2009[3604]);

3600 López Yagües, V., *La prueba de reconocimento judicial*, ob. cit., p.243; Martín Ostos, J.S., en *Comentario al art. 435 LEC*, ob. cit., p.2188.

3601 Etxeberría Guridi, F.J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ob. cit., pp. 374 y 375.

3602 Martín Ostos, J.S., en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p.2119. Y en las *Las diligencias finales*, en rev. Poder Judicial, núm. 67, p.393, señala que únicamente «quedan excluidas aquellas diligencias que pretendan probar hechos sobre los que anteriormente no se haya practicado ninguna prueba».

3603 Más ampliamente en mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio*, ob. cit., pp. 308-312.

3604 La SAP Castellón, secc. 1ª, de 23 de diciembre de 2009, fto. jco. 2º (La Ley 308725/2009) aborda un supuesto de responsabilidad civil derivado de un contrato de compraventa en el que la demandada entrega unas plazas de garaje con unas dimensiones no acordes con la normativa y lo pactado entre partes. El reconocimiento judicial propuesto por la actora fue denegado en la audiencia previa, pero acordado como diligencia final de oficio ante la existencia de periciales contradictorias, la necesidad de observar las medidas legales de las plazas de garage y la posibilidad de aparcar sin invadir las plazas colindantes.

c) supuestos en los que entre la decisión del juez de primera instancia y la del tribunal de apelación pueden haber existido cambios o alteraciones en el lugar litigioso que justifiquen un nuevo examen (SAP Baleares, 31 de diciembre de 2002[3605]).

Se discute si cabe diferir la práctica del reconocimiento judicial a la fase de diligencias finales. Lo deseable es que el reconocimiento judicial se practique en su momento oportuno, pero puede recurrirse al artículo 435.1.2º LEC en aquellos supuestos en que el objeto reconocible, bien por su naturaleza (un lugar) o por sus circunstancias (salud, peso, funcionamiento, etc.) no puede trasladarse a presencia judicial[3606]. En todo caso, si se trata de una persona o un objeto mueble susceptible de ser llevado a presencia judicial, el reconocimiento judicial debe practicarse junto con las demás pruebas, en el momento del acto del juicio (ordinario) o vista (verbal), sin necesidad o justificación para diferir su práctica a las diligencias finales[3607].

El reconocimiento judicial acordado como diligencia final debe revestir forma de auto. Si la diligencia final se acuerda a instancia de parte cabe recurso de reposición y no de apelación (SAP Alicante, 14 de febrero de 2005[3608]). Si la diligencia final se acuerda de oficio no cabe recurso alguno. La práctica del reconocimiento judicial acordado como diligencia final debe efectuarse con intervención de las partes, los abogados y los procuradores[3609] y, una vez practicado, las partes disponen del plazo de cinco días para formular sus conclusiones sobre el reconocimiento practicado (art. 436.1 LEC), bajo sanción de nulidad de actuaciones (SAP Almería, 5 de octubre de 2001[3610]).

3605 La SAP Baleares, secc. 4ª, de 31 de diciembre de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 88810/2002) aborda un supuesto de acción reivindicatoria en el que la Audiencia Provincial acordó de oficio un reconocimiento judicial para comprobar el lugar litigioso.

3606 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob.cit., p.235.

3607 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.236.

3608 SAP Alicante, secc. 6ª, de 14 de febrero de 2005, fto. jco. 2º (RJ 109673/2005).

3609 Un caso singular (por anómalo) aborda la STS, Sala 1ª, de 8 de julio de 1996 (RJ 5664/1996) en el que el Juzgado acordó para mejor proveer un reconocimiento judicial sin haber dado intervención a las partes e interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de actuaciones y la nueva práctica del reconocimiento judicial con intervención de las partes, a pesar de lo cual el Juzgado dictó posterior resolución acordando no haber lugar a practicar el reconocimiento. El Tribunal Supremo, tras destacar la actitud insólita y antijurídica del Juzgado, declara una nueva nulidad de actuaciones.

3610 La SAP Almería, secc. 1ª, de 5 de octubre de 2001, fto. jco. 1º (JUR 329327/2001), con referencia a un reconocimiento judicial acordado para mejor proveer (art. 340 LEC/1881), razona que «el hecho de la diligencia acordada fuera una inspección ocular, llevada a cabo por el propio Juez que dictó sentencia, que las partes estuvieran presentes en la misma, junto con sus respectivos Letrados y que hubieran podido manifestar lo que hubieran tenido por conveniente mientras se practicaba, no obsta, en contra de lo alegado por el apelado, para que se deba de dar el trámite legalmente establecido en el artículo 342 de la LEC, puesto que la finalidad del mismo, […], es que las partes tengan la ocasión de manifestar sobre su alcance e importancia, y esto sólo se puede llevar a cabo una vez finalizado la prueba».

Ahora bien, el juzgado debe dar traslado a las partes del resultado de la diligencia de reconocimiento judicial acordada como diligencia final, pero el escrito de «resumen y valoración de su resultado», tras la diligencia final, no es imperativo, puesto que las partes «podrán» presentar dicho escrito (art. 436.1 LEC y AAP Barcelona, 14 de mayo de 2008[3611]).

6.3.5. Práctica en segunda instancia

La práctica del reconocimiento judicial en segunda instancia cabe en los siguientes supuestos[3612]:

1º) La práctica de la prueba de reconocimiento judicial denegada en la primera instancia (art. 460.2.1º LEC): exige que se hubiere formulado reposición, si la denegación fue en el juicio ordinario, o protesta, si hubiere sido en el juicio verbal. Además, el reconocimiento judicial tuvo que ser propuesto en la primera instancia con observancia de las exigencias legales. Es un supuesto de control del juicio de admisibilidad acerca de la pertinencia y utilidad de la prueba que ha efectuado el órgano *a quo*.

2º) La realización por el Tribunal de apelación del reconocimiento judicial admitido y no practicado en la primera instancia (art. 460.2.2º LEC) exige: a) que se hubiera propuesto en tiempo y forma la prueba y que hubiera sido admitida por el tribunal *a quo*; b) la falta de práctica de la prueba en la instancia motivada por causa ajena al litigante que la propuso; c) que la prueba no se hubiera podido practicar ni siquiera como diligencia final. Es un supuesto de prueba de reconocimiento judicial propuesta y admitida en la instancia, y no practicada por negligencia del juzgado *a quo*, siendo la prueba de reconocimiento relevante en términos del fallo[3613]/[3614].

3611 El AAP Barcelona, secc. 13ª, de 18 de mayo de 2008, fto. jco. 2º (JUR 317656/2008) razona que la omisión del trámite de conclusiones no genera indefensión porque el trámite del escrito de «resumen y valoración» del resultado de la diligencia final es potestativo y no imperativo. Añade, además, que las partes hicieron constar las observaciones que tuvieron por convenientes en el acta del reconocimiento judicial.

3612 Seguimos en lo sustancial la exposición de López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., pp. 315 y ss.

3613 La STS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 2004, fto. jco.2º (RJ 6899/2004) considera que la denegación en apelación de una prueba de reconocimiento judicial, admitida en la instancia junto con la pericial y la testifical, produjo unas irregularidades procesales no determinantes de indefensión. El Tribunal Supremo critica la formula empleada por la Audiencia Provincial de dejar a salvo la facultad del tribunal de practicar la prueba solicitada como diligencia para mejor proveer, pero señala que la parte recurrente en su escrito resumen de pruebas, una vez finalizado el período probatorio, ya no consideró necesaria o imprescindible su práctica, limitándose a interesar su práctica para mejor proveer «para el caso que existieran dudas», amén que no formuló objección ni reserva frente a la providencia que señalaba la ratificación del informe pericial, es decir, independiente de la prueba de reconocimiento judicial, pese haberse propuesto su práctica conjunta.

3614 La STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 1994, fto. jco. 8º (RJ 7441/1994) considera injustificada la denegación en segunda instancia de una prueba de reconocimiento judicial declarada pertinente y admi-

3º) La práctica en la segunda instancia para la acreditación de «hechos nuevos» o «desconocidos» (art. 460.2.3º LEC). Se exige que se trate de hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos en el momento posterior al comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o, si se produjeron antes, que la parte justifique o acredite haber tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

4º) La prueba de reconocimiento judicial interesada por el demandado rebelde (art. 460.3 LEC), que se limita al supuesto de rebeldía involuntaria.

6.4. Práctica conjunta del reconocimiento judicial con otros medios de prueba

Por razones de economía y en aras a un mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos, se prevé la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial y con los interrogatorios de testigos y de las partes.

6.4.1. Con la prueba pericial

Siguiendo el precedente del art. 635 LEC/1881[3615] y del art. 514 del Proyecto de Profesores de 1974[3616], el legislador ha previsto la práctica conjunta de la prueba pericial con el reconocimiento judicial, «cuando el tribunal lo considere conveniente» (art.356.1 LEC)[3617]. Pero mientras el art. 635 LEC/1881 disponía que el reconocimento judicial y el pericial se practicarían «conforme a las reglas establecidas para cada uno de ellos»; el art. 356 LEC dispone que se practicarán «en un solo acto […] siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección» (la del reconocimiento judicial), esto es, conforme a las reglas del reconocimiento judicial. En cualquier caso, y como ya advertía Guasp, no se produce una desnaturalización de ambas figuras y su conversión en una figura probatoria híbrida, sino

tida en la primera instancia, y que no fue practicada por causa no imputable a la parte proponente, reconociendo el derecho a su práctica en la segunda instancia.

3615 Cuyo tenor literal es: «Cuando se acuerden el reconocimiento judicial y el pericial de una misma cosa, se practicarán simultáneamente estos medios de prueba, conforme a las reglas establecidas para esta sección».

3616 Cuyo tenor literal es: Art. 514.I «Cuando el juez lo crea conveniente podrá disponer que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial sobre el mismo extremo, siguiéndose el procedimiento establecido para cada uno de ellos». Y el art. 514.II «Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el juez la ordenará si la estima procedente».

3617 Cuyo tenor literal es: Art. 356.1 «Cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona, siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección». Y art. 356.2 «Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el tribunal la ordenará si la estima pertinente».

que ambas pruebas (reconocimiento judicial y prueba pericial) conservan su sustantividad, aun cuando se introduzcan modificaciones procedimentales[3618].

Puede resultar útil, a título de ejemplo, para apreciar las lesiones derivadas de un accidente de circulación y valorar un posible perjuicio estético, o reconocer unas botellas y unos envases para apreciar cómo se ofertó un producto y sobre el que se ha practicado pericial para detectar su mal estado[3619]; o para el examen de un presunto incapaz con auxilio de un perito médico[3620]; o de unas obras en un terreno a los efectos de un proceso de tutela sumaria de la posesión[3621].

También puede ser útil, en general, en los denominados procesos de tutela sumaria de la posesión, antes llamados interdictos, cuando se trata de apreciar una obra nueva, en cuyo caso se otorga al juez la facultad de acordar la prueba conjunta e incluso con anterioridad a la vista (arts. 441.2 LEC y 250.1.5º LEC); y también en los procesos sumarios sobre una obra ruinosa (art. 250.1.6º LEC)[3622]; o los interdictos de retener o recobrar (art. 250.1.4º LEC).

Se ha denunciado la parquedad del art. 356 LEC, que silencia aspectos tan importantes como los requisitos para la proposición y admisión de la práctica de la prueba conjunta, su contenido y la forma de dejar constancia de sus resultados. En realidad, la regulación legal parte de unos presupuestos, no explicitados, que son los siguientes: 1º) El reconocimiento tiene lugar fuera de la sede del juzgado, pues la práctica conjunta se celebra en lugar distinto de la sede judicial y en tiempo distinto del acto del juicio o de la vista; 2º) Solo es posible la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la pericial que se habrá producido, por lo general, con anterioridad y fuera del proeso; 3º) Es precisa la identidad de objeto del reconocimiento judicial y el pericial, esto es, «que el lugar, objeto o persona que ha de ser sometido a examen por el juez y el análisis del perito coinciden»[3623].

En orden a su proposición, la práctica acumulada se podrá acordar, de oficio (art. 356.1 LEC) o a instancia de parte (art. 356.2 LEC)[3624], siempre que la prueba pericial y

3618 Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p. 691.

3619 Rifá Soler, J.Mª, *Comentario al art. 353 LEC,* ob. cit., p.1641.

3620 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.58.

3621 La SAP Madrid, de 8 de febrero de 1992, fto. jco. 2º (AC 311/1992), en demanda de interdicto de obra nueva por realización de obras en una parte del terreno sobre el que se discute su propiedad, afirma la conveniencia, en estos supuestos, de la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial en el terreno mismo *in situ*.

3622 Entre otras muchas puede verse la SAP Segovia de 18 de abril de 2002, fto.jco. 1 (JUR 184376/2002), en la que se razona que «el principio de aportación de parte se desvanece en aras del interés superior de evitar peligros y por ello se potencia en la ley, la intervención del juez apoyado en su propio criterio y en la pericia emitida por técnicos que el mismo escoge».

3623 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.219.

3624 Con respecto al derogado art. 635 LEC/1881, la STS de 22 de septiembre de 1997, fto. jco.1º (EDJ 6822/1997) razona que no se produce su infracción cuando el reconocimiento judicial tuvo lugar

de reconocimiento judicial haya sido propuesta por las partes conjunta o separadamente. Como afirma Solé Riera «así, aunque una parte haya solicitado la prueba pericial, y la otra el reconocimiento, o bien una parte haya propuesto ambas pruebas, el tribunal podrá acordar la práctica conjunta sin otros requisitos que la conveniencia»[3625]. Nada impide que una parte solicite el reconocimiento judicial y la otra parte la prueba pericial, y el juez acuerde la acumulación de ambas[3626], pues no se infringe el principio de aportación de parte y el juez procede a acumular unas pruebas ya propuestas por las partes y admitidas, sin acordarlas *ex officio iudicis*. En todo caso, la petición de práctica conjunta, efectuada por una o ambas partes, no vincula al tribunal. Pero, cuando menos, una de las partes debe solicitar la prueba pericial, pues el juez no puede acordar de oficio la práctica de una prueba pericial no solicitada por alguna de las partes[3627].

En orden a su práctica, y dada la parquedad legal, en la doctrina se distinguen tres posturas. Para unos autores, la práctica conjunta se refiere solo al «reconocimiento pericial» del art. 345 LEC, pues en todo lo demás y por lo que se refiere a la prueba pericial –designación, aceptación, juramento, nombramiento, emisión y contradicción del dictamen– se seguirán los trámites de la pericial, pues se trata de pruebas de naturaleza distinta y no puede exigirse al perito que emita un dictamen oral en el acto del juicio, que precisará una elaboraicón intelectual posterior[3628].

Para otros autores, lo que se solicita del perito no es la emisión de un dictamen o informe (que puede limitarse a la aportación al tribunal de una máxima de experiencia especializada sin que haya existido un contacto previo con los hechos), sino que se lleve a cabo un reconocimiento (junto con el judicial) del lugar, el objeto o la persona que se trate, aportando sus conocimientos, y cuyo resultado se recogerá en el acta única que se levante (art. 358.2 LEC)[3629].

Y para un sector doctrinal mayoritorio se trata de una práctica conjunta, produciéndose una suerte de «concentración de trámites» en la prueba pericial, de modo que el reconocimiento, la emisión y la contradicción se producen en un solo acto[3630]. El sometimiento

---

para mejor proveer y no fue acompañado del pericial puesto que «[…] los recurrentes, al proponer prueba, no pidieron expresamente la práctica simultánea de la pericial con la inspección ocular. Se trataba de un derecho que les asistía y no ejercitaron».

3625 Solé Riera, J., *El reconocimiento judicial*, ob. cit., p.59.

3626 Gallego Mañueco, Mª A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 356 LEC,* ob. cit., p.1958; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.59.

3627 de la Oliva Santos, A., *Comentario al art. 356 LEC*, ob. cit., pp. 614; Cubillo López, I., *Reconocimiento judicial* en AAVV, «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil», ed. Colex, Madrid, 2004, p.190.

3628 Rueda López, J. C., *Comentario al art. 356 LEC*, ob. cit., p.1158.

3629 Cordón Moreno, F., *Comentario al art. 356 LEC,* ob. cit., p.1211.

3630 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 356 LEC,* ob. cit., pp. 1660-1661.

a la normativa de esta sección (la del reconocimiento) implicará, cuando menos: 1º) Que las partes serán citadas a la práctica de las operaciones de reconocimento pericial en todo caso, y salvo que concurran razones para que sea secreto (art. 355.1 LEC), a diferencia de lo previsto en el art. 345 LEC; 2º) Que el perito deberá rendir su dictamen o sus apreciaciones en el propio acto (art. 358 LEC), salvo que, por razón de la dificultad o complejidad de la materia, el perito solicite y el juez admita la emisión diferida del dictamen.

Ahora bien, habrá que convenir, con DE LA OLIVA SANTOS, que «la referencia en el art. 356.1 a «esta Sección» no excluye la aplicabilidad de las normas sobre la pericia que, por la misma naturaleza y circunstancias de caso, sean de aplicación»[3631], esto es y cuando menos, de las normas relativas a la designación, aceptación, nombramiento y solicitud de provisión de fondos por el perito.

La remisión genérica al «procedimiento establecido en esta sección» (art. 356.1 LEC) –técnicamente más confusa que la remisión a las «reglas establecidas para cada uno de ellos» [reconocimiento judicial y pericial] del derogado artículo 635 LEC/1881– no regula los aspectos relativos a la práctica de la prueba acumulada que, obviamente, y en el caso de la prueba pericial no puede regirse por lo dispuesto en la sección 6ª del Capítulo IV del Libro II («Del reconocimiento judicial»).

A diferencia de la práctica acumulada con el interrogatorio de testigos y de las partes, se trata de una práctica simultánea –«en un solo acto» (art. 356.1 LEC)–, no sucesiva de ambas pruebas, pudiendo el perito aportar sus máximas de experiencia y dictarlas al Secretario judicial, mientras el juez examina el lugar, el objeto o la persona, recogiéndose las percepciones del juez y las máximas del perito en una única acta. Siendo el juez protagonista y destinatario de la prueba de reconocimiento, y en uso de sus facultades directivas durante la práctica de la prueba, puede disponer que el perito aporte sus máximas de experiencia antes, durante o después de la percepción judicial[3632].

La parquedad legal y el carácter híbrido de la regulación de la prueba pericial –que admite el modelo dual de pericia a instancia de parte y de designación judicial– suscita la duda relativa al sistema de designación de perito y la necesidad, en su caso, de emitir un posterior dictamen escrito. Para un sector doctrinal la práctica conjunta solo es posible cuando alguna de las partes haya solicitado la designación judicial de perito (art. 339.2 LEC), puesto que los dictámenes de partes ya se habrán aportado al proceso con los escritos iniciales de alegaciones (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC)[3633], por lo que el perito debe ser designado por el tribunal a instancia de las partes y conforme a los mecanismos previstos en los

3631 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al art. 356 LEC*, ob. cit., p.614.

3632 Lo que resulta inadmisible es que, habiéndose solicitado y admitido la intervención de las partes en el reconocimiento judicial a practicar conjuntamente con la pericial y la testifical, el perito emita su dictamen con carácter previo al reconocimiento judicial y sin intervención de las partes (SAP Almería, secc. 1ª, de 30 de abril de 2008, fto.jco. 3º, La Ley 236086/2008).

3633 FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.255.

artículos 341 y 342 LEC. En esta línea argumentativa la SAP Alicante, de 14 de febrero de 2005 sostiene que no se puede solicitar la práctica conjunta de reconocimiento judicial y pericial, cuando el dictamen pericial ya consta aportado a las actuaciones y el perito ya ha declarado en el acto del juicio[3634].

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 356 LEC, al regular la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial, no excluye la práctica conjunta del reconocimento judicial con la pericial de parte y la necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias, consecuencia del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)[3635], aconseja que también se pueda acordar, de oficio o a instancia de parte, la práctica conjunta de la prueba de reconocimiento judicial y pericial en los supuestos en que se haya aportado una pericial de parte, porque, en definitiva, la presencia del perito en el acto de reconocimiento, sea de parte o de designación judicial, haya o no emitido dictamen con anterioridad, no puede sino coadyuvar a formar la convicción judicial.

En cuanto a la emisión del dictamen, si bien es cierto que, con carácter general, la prueba pericial comporta la rendición de un dictamen escrito, y ésta es la filosofía que inspira la LEC, que dispensa a la aportación de la prueba pericial un tratamiento procesal en gran parte similar a la aportación de documentos (arts. 265.1.4 y 336.1 LEC), entendemos que debe actuarse con flexibilidad y atendiendo a la complejidad del objeto del reconocimiento, de manera que si al juez le bastan las máximas aportadas por el perito durante el acto del reconocimiento y recogidas en el acta no será necesario el dictamen escrito[3636].

De modo distinto, si el juez interesara –o una parte solicitara y el juez estimara conveniente–, la rendición de un posterior dictamen por escrito, aun cuando se rompa la concentración y la unidad de acto que inspira el artículo 356 LEC, debe señalarse al perito un plazo para la emisión del dictamen pericial y dar traslado del mismo a las partes para someterlo a contradicción[3637]. Así sucedió, en el caso enjuiciado en la SAP Cádiz, de 29 de septiembre de 2005, en el que en un supuesto de interdicto de obra nueva, e interesado

3634 SAP Alicante, secc. 6ª, de 14 de febrero de 2005, fto. jco. 2º (JUR 109673/2005).

3635 Sobre la constitucionalización del derecho a la prueba y la necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias puede verse Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2005, pp. 31-32.

3636 También se pronuncia por un criterio flexible Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial,* t. 2º, ob. cit., p.456, quien sugiere que el juez pregunte a los peritos si están en condiciones de rendir su dictamen oral y, en caso afirmativo, lo hagan oralmente, y en caso negativo, fije un término para que prudencialmente lo hagan.

3637 En este sentido, Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 356 LEC*, ob. cit., p.1660. De modo distinto y para Cremades Morant, J., *Comentario al art. 357 LEC*, ob. cit., p.1211, no se solicita del perito la emisión de un dictamen, sino «un reconocimiento (junto con el judicial) de la cosa o persona que se trate, aportando sus conocimientos y cuyo resultado se recogerá en el acta única que se levante».

por el demandado la práctica del reconocimiento judicial conjuntamente con una pericial judicial, se acordó en el acto del reconocimiento encargar al perito un informe[3638].

También se ha apuntado la posibilidad que el perito pueda realizar su labor técnica con anterioridad al acto del reconocimiento para emitir el dictamen en el acto[3639], y aun cuando legalmente no hay obstáculo a esta posibilidad y denota un escrupuloso proceder del perito, puede suponer un doble trabajo en aquellos supuestos en que el juez decida ampliar el objeto del reconocimiento durante la propia práctica de la prueba o que no consten inicialmente de modo preciso los extremos del reconocimiento.

En orden a su valoración, el dictamen pericial se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, pero la práctica conjunta puede contribuir a un incremento de la eficacia de la prueba, pues las percepciones judiciales pueden verse reforzadas por las aportaciones de un sujeto técnico[3640], de ahí que, con razón, se haya afirmado que se trata de una «prueba asistida»[3641]. Pensemos, a título de ejemplo, en un reconocimiento judicial de un presunto incapaz (art. 759 LEC) que se puede practicar conjuntamente con el reconocimento médico forense (SAP Valencia, 10 de julio de 2003[3642]); o el reconocimiento judicial de una finca a efectos de acción reivindicatoria a practicar conjuntamente con la inspección de un perito topógrafo.

6.4.2. Con el interrogatorio de testigos

En términos similares al art. 515 del Proyecto de Profesores de 1974, aun cuando desprovisto del matiz imperativo de dicho artículo[3643], y siguiendo el precedente del art. 635 LEC/1881[3644], el legislador ha previsto la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos, con la finalidad que la vista del lugar favorezca «la claridad

3638 SAP Cádiz, secc. 8ª, de 29 de septiembre de 2005, fto. jco. 9º (AC 381/2007).

3639 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.59.

3640 Asencio Mellado, J. Mª., *Comentario al art. 356 LEC,* ob. cit., p.862. En el mismo sentido Montero Aroca, J., *La prueba…,* ob. cit., p.475, quien no obstante recomienda que en el acta «se distinga claramente lo que es producto del reconocimiento judicial y lo que es el dictamen oral realizado por el perito».

3641 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba…*, ob. cit., p.382.

3642 La SAP Valencia, secc. 10ª, de 10 de julio de 2003, fto. jco.1º (EDJ 182040/2003) afirma que la práctica en unidad de acto del examen de la presunta incapaz y del reconocimiento médico forense es una posibilidad expresamente permitida por el art. 356 LEC.

3643 Cuyo tenor literal es: «Deberán ser examinados en el mismo sitio y acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar y de las cosas contribuya a la claridad del testimonio si así lo hubiera solicitado previamente la parte a quien interese».

3644 Cuyo tenor literal es: «Podrán ser examinados los testigos en el mismo sitio, y acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la inspección o vista del lugar contribuya a la claridd de su testimonio, si así lo hubiera solicitado previamente la parte a quien interese».

del testimonio» (art. 357.1 LEC). La práctica acumulada se produce con desplazamiento del juez al lugar del reconocimiento, o en el que se halle el objeto o persona a examinar, con la finalidad de facilitar la claridad del testimonio que depondrá *in situ* o teniendo a su presencia el objeto o la persona, permitiendo agudizar su capacidad de retentiva.

En orden a su proposición, solo se podrá acordar la práctica conjunta «a instancia de parte» (art. 357.1 LEC), a diferencia de lo que sucede con la práctica acumulada del reconocimiento judicial y la prueba pericial, que podrá acordarse de oficio o a instancia de parte. La cuestión más discutible es si el juez puede acordar de oficio la práctica conjunta cuando una parte solicita el reconocimiento judicial y la otra parte el interrogatorio de testigos. En este sentido merece citarse la SAP Zamora de 21 de septiembre de 2004, que razona:

> «Tercero: En primer lugar, pese a que la juez acordó en el acto del juicio suspender el interrogatorio de un testigo para continuar con el interrogatorio en lugar donde se sitúan las fincas, una vez practicado el reconocimiento judicial, la parte demandada guardó silencio y no recurrió el acuerdo verbal en dicho momento procesal, por lo que consistió el acuerdo de la juez.
>
> No obstante lo cual, y pese a que en efecto ninguna de las partes había solicitado que la prueba de reconocimiento judicial se practicase en concurrencia con el interrogatorio de algún testigo, como dispone el artículo 357 de la L.E.C., es evidente, por un lado, que no se ha infringido el principio dispositivo, pues tanto la prueba de reconocimiento judicial como la testifical fue solicitada por las partes, quienes expresaron los extremos principales a que querían que se ciñera el reconocimiento. El hecho que la juez hubiera acordado la práctica concurrente de ambas pruebas, pese a que ninguna de las partes lo solicitó, no vulnera el principio dispositivo, pues solo puede contribuir a la claridad del testimonio y no suplir la actividad probatoria de la parte que la propone y fija su contenido»[3645].

Puede no existir infracción del principio de aportación de parte, pero la argumentación de la sentencia trasncrita desconoce el imperativo legal de la «petición de parte» (art. 357 LEC), referida a la doble exigencia de la solicitud de la acumulación y que dicha solicitud procede de la parte proponente de la prueba[3646]. El legislador permite la acumulación de unas pruebas de naturaleza distintas –como son el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos–, pero exige la petición de la parte proponente, siguiendo la interpretación histórica de los artículos 636 LEC/1881 y 515 del Proyecto de Profesores de 1974, en cuyo préambulo se afirma «la declaración de testigos *in situ* depende de la solicitud de parte, que ha de satisfacer los gastos»[3647].

3645 SAP Zamora, de 21 de septiembre de 2004, fto. jco. 3º (La Ley 194582/2004). Una visión crítica en Asencio Mellado, J.Mª., *Comentario al art.356 LEC*, ob. cit., p.766.

3646 Rectificamos una anterior opinión nuestra en *El interrogatorio de testigos*, J.M.Bosch, Barcelona, 2008, p.90. En sentido distinto Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 357 LEC*, ob. cit., p.1952, para quienes la acumulación puede acordarse a instancia de cualquiera de las partes, también la que hubiera propuesto una sola de las pruebas, e incluso por la parte que no hubiera propuesto ninguna de ellas, pues el precepto legal se limita a exigir instancia de parte, y no previa proposición de la prueba.

3647 Proyecto de profesores, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento*, t. II, ob. cit., p.93.

Por otra parte, la instancia de parte no vincula al tribunal, como se deduce del mismo art. 357.1 LEC que faculta al tribunal para acordar la práctica conjunta, pero no le impone un deber. Para acordar la acumulación de ambas pruebas el juez deberá ponderar que las preguntas que se dirijan a los testigos guarden relación con el objeto del reconocimiento, a cuyo efecto puede ser conveniente que, en el momento de la proposición, las partes «apostillen» dicho extremo y la oportunidad de su acumulación.

En orden a su práctica, y a pesar de la referencia legal a la «concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba por testigos», no se practicarán – como se permite en la práctica conjunta del reconocimiento judicial y la prueba pericial (art. 356.1 LEC)– ambas pruebas simultáneamente, sino una –el interrogatorio de testigos– a continuación de la otra –reconocimiento judicial–. Se trata de una práctica sucesiva de ambas pruebas en un único lugar – el del reconocimiento– y en un único momento –unidad de acto–, pero con un orden legalmente predeterminado, pues se prevé que «los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial» (art. 357.1 LEC). Se produce una alteración del orden previsto, con carácter general, para la práctica de las pruebas y en cuya virtud el reconocimiento judicial debe practicarse después del interrogatorio de testigos (art. 300 LEC), aun cuando ya se contempla un orden distinto cuando el reconocimiento se haya de llevar a de cabo fuera de la sede del tribunal (art. 300.1.4º LEC).

La práctica sucesiva de ambos medios de prueba significa que previamente las partes habrán propuesto los extremos del reconocimiento (art. 353.2 LEC), se habrá señalado el día y hora para su práctica con cinco días de antelación (art. 353.3 LEC), y las partes habrán propuesto los testigos cuyo examen interesen en el lugar del reconocimiento (art. 357.1 LEC). Una vez practicado el reconocimiento, los abogados, empezando por el proponente, podrán formular las preguntas al testigo en el propio lugar del reconocimiento, la cuales se extenderán en el acto, al igual que las respuestas, protestas e impugnaciones, sin necesidad que conste la grabación del acto, aun cuando nada lo impide[3648].

Aconseja Muñoz Sabaté «rebajar los niveles de formalismo» y apunta que «sería ridículo tener que preguntar a un testigo: Diga ser cierto que el camino conduce a un bosque de castaños, en vez de: ¿A dónde conduce este camino?»[3649], lógico deseo que puede verse favorecido por la desaparición de la exigencia legal que las preguntas del interrogatorio de testigos (no así el de las partes) se formulen en sentido afirmativo, en la redacción dada al artículo 368 LEC, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

3648 La SAP Asturias, secc. 5ª, de 22 de octubre de 2002, fto. jco.1º (EDJ 64177/2002) apunta que no es necesaria la grabación de la práctica del interrogatorio de testigos que ha tenido lugar acto seguido del reconocimiento judicial (art. 357.1 LEC) y que ello constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 147 LEC). En la doctrina, Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 357 LEC*, ob. cit., p.1953.

3649 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.382.

Al tratarse de una práctica sucesiva, esto es, primero se practica por el juez el examen del lugar, el objeto, o la persona y posteriormente se interroga al testigo se ha suscitado la cuestión relativa a la presencia del testigo durante el reconocimiento judicial. En rigor procesal, lo correcto sería que el testigo no estuviera presente durante el reconocimiento, pues no se advierte razón alguna para alterar las previsiones generales sobre la práctica de la prueba testifical en este particular. Del mismo modo y durante la práctica de la prueba que tiene lugar en sede judicial, los testigos aguardan fuera de la sala de vistas.

En orden a su valoración, el reconocimento judicial deberá ponderarse conforme a las reglas de la sana crítica, al igual que el interrogatorio de testigos, siquiera deberá atenderse –como parámetros específicos de valoración de la testifical– a las «circunstancias concurrentes» (art. 376 LEC), esto es, a que la declaración del testigo puede revestir mayor claridad a la vista del lugar, el objeto o la persona del reconocimiento. Este dato puede resultar particularmente valioso en caso de contradicción entre el resultado del interrogatorio de testigos y algún otro medio de prueba de libre valoración.

Se contiene una previsión específica en materia de costas, pues los gastos del desplazamiento de los testigos al lugar del reconocimiento correrán a cargo de la parte proponente de la prueba conjunta (art. 357.1 LEC). Probablemente se piensa que el desplazamiento a un lugar distinto a la sede judicial puede originar unos gastos añadidos a los normales[3650] y la previsión debe ser de aplicación en aquellos supuestos en que se practique el reconocimiento fuera de la sede del órgano judicial, pues si el reconocimiento y la testifical tienen lugar en la sede judicial, se deberá seguir el régimen general de las costas[3651].

6.4.3. Con el interrogatorio de las partes

Aun cuando la rúbrica del artículo 357 LEC alude a la «concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba por testigos», el contenido regula también la concurrencia con el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC), posibilidad no contemplada en la LEC/1881, ni en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, e introducida a instancia de una enmienda –la número 368 del Grupo Socialista en el Congreso– en tramitación parlamentaria.

Muy probablemente la omisión en la rúbrica del art. 357 LEC a la concurrencia del reconocimiento judicial con el interrogatorio de las partes se deba a una doble razón. Primera, a la tradición – o inercia histórica– pues la LEC/1881 únicamente contemplaba la práctica conjunta del reconocimiento con el dictamen pericial (art. 635 LEC/1881) y con la prueba de testigos (art. 636 LEC/ 1881), sin referencia a la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el interrogatorio de las partes. Lo mismo sucedía con los arts. 514 y 515 del Proyecto de Profesores de 1974 que, respectivamente, preveían la práctica conjunta del reconocimiento con el dictamen de peritos y con la prueba por testigos. Y segunda razón,

3650 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.476.

3651 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 356 LEC*, ob. cit., p.2603.

ni el art. 406 del ALEC ni el art. 357 del PLEC regulaban la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de las partes, pues en ambos artículos únicamente se contemplaba la práctica conjunta con el interrogatorio de testigos.

En orden a su proposición, solo se podrá acordar la práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de las partes «a petición de parte» (art. 357.2 LEC), lo que excluye que la práctica conjunta pueda ser acordada *ex officio iudicis*, a diferencia de lo que sucede con la práctica conjunta del reconocimiento judicial y la prueba pericial, que puede ser acordada de oficio o a instancia de parte (art. 356.1 LEC). Ello no planteará ningún problema cuando el actor o el demandado soliciten el reconocimiento judicial y el interrogatorio de las partes y, además, su práctica conjunta.

La mayor dificultad radica cuando una (o ambas partes) propone el reconocimiento y el interrogatorio de la adversa, pero sin solicitar su práctica acumulada, o cuando una parte solicita el interrogatorio de la adversa y la otra el reconocimiento judicial y el juez desea practicarlas conjuntamente. A partir de la dicción literal del artículo 357 LEC en su apartado primero («A instancia de parte y a su costa,….») y segundo («También se podrá practicar, a petición de parte,….»), debe entenderse que la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el interrogatorio de las partes exige la petición expresa de parte en cuanto a la acumulación. Es el criterio más respetuoso con el principio de aportación de parte y el derecho de defensa de las partes, así como un criterio de interpretación sistemática con la práctica acumulada del reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos (art. 357.1 LEC). Cuando el legislador permite *ex officio iudicis* acordar la práctica acumulada del reconocimiento judicial con otra prueba –como sucede con la prueba pericial– lo ha previsto expresamente (art. 356.1 LEC), en observancia del mandato que la adopción de pruebas de oficio exige previsión legal expresa, pues la regla general es que la pruebas se practiquen a instancia de parte (art. 282 LEC).

En orden a su práctica, y aun cuando el legislador opte por referirse a la «concurrencia» de dos medios de prueba, esto es, el reconocimiento judicial y –por lo que aquí interesa– el interrogatorio de las partes (art. 357.2 LEC) nos encontramos, en rigor, ante una práctica sucesiva de dos medios de prueba, a diferencia de lo que sucede con la práctica conjunta del reconocimiento judicial y la prueba pericial (art. 356.1 LEC). Ello significa que, en primer lugar, se practica el reconocimiento judicial, conforme a sus disposiciones específicas y, posteriormente, el interrogatorio de las partes, también conforme a su propia normativa, incluido el apercibimiento de *ficta admissio* para el supuesto de incomparencia –que es conveniente que figure en la cédula de citación a las partes– o de negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes. Así se deduce claramente de la literalidad legal que, en referencia a los testigos –pero en previsión igualmente aplicable a las partes– dispone «que los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial» (art. 357.1 LEC).

Aun cuando no exista previsión específica, y dado que la finalidad legal es que «la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio» (art. 357.1 LEC), la práctica del interrogatorio de las partes, si bien puede estar presidida por una mayor informalidad, dado que tendrá lugar fuera de la sede del juzgado, precisa la

documentación de las respuestas de la parte interrogada, a cuyo efecto deberá extenderse el acta (única) del reconocimento judicial e interrogatorio de la parte, sin necesidad que conste la grabación[3652], aun cuando nada lo impide[3653].

En orden a su valoración, deberá ponderarse el reconocimiento judicial conforme a las reglas de la sana crítica, y el interrogatorio de las partes, conforme a la previsión general del artículo 316 LEC.

No obstante se aluda literalmente «al interrogatorio de la contraria» (art. 357.2 LEC), no existe obstáculo legal para que se practique acumuladamente con el interrogatorio de un codemandado, siempre que medie oposición o conflicto de intereses entre ambos, por analogía con lo previsto en el artículo 301 LEC[3654]. Esta oposición o conflicto de intereses podrá deducirse, entre otros extremos, del hecho que ambos codemandados litiguen con distinta defensa y representación, y del hecho que en las alegaciones defensivas difieran entre ellas.

Si existiera acumulación del reconocimiento judicial con las demás pruebas (pericial, interrogatorio de las partes y testigos) parece razonable practicar, en primer lugar, el reconocimiento simultáneamente con la pericial y, acto seguido, los interrogatorios de las partes y testigos, pues el juez, a la vista del lugar, el objeto o la persona, y aportadas las máximas de experiencia por el perito, puede hallarse en mejor disposición para valorar el interrogatorio de las partes y testigos[3655]. Semejante posibilidad tiene sustento legal en el artículo 300 LEC, que regula el orden de práctica de medios de prueba y alude al «reconocimiento judicial», pero «cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal», dando a entender que fuera de la sede puede alterarse el orden legal[3656].

3652 La SAP Asturias, secc. 5ª, de 22 de octubre de 2002, fto. jco. 1º (EDJ 2002/64177), referida a un supuesto de práctica conjunta del reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos, razona que no es preciso la grabación del interrogatorio de testigos que ha tenido lugar acto seguido del reconocimiento judicial (art. 357.1 LEC), y que ello constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 147 LEC).

3653 Así se pronuncia López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento*…, ob. cit., p.231, para quien, además, «puede ser muy recomendable el uso de medios técnicos para su registro, según lo previsto en el art. 359 LEC».

3654 En sentido distinto, López Yagües, V. *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.229, nota a pie 655, para quien la expresa referencia en el precepto a «la parte contraria» es interpretada por la doctrina como exclusión del interrogatorio del resto de litigantes».

3655 Cortés Domínguez, V. (con Moreno Catena, V.), *Derecho Procesal Civil. Parte General,* 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.265, propone el siguiente ejemplo de acumulación del reconocimiento judicial con las demás pruebas (pericial, interrogatorio de las partes y de testigos): «El órgano judicial puede percibir directamente el estado de la nave industrial y la comprenderá en sus justos términos si el perito le indica que las vibraciones percibidas suponen movimientos de la estructura difíciles de asimilar por ésta; el testigo relatará al juez cómo siempre han existido esas vibraciones; la parte podrá declarar que no advirtió a la contraparte esos defectos de construcción y de la instalación a la hora de venderle la nave industrial».

3656 Díaz Fuentes, A., *La prueba*…, ob. cit., p.304.

7. El acta del reconocimiento judicial

Dispone el artículo 358 LEC que «del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Secretario Judicial acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal, así como las observaciones hechas por las partes y por las personas a que se refiere el artículo 354».

Mejora sustancialmente la redacción de su precedente y derogado artículo 634, III LEC/1881 al precisar, por un lado, que deben recogerse percepciones o datos objetivos y apreciaciones o datos subjetivos, y por otro lado, que esas percepciones y apreciaciones proceden del Tribunal.

El juez es el protagonista del acto de reconocimiento y el Secretario judicial el autor del acta de reconocimiento. Muñoz Sabaté apunta que el acta presenta un «efecto diplopético» y que deriva del hecho de quien la levanta es el Secretario judicial, pero al parecer éste no da fe de sus observaciones sino de las percepciones que le diga (*rectius*: que le dicte) el juez»[3657]. El Secretario judicial debe recoger en el acta las percepciones y apreciaciones que indica el juez, tal y como éste las va dictando, sin que pueda añadir percepciones propias o matizar las judiciales. La función del Secretario judicial no alcanza a cubrir la veracidad o el acierto de la percepción judicial.

Expresivamente Reyes Monterreal afirma «si dice [el juez] que vió la cosa blanca, el fedatario ha de hacer constar que, según el juez, es blanca, aunque él y todos los presentes estén convencidos que no lo es y de tan falsa apreciación»[3658]. El juez es el protagonista y el destinatario de la prueba del reconocimiento judicial, y en el supuesto más deseable y común que el mismo juez practique el acto del reconocimiento sea quien redacte la sentencia, el acta constituye un valioso recordatorio de sus propias percepciones. El carácter del juez como protagonista del acta aparecía recogido en el art. 516 del Proyecto de Profesores de 1974, al señalar «Del reconocimiento practicado se levantará acta por el secretario, cuya redacción dirigirá el juez, […]».

El acta del reconocimiento judicial, en cuanto documentación de un acto judicial, es siempre preceptiva, incluso en aquellos supuestos en que se ha practicado el reconocimiento de una persona a puerta cerrada (art. 355 en relación con el art. 138 LEC)[3659], y también

3657 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.384.

3658 Reyes Monterreal, J. Mª, *Cuestiones que suscita el reconocimiento judicial*, ob. cit., p.132. En parecidos términos Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.261, afirma que «lo que debe constar en el acta es el reconocimiento del juez, no del secretario judicial».

3659 La SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 30 de septiembre de 2004, fto. jco.1º (La Ley 202205/2004) recuerda que la exploración del menor «es un reconocimiento de una persona del art. 355, en el que el juez puede decretar su práctica a puerta cerrada, pero ello no exime del levantamiento del acta del art. 358 e incluso de ser posible de la grabación audiovisual, como medios de que las partes y el Tribunal de apelación puedan examinar y alegar sobre el medio de prueba».

en los supuestos en que se han empleado medios técnicos de grabación (art. 359 LEC). De practicarse conjuntamente el reconocimiento judicial con otro medio de prueba –pericial, interrogatorio de testigos y/o de las partes (arts. 356 y 357 LEC)– se redactará una única acta con el resultado de los medios de prueba acumulados (art. 358.2 LEC).

7.1. Forma

El artículo 358 LEC recoge la doble exigencia que el acta sea «detallada» y que consten con «claridad» las percepciones y observaciones de los sujetos intervinientes[3660]. Debe ponerse en relación con el artículo 146 LEC que indica que cuando la documentación de la actuación judicial debe hacerse mediante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado.

La exigencia del carácter «detallado» del acta se justifica en varias razones. En primer lugar, porque puede mediar un lapso de tiempo más o menos considerable entre la práctica y la valoración de la prueba, de manera que el acta constituye un sucinto recordatorio de las percepciones y apreciaciones del momento de la práctica de la prueba. En segundo lugar, el mayor detalle del acta permitirá compensar las quiebras de la inmediación judicial en aquellos supuestos –ej. reconocimiento por exhorto– en que el autor del acto de reconocimiento es distinto del juez sentenciador. En tercer lugar, porque una acta detallada permite una mejor valoración por un tribunal superior en el supuesto de interponerse recursos frente a la sentencia de instancia. Y, finalmente, también reporta ventajas para la actividad probatoria de las partes, en la medida que permite preparar su intervención en el juicio, la práctica de otras pruebas, el trámite de conclusiones o el recurso de apelación[3661].

Ahora bien, por muy detallada que sea un acta de reconocimiento judicial –y es deseable que lo sea– no agotará la riqueza de la percepción judicial directa y la impresión que produce en el juez el examen de un lugar, un objeto o una persona, sea porque no siempre se acierta a dictar un acta detallada, sea porque algunas impresiones no son objetivables en forma de transcripción escrita y otras permanecen en el subconsciente del juez. Se ha dicho acertadamente que «la observación de la realidad crea unas impresiones, cuya riqueza desborda las posibilidades de la más minuciosa descripción»[3662].

La exigencia de claridad puede referirse a un aspecto puramente formal, de manera que el acta, particularmente cuando ha sido manuscrita por el Secretario judicial, resulte

3660 La SAP Santa Cruz Tenerife, secc. 3ª, de 23 de abril de 2010, fto. jco. 2º (La Ley 22485/2010) razona que un acta de reconocimiento judicial que no recoge las percepciones y apreciaciones del tribunal, ni las manifestaciones que en la sentencia se atribuyen al demandado infringe el art. 358 LEC.

3661 En este sentido y con mayor amplitud López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento*…, ob. cit., pp. 264-265.

3662 Onecha Santamaría, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.88.

legible a todos los sujetos intervinientes. Resulta muy gráfica la SAP de Madrid de 8 de febrero de 1992 que textualmente afirma:

> «[…] a ello ha de añadirse que el citado reconocimiento judicial adolece no sólo de una críptica transcripción que dificulta extraordinariamente su comprensión, sin que se haya cuidado, como se debiera, de haberse traducido (y nunca mejor empleada la expresión) mecanográficamente en su momento, sino además, de una deficiencia conceptual relevante como es la que se desprende de la interpretación de los arts. 1240 y 1241 CC y 634 LEC, de los que se infiere que es imprescindible consignar las apreciaciones u observaciones del propio tribunal y no sólo de las partes concurrentes al acto, las cuales se recogerán en el acta también (art. 643 LEC 1881), es decir, como complemento de lo dicho por el juzgador, que no puede hallarse en calidad de convidado de piedra al respecto, resultando obligado […] la constancia, con perfecta claridad en la diligencia (de) las circunstancias y detalles de la cosa inspeccionada (art. 1241 CC) que, por supuesto, no pueden ser fruto de las observaciones de las partes en cuestión sino de la propia apreciación del juez»[3663].

El *usus fori* ha ido perfilando un orden en la redacción del acta, de manera que constan los datos formales (asistentes, día, hora y lugar), los datos subjetivos (percepciones y apreciaciones del juez) y las demás actuaciones (observaciones de prácticos, de partes, abogados y procuradores o respuestas a los interrogatorios de testigos, de las partes o conclusiones del perito) y se cierra con la firma de todos los asistentes.

El artículo 358 LEC regula el contenido del acta, pero omite algunos aspectos formales y, entre ellos, el lugar de redacción del acta, los sujetos firmantes o la posibilidad de adjuntar documentos. Es preferible que el acta se redacte en el lugar del reconocimiento y en presencia de todos los intervinientes, y solo excepcionalmente puede diferirse la redacción y firma a un momento posterior[3664]. La percepción inmediata del lugar, el objeto o la persona del reconocimiento y la redacción simultánea del acta aporta claridad y detalle. De redactarse en un lugar y momento posterior pueden resultar de ayuda los instrumentos de grabación de la imagen y del sonido utilizados para el desarrollo del acto del reconocimiento[3665].

El acta debe ser firmada por todos los asistentes al acto del reconocimiento judicial –juez, secretario judicial, partes, abogados, procuradores, técnicos o prácticos, testigos o peritos–, siendo función del secretario judicial identificar individualmente a los asistentes y procurar que todos aquellos cuyo nombre figure en el encabezamiento del acta del reconocimiento estampen la firma de su puño y letra al final de la misma[3666].

3663 SAP Madrid, secc. 10ª, de 8 de febrero de 1992, fto.jco. 2º (AC 311/1992).

3664 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 358 LEC*, ob. cit., p.1664.

3665 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y la prueba de reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.261.

3666 La SAP Cádiz de 22 de noviembre de 1993, fto. jco.2º (AC 2598/1993) declara la nulidad de actuaciones, entre otros motivos, porque el juez permite que no firmen el acta del reconocimento judicial la representación y asistencia de los demandados e impide que se recojan las observaciones particulares de los mismos.

Las partes no pueden excusarse de firmar si el juez no recoge alguna petición de adición, modificación o corrección del acta[3667] y, aun menos, pretender escribir de su puño y letra su disconformidad con el contenido del acta (STC, de 8 de abril de 2002[3668]). En este sentido resulta ilustrativa, la SAP de 22 de noviembre de 1993 que, en la parte que interesa, razona:

> «[…] dos cosas son claras en el texto de la Ley –en referencia, obviamente, a la LEC de 1881–, una, el acta la firmarán todos los asistentes (no sólo el Juez y la Secretaria, pues la negativa a firmar de las partes podría plantear una posible conducta punible contra quienes representan la actuación jurisdiccional) y otra, que ese acta recogerá las observaciones de la parte, y ninguno de esos extremos concurren en el caso de autos, donde la representación y asistencia de los apelantes se negaron a firmar el acta de reconocimiento (cosa que no debió permitir el Juez de instancia, ya que la negativa injustificada supone desconocer el recto ejercicio de la función jurisdiccional) y no se recogen las alegaciones que sobre la obra de autos hizo aquella durante la práctica de la diligencia, por lo que, la conclusión no puede ser otra que la vulneración de las garantías procesales y el desconocimiento en la primera instancia de los principios de contradicción y defensa, lo que determina la nulidad, ya que no se ha agotado la intervención de la parte en la práctica de reconocimiento judicial […]»[3669].

A diferencia de la regulación de la prueba pericial («podrán, asimismo, acompañarse al dictamen documentos que se consideren más adecuados para su más acertada valoración», art. 336.2 *in fine* LEC), no se prevé la posibilidad que, junto al acta del reconocimiento judicial, puedan anexarse documentos, tal como por ejemplo el acta que recoge un testimonio de la orden de entrada en lugar o donde se halle el objeto o persona a examinar[3670], y que sin duda permiten su justificación en caso de eventual impugnación. Ello no obstante, no vemos obstáculo para que se incorporen fotografías, así como otros documentos relevantes para el buen fin de la diligencia. Y en los supuestos de reconocimiento judicial de instrumentos informáticos puede ser útil adjuntar una copia impresa de la página visitada o del contenido de los e-mails examinados.

7.2. Contenido

Una clasificación doctrinal pacífica permite distinguir[3671].

3667 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.273.

3668 La STC, Sala 1ª, de 8 de abril de 2002, fto. jco. 7º (La Ley 4129/2002), aun con referencia a la prueba de confesión en juicio, pero en razonamiento extensible a la prueba de reconocimiento judicial, sienta la doctrina que «es una actuación procesalmente incorrecta el intento de la Letrada de escribir de su puño y letra en el lugar del acta reservado para las firmas la disconformidad con el contenido de la misma», puesto que el único competente para redactar el acta, salvo supuestos de habilitación al Oficial, es el Secretario Judicial.

3669 SAP Cádiz, de 22 de noviembre de 1993, fto. jco. 2º (AC 2598/1993).

3670 Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C. M., *Comentario al art.358 LEC,* ob. cit., p.1955.

3671 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial,* 1987, p.277; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*…, ob. cit., p.259.

a) Datos de carácter extrínseco o formal, relativos al día y hora, el lugar de celebración, la identificación de las partes, procuradores y abogados, así como en su caso, de los técnicos o prácticos, testigos o peritos. Esta identificación alcanza también las «personas que, habiendo sido citadas, se hallen ausentes y a la adopción de las medidas para lograr la efectividad del reconocimiento»[3672]. Debe ser una identificación individual y completa, con referencia al nombre y apellidos y, en su caso, al cargo o función que desempeñan. También se incluirán las firmas de todos los asistentes. Respecto de los datos formales y como se ha afirmado acertadamente «no se realiza percepción o apreciación, sino simple constatación de su existencia y circunstancias»[3673].

   Si el tribunal deseare oír a las personas técnicas o prácticas, deberá identificarlas y reseñarlas en el acta[3674].

b) Datos materiales o intrínsecos –de carácter objetivo (realidad o estado de cosas, observaciones de las partes, abogados y procuradores)– o – de carácter subjetivo («calificaciones o juicios de valor del juez» en palabras STS, de 8 de noviembre de 1982[3675])–.

   Estos datos materiales –y particularmente las «calificaciones o juicios de valor del juez»– no comprenden la valoración de la prueba de reconocimiento judicial que debe efectuarse, junto con los demás medios de prueba, en el momento de dictar sentencia. Se ha dicho acertadamente que el acta del reconocimiento no debe incorporar ni «procesos deductivos ni opiniones personales» con la finalidad de «preservar la pureza sensorial del examen»[3676]. Ahora bien, Muñoz Sabaté ha sugerido que en el acta puedan hacerse constar las estimativas del juez[3677] (ej. si la máquina en funcionamiento y objeto del reconocimiento hacía mucho, bastante o poco ruido), y siendo una posibilidad sugestiva, plantea la difícil cuestión de deslindar lo que es propiamente una estimativa del juez de lo que implica ya valoración probatoria.

c) Resultados de las demás actuaciones de prueba que se hubieren practicado en el mismo acto del reconocimiento. Así, el reconocimiento pericial o la declaración de testigos y de las partes, y también las «observaciones o declaraciones» de personas técnicas o prácticas en la materia, las cuales, deben constar en el acta, aun en el supuesto de que se haya procedido a levantar acta a través de una grabación[3678].

3672 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento*…, ob. cit., p.268.

3673 Gómez Colomer, J.L., en AAVV, «El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)», ob. cit., p.329.

3674 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento*, ob. cit., p.55.

3675 STS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 1982, cdo.1º (RJ 6533/1982).

3676 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley*…, ob. cit., p.292.

3677 Muñoz Sabaté, LL, *Fundamentos de prueba*…, ob. cit., p.383.

3678 La SAP Cádiz, secc. 8ª, de 29 de septiembre de 2005, fto. jco. 9º (AC 381/2007) considera que no se produce indefensión por omitir las declaraciones de las partes en el acto del reconocimiento judicial, dado que su contenido quedó constancia a través de una grabación.

Legalmente no se define la estructura formal del acta del reconocimiento judicial, pero idealmente se pueden identificar los siguientes apartados. En primer lugar, el encabezamiento, en el que se harán constar los datos formales o extrínsecos, relativos al día, la hora, el lugar y los asistentes. En segundo lugar, el cuerpo del acta, en el que se harán constar los datos intrínsecos subjetivos, esto es, las percepciones y apreciaciones del tribunal, que constituyen el núcleo fundamental del acta, la esencia del reconocimiento, y el acervo probatorio para la motivación del juicio fáctico de la sentencia[3679]. En tercer lugar, las observaciones de las partes y, en su caso, de las personas prácticas o técnicas, que constituyen un mero complemento[3680]. En cuarto lugar, el resultado de la prueba (pericial, testifical, interrogatorio de las partes) concurrente, con las máximas aportadas por el perito y las respuestas de los testigos y de las partes[3681], que no por el hecho ser practicadas conjuntamente pueden ser objeto de una valoración debilitada[3682].Y una parte final, a modo de cierre, que recogerá las firmas de todos los asistentes, pudiéndose completar el acta con algún anexo, a modo de documentación relevante como, entre otros, el auto de entrada en lugar objeto de reconocimiento o, como hemos visto, una copia del e-mail o la página web examinada en el ordenador. En el caso de utilizarse medios técnicos se recogerán las indicaciones necesarias para la identificación de las grabaciones y reproducciones[3683].

7.3. Medios técnicos

Se ha introducido como novedad el empleo de medios técnicos para constancia de la prueba de reconocimiento judicial. Por razones sistemáticas serán analizados más adelante[3684], en el epígrafe relativo al empleo de las nuevas tecnologías en el reconocimiento judicial, bastando aquí su mención para dejar constancia de su viabilidad y de su previsión legal, que literalmente dispone: «Se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconoci-

3679 La SAP Las Palmas, secc. 4ª, de 12 de marzo de 2010, fto. jco. 3º (La Ley 221137/2010) califica de irregular el acta del reconocimiento judicial que se limita a dejar constancia de los intervinientes y de su duración, sin mención de las percepciones y apreciaciones del tribunal.

3680 Martín Ostos, J., *Comentario al art. 1241 CC,* en «Comentarios del Código Civil», t. II, Ministerio de Justicia, 1991, p.392, razona que «mientras las [observaciones] provenientes del juez reflejan la esencia del reconocimiento, las de los restantes asistentes constituyen un mero complemento».

3681 Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C. M., *Comentario al art.358 LEC,* ob. cit., p.358.

3682 Onecha Santamaría, C., *La prueba de reconocimiento judicial,* ob. cit., p.86, afirma que «la práctica simultánea de diversos medios probatorios no supone que la prueba de peritos o testigos tenga un valor accesorio, siendo principal la de reconocimiento».

3683 En sentido similar, puede verse Asencio Mellado, J. Mª, *Comentario al art. 358 LEC*, ob. cit., pp. 772-773, quien efectúa una enumeración de las menciones que deben figurar en el acta.

3684 Puede verse el epígrafe 10 de este capítulo. Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías.

miento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él, pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el Secretario judicial de modo que no sufran alteraciones» (art. 359, I LEC).

7.4. Valor

Se ha discutido si el acta del reconocimiento judicial puede desplegar eficacia probatoria como documento público, pues conforme al artículo 319.1 LEC, cualquier documento público hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, de la fecha y de la identidad de los intervinientes.

El acta del reconocimiento judicial es un documento público, en la medida que deja constancia de la realización de un acto procesal y se extiende por un funcionario, el Secretario judicial, que tiene la función de dar fe pública de las actuaciones judiciales (arts. 145 y 317 LEC; y arts. 280 y 281 LOPJ).

Distinto es el alcance de la prueba tasada del acta del reconocimiento judicial. El testimonio del acta del reconocimiento judicial expedido por el Secretario judicial hará prueba plena, en los términos del artículo 319.1 LEC, en cuanto a los siguientes extremos: a) el hecho mismo de haberse practicado un reconocimiento judicial; y las manifestaciones que se efectuaron durante el reconocimiento («hecho, acto o estado de cosas que documenten»); b) la fecha y el lugar en que se practicó el acto del reconocimiento judicial («fecha en que se produce la documentación»)[3685]; c) la identidad de todos los asistentes al acto del reconocimiento («identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan»). Ahora bien, del mismo modo que un testigo puede errar en su declaración, el juez puede sufrir un error en la percepción, por lo que la fuerza tasada no alcanza las percepciones y apreciaciones del juzgador (los otrora llamados datos intrínsecos subjetivos[3686]).

Se ha afirmado que «lo único que necesariamente ha de tenerse como cierto es el hecho del reconocimiento, la fecha, las personas de los concurrentes y, en su caso, el hecho de que ellos declaran haber visto, olido, tocado, oído o gustado esto o aquello. Se tendrán por ciertas esas declaraciones, pero no necesariamente lo contenido en ellas»[3687]. Con respecto a la eficacia probatoria del documento público podemos afirmar que las apreciacio-

3685 Aun cuando el artículo 319 LEC aluda únicamente a la «fecha en que se produce esa documentación» entendemos que la fe pública del Secretario Judicial también se extiende a determinadas circunstancias exteriores objetivas, como el lugar.

3686 Para Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento*…, ob. cit., p.309, la fe pública del acta de reconocimiento judicial se extiende a los datos extrínsecos o formales y los intrínsecos objetivos, pero no alcanza los datos intrínsecos subjetivos.

3687 de la Oliva Santos, A., *El proceso de declaración*, ob. cit., p.369; Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial,* ob. cit., p.82.

nes subjetivas del funcionario autorizante no están cubiertas por la eficacia privilegiada del documento, y con respecto al acta del reconocimiento judicial y al testimonio expedido de la misma por el Secretario judicial cabe añadir *mutatis mutandi* que tampoco cubre la veracidad intrínseca de las percepciones y apreciaciones del tribunal, dado que, por una parte, se trata de apreciaciones efectuadas por persona distinta del sujeto autorizante del acta –que es el Secretario judicial– y, por otra parte, esas mismas percepciones y apreciaciones judiciales pueden estar sujetas a eventuales errores. En conclusión, puede distinguirse entre un contenido descriptivo, de eficacia probatoria frente a los distintos tribunales que han de valorar el reconocimiento judicial, y un contenido valorativo (percepciones y apreciaciones del juez y observaciones de los demás asistentes), de relativa eficacia probatoria frente a los demás tribunales que no hayan intervenido en el reconocimiento[3688].

El valor probatorio del testimonio del acta del reconocimiento judicial convierte en superflua la previsión del derogado artículo 1241 CC que, ubicada en sede de la llamada «inspección personal del juez», disponía que «la inspección practicada por un Juez podrá ser apreciada en la sentencia que otro dicte, siempre que el primero hubiere consignado con perfecta claridad en la diligencia los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada».

El acta del reconocimiento judicial tendrá una trascendencia probatoria decisiva, en la medida que, por una parte, no se podrá considerar probados, a partir de la prueba de reconocimento judicial, hechos diferentes de los relacionados en el acta, y por otra parte, tampoco se podrá imputarles condiciones o características que no se hicieron constar en el acta[3689]. Desde esta perspectiva, el acta constituye punto de partida y límite final a los efectos de la motivación del juicio fáctico en la sentencia.

Se ha afirmado que el Secretario judicial se convierte en fedatario de lo que oye, pero no de lo que ve, por lo que puede dejar constancia de sus reservas en el acta del reconocimiento judicial[3690]. La cuestión resulta muy dudosa, porque una reserva formulada por el Secretario judicial equivale casi a anticipar un eventual error judicial en la percepción judicial y puede tener trascendencia en la valoración probatoria. La parte favorecida por la constancia de una reserva del Secretario judicial puede utilizarla para impugnar la valoración probatoria del juez, con lo que, de esta suerte, el Secretario judicial puede erigirse –si se quiere de modo indirecto o no deseado– en un primer controlador de la percepción judicial, excediéndose en su función de dar fe de las actuaciones judiciales. De ahí que otras autores sostengan que la función del Secretario judicial es limitarse a transcribir las percepciones y apreciaciones del juez, sin que pueda hacer observaciones suyas en contradicción con las del juez[3691].

3688 Cubillo López, I., *Reconocimiento judicial*, en AAVV «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil», ob. cit., p.192.

3689 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba,* t. 2º, ob. cit., p.442.

3690 Muñoz Sabaté, LL., *Fundamentos de prueba…*, ob. cit., p.384.

3691 Martínez García, A. S., en «La prueba en el proceso civil», ob. cit., p.83.

8. Valoración del reconocimiento judicial

8.1. ¿Prueba tasada o libre?

El juez valora esta prueba sometiendo a las reglas de la sana crítica las percepciones y apreciaciones del acta del reconocimiento judicial y, en su caso, la grabación efectuada, sin que resulte vinculado ni por el acta ni por la grabación.

Semejante afirmación precisa de algunas consideraciones previas:

1) El fundamento del valor probatorio del reconocimiento judicial radica en dos razones: a) la confianza que inspira la percepción judicial directa, en la medida que existe una relación directa e inmediata entre el hecho a reconocer y la mente del juez; b) la fe que se otorga al juez que practica la diligencia, en cuanto a su capacidad y rectitud para referir con veracidad y exactitud sus percepciones[3692]. En palabras de la SAP Madrid, de 12 de marzo de 2008, se trata de una «prueba de especial significación y valor por la inmediación de la misma y la radical presunción de objetividad e imparcialidad que cabe dar a esta actividad desarrollada por el Juez *a quo*»[3693].

2) La LEC, al igual que la derogada LEC/1881 y el Código Civil, no contiene una norma específica de valoración del reconocimiento judicial, a diferencia de lo previsto para el resto de los medios de prueba (arts. 316 –interrogatorio de las partes–; arts. 319 y 326 –documentos públicos y privados–; art. 348 – prueba pericial–; art. 376 –interrogatorio de testigos–; art. 382.3 –medios audiovisuales– y art. 384.3 LEC –instrumentos informáticos–, habiendo sido calificada esta omisión como «un imperdonable olvido del legislador»[3694].

3) Existe unanimidad doctrinal en señalar que, pese a las alabanzas a la prueba de reconocimiento judicial[3695], no se trata de una prueba plena, de valor probatorio superior al resto de los medios probatorios, como había ocurrido en algún precedente legislativo (el art. 263 Proyecto de Código Civil de 1821 y el art. 2164 del Proyecto de Código Civil de 1836 consideraban a la «inspección judicial» una prueba completa o plena).

4) El reconocimiento judicial no puede equipararse, en orden a su valoración, a las demás pruebas, pues como afirma acertadamente Nieva Fenoll «en las otras pruebas

3692 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba,* t. 2º, ob. cit., p.428.

3693 SAP Madrid, secc. 20ª, de 12 de marzo de 2008, fto. jco. 2º (La Ley 77253/2008).

3694 Garberí Llobregat, J., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.514.

3695 Mucius Scaevola afirmaba «una mirada de soslayo –del Juez, entiéndase– da idea de más verdad que muchas horas de estudio sobre los documentos» (citado por López Yagües, en *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ob. cit., p.289) y Jiménez Asenjo, E, *Inspección ocular*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo XX, ob. cit., p.900, sostiene que «la inspección ocular es, por tanto, la prueba de mayor garantía de la realidad de las cosas y de la fidelidad de nuestras convicciones».

el juez normalmente debe procesar informaciones expresadas a través del lenguaje que le ofrece el objeto (documento o dictamen) o sujeto (parte, testigo, o perito) de la prueba. Sin embargo, en el reconocimiento judicial la información no suele surgir de ninguna fuente cifrada como es el lenguaje, sino que emerge directamente de la observación del objeto o sujeto, sin más»[3696]. En sentido similar se ha afirmado que el reconocimiento es una «prueba en que el Juzgador no valora a la manera que hace con los restantes medios de prueba, sino que se persuade de la realidad de algo, se convence plenamente, encontrándonos ante una prueba de libre valoración, que ha de conjugarse con las demás, testigos, documental y pericial» (SAP Granada, 23 de noviembre de 2002[3697]), llegándose incluso a afirmar que el juez «se persuade de la realidad de algo, se convence plenamente, pues recuerda con precisión lo percibido, incluso por encima del contenido reseñado en el acta» (SAP La Rioja, 3 de marzo de 2001[3698]).

5) Un sector doctrinal considera que es una prueba de libre valoración[3699], opinión recogida por una reiterada jurisprudencia que afirma que «ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen norma alguna de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, por lo que es de apreciación discrecional por el órgano jurisdiccional de instancia, sujeta a su criterio y, por tanto, no impugnable en casación»[3700]. Por el contrario, otro sector considera que es una prueba al margen de la clasificación entre prueba tasada y prueba de libre valoración porque «si el juez ha observado unos hechos determinados en forma directa, no puede humanamente sustraerse a declararlos probados»[3701], argumentación que viene favorecida por el silencio legal sobre su valoración.

3696 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010, p.333.

3697 SAP Granada, secc. 3ª, de 23 de noviembre de 2002, fto. jco. 1º (La Ley 196573/2002). En sentido similar, AAP Barcelona, secc. 13ª, de 14 de mayo de 2008, fto. jco.2º (317656/2008), que destaca, además, que no existe norma específica de valoración y que su valor no es preferente sobre los demás medios de prueba; SAP Barcelona, secc. 14ª, de 27 de octubre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 252976/2005).

3698 SAP La Rioja, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2001, fto.jco.2º (EDJ 10468/2001).

3699 Entre otros, Rifá Soler, J. Mª, *Comentario al art. 358 LEC*, ob. cit., p.1665; Nieva Fenoll, J., *La valoración judicial de la prueba*, ob. cit., p.335.

3700 STS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 1999, fto. jco. 2º, la cual cita, a su vez, las SSTS, Sala 1ª, de 16 de abril y 16 de octubre de 1990 (RJ 2719/1990 y RJ 7874/1990) y de 31 de diciembre de 1993 (RJ 9919/1993) y matiza que el reconocimiento judicial no tiene acceso a casación «salvo constancia de un dato irrefutable apreciado por los sentidos y reflejado en la diligencia, ignorado a la hora de la decisión final».

3701 Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*. Salamanca, 1978, p.348; Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.559. Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.238, parece inscribirse también en esta línea, siquiera matiza que la LEC debería haber recogido una norma expresa sobre valoración probatoria del reconocimiento judicial.

6) La jurisprudencia mayoritaria, en acertada síntesis de Font Serra, viene declarando: a) Que la prueba de reconocimiento judicial no es una prueba tasada o legal; b) Que por su naturaleza –por el hecho de la percepción directa del tribunal–, la prueba de reconocimiento judicial no es una prueba privilegiada que deba prevalecer sobre los demás medios de prueba; c) Que la prueba de reconocimiento judicial es un medio de libre valoración, de apreciación discrecional por parte del tribunal; d) Que la libre valoración de la prueba de reconocimiento judicial no supone arbitrariedad, sino aplicar los criterios de la lógica, el sentido común y la experiencia, conforme a las reglas de la sana crítica; e) Que las reglas de la sana crítica sólo se vulnerarán en la valoración de la prueba de reconocimiento judicial cuando no se haya tenido en cuenta o se contradiga en la sentencia algún dato claro y terminante (que conste en el acta del reconocimiento judicial) apreciado por el tribunal en el acto del reconocimiento judicial[3702].

7) Se ha insistido en la conveniencia que el juez acuda al reconocimiento judicial auxiliado por un perito que le explique técnicamente lo que observa y que le prevenga sobre un posible error de percepción. En el ejemplo de Nieva Fenoll el juez puede quedar impresionado por una severa grieta en un edificio que, valorada por un experto, pueda ser una grieta de asentamiento que no tenga la más mínima importancia[3703]. Y se ha insistido también en que la valoración judicial debe ir acompañada de la necesaria autocrítica judicial, ante la eventualidad que el juez no contraste sus percepciones con las de un perito[3704].

De *lege ferenda* sería conveniente una norma que determinase el valor del reconocimiento judicial conforme a las reglas de la sana crítica. Esa misma norma podría prever que cuando la valoración se efectúe por un juez distinto del que practicó el reconocimiento, debería tomar como base la grabación y el acta realizada al efecto[3705].

El reconocimiento judicial es una prueba de libre valoración, siquiera la incuestionable la discrecionalidad de la valoración judicial debe atender, por un parte e imperativo legal, a la valoración de los restantes medios de prueba (art. 218.2 LEC), y por otra parte, a un proceso de «reelaboración» de las percepciones del acto del reconocimiento, ante la eventualidad de un error en la inicial percepción judicial –particularmente en los aspectos más técnicos-[3706]. Es fundamental la reelaboración intelectual de las percepciones judiciales

3702 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ob. cit., pp. 268-274, con cita de abundante jurisprudencia con respecto a la LEC de 1881.

3703 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba,* ob. cit., p.337.

3704 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.338.

3705 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.241.

3706 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil,* ob. cit., p.296.

en el momento de dictar sentencia, pues si bien dogmáticamente cabe distinguir entre la percepción y la convicción, esa frontera no suele ser tan nítida en la mente del juez[3707].

8.2. Vinculación del juez al acta del reconocimiento judicial

Del reconocimiento judicial se levanta un acta que recoge las percepciones y apreciaciones judiciales (art. 358.1 LEC), siquiera el juez, al efectuar la valoración probatoria no puede quedar vinculado, salvo que se trate de datos objetivos irrefutables, por el contenido del acta.

Varios argumentos avalan esta afirmación. En primer lugar, la posibilidad de un error en la percepción judicial. En segundo lugar, la necesidad de tamizar la percepción judicial por aplicación de las máximas de experiencia. Y en tercer lugar, la necesidad de contrastar las percepciones y apreciaciones judiciales con el resultado de las demás pruebas[3708]. El acta del reconocimiento judicial no solo constituye un imperativo legal, que permite la fijación de las percepciones y apreciaciones judiciales *in situ* y tras el inmediato examen del lugar, el objeto o la persona, sino que hace las veces de recordatorio en orden a la valoración probatoria.

El acta del reconocimiento judicial es un documento público (art. 317.1º LEC), y hace prueba plena de los extremos relativos al objeto, la persona o el lugar del documento, fecha y lugar del reconocimiento, y personas intervinientes[3709]. La vinculación a los elementos cubiertos por la fe pública del Secretario judicial se circunscribe, en expresión jurisprudencial, a «datos objetivos irrefutables apreciados por los sentidos» (entre otras SSTS, 6 de diciembre de 1985 y 25 de febrero de 1988[3710]) o, en expresión doctrinal, a los datos objetivos extrínsecos, pero no alcanza a las percepciones y apreciaciones judiciales, y, por supuesto, tampoco a las observaciones de prácticos, testigos o partes.

Se ha afirmado que el juez ineludiblemente estará a aquello que ha percibido por los sentidos[3711], de modo que una actuación contraria del juez supondría arbitrariedad y que, en todo caso, si el juez desea apartarse del acta del reconocimiento debe motivar expresamente en la sentencia la modificación de la interpretación que hizó constar en el acta[3712]. En esta línea sostiene Montero Aroca que «sería absurdo que el juez hiciera constar que la distancia entre dos puntos es una determinada y que, luego y en la sentencia, llegará a

3707 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.680, apunta la dificultad práctica de de escindir las nociones de percepción y convicción en el reconocimiento judicial.

3708 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.301.

3709 Ver el epígrafe 7.4. Valor del acta del reconocimiento judicial.

3710 STS, Sala 1ª, de 6 de diciembre de 1985, fto. jco. 6º (RJ 6324/5959) y STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 1988, fto. jco. 3º (RJ 1307/1988), la cual, a su vez, cita SSTS de 25 de octubre de 1986 (RJ 5959/1986) y de 8 de julio de 1953 (RJ 2029/1953).

3711 Gómez Colomer, J.L., en AAVV, «El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)», ob. cit., p.329.

3712 Cucarella Galiana, L.A., en Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.417.

una conclusión diferente»[3713]. Pero tal afirmación soslaya que puede existir un error en la medición, en la toma del dato por el juez, en la transcripción del dato por el juez al Secretario judicial o que simplemente en la medición se tomen, por citar un ejemplo, la distancia entre los puntos A y B, y en el acta, por error de transcripción judicial o del secretario judicial, se recoja la distancia entre el punto A y C.

La vinculación es aún menor con respecto del acta del reconocimiento judicial aportada por testimonio y practicada por juez distinto. Un juez no puede venir vinculado por las percepciones y apreciaciones efectuadas por otro juez, en la medida que se trata de juicios de valor individuales. La esencia del reconocimiento judicial consiste en la percepción judicial inmediata, pero esa percepción es privativa del juez que practica el acto del reconocimiento. Ello no impide que el juez sentenciador, aun sin estar vinculado, pueda coincidir con los datos intrínsecos de carácter objetivo (realidad o estado de cosas, observaciones de las partes, abogados y procuradores) percibidos por otro juez, mayormente cuando junto con el acta, se ha acompañado una grabación[3714].

8.3. El error en la percepción judicial

Siendo el reconocimiento judicial una prueba de percepción directa e inmediata la doctrina procesalista se ha preocupado del tema del error judicial. Podemos distinguir las siguientes clases de error:

a) Error en la percepción, que, a su vez, puede ser subjetivo u objetivo. El error subjetivo o error de percepción se produce cuando el juez percibe un lugar, un objeto o una persona de modo distinto al existente en la realidad. El error objetivo se produce cuando las partes falsean de modo consciente el objeto a observar[3715].

   El error de percepción común se produce cuando se soslayan aspectos del reconocimiento judicial. Valgan, a título ilustrativo, los ejemplos propuestos por Nieva Fenoll: «en una playa supuestamente contaminada por los vertidos de una determinada empresa, es posible que [el juez] perciba por el olor y el color de la arena y de las aguas, los daños provocados. Pero es factible también que [el juez] no se dé cuenta de la proximidad de viviendas en la zona, que pueden haber arrojado sus desechos y aguas fecales justamente allí, provocando dicha contaminación con carácter previo a la actividad de la empresa»[3716]. Otro ejemplo del mismo autor: «Si [el juez] observa la dificultad de movilidad de la pierna de un sujeto que ha sufrido un accidente laboral, es posible que achaque la minusvalía a ese accidente, si no se da cuenta de que esa

3713 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.481.

3714 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial…*, ob. cit., p.240.

3715 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.560.

3716 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba,* ob. cit., p.339.

persona padece artrosis en la mayoría de articulaciones derivada de circunstancias naturales, y que podría percibir simplemente fijándose en las manos del sujeto. Normalmente ello se lo va a advertir un médico»[3717].

Algunos errores pueden prevenirse mediante la propia agudeza judicial. Si una Comunidad de Propietarios insta una demanda frente a un copropietario porque en el ático, donde existe una terraza que es elemento común, un vecino, sin autorización alguna, ha instalado unas jaulas de conejos que crean suciedad, el día del reconocimiento y advertido el comunero demandado, se puede apresurar a «limpiar» la terraza, de manera que ésta aparezca impecable, pero tal vez no acierte a calcular que entre las jaulas y el piso de la terraza medie unos pocos centímetros, y el juez se fije precisamente en ese lugar, donde se está acumulando suciedad derivada de los excrementos de esos conejos[3718].

Como riesgos en la percepción pueden citarse, entre otros, la falta de percepción de todos los detalles del objeto del reconocimiento, de dirigir preferentemente la atención hacia unos detalles en detrimento de otros, de una elaboración intelectual insuficiente del objeto del reconocimiento, de deducciones prematuras o de la transformación del objeto con posterioridad al hecho[3719].

b) Error de valoración técnica de lo observado. Cuando se trata de examinar datos técnicos y para evitar el problema de error se ha propuesto la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial (art. 356 LEC), con una intervención activa del juez. El perito, con sus máximas de experiencia técnicas, puede facilitar el examen de un lugar, un objeto o una persona. Y el juez, presente en el acto del reconocimiento, puede dirigir la atención del perito hacia lo que es objeto del litigio.

   Pensemos, a título de ejemplo, en el examen de un presunto incapaz con la presencia de un médico. El juez puede indicar al médico que el examen judicial tiene por objeto la capacidad de gobernarse de una persona en su esfera personal y patrimonial y si la enfermedad que le aqueja es permanente o transitoria (art. 200 CC) y el médico le indicará qué extremos puede examinar (memoria, lenguaje, autonomía personal, relaciones interpersonales, etc.) a fin de alcanzar tal objetivo y, a la vez, puede ofrecerle pautas o consideraciones sobre las respuestas del presunto incapaz.

c) Error en la descripción o transcripción de lo percibido. Se produce cuando habiendo sido correcta la percepción, al redactar el acta del reconocimiento judicial, el juez –que ha percibido correctamente una realidad– la traslada de modo incorrecto al acta o, del mismo modo, cuando es recogida de modo inexacto por el Secretario judicial. A título ilustrativo, el juez puede medir que la distancia entre los puntos A y B

3717 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.339.

3718 El ejemplo expuesto reproduce un reconocimiento judicial al que pude asistir durante mi fase de juez en prácticas en los Juzgados de Primera Instancia de Terassa.

3719 Döhring, E., *La prueba.*, ob. cit., pp. 301-304.

es de cinco metros y, por error involuntario de transcripción del juez o de recogida del dato por el Secretario judicial, se hace constar que son seis metros.

Una vez finalizado el reconocimiento, el juez suele dictar de viva voz el contenido del acta al Secretario judicial, y puede ser que el juez haya percibido distintas realidades y al transcribir una de ellas cometa el error. Si las partes, sus abogados o procuradores perciben alguna inexactitud en la transcripción del acta del reconocimiento judicial lo preferible es indicarlo al juez con anterioridad a la firma del acta para que éste pueda, en su caso, reconsiderarlo. De utilizarse medios de grabación, y resultar de baja calidad lo filmado, ello no suele advertirse hasta el visionado de la grabación por el juez o de las copias de la grabación por las partes, en cuyo caso la única alternativa posible consiste en una repetición del acto del reconocimiento con la adopción de otros medios técnicos o la asistencia de profesionales técnicos.

Se han propuesto diversas soluciones para paliar el error judicial. Entre ellas destaca el hecho que el juez exponga en sus conclusiones aquello que observó antes de dictar sentencia[3720], posibilidad que, aun cuando sugestiva, no se avine con el tenor del artículo 433.1 LEC que impone a las partes, y no al juez, efectuar conclusiones sobre las pruebas practicadas. Por ello parece que, de advertirse un error judicial de percepción, lo más deseable es que se pudiera repetir el reconocimiento judicial, posibilidad que podría tener encaje legal en una diligencia final, de oficio o a instancia de parte (art. 435. 2 LEC[3721]) o, incluso, en segunda instancia (art. 460.1.2º LEC).

Finalmente, puede existir error no en la percepción, pero si en la interpretación de lo percibido por otro juez y plasmado en el acta del reconocimiento judicial. En aquellos supuestos (ej. reconocimiento por exhorto, aportación a las actuaciones de un testimonio de un reconocimiento judicial, valoración en segunda instancia) en que el juez que valora la prueba es distinto del juez que la ha practicado, existe un riesgo de error en la interpretación del acta, particularmente en aquellos supuestos en que el acta no está redactada con la debida claridad[3722]. En tal caso, la impugnación, a través del correspondiente recurso, es la única vía para paliar un error de interpretación del acta, pues se trata de un error de valoración probatoria.

8.4. Valoración del reconocimiento judicial por otro órgano distinto

El derogado artículo 1241 CC preveía que «la inspección practicada por un Juez podrá ser apreciada en la sentencia que otro dicte, siempre que el primero hubiera consignado con suficiente claridad en la diligencia los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada». La LEC no contiene ninguna previsión al respecto y el silencio y la derogación del artículo 1241 CC no debe interpretarse como una prohibición.

3720 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.345.

3721 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.561, postulaba, bajo la vigencia de la LEC de 1881, la posibilidad de pedir un nuevo reconocimiento judicial.

3722 Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba,* t. 2º, ob. cit., p.465.

Puede efectuarse, aun con ruptura de la inmediación, la valoración del reconocimiento judicial por otro juez –sea porque se practicó por auxilio judicial, sea porque debe ser revisado por un tribunal de apelación (STS, 18 de julio de 1991[3723]), sea porque hubo una sustitución del juez (SAP Jaén, 11 de marzo de 2008[3724])– o porque, más frecuentemente, se aporte al proceso un acta de un previo reconocimiento (SAP Tarragona, 3 de enero de 2010[3725]).

Únicamente se producirá una limitación de eficacia probatoria, pues el juez sentenciador queda vinculado por los datos que aparecen cubiertos por la fe pública del Secretario judicial, esto es: a) el hecho que motiva su otorgamiento (existencia del reconocimiento judicial); b) el día, hora y lugar del reconocimiento, así como las personas que estuvieron presentes, y de la pertenencia de sus firmas (datos extrínsecos formales); c) del lugar, objeto o persona sobre la que versó el reconocimiento judicial y de las manifestaciones u observaciones que se realizaron (datos intrínsecos objetivos). Por el contrario, el acta de reconocimiento de reconocimiento judicial no desplegará efectos probatorios ni podrá tenerse por cierto respecto a lo manifestado u observado por las partes, ni siquiera por las percepciones del tribunal (datos intrínsecos subjetivos)[3726].

Debe excluirse de la valoración por juez distinto el reconocimiento de un presunto incapaz, en el que, dados los intereses jurídicos debatidos, debe examinar al presunto incapaz el mismo juez sentenciador[3727]. Tanto es así que, en el supuesto de impugnación de la sentencia dicitada por el juez de instancia, el tribunal de apelación debe, incluso de oficio, examinar nuevamente al presunto incapaz (art. 759.3 LEC).

En el caso de la valoración del reconocimiento judicial por otro órgano distinto adquiere singular relevancia, además del acta del reconocimiento judicial, y de existir, la grabación del acto de reconocimiento judicial, que permite situarse al juez que dicta la resolución en una posición similar al del juez que practicó el reconocimiento[3728].

3723 La STS, Sala 1ª, de 18 de julio de 1991, fto. jco. 2º (RJ 5398/1991) en interpretación de los derogados arts. 1240 y 1241 CC, admite la valoración de la prueba de reconocimiento por el Tribunal de Apelación «en todo cuanto esté constado con precisión y claridad».

3724 La SAP Jaén, secc. 1ª, 11 de marzo de 2008, fto. jco. 1º (La Ley 89070/2008) apunta que advertido un cambio de juez, la parte apelante podía haber solicitado un nuevo reconocimiento judicial para la observancia del principio de inmediación del artículo 194 LEC y por tratarse de una prueba de carácter personal en la que el juez examina por sí mismo un lugar.

3725 La SAP Tarragona, secc. 1ª, de 3 de enero de 2000, fto. jco. 6º (AC 710/2000), en un juicio de reclamación por vicios constructivos, admite la validez de la valoración de una prueba de reconocimiento judicial practicada por juez distinto del de la instancia y que se aportó como documento inicial de la demanda.

3726 Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*…, ob. cit., pp. 265 y 266.

3727 Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil,* ob. cit., p.480.

3728 El AAP Barcelona, secc. 13ª, de 14 de mayo de 2008, fto. jco.2º (RJ 317656/2008) admite la valoración del reconocimiento judicial por juez distinto «máxime cuando se impone la utilización de medios

El acta del reconocimiento judicial, en el caso de apreciación por juez distinto, no tiene valor de reconocimiento judicial, sino de un documento otorgado por funcionario público[3729], puesto que falta la nota esencial de este medio prueba, cual es la percepción judicial directa.

8.5. Colisión del reconocimiento judicial con otros medios de prueba

Con carácter general, y como supuestos de colisión entre medios de prueba pueden distinguirse tres supuestos[3730]. En primer lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración. Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede valorarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio. Son los supuestos de colisión del reconocimiento judicial con el interrogatorio de testigos, con la prueba pericial y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. En tal caso, y por su propia naturaleza tasada, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre el reconocimiento judicial con el contenido de un documento y, en parte, con el interrogatorio de las partes.

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado. En tal supuesto se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez. No concurre tal hipótesis en el supuesto del reconocimiento judicial, al ser un medio de libre valoración.

Con carácter particular, el reconocimiento judicial puede entrar en colisión con las declaraciones de las partes o de los testigos, con el contenido de un documento y con las conclusiones del dictamen pericial.

a) Contradicción con las declaraciones de las partes.

El interrogatorio de las partes conserva solo eficacia de prueba tasada con respecto a los hechos personales, cuyo reconocimiento sea enteramente perjudicial para la parte y no sea contradicho por otros medios de prueba (art. 316.1 LEC). Y en la práctica resulta difícil imaginar que el reconocimiento de un hecho personal pueda entrar en contradicción con el examen de un lugar, un objeto o una persona (art. 353.1 LEC).

---

técnicos de constancia del reconocimiento judicial y cuando puede ser apreciada, con plenitud, por la sala de apelación».

3729 Onecha Santamaria, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob.cit., p.88; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*, ob. cit., p.212, para quien se produce una «desnaturalización» del reconocimiento judicial; Martínez García, A.S., en «La prueba en el proceso civil», ob. cit., p.84.

3730 Seguimos la sistematización efectuada por Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación,* Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 346-352. Más recientemente y del mismo autor un resumen en *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 182 y 183.

b) Contradicción con las declaraciones de los testigos.

Las percepciones judiciales deben prevalecer sobre las declaraciones de los testigos, en cuanto que en el reconocimiento judicial el juez es protagonista y destinatario de la prueba, a salvo, claro está, de error en la percepción judicial. Podría afirmarse que el juez es un testigo «cualificado» en el reconocimiento judicial en cuanto examinará el lugar, el objeto o la persona sobre la cual vertirá la posterior valoración probatoria. La presencia del juez en el lugar de los hechos, o ante el objeto o la persona que debe ser reconocida convierte al juez en testigo de unos hechos que constituirán un valioso dato probatorio en orden a la formación de la convicción judicial[3731].

c) Contradicción con el contenido de un documento.

El documento público –al igual que el documento privado no impugnado– conserva su eficacia de prueba tasada en cuanto al hecho o estado de cosas documentado, la fecha en que se produce la documentación y la identidad del fedatario y demás intervinientes (art. 319.1 LEC). Ello significa que el documento público prevalece sobre el reconocimiento judicial en aquellos datos extrínsecos que constituyen prueba tasada en una escritura pública (fecha, lugar, personas intervinientes y existencia de unas manifestaciones), sin que pueda prevalecer la veracidad intrínseca de las manifestaciones contenidas en el documento sobre la percepción judicial.

d) Contradicción con las conclusiones del dictamen pericial.

No es frecuente la colisión entre la prueba pericial y el reconocimiento judicial. Si el juez precisa de conocimientos técnicos que no exijan su percepción judicial directa bastará que admita la prueba pericial (ej. pericial biológica para determinar una filiación) y se evita la colisión entre ambos medios de prueba. Si estos conocimientos exigen (o, cuando menos, hacen conveniente) la percepción judicial directa (ej. fijación de los lindes de una finca, la determinación de una servidumbre de paso, el examen de un costoso vestido de gala desteñido tras el lavado en una tintorería) el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial (art. 356 LEC), con lo cual también es más fácil evitar la colisión.

Si, a pesar de ello, no se acuerda la práctica conjunta de ambos medios de prueba, o se practican separadamente ambas pruebas –como es más frecuente– porque el dictamen ya consta aportado con los escritos iniciales (ej. el dictamen de parte sobre los vicios en la construcción y el reconocimiento judicial posterior) en caso de conflicto se había propuesto, bajo la vigencia de la derogada LEC/1881, la alternativa de la repetición del reconoci-

3731 En la SAP Granada, secc. 3ª, de 23 de noviembre de 2002, fto. jco.1º (La Ley 196573/2002), en un supuesto de juicio de interdicto de retener, se razona que el resultado del reconocimiento judicial del que se deduce la existencia y trazado de un camino, tal como consta recogido con detalle y claridad en el acta, debe prevalecer sobre las declaraciones testificales.

miento judicial[3732], posibilidad que para algunos tiene difícil encaje en la vigente LEC dado el carácter restrictivo de las diligencias finales (art. 435 LEC). De no admitirse la repetición del reconocimiento judicial, se tratará de un conflicto entre dos medios de prueba y, dado que ninguno de ellos tiene carácter tasado, el juez deberá motivar porqué otorga prioridad a sus percepciones directas sobre las máximas de experiencia aportadas por el perito.

Si descendemos al casuismo jurisprudencial, advertimos que en un supuesto de saneamiento por vicios ocultos se ha estimado que la reparación de los defectos apreciados en la vivienda debe ser la de los que constan en la diligencia de reconocimiento judicial –o su equivalente económico si no se efectúa en el plazo señalado al efecto– y no en el informe pericial de parte, por ser la valoración del juez «más objetiva e institucional que la pericial practicada» (SAP Alicante, 1 de abril de 2002)[3733].

9. Impugnación de la prueba de reconocimiento judicial

9.1. Impugnación del juicio de admisión

El control del juicio de admisión del reconocimiento judicial, al igual que el de los restantes medios de prueba, se efectúa a través de un recurso devolutivo ante el propio juez. En el juicio ordinario, y frente a la admisión o inadmisión del reconocimiento judicial cabe un recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta a los efectos de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285.2 LEC). En el juicio verbal, y frente a la inadmisión del reconocimiento judicial, solo cabe protesta (art. 445 LEC).

El alcance de la impugnación comprende la propia «necesidad o conveniencia» de la prueba de reconocimiento judicial (art. 353.1 LEC), pero también puede extenderse a los concretos extremos del reconocimiento propuestos de adverso (art. 353.2 LEC) y, en su caso, a la acumulación del reconocimiento con otros medios de prueba (arts. 356 y 357 LEC).

Fuera del ámbito de impugnación queda la concurrencia al acto del reconocimiento de la persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2 LEC), en la medida que se trata de un anuncio de parte no sometido al juicio de admisión judicial. En este caso, el principio de igualdad de armas y de contradicción se salva mediante la posibilidad que tiene la otra parte de concurrir también al acto del reconocimiento con otra persona técnica o práctica de su confianza.

9.2. Control de la prueba de reconocimiento judicial

Una vez dictada sentencia cabe la impugnación del reconocimiento judicial mediante la interposición de los recursos ordinarios –apelación–, resultando mucho más limi-

3732 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.562.

3733 SAP Alicante, secc. 7ª, de 1 de abril de 2002, fto. jco.4º (JUR 15944/2002).

tada la impugnación a través de los recursos extraordinarios –recurso de casación y recurso por infracción procesal–, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reticente a la introducción de la valoración probatoria por la vía casacional.

9.2.1. Recurso de apelación

La valoración del reconocimiento judicial efectuado por el Juez de Primera Instancia puede ser revisada por la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación. Tal como se anticipa en la Exposición de Motivos de la LEC, se ha optado por un modelo de apelación limitada *(revisio prioris instantiae*[3734]*)*, de modo que el tribunal de apelación goza de la misma libertad para valorar la prueba practicada en la instancia sin necesidad de su reiteración y puede incluso practicar nuevas pruebas en los supuestos del artículo 460 LEC (prueba indebidamente denegada en la instancia contra la que se formuló protesta; pruebas admitidas y no practicadas en primera instancia; prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia; y prueba propuesta por el demanadado rebelde[3735]), sin olvidar que en los procesos no dispositivos el tribunal podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime necesarias, tanto en primera como en segunda instancia (art. 752.3 LEC).

En el juicio de incapacitación se prevé expresamente que en segunda instancia debe practicarse con carácter preceptivo –además de la audiencia de los parientes más próximos y el dictamen pericial pertinente– el examen del presunto incapaz por el tribunal de apelación (art. 759.3 LEC)[3736]/[3737], y con indepedencia del sentido del fallo de la sentencia recaída en primera instancia (STS, 15 de julio de 2005[3738]).

3734 En la Exposición Motivos LEC, se lee: «La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en la 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»* (epígrafe XIII, párrafo segundo).

3735 Con respecto a los supuestos de prueba en la segunda instancia, y con carácter general, puede verse Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 134-147; y Picatoste Bobillo, J., *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 298 a 338.

3736 Sobre las pruebas de oficio imperativas en segunda instancia en juicios de incapacitación puede verse más ampliamente mi estudio *Iniciativa probatorio de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 207-209.

3737 Destacan el carácter preceptivo de la exploración en primera y segunda instancia, y entre otras: SAP Barcelona, secc. 18ª, de 11 de mayo de 2004, fto. jco. 1º (JUR 189807/2004) y de la misma Audiencia y sección la Sentencia de 17 de marzo de 2005, fto. jco. 1º (JUR 115590/2005); SAP Almería, secc. 6ª, de 30 de noviembre de 2004, fto. jco. 3º (RJ 46093/2005).

3738 La STS, Sala 1ª, 15 de julio de 2005, fto. jco. 2º (RJ 6531/2005) razona: «El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto el derogado art. 208 del Código Civil al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la critica que doctrinalmente pueda merecer el

Tratándose de la prueba de reconocimiento judicial, el tribunal de apelación puede entrar a valorar todo el contenido del acta del reconocimiento judicial, incluidas las percepciones y apreciaciones del juez *a quo*, y la falta de inmediación del tribunal de apelación queda paliada por la constancia del acta del reconocimiento judicial (art. 358 LEC) y, en ocasiones, también por el empleo de medios técnicos de grabación (art. 359 LEC), no existiendo razón suficiente, como pretende cierta interpretación jurisprudencial, para circunscribir la apelación a «verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de su carga y si en la valoración probatoria se ha comportado el juez a quo de forma arbitraria o si por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso»[3739]. La reproducción de lo grabado en la instancia o la lectura de la documentación del acta permite la íntegra valoración de la prueba de reconocimiento judicial practicada en la instancia.

9.2.2. Control en otras instancias

Más limitado es el acceso a los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal. La jurisprudencia viene sosteniendo que la disconformidad con la valoración de la prueba en general –y también, por supuesto, con la prueba de reconocimiento judicial– efectuada por el Tribunal de Apelación debe impugnarse, cuando sea posible su presentación, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y no por la vía del recurso de casación, habiéndose dictado ya, bajo esta argumentación, numerosos autos de inadmisión del recurso de casación. Así razona, entre otros muchos, el Auto del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2010, que literalmente, y en la parte que interesa afirma:

> «El régimen de recursos de la nueva LEC 2000 no es, en absoluto, coincidente con la distinción entre «infracción de ley» y «quebrantamiento de forma», establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo limitarse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios «in procedendo» y atribuir el control de los vicios «in iudicando» al recurso de casación, pues el ámbito jurídico material al que se circunscribe éste último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva a la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las «cuestiones procesales», entendidas en sentido amplio, es decir, no reducido a las que enumera el art. 416 de la LEC 2000 bajo dicha denominación –falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus respectivas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca–,

precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial». Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, solo se exigía la repetición de las pruebas en segunda instancia, cuando la sentencia de la Audiencia Provincial se apartaba del criterio de la sentencia de instancia (STS, Sala 1ª, de 14 de octubre de 2002, fto. jco.3º RJ 10126/2002).

3739 SAP Almeria 11 enero 2001.

> sino comprensivo también de las normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, e igualmente de las que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o extraordinaria) la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos, en cuanto resultante de la aplicación de esas reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de la actividad probatoria, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma» […][3740].

La más reciente jurisprudencia viene entendiendo que, de forma excepcional, la indebida valoración de la prueba, que anteriormente había encuadrado en el número 2º del artículo 469 LEC («infracción de las normas reguladoras de la sentencia»), debe ser denunciada actualmente al amparo del número 4º del mismo artículo 469 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitucional»).

Por su claridad expositiva, transcribimos la STS de 1 de octubre de 2010, en cuyo fundamento jurídico 3º se razona:

> «Las razones por las el motivo debe desestimarse son las siguientes:
>
> A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2º LEC, que fue el alegado por la entidad recurrente en el escrito de preparación del recurso. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.
>
> La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469. 1, 4.º LEC, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005)»[3741].

3740 Auto Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de junio de 2010, fto. jco.2º (JUR 227519/2010).

3741 STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010, fto. jco. 3º (CENDOJ 28079110012010100613).

Para entender la argumentación del Tribunal Supremo es necesario distinguir entre la motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.2º LEC –como infracción de una norma reguladora de la sentencia–, y la motivación entendida como valoración probatoria errónea, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.4º LEC, pero únicamente en unos supuestos concretos. En este último caso, y según la sentencia transcrita, la errónea valoración probatoria se reduce a los siguientes supuestos: a) un error patente, que significa un error notorio en el juicio de hecho de la sentencia; b) una valoración arbitraria, que significa una valoración voluntarista, al margen de las normas de valoración probatoria, sean libres o tasadas; y c) una valoración con infracción de las normas de prueba tasada, por ser normas que se imponen a la voluntad del juzgador[3742].

En el escrito de interposición del recurso por infracción procesal basado en el motivo 4º del artículo 469.1 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución») deberá exponerse razonadamente la infracción vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyó en el resultado del pleito (art. 471, I LEC). Se trata, obviamente, de la parte fundamental del recurso en la medida que el recurrente deberá razonar el motivo del recurso, el momento procesal en que se ha cometido la infracción o vulneración, la concurrencia de todos los requisitos procesales para la admisión del recurso y cuál hubiera sido el resultado del proceso en el caso que no se hubiera producido la infracción.

En lo que se refiere a la valoración de la prueba –en general– y a la valoración del reconocimiento judicial –en particular– la fundamentación del recurso podría fundarse en la errónea valoración de la prueba de reconocimiento judicial derivado de un error patente (ej. constancia en el acta de reconocimiento judicial que la distancia que media entre el punto A y B son cinco metros y razonamiento en la sentencia que son dos metros). Bajo la vigencia de la derogada LEC/1881 la jurisprudencia había admitido el control por vía casacional en los supuestos que exista un dato irrefutable apreciado por los sentidos e ignorado en la sentencia (entre otras, SSTS de 25 de febrero de 1988 y 6 de diciembre de 1985[3743]).

El motivo segundo del artículo 469.1 LEC ofrece cobertura legal para denunciar la infracción de los requisitos formales de la sentencia y la infracción de los requisitos internos que se refieran a su contenido, siendo éstos últimos los de mayor trascendencia. De ahí que tengan acogida en el motivo segundo del artículo 469.1 LEC otras infracciones de carácter procesal que, aun no directamente relacionadas con la valoración de la prueba en la sentencia, afectan a los actos procesales que han podido conducir al erróneo dictado de la sentencia, como, por citar algunos ejemplos y sin ánimo exhaustivo, la admisión extemporánea de una prueba de reconocimiento judicial, la denegación indebida de la prueba

3742 Veáse nuestro comentario a la sentencia transcrita, *El error de valoración probatoria, con carácter excepcional, puede fundarse en el artículo 469.1.4º Ley de Enjuiciamiento Civil*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 4, en Diario La Ley, núm. 7564, de 8 de febrero de 2011, pp. 22 y 23.

3743 SSTS, Sala 1ª, de 6 de diciembre de 1985, fto. jco. 6º (RJ 6324/1985) y 25 de febrero de 1988, fto. jco. 3º (RJ 1307/1988).

reconocimiento judicial, la admisión de la prueba de reconocimiento con violación de derechos fundamentales (ej. si se obliga al reconocimiento de una persona mediante el empleo de medios coercitivos) o la filmación defectuosa de las imágenes del lugar que constan en los medios técnicos de grabación del reconocimiento.

9.3. Control del acta del reconocimiento judicial

Del reconocimiento judicial debe extenderse una acta en la cual consten las percepciones y apreciaciones del tribunal (art. 358 LEC). El acta del reconocimiento judicial puede ser incompleta, porque no se hayan reconocido cuantitativamente todos los extremos propuestos por las partes, o puede ser defectuosa porque el juez no haya percibido el lugar, el objeto o la persona cualitativamente como es[3744].

No existe un mecanismo de impugnación directo del acta del reconocimiento judicial, esto es, un recurso contra el contenido del acta, pues no se trata de una resolución judicial, sino de la documentación de un acto judicial. Las partes y sus abogados podrán hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estime oportunas (art. 354.2 LEC), indicando bien la omisión de un extremo o aspecto del reconocimiento, bien la percepción de modo distinto al tribunal, debiéndose efectuar tales observaciones en el acto del reconocimiento judicial y antes de firmar el acta a fin que puedan recogerse en la misma.

El control del contenido del acta del reconocimiento judicial si se ha detectado un error –falta de examen de un extremo propuesto o errónea constancia del objeto reconocido– tan solo puede efectuarse de modo indirecto en el trámite de conclusiones y por la vía de las diligencias finales.

Las conclusiones orales, en cuanto resumen sobre las pruebas practicadas en el acto del juicio o de la vista (art. 433.2 LEC), constituyen el trámite adecuado para evidenciar los extremos propuestos y admitidos sobre los que no se ha producido el examen judicial y también para poner de manifiesto, en una valoración conjunta con otros medios de prueba, que ha existido un error en la percepción o transcripción de algún aspecto del lugar, el objeto o la persona reconocida.

Se ha propuesto que para prevenir errores derivados de una errónea percepción sería muy positivo que el juez en el trámite de conclusiones expusiera sus conclusiones sobre lo que observó[3745]. Esta posibilidad, aun resultando sugestiva, topa con la doble dificultad de forzar la literalidad del trámite de conclusiones, en el que el resumen de las pruebas practicadas se encomienda a las partes y de que el juez anticipe una visión del lugar, el objeto o la persona reconocida que posteriormente puede matizar o rectificar a la vista del contraste con el resultado de otros medios de prueba.

3744 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ed. Montecorvo, Madrid, 1987, p.324.

3745 Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., p.345.

Las diligencias finales también pueden servir para revisar errores del acta de reconocimiento judicial. Bajo la vigencia de la LEC de 1881 la práctica del reconocimiento judicial por vía de las derogadas diligencias para mejor proveer (art. 340.3º LEC) constituía una facultad discrecional del juez, de modo que podía resultar útil acordar el reconocimiento judicial cuando fuera de influencia decisiva en el proceso o las partes hubieran manifestado su disconformidad con el reconocimiento practicado[3746], habiéndose afirmado que la práctica de un nuevo reconocimiento para mejor proveer era «el medio idóneo en todo caso para poner de relieve los errores producidos por el primer reconocimiento»[3747]. Las diligencias finales se configuran con carácter mucho más restrictivo, siendo la regla general a petición de parte (art. 435.1 LEC) y la excepción, de oficio o a petición de parte (art. 435.2 LEC).

Cabría la repetición de un reconocimiento judicial, sea de oficio o a instancia de parte, con fundamento legal en el artículo 435.2 LEC, si se demostrara que ha existido un error patente –por omisión de un extremo o por percepción errónea de un lugar, un objeto o una persona–, y así se motivara en el auto que lo acordara de oficio o en la petición dirigida al Juzgado. Para ello se tendría que argumentar la «inconducencia probatoria»[3748] del reconocimiento practicado en primer lugar, y que en el reconocimiento practicado como diligencia final se examinarán los extremos omitidos en el primer reconocimiento o se procurará su más exacta percepción, acompañado, si menester fuere, por personas técnicas o prácticas en la materia (art. 353.2 LEC) e incluso por peritos, acordándose de oficio la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial (art. 356 LEC) en aquellos supuestos en que la ausencia de un perito impidió al juez, en el primer reconocimiento, una correcta percepción de los aspectos técnicos del lugar, objeto o persona.

Más difícil resulta la impugnación indirecta del acta del reconocimiento judicial en la segunda instancia. Bajo la vigencia de la LEC de 1881, la doctrina había admitido tal posibilidad al amparo del artículo 862.2 LEC («cuando por cualquier causa no imputable al que solicitare la prueba, no hubiera podido hacerse en la primera instancia todo o parte de la que se hubiere propuesto»). Ello podía permitir en segunda instancia impugnar el reconocimiento practicado en la instancia y documentado en el acta, cuando se hubiera efectuado de forma incompleta o defectuosa[3749].

3746 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*…, ob. cit., 1987, p.323.

3747 Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, ob. cit., p.561.

3748 Sobre la posibilidad de acordar de oficio diligencias finales en segunda instancia, aun con referencia a la prueba pericial, puede verse el voto particular del Magistrado Dº Julio Picatoste Bobillo al AAP Pontevedra de 28 de mayo de 2008 y un comentario conjunto de Picó i Junoy, J. y mío titulado *Viabilidad de las diligencias finales de oficio en la segunda instancia*, en Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, pp. 14 y 15.

3749 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial*…, 1987, ob. cit., p.324.

Sin embargo, la LEC contempla como prueba en segunda instancia el reconocimiento judicial admitido y no practicado en la primera instancia (art. 460.2.2º LEC) subordinado a los siguientes requisitos: a) que se hubiera propuesto en tiempo y forma la prueba y que hubiera sido admitida por el tribunal *a quo*; b) la falta de práctica de la prueba en la instancia motivada por causa ajena al litigante que la propuso; c) que la prueba no se hubiera podido practicar ni siquiera como diligencia final. No se trata, por tanto, de un supuesto de repetición del reconocimiento judicial omitido en la primera instancia, sino de práctica por vez primera del reconocimiento judicial en la segunda instancia.

10. Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías

10.1. La cibernavegación

Las nuevas tecnologías de la comunicación e información constituyen fuentes de prueba que pueden introducirse en el proceso a través de cualquiera de los medios de prueba (arts. 299.1 y 2 LEC) y, por supuesto, también a través del reconocimiento judicial, constituyendo lo que algún autor ha llamado la cibernavegación[3750].

Con anterioridad a la admisión de las pruebas electrónicas a través de la denominada «prueba por medios audiovisuales e instrumentos» (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC)[3751], el reconocimiento judicial había constituido, en interpretación jurisprudencial y en virtud de la tesis de la analogía, uno de los cauces –junto con la prueba documental o la prueba pericial– aptos para la introducción en el proceso de cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, en la medida que permitía la adveración de su autenticidad y fidelidad (STS, 30 de noviembre de 1992[3752]).

El reconocimiento judicial es un medio apto para incorporar los datos electrónicos y, particularmente, para la percepción judicial directa de datos de prueba del entorno digital. El objeto del reconocimiento puede ser un lugar, entendido éste como lugar virtual, o puede ser un objeto, entendido como el ordenador a través del cual se accede a la red[3753].

3750 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, ob. cit., p.1084.

3751 La SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2 de mayo de 2007, fto. jco. 2º (La Ley 113346/2007) analiza exhaustivamente la regulación de la utilización de medios y soportes técnicos para la reproducción de la imagen, palabra y sonido destacando «que en principio se acogió la tesis de la analogía con la prueba documental, el reconocimiento judicial o la pericial, que de alguna manera se «mantiene» pues la analogía con la documental se alude en la Exposición de Motivos».

3752 La STS, Sala 1ª, de 30 de noviembre de 1992, fto. jco. 1º (RJ 9458/1992) admitió la aportación de dos cintas de vídeo de programas televisivos como medio de prueba, pese a su falta de previsión normativa, y al amparo del cauce del reconocimiento judicial.

3753 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Internet y prueba civil*, ob. cit., p.1084.

La percepción judicial directa se instrumentaliza a través de la navegación por la red o cibernavegación.

La proposición del reconocimiento judicial tendrá lugar en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal) y la parte proponente deberá precisar: a) los extremos principales objeto del reconocimiento (ej. el contenido de una página web; el número de e-mail enviados o recibidos; la identificación de los remitentes o destinatarios de los e-mail; el número de visitas efectuadas a una determinada página web; el número de elementos descargados, etc.) (art. 353.1 LEC); b) si desea concurrir a la prueba del reconocimiento con alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.1 LEC). La amplitud de la dicción legal que alude indistintamente a una «persona técnica o práctica» permite entender que la parte proponente podrá acudir al acto del reconocimiento auxiliado por una perito informático; c) si el reconocimiento judicial se llevará a cabo en la sede del tribunal, aportando (o no) los medios técnicos para su práctica, o, por el contrario, el juez deberá desplazarse al lugar donde se encuentra el ordenador.

A la vista de la proposición del reconocimiento efectuada por la parte proponente, las demás partes personadas podrán proponer la ampliación del reconocimiento judicial a otros extremos distintos (ej. páginas webs distintas de las indicadas por la proponente; o e-mails procedentes de remitentes distintos) e indicar, igualmente, si concurrirán al acto del reconocimiento con una persona técnica o práctica (art. 353.2 LEC). En la misma audiencia previa o en la vista del juicio verbal, el juez admitirá (o, en su caso, denegará) el reconocimiento propuesto, precisando los extremos del mismo, y el lugar en que debe practicarse.

La práctica del reconocimiento judicial precisa una referencia al lugar, tiempo, forma y la eventual concurrencia con otros medios de prueba. El lugar del reconocimiento puede ser la sede del tribunal y así sucederá cuando el reconocimiento se practica en el ordenador del juzgado (ej. solicitando se acceda a una determinada página web o a una cuenta de correo electrónico) o en un ordenador portátil que haya podido facilitar la parte proponente. Pero también puede practicarse el reconocimiento fuera de la sede del juzgado y así sucederá cuando el juez tenga que desplazarse a un lugar para examinar un ordenador fijo (ej. solicitando se indique el número de e-mails remitidos a cierto destinatario).

El reconocimiento judicial se practica, como regla general, siguiendo el orden en la práctica de los medios de prueba, después del interrogatorio de las partes, de testigos y de la contradicción de los peritos, a salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, aprecie la concurrencia de circunstancias que permitan alterar dicho orden (art. 300 LEC). También podrá practicarse como prueba anticipada (art. 294 LEC) y como diligencia final (art. 435 LEC).

El reconocimiento se practica en presencia del juez, asistido por el Secretario judicial, y con la intervención de letrados, procuradores, técnicos o prácticos. Siendo una prueba directa, lo esencial es que el juez perciba directamente el entorno informático, sea tecleando personalmente el ordenador, sea visionando la pantalla y el entorno digital a partir de las instrucciones de un técnico o práctico.

Eventualmente el reconocimiento judicial puede practicarse, de oficio o a instancia de parte, con la prueba pericial (art. 356 LEC) y puede practicarse también, aun cuando

solo a instancia de parte, con el interrogatorio de las partes y/o de testigos (art. 357 LEC). Si se practica con la prueba pericial podrá consistir en una práctica simultánea de ambos medios de prueba, esto es, procediéndose por el juez a la navegación por la red o la percepción de la pantalla del ordenador y al mismo tiempo a la aportación de máximas de experiencia técnicas por el perito informático. Si se practica con el interrogatorio de las partes y/o de testigos se efectuará de forma sucesiva, de manera que primero el juez procederá a navegar por la red o percibir la pantalla del ordenador y acto seguido recibirá la declaración de la parte y/o del testigo.

El Secretario judicial levanta acta detallada del reconocimiento (art. 358.1 LEC). Dicha acta, además de identificar los sujetos comparecientes, recoge las percepciones y apreciaciones del juzgador, pudiendo resultar muy útil adjuntar una copia impresa de las páginas visitadas o del contenido de los e-mails examinados. También es posible recoger el contenido del reconocimiento por medios técnicos y en soporte apto para su custodia por el tribunal (CD, DVD, pen drive, etc.).

10.2. Práctica del reconocimiento judicial con medios técnicos

Dispone el artículo 359 LEC, en su párrafo primero: «Se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto del reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él, pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el Secretario judicial de modo que no sufran alteraciones».

Huelga decir que, pese a los términos imperativos del precepto legal, el uso de los medios técnicos para la constancia del reconocimiento judicial es facultativo para las partes y para el tribunal, y alude a aquellos supuestos en que las partes dispongan de ellos o el tribunal los pueda ofrecer, sin que su omisión constituya nulidad de actuaciones (SAP Lugo, 5 de diciembre de 2008[3754]) ni justifique la petición de su repetición (SAP Murcia, 17 de diciembre de 2004[3755]), ni impida su valoración en segunda instancia (SAP Madrid, 14 de mayo de 2007[3756]) pues el reconocimiento puede documentarse exclusivamente mediante el acta extendida a tal efecto por el secretario judicial (art. 358 LEC).

El legislador, ante el avance imparable de la técnica, efectúa una referencia genérica a los «aparatos de grabación de imagen y sonido», incluyendo también una referencia aún más abierta a «otros instrumentos semejantes»[3757], sin efectuar enumeración alguna de los mismos, pero con

3754 SAP Lugo, secc. 1ª, de 5 de diciembre de 2008, fto. jco. 1º (La Ley 277234/2008).

3755 SAP Murcia, secc. 5ª, de 17 de diciembre de 2004, fto. jco. 2º (La Ley 266303/2004).

3756 SAP Madrid, secc. 13ª, de 14 de mayo de 2007, fto. jco. 3º (La Ley 90099/2007).

3757 Adviértase que se trata de una expresión similar a la empleada en el artículo 382.1 LEC, que en referencia a los denominados medios de prueba audiovisuales, alude a su captación por «instrumentos

un evidente sentido omnicomprensivo de cualquier medio técnico apto para dejar constancia del reconocimiento judicial, como reza la propia rúbrica del citado artículo 359 LEC.

Se han enumerado, con carácter ejemplificativo y con prudencia a la vista del estado de la técnica, las cintas de audio o video, los CDs, DVDs, disquetes informáticos e imágenes y fotografías realizadas con cámaras digitales registradas en tarjetas informáticas e instrumentos análogos[3758]. Cualquier enumeración ejemplificativa de medios de grabación de imagen y sonido tendrá un carácter abierto y provisional a la vista de los nuevos adelantos que día a día va deparando la técnica. Lo esencial es que se trate de un medio apto para la grabación de imagen y sonido y susceptible de posterior reproducción ante el Tribunal.

El artículo 359 LEC no especifica quien es el encargado del manejo de los «medios de grabación de imagen y sonido», y aun cuando se ha sugerido que pudiera ser el gestor o auxiliar procesal –dado que el Secretario judicial es el encargado de redactar el acta–[3759], no vemos inconveniente en que, bajo la supervisión del Secretario judicial, el aparato pueda ser manejado por cualquier asistente al acto del reconocimiento judicial (partes, abogado o procurador), mayormente en aquellos supuestos en que la parte aporta –y, por ende, conoce mejor– el aparato.

La grabación queda bajo la custodia del secretario judicial, por imperativo del artículo 359 LEC y en lógica concordancia con lo previsto en el artículo 147 LEC, a quien se le encomienda el deber que la grabación no sufra alteraciones. Deberán arbitrarse las garantías para la conservación técnica del soporte y también para su fácil identificación (como puede ser, por ejemplo, la referencia al Juzgado en que se tramita la causa y el número de las actuaciones procesales), resultando conveniente también que en el propio soporte quede constancia de la fecha en que se produce la grabación.

Con respecto a la custodia de la grabación las previsiones legales señalan que: a) su archivo y conservación se efectúa en el propio órgano judicial; b) debe efectuarse con referencia a los autos del juicio concreto donde se ha practicado; y c) debe verificarse de modo que la grabación de la imagen y del sonido no sufra daños y alternaciones. Por tanto, una vez efectuado el reconocimiento judicial, la custodia del medio de grabación de imagen y sonido, corresponderá al Secretario judicial (art. 147, IV LEC[3760]), como si se tratara de un deber de conservación de cualquier otro documento (art. 148 LEC).

Aun cuando excede el objeto del presente estudio, debe dejarse constancia que uno de los retos que presentan las nuevas tecnologías de la comunicación e información es el relativo a la conservación o perdurabilidad de los originales y de las copias de los soportes

---

de filmación, grabación y semejantes».

3758 López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial…*, ob. cit., p.279.

3759 Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial…*, ob. cit., p.233.

3760 El artículo 147 LEC, tras la redacción operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ya introduce la previsión expresa que «El Secretario Judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación».

utilizados para la grabación de la imagen y del sonido. Entre las medidas técnicas –encaminadas a conservar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información– se citan la preservación de los sistemas originales, la emulación, el replicado y el rejuvecimiento, las copias de segurdad y la arqueología digital[3761].

El artículo 359 LEC, en su párrafo segundo dispone: «Cuando sea posible la copia, con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido por los antedichos medios o instrumentos, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del tribunal». Este artículo es una concreción para el reconocimento judicial practicado con medios técnicos de la previsión general contenida en el artículo 147, párrafo quinto, LEC que ya prevé que las partes puedan obtener, a su costa, copia de las grabaciones originales[3762].

10.3. Constancia del reconocimiento judicial con medios técnicos

Son indudables las ventajas del empleo de medios técnicos en el reconocimiento judicial y, entre ellos, la práctica de un medio de prueba en concordancia con los avances técnicos del siglo XXI, la reducción de los riesgos de transcripciones inexactas o con falta de detalle, o la reducción de los inconvenientes del recurso al auxilio judicial[3763]. Pero la grabación del acto del reconocimiento judicial no exonera la confección del acta (art. 359 LEC) y suscita la cuestión del contenido del acta, y si la misma debe ser detallada –como si no existieran los medios técnicos– o puede tratarse de un acta más sucinta o simplificada –al constar lo esencial en el soporte técnico–.

Un sector doctrinal considera que debe mantenerse la redacción del acta detallada. Se argumenta, en síntesis, que el artículo 359 LEC no introduce ninguna reducción a los contenidos del acta, establecidos para ella en el anterior artículo 358 LEC[3764]. Y se añade, además, que el contenido de la prueba «son las percepciones sensoriales del tribunal, no las imágenes grabadas que también podrá percibir otra persona»[3765].

3761 Con mayor amplitud Bia, A., *La preservación digital, ¿un problema tecnológico u organizativo?*, en «El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos», Blasco Díaz, J.L. y Fabra Valls, M.J. (eds.), Col·lecció «Estudis jurídics», núm. 16, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2008, pp. 432 y ss.

3762 Un supuesto singular es el de la SAP Cádiz, secc. 8ª, de 29 de septiembre de 2005, fto. jco. 9º (AC 2007/2005) en un juicio de interdicto de obra nueva, y ante la petición de una copia de la grabación del acto del reconocimiento judicial, el juzgado responde por medio de providencia que no disponía de medios para realizarla y la Audiencia estimó que no se producía indefensión por cuanto la parte solicitante estuvo presente en el acto del reconocimiento judicial.

3763 En este sentido López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial…*, ob. cit., pp. 274 y 275.

3764 Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.306; Fernández Gil, C., *Comentario al art. 359 LEC*, ob. cit., p.729.

3765 Rifá Soler, J. Mª., *Comentario al art. 359 LEC*, ob. cit., p.1668.

Otro sector doctrinal, en sentido contrario, sostiene que es preferible en estos casos redactar un acta simplificada: puede aligerarse el contenido acta, particularmente en lo relativo a los datos objetivos que quedan plasmados en el medio técnico o aquellos datos cuya imagen puede ser más fiel que su descripción (ej. caída de un muro)[3766]. Y no falta algún autor que incluso insinúa que se podría prescindir del acta escrita apuntando que «la referencia al acta manual del Secretario judicial es un ejemplo desesperado de lucha contra el tiempo en un campo donde los amanuenses ya no pueden competir»[3767].

Por nuestra parte, y a pesar de la mayor fidelidad de la imagen que de la descripción, consideramos que el hecho que el juez se dirija al Secretario judicial haciendo constar sus percepciones añade la ventaja que obliga al juez a efectuar una primera elaboración intelectual de sus percepciones y esa primera elaboración intelectual se efectúa ante el lugar, el objeto o la persona que es examinado por primera vez y en el mismo momento en que se efectúa el examen, permitiendo al juez racionalizar sus percepciones en el acto del reconocimiento con una inmediatez que no ofrece la posterior valoración en sentencia, en la que deben conjugarse los datos probatorios extraídos de otros medios de prueba.

En cualquier caso, y aun empleando medios técnicos, y como recuerda Solé Riera, deben consignarse, junto a los datos relativos al tiempo y lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en el soporte técnico[3768].

En los supuestos de práctica conjunta del reconocimiento judicial con el interrogatorio de testigos y/o con el interrogatorio de las partes (art. 357 LEC) se ha postulado que basta identificar a los testigos y las partes en el acta «escrita», mientras que las preguntas y respuestas se recogerán en los medios de grabación de imagen y sonido[3769]. En aquellos supuestos en los que, habiéndose redactado un acta sucinta –sin incluir las declaraciones de los testigos y las partes–, no ha resultado posible en segunda instancia visualizar la grabación del reconocimiento judicial y el interrogatorio de los testigos, se ha acordado la nulidad de actuaciones, retrotayéndo las mismas al momento inmediatamente anterior al reconocimiento judicial, a fin que se proceda a una nueva práctica del mismo (SAP Murcia, 24 de mayo de 2011[3770]).

3766 Escribano Mora, F., *Comentario al art. 359 LEC*, ob. cit., p.2612.

3767 Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.689.

3768 Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, ob. cit., p.61.

3769 Gallego Mañueco, Mª. A. y Martín Jiménez, C.M., *Comentario al art. 359 LEC*, ob. cit., p.1957.

3770 La SAP Murcia, secc.5ª, de 24 de mayo de 2011, fto. jco.1º (JUR 2011\224676) razona: «Pues bien, en el supuesto de autos nos encontramos, como se acta constar en el acta escrita «de reconocimiento judicial y posterior juicio ordinario», esa diligencia de reconocimiento debió ser grabada «en soporte audiovisual apta para la recogida de la imagen y del sonido DVD-R» y con ella, también, el interrogatorio de los testigos Doña Milagrosa y Doña Nieves y el de la parte demandada, en la persona de Don Avelino, presidente de la Comunidad de Propietarios, continuando a continuación el juicio en la correspondiente sala de vistas; y resulta que, como se ha apuntado, no es posible la visualización

10.4. Las nuevas tecnologías y el reconocimiento judicial como medio para la acreditación del derecho extranjero

Dispone el art. 281.2 LEC: «El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su averiguación». Existe, por ende, necesidad de acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero y libertad de medios para su acreditación (SAP Guadalajara, 14 de enero de 2004), siendo ello una carga de las partes, siquiera se reconoce también una facultad/deber de investigación por parte del tribunal, tal como se expresa en la precitada sentencia, al razonar:

> «[…] siendo de tener en cuenta la doctrina contenida, entre otras, en la S.T.S. 3-3-1997, que establece que el de «iura novit curia», aun atenuado respecto del Derecho extranjero, no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano, resolución que añade que el artículo 12.6 en la redacción dada al Título preliminar del Código Civil por Decreto 1836/1974, de 31 mayo dejó claro: a) que la norma extranjera se «acredita»; b) que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos; añadiendo que el término «acreditar» no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente «libre», o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación, sentencia que concluyó que si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable»[3771].

Tradicionalmente la prueba del derecho extranjero se ha practicado a través de la prueba documental (documentos públicos) y, además, la prueba pericial (informe conjunto, legalizado y traducido, realizado por dos jurisconsultos del país extranjero cuya Ley debe probarse), y en este sentido se ha pronunciado una jurisprudencia muy consolidada (entre otras muchas, SSTS de 9 de noviembre de 1984 y 23 de octubre de 1992[3772]). Pero tal situación debe revisarse a la luz de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y del transcrito art. 281.2 LEC que, por una parte, no exige una doble prueba (do-

---

de la grabación; mientras que del acta levantada por el Secretario Judicial no puede extraerse dato alguno sobre la diligencia de reconocimiento judicial y lo declrarado por dichos testigos y parte en dicho acto, pues es un acta sucinta que no recoge los detalles del reconocimiento judicial y lo declarado por dichos testigos y p arte en dicho acto, pues es un acta sucienta que no recoge los detalles del reconocimiento ni las manifestaciones de aquéllos».

3771 SAP Guadalajara, de 14 de enero e 2004, fto. jco. único (La Ley 8152/2004).

3772 SSTS, Sala 1ª, de 9 de noviembre de 1984 (La Ley 53718-NS/000) y de 23 de octubre e 1992, fto. jco.3º (La Ley 15009-R/1993).

cumental y pericial) y, por otra parte, establece el principio de la libertad de medios de investigación.

Se pueda acudir a otros medios de prueba para acreditar la vigencia y contenido del derecho extranjero (como pueden ser, entre otros, el interrogatorio del expert witness o colecciones privadas de leyes y doctrina de autores extranjeros) y ante el avance de las nuevas tecnologías no se puede descartar el reconocimiento judicial[3773]. Tal sucedería, como sugiere Picó i Junoy, si una de las partes solicitara del juez, en el día del juicio o de la vista, que –a los efectos de probar el contenido y vigencia del derecho extranjero– acuda a determinadas páginas *web* de internet y lo verifique[3774]. Si admitimos que a través de la prueba de reconocimiento judicial una de las partes puede solicitar que el juez «navegue» por la red de internet, debemos admitir que pueda proponer que para verificar el contenido y vigencia del derecho extranjero el juez consulte o acceda a una página web en la que se recoja información del derecho extranjero, sea provenientes de Corporaciones (Universidades, Academias de Jurisprudencia y Legislación, Colegios de Abogados, etc.), de Instituciones privadas, de páginas oficiales de organismos estatales o instituciones internacionales[3775]. Se trata de un supuesto de prueba de reconocimiento judicial porque el derecho extranjero –y, más concretamente, su contenido y vigencia– es el objeto mismo de la prueba (art. 281.3 LEC) y ésta se instrumentaliza a través de un medio –el reconocimiento judicial– consistente en la percepción judicial inmediata de dicho derecho extranjero.

Podría proponerse también la prueba de reconocimiento judicial (o cibernavegación) a practicar conjuntamente con la prueba pericial (dictamen sobre contenido y vigencia del derecho extranjero) o testifical (testigos expertos en Derecho extranjero = expert witness), todo ello con fundamento en los artículos 356 y 357 LEC[3776].

10.5. La videoconferencia como alternativa al reconocimiento por auxilio judicial

Dispone el art. 169.2 LEC: «Se solicitará el auxilio judicial para las actuaciones que hayan de efectuarse fuera de la circunscripción del tribunal que conozca del asunto,

3773 En sentido distinto, Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, en Diario La Ley, núm. 6178, Año XXVI, de 28 de enero de 2005, Ref. D-23, para quienes el reconocimento judicial no es un medio idóneo para probar el derecho extranjero.

3774 Picó i Junoy, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, en «La Prueba Judicial», Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J.; Richard González, M. (dirs), ed. La Ley, Madrid, 2011, p.462.

3775 Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.80.

3776 Marín Consarnau, D., *El tratamiento procesal de los medios para la prueba del derecho extranjero y su valor probatorio*, en «La prueba judicial», ob. cit., p.582.

incluidos los actos de reconocimiento judicial, cuando el tribunal no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que le concede esta Ley de desplazarse fuera de su circunscripción para practicarlas».

Y añade el art. 169.3 LEC: «También podrá solicitarse el auxilio judicial para las actuaciones que hayan de practicarse fuera del término municipal en que tenga su sede el tribunal que las haya ordenado, pero dentro del partido judicial o circunscripción correspondiente».

La interpretación conjunta de ambos apartados, segundo y tercero, del artículo 169 LEC nos permite afirmar que el recurso al auxilio judicial es preceptivo («se solicitará el auxilio judicial…») para las actuaciones a practicar fuera del término municipal del tribunal –y a salvo la posiblidad de desplazamiento por el juez–, mientras que, por el contrario, es facultativo («también podrá solicitarse el auxilio judicial…») para las actuaciones fuera del término municipal, pero dentro del partido judicial.

La cuestión que ahora nos planteamos es si la obligatoriedad del recurso al auxilio judicial puede soslayarse por el recurso a la videoconferencia para practicar una prueba de reconocimiento judicial. Si tradicionalmente se ha concebido el reconocimiento judicial, particularmente cuando tiene por objeto un lugar, con el desplazamiento judicial (*descente sur lieux*), no podemos cerrar la puerta a que, en el futuro, ese «lugar» –también un objeto o una persona– puede ser «trasladado» a presencia judicial a través de medios técnicos de grabación de imagen y sonido –sea videoconferencias, películas u otros medios–[3777].

Es cierto que a nivel normativo la videoconferencia no aparece prevista para la práctica del reconocimiento judicial. El art. 229.3 LOPJ permite el uso de la videoconferencia con respecto a «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificaciones de periciales y vistas»[3778] e incluso se ha propuesto que, con respecto la prueba de partes, testigos y peritos pudiera utilizarse la *webcam*[3779]. En el ámbito penal, el art. 306 Lecrm. permite el uso de la videoconferencia, incluida la comparecencia para decretar la prisión provisional, en fase de instrucción, aun cuando no existe una previsión similar en el juicio oral[3780].

3777 A favor de esta posibilidad, Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., p.687.

3778 Art. 229.3 LOPJ «Estas actuaciones podrán realizarse a través de videconferencia 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 asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal».

3779 Magro Servet,V., *Nuevas tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la pruebade partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales*, Diario La Ley, nº 6132, 22 noviembre de 2004, Año XXV, Ref. D-236.

3780 Art. 306 Lecrm: «Cuando en los órganos judiciales existan medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videoconferencia u otro procedimiento similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido».

Y el art. 325 Lecrm. también autoriza la utilización de la videconferencia en comparecencias de los imputados, testigos o peritos. En el ámbito civil, el art. 382 LEC, sin mencionar expresamente la videoconferencia, permite la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

También deben tenerse en cuenta en el ámbito de la Unión Europea diversas normas: a) Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, cuyo artículo 10 prevé el uso de la videoconferencia para las declaraciones de testigos y peritos y, con carácter más restrictivo, para el acusado; b) Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal de 15 de marzo de 2001, que permite el uso de la videoconferencia para que la víctima pueda prestar declaración en audiencia pública; y c) Reglamento (CE) nº 1206/2001, del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, cuyo art. 10.4 permite que el órgano judicial requirente pueda solicitar al órgano judicial requerido que utilice la videoconferencia y teleconferencia en la realización de la obtención de pruebas.

Son indudables las ventajas de la videoconferencia[3781], así como la inexistencia de una mención expresa, a nivel legal, a la práctica del reconocimiento judicial por videoconferencia, lo cual precisará del pronunciamiento de nuestros tribunales. A nivel doctrinal, y *de lege ferenda*, no podemos descartar semejante posibilidad, siempre que concurran ciertos requisitos: 1) Que el reconocimiento judicial será posible en todo aquello que dependa de la vista o del oído, debiendo excluirse en aquello que afecte al olfalto (ej. humedades vivienda o malos olores cocina restaurante), al tacto (ej. apreciar los acabados de una superficie) o al gusto; 2) Debe garantizarse la calidad de la imagen para garantizar la mejor inmediación posible[3782]; 3) Ante la inexistencia de cobertura legal expresa, el reconocimiento judicial por videoconferencia requerirá, además de la admisión judicial, la conformidad de ambas partes o, cuando menos, la proposición por una parte y la no oposición de la adversa.

Bibliografía

Caso Señal, M.; Arch Marín, M.; Jarné Esparcia, A.; Molina Bartomeus, A., *Guía práctica de exploración de menores*, ed. Sepin, Madrid, 2011; Cubillo López, I., *El reconocimiento judicial*, Cap. VII, en AAVV «Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso

3781 Puede verse, Gutiérrez Barrenengoa, A., *La utilización de la videconferencia en la Administración de Justicia,* en Herrán, A.I; Emaldi, A; Enciso, M. (edits), Publicaciones Universidad de Deusto, versión digital, 2010.

3782 Montesinos García, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, ed. Marcial Pons, 2009, p.100.

civil», ed. Colex, Madrid, 2004; Cucarella Galiana, L.A., *Los medios de prueba (II): prueba de reconocimiento judicial* (Capítulo 16), en Ortells Ramos, M. «Derecho Procesal Civil», 10ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2010; Díaz Fuentes, A., *Reconocimiento judicial*, en «La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica». 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 2004; Duerto Argemí, t. , *Los procesos sobre capacidad de las personas. La medida de internamiento*, Jornadas sobre «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en «Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal», núm. II-2001, Madrid, 2001; Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, 2000; Gómez Colomer, J.L., *La prueba de reconocimiento judicial*, en AAVV, «El nuevo Proceso Civil», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Jiménez Soria, J., *El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares: referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz*, en «El Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces: fundamento de su actuación y problemas prácticos», en «Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal», VII, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 1997; Huertas Martín, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Comares, Granada, 2002; López Yagües, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005; Martínez García, A. S., *La confesión en juicio. La prueba de testigos. El reconocimiento judicial. La prueba pericial*, en «La Prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1994; Montero Aroca, J., *Reconocimiento judicial*, en «La prueba en el proceso civil», 5ª ed., ed. civitas, Madrid, 2007; Moreno, V., *La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El díficil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en La Ley, 2010, t. 3, pp. 1434-1439; Muñoz Sabaté, LL., *Prueba de reconocimiento judicial*, en «Fundamentos de prueba judicial LEC 1/2000», J.M.Bosch, Barcelona 2001; Jiménez Asenjo, E., *Inspección ocular*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Tomo XII, Barcelona, 1965, pp. 894-900; Onecha Santamaría, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, en Rev. Inf. Jur., 1972, núm. 312, pp. 81-92; Ordoño Artés, C., *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, nº VIII/2000, Madrid, CGPJ, 2000; –--*La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español,* ed. Montocorvo, Madrid, 1987; Picatoste Bobillo, J., *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva LEC 1/000*, en Revista Xuridica Galega, núm. 35, 2002, pp. 65-83; Reyes Monterreal, J. Mª, *Cuestiones que suscita el reconocimiento judicial*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1952, pp. 129-133; Rodríguez Doncel, N. y Moreno Medina, Mª t. , *Cuestiones sobre el reconocimiento judicial*, en «Aspectos prácticos sobre la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch, Barcelona, 2006; Sancho Gargallo, I., *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Sentís Melendo, S., *El reconocimiento judicial*, en «Estudios de Derecho Procesal», t. I, Buenos Aires, 1967; –*Reconocimiento judicial*, «Revista del colegio de abogados de la Plata», 11-519; Serra Domínguez, M., *Reconocimiento judicial*, en «Estudios de Derecho Probatorio», ed. Communitas, Lima, 2009; Serrano Molina, A., *¿En qué supuestos resulta pertinentes la audiencia del menor?* en Diario La Ley, núm. 7494, de 22 de octubre de 2010, p.19; Solé Riera, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en rev. Justicia, año 2001, pp. 43-63; –*El reconoci-*

miento judicial, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000.

ANEXO LEGISLATIVO

Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil

Libro II. De los procesos declarativos

Título I. De las disposiciones comunes a los procesos declarativos

Capítulo III
De la presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios e instrumentos

Artículo 264. Documentos procesales

Con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal, habrán de presentarse:

1º El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue «apud acta».

2º Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya.

3º Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.

Artículo 265. Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto

1. A toda demanda o contestación habrán de acompañarse:

   1º Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden.

   2º Los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes.

   3º Las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.

4º Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley. En el caso de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar con la demanda o con la contestación el dictamen, sino simplemente anunciarlo de acuerdo con lo que prevé el apartado 1 del artículo 339.

5º Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical.

2. Sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registros, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación.

   Si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda.

4. 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.

Artículo 266. Documentos exigidos en casos especiales

Se habrán de acompañar a la demanda:

1º Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable.

2º Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos, cuando éste sea el objeto de la demanda.

3º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio

de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

4º El documento en que conste fehacientemente la sucesión «mortis causa» en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.

5º Aquellos otros documentos que esta u otra Ley exija expresamente para la admisión de la demanda.

Artículo 267. Forma de presentación de los documentos públicos

Modificado por disp. final 6.1.5 de Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

Artículo 268. Forma de presentación de los documentos privados

Modificado por disp. final 6.1.6 de Ley 41/2007, de 7 de diciembre .

1. Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente.

2. Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.

3. En el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 265.

Artículo 269. Consecuencias de la falta de presentación inicial. Casos especiales

1. Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que, según los preceptos de esta Ley, han de aportarse en esos momentos

o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, si no se dispusiese de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente.

2. No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266.

Artículo 270. Presentación de documentos en momento no inicial del proceso

Ap. 2 modificado, en cuanto que la multa por dilación o mala fe procesal en la presentación del documento es 180 a 1.200 euros por Anexo I de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

1. El tribunal después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes:
   1º Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.
   2º Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.
   3º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley.
2. Cuando un documento, medio o instrumento sobre hechos relativos al fondo del asunto, se presentase una vez precluidos los actos a que se refiere el apartado anterior, las demás partes podrán alegar en el juicio o en la vista la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en ninguno de los casos a que se refiere el apartado anterior. El tribunal resolverá en el acto y, si apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al responsable una multa de 180 a 1.200 euros.

Artículo 271. Preclusión definitiva de la presentación y excepciones a la regla

Ap. 2 modificado por art. 15.148 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario.
2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior

al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia.

El Tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

Artículo 272. Inadmisión de documento presentado injustificadamente en momento no inicial del proceso

Cuando se presente un documento con posterioridad a los momentos procesales establecidos en esta Ley, según los distintos casos y circunstancias, el tribunal, por medio de providencia, lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado.

Contra la resolución que acuerde la inadmisión no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de hacerse valer en la segunda instancia.

CAPITULO IV
De las copias de los escritos y documentos y su traslado

Artículo 273. Presentación de copias de escritos y documentos

De todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes.

Artículo 274. Traslado por el Tribunal de las copias a las otras partes interesadas, cuando no intervengan procuradores

Modificado por disp. final 6.1.7 de Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Cuando las partes no actúen representadas por Procurador, firmarán las copias de los escritos y documentos que presenten, respondiendo de su exactitud, y dichas copias se entregarán por el Secretario Judicial a la parte o partes contrarias.

La presentación y el traslado de las copias podrán realizarse por los medios y con el resguardo acreditativo de su recepción a que se refiere el apartado 5 del artículo 135 de esta Ley, cuando se cumplan los presupuestos y requisitos que establece.

Artículo 275. Efectos de la no presentación de copias

Párr. 2º modificado por art. 15.149 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

En los casos a que se refiere el artículo anterior, la omisión de la presentación de copias de los escritos y documentos no será motivo para dejar de admitir unos y otros.

Dicha omisión se hará notar por el Secretario judicial a la parte, que habrá de subsanarla en el plazo de cinco días. Cuando la omisión no se remediare dentro de dicho plazo, el Secretario judicial expedirá las copias de los escritos y documentos a costa de la parte que hubiese dejado de presentarlas, salvo que se trate de los escritos de demanda o contestación, o de los documentos que deban acompañarles, en cuyo caso se tendrán aquéllos por no presentados o éstos por no aportados, a todos los efectos.

Artículo 276. Traslado de copias de escritos y documentos cuando intervenga Procurador. Traslado por el Secretario Judicial del escrito de demanda y análogos

Ap. 2 modificado por art. 15.150 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Ap. 1 modificado por art. 15.150 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Modificado por disp. final 6.1.8 de Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

1. Cuando las partes estuvieren representadas por procurador, cada uno de éstos deberá trasladar con carácter previo a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al Tribunal.

2. El procurador efectuará el traslado entregando al servicio de recepción de notificaciones a que alude el apartado 3 del artículo 28, la copia o copias de los escritos y documentos, que irán destinadas a los procuradores de las restantes partes y litisconsortes. El encargado del servicio recibirá las copias presentadas, que fechará y sellará, debiendo además entregar al presentante un justificante de que se ha realizado el traslado. Dicho justificante deberá entregarse junto con los escritos y documentos que se presenten al Tribunal.

   Cuando se utilicen los medios técnicos a que se refieren los apartados 5 y 6 del artículo 135 de esta Ley, el traslado de copias se hará de forma simultánea a la presentación telemática del escrito y documentos de que se trate y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en día y hora inhábil a efectos procesales conforme a la Ley se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación cuando se trate del traslado de la demanda o de cualquier otro escrito que pueda originar la primera comparecencia en juicio. En tales casos, el Procurador habrá de acompañar copias de dichos escritos y de los documentos que a ellos se acompañen y el Secretario Judicial efectuará el traslado conforme a lo dispuesto en los artículos 273 y 274 de esta Ley. Si el Procurador omitiere la presentación de estas copias, se tendrá a los escritos por no presentados o a los documentos por no aportados, a todos los efectos.

Artículo 277. Efectos de la omisión del traslado mediante procurador

Modificado por art. 15.151 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Cuando sean de aplicación los dos primeros apartados del artículo anterior el Secretario judicial no admitirá la presentación de escritos y documentos si no consta que se ha realizado el traslado de las copias correspondientes a las demás partes personadas.

Artículo 278. Efectos del traslado respecto del curso y cómputo de plazos

Modificado por disp. final 6.1.9 de Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Cuando el acto del que se haya dado traslado en la forma establecida en el artículo 276 determine, según la ley, la apertura de un plazo para llevar a cabo una actuación procesal, el plazo comenzará su curso sin intervención del Tribunal y deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas o al de la fecha en que se entienda efectuado el traslado cuando se utilicen los medios técnicos a que se refieren los apartados 5 y 6 del artículo 135 de esta Ley.

Artículo 279. Función de las copias

Ap. 1 modificado por art. 15.152 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Las pretensiones de las partes se deducirán en vista de las copias de los escritos, de los documentos y de las resoluciones del Tribunal o Secretario judicial, que cada litigante habrá de conservar en su poder.
2. No se entregarán a las partes los autos originales, sin perjuicio de que puedan obtener, a su costa, copias de algún escrito o documento.

Artículo 280. Denuncia de inexactitud de una copia y efectos

Si se denunciara que la copia entregada a un litigante no se corresponde con el original, el tribunal, oídas las demás partes, declarará la nulidad de lo actuado a partir de la entrega de la copia si su inexactitud hubiera podido afectar a la defensa de la parte, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra quien presentare la copia inexacta.

El tribunal, al declarar la nulidad, dispondrá la entrega de copia conforme al original, a los efectos que procedan en cada caso.

CAPITULO V
De la prueba: disposiciones generales

Sección 1ª. Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba

Artículo 281. Objeto y necesidad de la prueba

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.
2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.
3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.
4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Artículo 282. Iniciativa de la actividad probatoria

Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.

Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria

1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.
2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.
3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.

Sección 2ª. De la proposición y admisión

Artículo 284. Forma de proposición de la prueba

La proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación. Se consignará, asimismo, el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba.

Cuando, en el juicio ordinario, las partes no dispusieren de algunos datos relativos a dichas personas al proponer la prueba, podrán aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes.

Artículo 285. Resolución sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas

1. El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas.
2. Contra esa resolución 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.

Artículo 286. Hechos nuevos o de nueva noticia. Prueba

Ap. 2 modificado por art. 15.153 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Ap. 4 modificado, en cuanto que la multa por dilación o mala fe procesal en la alegación de hechos nuevos es 120 a 600 euros por Anexo I de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para 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, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes.
2. Del escrito de ampliación de hechos el Secretario judicial dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación.
3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.
4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

En este último caso, si el tribunal apreciara ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de 120 a 600 euros.

Artículo 287. Ilicitud de la prueba

1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

   Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Artículo 288. Sanciones por no ejecución de la prueba en el tiempo previsto

Ap. 1 modificado, en cuanto la multa por no ejecución de la prueba en tiempo previsto queda convertida a euros por Anexo I de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

1. El litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida será sancionado por el tribunal con multa que no podrá ser inferior a 60 ni exceder de 600 euros, salvo que acreditase falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba si él la hubiese propuesto.
2. La multa prevista en el apartado anterior se impondrá en el acto del juicio o en la vista, previa audiencia de las partes.

Sección 3ª. De otras disposiciones generales sobre práctica de la prueba

Artículo 289. Forma de practicarse las pruebas

Ap. 3 modificado por art. 15.154 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. 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.
2. Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras,

sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales.

3. 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 del dictamen pericial, siempre que tengan lugar fuera de la vista pública o el Secretario judicial estuviera presente en el acto. Pero 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.

Artículo 290. Señalamiento para actos de prueba que se practiquen separadamente

Modificado por art. 15.155 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto. Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, mediante providencia, que determinadas pruebas se celebren fuera del acto de juicio o vista; en estos casos, el Secretario judicial señalará, con al menos cinco días de antelación, el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista. Si, excepcionalmente, la prueba no se practicare en la sede del Tribunal, se determinará y notificará el lugar de que se trate.

Estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o vista.

Artículo 291. Citación y posible intervención de las partes en la práctica de las pruebas fuera del juicio

Aunque no sean sujetos u objetos de la prueba, las partes serán citadas con antelación suficiente, que será de al menos cuarenta y ocho horas, para la práctica de todas las pruebas que hayan de practicarse fuera del juicio o vista.

Las partes y sus abogados tendrán en las actuaciones de prueba la intervención que autorice la Ley según el medio de prueba de que se trate.

Artículo 292. Obligatoriedad de comparecer a la audiencia. Multas

Ap. 2 modificado por art. 15.156 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Ap. 1 modificado por art. 15.156 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista que finalmente se hubiese señalado. La infracción de este deber se sancionará por el Tribunal, previa audiencia por cinco días, con multa de ciento ochenta a seiscientos euros.
2. Al tiempo de imponer la multa a que se refiere el apartado anterior, el Tribunal requerirá, mediante providencia, al multado para que comparezca cuando se le cite

de nuevo por el Secretario judicial, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad.

3. Cuando, sin mediar previa excusa, un testigo o perito no compareciere al juicio o vista, el tribunal, oyendo a las partes que hubiesen comparecido, decidirá, mediante providencia, si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar.

4. Cuando, también sin mediar previa excusa, no compareciere un litigante que hubiese sido citado para responder a interrogatorio, se estará a lo dispuesto en el artículo 304 y se impondrá a aquél la multa prevista en el apartado 1 de este artículo.

Sección 4ª. De la anticipación y del aseguramiento de la prueba

Artículo 293. Casos y causas de anticipación de la prueba. Competencia

1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, 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.

2. La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria.

Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto.

Artículo 294. Proposición de prueba anticipada, admisión, tiempo y recursos

Ap. 2 modificado por art. 15.157 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. La proposición de pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en esta Ley para cada una de ellas, exponiendo las razones en que se apoye la petición.

2. Si el Tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, disponiendo, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración del juicio o vista, realizándose por el Secretario judicial el oportuno señalamiento.

Artículo 295. Práctica contradictoria de la prueba anticipada

1. Cuando la prueba anticipada se solicite y se acuerde practicar antes del inicio del proceso, el que la haya solicitado designará la persona o personas a las que se proponga demandar en su día y serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueba de que se trate.

2. Si estuviese ya pendiente el proceso al tiempo de practicar prueba anticipada, las partes podrán intervenir en ella según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba.
3. En los casos en que se practique prueba al amparo del apartado 1 de este artículo, no se otorgará valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo que se acreditare que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo.
4. La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.

Artículo 296. Custodia de los materiales de las actuaciones de prueba anticipada

1. Los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedarán bajo la custodia del Secretario del tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos.
2. Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.

Artículo 297. Medidas de aseguramiento de la prueba

Ap. 2 modificado por art. 1.6 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

Ap. 4 añadido por art. 1.6 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

1. Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla.
2. Las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad.

En los casos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.

3. En cuanto a la jurisdicción y a la competencia para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada.

4. Cuando las medidas de aseguramiento de la prueba se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

Artículo 298. Requisitos. Procedimiento para la adopción de las medidas de aseguramiento de la prueba. Contracautelas

Ap. 4 añadido por art. 1.7 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

Ap. 5 añadido por art. 1.7 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

Ap. 6 añadido por art. 1.7 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

Ap. 7 añadido por art. 1.7 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

Ap. 8 añadido por art. 1.7 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

Rúbrica modificada por art. 1.7 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

1. El tribunal acordará adoptar, mediante providencia, las medidas oportunas en cada caso si se cumplen los siguientes requisitos:

   1º Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento.

   2º Que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba.

   3º Que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

2. Para decidir sobre la adopción de las medidas de aseguramiento de una prueba, el tribunal deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar.

3. También podrá el tribunal acordar, mediante providencia, en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda.
4. Las medidas de aseguramiento de la prueba se adoptarán previa audiencia de la persona que haya de soportarla. Si se solicitasen una vez iniciado el proceso, también se oirá al demandado. Sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir, al oponerse a su adopción, la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba.
5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita, el tribunal podrá acordar la medida sin más trámites, mediante providencia. La providencia precisará, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado. Esta providencia es irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.
6. Si la medida de aseguramiento se hubiera adoptado sin audiencia previa, quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido o quien hubiera de soportarla podrán formular oposición en el plazo de veinte días, desde la notificación de la providencia que la acordó.
7. La oposición a la medida podrá fundarse en la inexistencia de riesgos de daños irreparables en el derecho para la futura práctica de la prueba, así como en la posibilidad de acordar otras medidas igualmente conducentes que resulten menos gravosas. También podrá sustituirse por la caución prevista en el apartado 3. Sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiese sido podrá aducir la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba.
8. Del escrito de oposición se dará traslado al solicitante y, en su caso, al ya demandado o a quien hubiera de soportar la medida. Todos ellos serán citados a una vista, en el plazo de cinco días, tras cuya celebración se decidirá sobre la oposición, en el plazo de tres días, por medio de un auto que es irrecurrible.

CAPITULO VI
De los medios de prueba y las presunciones

Artículo 299. Medios de prueba

1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:
   1º Interrogatorio de las partes.

2º Documentos públicos.

3º Documentos privados.

4º Dictamen de peritos.

5º Reconocimiento judicial.

6º Interrogatorio de testigos.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los 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 llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

Artículo 300. Orden de práctica de los medios de prueba

1. Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente:

   1º Interrogatorio de las partes.

   2º Interrogatorio de testigos.

   3º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.

   4º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.

   5º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

2. Cuando alguna de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.

Sección 1ª. Del interrogatorio de las partes

Artículo 301. Concepto y sujetos del interrogatorio de las partes

1. Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.

2. Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular.

Artículo 302. Contenido del interrogatorio y admisión de las preguntas

1. Las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas.
2. El tribunal comprobará que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido, y decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio.

Artículo 303. Impugnación de las preguntas que se formulen

La parte que haya de responder al interrogatorio, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas.

Artículo 304. Incomparecencia y admisión tácita de los hechos

Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley.

En la citación se apercibirá al interesado que, en caso de incomparecencia injustificada, se producirá el efecto señalado en el párrafo anterior.

Artículo 305. Modo de responder al interrogatorio

1. La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria.
2. Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar, en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.

Artículo 306. Facultades del tribunal e intervención de abogados. Interrogatorio cruzado

1. Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declarare podrán, por

este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles.

Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar.

2. Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, las partes, con la venia del tribunal, que cuidará de que no se atraviesen la palabra ni se interrumpan, podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que sean convenientes para la determinación de los hechos relevantes en el proceso. El tribunal deberá repeler las intervenciones que sean impertinentes o inútiles, y podrá interrogar a la parte llamada a declarar.
3. El declarante y su abogado podrán impugnar en el acto las preguntas a que se refieren los anteriores apartados de este precepto. Podrán, asimismo, formular las observaciones previstas en el artículo 303. El tribunal resolverá lo que proceda antes de otorgar la palabra para responder.

Artículo 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales

1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.
2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

Artículo 308. Declaración sobre hechos no personales del interrogado

Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración.

Para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

Artículo 309. Interrogatorio de persona jurídica o de entidad sin personalidad jurídica

1. Cuando la parte declarante sea una persona jurídica o ente sin personalidad, y su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y deberá

facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio.

El representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad.

2. Cuando alguna pregunta se refiera a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiere intervenido en aquellos hechos. El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del apartado 1 del artículo 435.
3. En los casos previstos en los apartados anteriores, si por la representación de la persona jurídica o entidad sin personalidad se manifestase desconocer la persona interviniente en los hechos, el tribunal considerará tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar, con los efectos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 307.

Artículo 310. Incomunicación de declarantes

Cuando sobre unos mismos hechos controvertidos hayan de declarar dos o más partes o personas asimiladas a ellas según el apartado segundo del artículo 301, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que puedan comunicarse y conocer previamente el contenido de las preguntas y de las respuestas.

Igual prevención se adoptará cuando deban ser interrogados varios litisconsortes.

Artículo 311. Interrogatorio domiciliario

1. En el caso de que por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera ésta comparecer en la sede del tribunal, a instancia de parte o de oficio, la declaración se podrá prestar en el domicilio o residencia del declarante ante el Juez o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del Secretario Judicial.
2. Si las circunstancias no lo hicieran imposible o sumamente inconveniente, al interrogatorio domiciliario podrán concurrir las demás partes y sus abogados. Pero si, a juicio del tribunal, la concurrencia de éstos y aquéllas no resultare procedente teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y del lugar, se celebrará el interrogatorio a presencia del tribunal y del Secretario Judicial, pudiendo presentar la parte proponente un pliego de preguntas para que, de ser consideradas pertinentes, sean formuladas por el tribunal.

Artículo 312. Constancia en acta del interrogatorio domiciliario

En los casos del artículo anterior, el Secretario Judicial extenderá acta suficientemente circunstanciada de las preguntas y de las respuestas, que podrá leer por sí misma la

persona que haya declarado. Si no supiere o no quisiere hacerlo, le será leída por el Secretario Judicial y el tribunal preguntará al interrogado si tiene algo que agregar o variar, extendiéndose a continuación lo que manifestare. Seguidamente, firmará el declarante y los demás asistentes, bajo la fe del Secretario Judicial.

Artículo 313. Interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial

Cuando la parte que hubiese de responder a interrogatorio resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, y exista alguna de las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 169, aquélla podrá ser examinada por vía de auxilio judicial.

En tales casos, se acompañará al despacho una relación de preguntas formuladas por la parte proponente del interrogatorio, si ésta así lo hubiera solicitado por no poder concurrir al acto del interrogatorio. Las preguntas deberán ser declaradas pertinentes por el tribunal que conozca del asunto.

Artículo 314. Prohibición de reiterar el interrogatorio de las partes

No procederá interrogatorio de las partes o personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 sobre los mismos hechos que ya hayan sido objeto de declaración por esas partes o personas.

Artículo 315. Interrogatorio en casos especiales

1. Cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, 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. Leídas en el acto del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las preguntas complementarias que el tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final.
3. Será de aplicación a la declaración prevista en este artículo lo dispuesto en el artículo 307.

Artículo 316. Valoración del interrogatorio de las partes

1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial.

2. En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307.

Sección 2ª. De los documentos públicos

Artículo 317. Clases de documentos públicos

A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.

2º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.

3º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho.

4º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

Artículo 318. Modo de producción de la prueba por documentos públicos

Modificado por disp. final 6.1.10 de Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentados éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportado por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada, conforme a lo previsto en el artículo 267, no se hubiere impugnado su autenticidad.

Artículo 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos

1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

2. La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.
3. En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo.

Artículo 320. Impugnación del valor probatorio del documento público. Cotejo o comprobación

Ap. 3 modificado, en cuanto la multa por impugnación temeraria del valor probatorio del documento público queda convertida a euros por Anexo I de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

1. Si se impugnase la autenticidad de un documento público, para que pueda hacer prueba plena se procederá de la forma siguiente:
   1º Las copias, certificaciones o testimonios fehacientes se cotejarán o comprobarán con los originales, dondequiera que se encuentren.
   2º 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.
3. Cuando de un cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros.

Artículo 321. Testimonio o certificación incompletos

El testimonio o certificación fehacientes de sólo una parte de un documento no hará prueba plena mientras no se complete con las adiciones que solicite el litigante a quien pueda perjudicarle.

Artículo 322. Documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación

1. Harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible:

1º Las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido.

2º Cualquier otro documento público que, por su índole, carezca de original o registro con el que pueda cotejarse o comprobarse.

2. En los casos de desaparición del protocolo, la matriz o los expedientes originales, se estará a lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil.

Artículo 323. Documentos públicos extranjeros

1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley.
2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

   1º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

   2º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.
3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

Sección 3ª. De los documentos privados

Artículo 324. Clases de documentos privados

Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317.

Artículo 325. Modo de producción de la prueba

Los documentos privados se presentarán del modo establecido en el artículo 268 de esta Ley.

Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados

Ap. 3 añadido por disp. adic. 10 de Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

2. Cuando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.

   Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica.

Artículo 327. Libros de los comerciantes

Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles. 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.

Sección 4ª. De las disposiciones comunes a las dos secciones anteriores

Artículo 328. Deber de exhibición documental entre partes

Ap. 3 añadido por art. 1.8 de Ley 19/2006, de 5 de junio.

1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

2. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél.

3. En los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

Artículo 329. Efectos de la negativa a la exhibición

1. En caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, 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.
2. En el caso de negativa injustificada a que se refiere el apartado anterior, 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.

Artículo 330. Exhibición de documentos por terceros

Ap. 1 párr. 3º modificado por art. 15.158 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

   En tales casos el tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia.

   Cuando estuvieren dispuestos a exhibirlos voluntariamente, no se les obligará a que los presenten en la Oficina judicial, sino que, si así lo exigieren, irá el Secretario judicial a su domicilio para testimoniarlos.
2. A los efectos del apartado anterior, no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio.

Artículo 331. Testimonio de documentos exhibidos

Si la persona de la que se requiera la exhibición según lo dispuesto en los artículos anteriores no estuviere dispuesta a desprenderse del documento para su incorporación a los autos, se extenderá testimonio de éste por el Secretario Judicial en la sede del tribunal, si así lo solicitare el exhibiente.

Artículo 332. Deber de exhibición de entidades oficiales

1. Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certifi-

caciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter.

2. Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las provincias, de los municipios y demás Entidades locales, estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios, en los términos del apartado anterior.

Artículo 333. Extracción de copias de documentos que no sean escritos

Cuando se trate de dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, si sólo existiese el original, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga copia, a presencia del Secretario Judicial, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original.

Artículo 334. Valor probatorio de las copias reprográficas y cotejo

1. Si la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugnare la exactitud de la reproducción, se cotejará con el original, si fuere posible y, no siendo así, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo también será de aplicación a los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes.
3. El cotejo a que el presente artículo se refiere se verificará por el Secretario Judicial, salvo el derecho de las partes a proponer prueba pericial.

Sección 5ª. Del dictamen de peritos

Artículo 335. Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad

1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta Ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.
2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, 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.

Artículo 336. Aportación con la demanda y la contestación de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes

1. Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley.
2. Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración.
3. Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen.
4. En los juicios con contestación a la demanda por escrito, el demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con aquella contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar.

Artículo 337. Anuncio de dictámenes cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación. Aportación posterior

Ap. 1 modificado por art. 15.159 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.
2. Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio regulado en los artículos 431 y siguientes de esta Ley o, en su caso, en la vista del juicio verbal, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

Artículo 338. Aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda. Solicitud de intervención de los peritos en el juicio o vista.

Ap. 2 modificado por art. 15.160 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del artículo 426 de esta Ley.

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

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

Artículo 339. Solicitud de designación de peritos por el tribunal y resolución judicial sobre dicha solicitud. Designación de peritos por el tribunal, sin instancia de parte

Ap. 2 modificado por art. 15.161 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Ap. 1 modificado por art. 15.161 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

   Si se tratara de juicios verbales sin trámite de contestación escrita, el demandado beneficiario de justicia gratuita deberá solicitar la designación judicial de perito al menos con diez días de antelación al que se hubiera señalado para la celebración del acto de la vista, a fin de que el perito designado pueda emitir su informe con anterioridad a dicho acto.

2. El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales o el demandado con la antelación prevista en el párrafo segundo del apartado anterior de este artículo, que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el Tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

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

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación, o en el plazo de dos días a contar desde la presentación de la solicitud en los supuestos contemplados en el párrafo segundo del apartado 1 y en el apartado 2 de este precepto. Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el Tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado. En tal caso, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

3. En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del artículo 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre.

   Lo mismo podrá hacer el tribunal cuando se trate de juicio verbal y las partes solicitasen designación de perito, con los requisitos del párrafo anterior.

4. En los casos señalados en los dos apartados anteriores, si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Si no hubiese acuerdo de las partes, el perito será designado por el procedimiento establecido en el artículo 341.

5. El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales.

6. El tribunal no designará más que un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia y que no requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos.

Artículo 340. Condiciones de los peritos

1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.

2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.
3. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335.

Artículo 341. Procedimiento para la designación judicial de perito

1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.
2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.

Artículo 342. Llamamiento al perito designado, aceptación y nombramiento. Provisión de fondos

Modificado por art. 15.162 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. En el mismo día o siguiente día hábil a la designación, el Secretario judicial comunicará ésta al perito titular, requiriéndole para que en el plazo de dos días manifieste si acepta el cargo. En caso afirmativo, se efectuará el nombramiento y el perito hará, en la forma en que se disponga, la manifestación bajo juramento o promesa que ordena el apartado 2 del artículo 335.
2. Si el perito designado adujere justa causa que le impidiere la aceptación, y el Secretario judicial la considerare suficiente, será sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente, hasta que se pudiere efectuar el nombramiento.
3. El perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación

final. El Secretario judicial, mediante decreto, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Tribunal, en el plazo de cinco días.

Transcurrido dicho plazo, si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación.

Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, el Secretario judicial ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

Artículo 343. Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas

1. Sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente.

   En cambio, los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias:

   1º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.

   2º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

   3º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.

   4º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.

   5º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

2. Las tachas no podrán formularse después del juicio o de la vista, en los juicios verbales. Si se tratare de juicio ordinario, las tachas de los peritos autores de dictámenes aportados con demanda o contestación se propondrán en la audiencia previa al juicio.

Al formular tachas de peritos, se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas, excepto la testifical.

Artículo 344. Contradicción y valoración de la tacha. Sanción en caso de tacha temeraria o desleal

Ap. 2 modificado, en cuanto la multa por temeridad o deslealtad procesal en la tacha queda convertida a euros por Anexo I de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

1. Cualquier parte interesada podrá dirigirse al tribunal a fin de negar o contradecir la tacha, aportando los documentos que consideren pertinentes a tal efecto. Si la tacha

menoscabara la consideración profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento.

2. Sin más trámites, el tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, formulando, en su caso, mediante providencia, la declaración de falta de fundamento de la tacha prevista en el apartado anterior. Si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable, con previa audiencia, una multa de 60 a 600 euros.

Artículo 345. Operaciones periciales y posible intervención de las partes en ellas

1. Cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas, las partes y sus defensores podrán presenciar uno y otras, si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantiza el acierto e imparcialidad del dictamen.
2. Si alguna de las partes solicitare estar presente en las operaciones periciales del apartado anterior, el tribunal decidirá lo que proceda y, en caso de admitir esa presencia, ordenará al perito que dé aviso directamente a las partes, con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo.

Artículo 346. Emisión y ratificación del dictamen por el perito que el Tribunal designe

Modificado por art. 15.163 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

El perito que el Tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al Tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado por el Secretario judicial a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El Tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

Artículo 347. Posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista

1. Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita.

   El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles.

   En especial, las partes y sus defensores podrán pedir:

1º Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos a que se refiere el apartado 2 del artículo 336.

2º Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.

3º Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

4º Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.

5º Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.

6º Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito.

2. El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 339.

Artículo 348. Valoración del dictamen pericial

El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

Artículo 349. Cotejo de letras

1. Se practicará por perito el cotejo de letras cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique.
2. También podrá practicarse cotejo de letras cuando se niegue o discuta la autenticidad de cualquier documento público que carezca de matriz y de copias fehacientes según lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, siempre que dicho documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente.
3. El cotejo de letras se practicará por perito designado por el tribunal conforme a lo dispuesto en los artículos 341 y 342 de esta Ley.

Artículo 350. Documentos indubitados o cuerpo de escritura para el cotejo

1. La parte que solicite el cotejo de letras designará el documento o documentos indubitados con que deba hacerse.
2. Se considerarán documentos indubitados a los efectos de cotejar las letras:

1º Los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar esta prueba pericial.

2º Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad.

3º Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa.

4º El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique.

3. A falta de los documentos enumerados en el apartado anterior, la parte a la que se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice podrá ser requerida, a instancia de la contraria, para que forme un cuerpo de escritura que le dictará el tribunal o el Secretario Judicial.

   Si el requerido se negase, el documento impugnado se considerará reconocido.

4. Si no hubiese documentos indubitados y fuese imposible el cotejo con un cuerpo de escritura por fallecimiento o ausencia de quien debiera formarlo, el tribunal apreciará el valor del documento impugnado conforme a las reglas de la sana crítica.

Artículo 351. Producción y valoración del dictamen sobre el cotejo de letras

1. El perito que lleve a cabo el cotejo de letras consignará por escrito las operaciones de comprobación y sus resultados.
2. Será de aplicación al dictamen pericial de cotejo de letras lo dispuesto en los artículos 346, 347 y 348 de esta Ley.

Artículo 352. Otros dictámenes periciales instrumentales de pruebas distintas

Cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, podrán las partes aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal al amparo de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 299.

Sección 6ª. Del reconocimiento judicial

Artículo 353. Objeto y finalidad del reconocimiento judicial e iniciativa para acordarlo

Ap. 3 modificado por art. 15.164 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. El reconocimiento judicial 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.

2. Sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, la parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia.

   La otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona de las indicadas en el párrafo anterior.

3. Acordada por el Tribunal la práctica del reconocimiento judicial, el Secretario señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el mismo.

Artículo 354. Realización del reconocimiento judicial e intervención de las partes y de personas entendidas

1. El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.
2. Las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas.
3. Si, de oficio o a instancia de parte, el tribunal considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de las personas indicadas en el apartado 2 del artículo anterior, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad.

Artículo 355. Reconocimiento de personas

1. El reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia.
2. En todo caso, en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona.

Artículo 356. Concurrencia del reconocimiento judicial y el pericial

1. Cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona, siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección.
2. Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el tribunal la ordenará si la estima procedente.

Artículo 357. Concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba por testigos

1. A instancia de parte y a su costa, el tribunal podrá determinar mediante providencia que los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio.
2. También se podrá practicar, a petición de parte, el interrogatorio de la contraria cuando se den las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior.

Artículo 358. Acta del reconocimiento judicial

1. Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Secretario Judicial acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal, así como las observaciones hechas por las partes y por las personas a que se refiere el artículo 354.
2. También se recogerá en acta el resultado de las demás actuaciones de prueba que se hubieran practicado en el mismo acto del reconocimiento judicial, según lo dispuesto en los artículos 356 y 357.

Artículo 359. Empleo de medios técnicos de constancia del reconocimiento judicial

Modificado por art. 15.165 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él, pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el Secretario judicial de modo que no sufran alteraciones.

Cuando sea posible la copia, con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido por los antedichos medios o instrumentos, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del tribunal.

Sección 7ª. Del interrogatorio de testigos

Artículo 360. Contenido de la prueba

Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio.

Artículo 361. Idoneidad para ser testigos

Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.

Artículo 362. Designación de los testigos

Al proponer la prueba de testigos se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia.

También podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado.

Artículo 363. Limitación del número de testigos

Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado.

Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado.

Artículo 364. Declaración domiciliaria del testigo

1. Si por enfermedad u otro motivo de los referidos en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 169, el tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomársele declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial, según que dicho domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal.

   A la declaración podrán asistir las partes y sus abogados, y, si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado.

2. Cuando, atendidas las circunstancias, el tribunal considere prudente no permitir a las partes y a sus abogados que concurran a la declaración domiciliaria, se dará a las partes vista de las respuestas obtenidas 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.

Artículo 365. Juramento o promesa de los testigos

1. Antes de declarar, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas.

2. Cuando se trate de testigos menores de edad penal, no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad.

Artículo 366. Modo de declarar los testigos

1. Los testigos declararán separada y sucesivamente, por el orden en que vinieran consignados en las propuestas, salvo que el tribunal encuentre motivo para alterarlo.
2. Los testigos no se comunicarán entre sí ni podrán unos asistir a las declaraciones de otros.

   A este fin, se adoptarán las medidas que sean necesarias.

Artículo 367. Preguntas generales al testigo

1. El tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso:
   1º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.
   2º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.
   3º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.
   4º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
   5º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados.
   6º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.
2. En vista de las respuestas del testigo a las preguntas del apartado anterior, las partes podrán manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad.

   El tribunal podrá interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia.

Artículo 368. Contenido y admisibilidad de las preguntas que se formulen

Ap. 1 modificado por art. 15.166 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas.
2. El tribunal decidirá sobre las preguntas planteadas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio.

Se inadmitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo según el artículo 360.

3. Si pese a haber sido inadmitida, se respondiese una pregunta, la respuesta no constará en acta.

Artículo 369. Impugnación de la admisión de las preguntas y protesta contra su inadmisión

1. En el acto mismo del interrogatorio, las partes distintas de quien haya formulado la pregunta podrán impugnar su admisión y hacer notar las valoraciones y calificaciones que estimen improcedentes y que, a su juicio, debieran tenerse por no realizadas.
2. La parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas, podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta.

Artículo 370. Examen del testigo sobre las preguntas admitidas. Testigo-perito

1. Una vez contestadas las preguntas generales, el testigo será examinado por la parte que le hubiera propuesto, y si hubiera sido propuesto por ambas partes, se comenzará por las preguntas que formule el demandante.
2. El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder.
3. En cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga.
4. Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.

En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 de esta Ley.

Artículo 371. Testigos con deber de guardar secreto

1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.
2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intere-

ses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter.

El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial.

Artículo 372. Intervención de las partes en el interrogatorio y ampliación de éste

1. Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de la parte que propuso la prueba testifical, podrán los abogados de cualquiera de las demás partes plantear al testigo nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles.

   En caso de inadmisión de estas preguntas, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 369 sobre disconformidad con la inadmisión.
2. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo.

Artículo 373. Careo entre testigos y entre éstos y las partes

1. Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo.
2. También podrá acordarse que, en razón de las respectivas declaraciones, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos.
3. Las actuaciones a que se refiere este artículo habrán de solicitarse al término del interrogatorio y, en este caso, se advertirá al testigo que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación.

Artículo 374. Modo de consignar las declaraciones testificales

Las declaraciones testificales prestadas en vista o juicio se documentarán conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 146.

Artículo 375. Indemnizaciones a los testigos

Modificado por art. 15.167 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. Los testigos que atendiendo a la citación realizada comparezcan ante el Tribunal tendrán derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. Si varias partes propusieran a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorrateará entre ellas.

2. El importe de la indemnización lo fijará el Secretario judicial mediante decreto, que tendrá en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado. Dicho decreto se dictará una vez finalizado el juicio o la vista.

Si la parte o partes que hayan de indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio.

Artículo 376. Valoración de las declaraciones de testigos

Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado.

Artículo 377. Tachas de los testigos

1. Con independencia de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 367, cada parte podrá tachar los testigos propuestos por la contraria en quienes concurran algunas de las causas siguientes:
   1º Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.
   2º Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su procurador o abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses.
   3º Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate.
   4º Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su abogado o procurador.
   5º Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.
2. La parte proponente del testigo podrá también tachar a éste si con posterioridad a la proposición llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas de tacha establecidas en el apartado anterior.

Artículo 378. Tiempo de las tachas

Las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista, sin perjuicio de la obligación que tienen los testigos de reconocer cualquier causa de tacha al ser interrogados conforme a lo dispuesto en el artículo 367 de esta Ley, en cuyo caso se podrá actuar conforme a lo que señala el apartado 2 de dicho artículo.

Artículo 379. Prueba y oposición sobre las tachas

1. Con la alegación de las tachas, se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas, excepto la testifical.
2. Si formulada tacha de un testigo, las demás partes no se opusieren a ella dentro del tercer día siguiente a su formulación, se entenderá que reconocen el fundamento de la tacha. Si se opusieren, alegarán lo que les parezca conveniente, pudiendo aportar documentos.
3. Para la apreciación sobre la tacha y la valoración de la declaración testifical, se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 344 y en el artículo 376.

Artículo 380. Interrogatorio acerca de los hechos que consten en informes escritos

1. Si, conforme al número 4º del apartado 1 del artículo 265, o en otro momento ulterior, al amparo del apartado tercero del mismo precepto, se hubiesen aportado a los autos informes sobre hechos y éstos no hubiesen sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudieren perjudicar, se interrogará como testigos a los autores de los informes, en la forma prevenida en esta Ley, con las siguientes reglas especiales:
   - 1ª No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes.
   - 2ª El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, habrá de reconocerlo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes.
   - 3ª El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes.
2. Si los informes contuvieren también valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores, se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 370, sobre el testigo-perito.

Artículo 381. Respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas

Ap. 2 párr. 3º modificado por art. 15.168 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Ap. 2 modificado, en cuanto que la multa a testigos por incumplimiento de prueba testifical exenta pasa a 150 a 600 por Anexo I de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

1. Cuando, sobre hechos relevantes para el proceso, sea pertinente que informen personas jurídicas y entidades públicas en cuanto tales, por referirse esos hechos a su actividad, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, 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. En la proposición de prueba a que se refiere el apartado anterior se expresarán con precisión los extremos sobre los que ha de versar la declaración o informe escrito.

Las demás partes podrán alegar lo que consideren conveniente y, en concreto, si desean que se adicionen otros extremos a la petición de declaración escrita o se rectifiquen o complementen los que hubiere expresado el proponente de la prueba.

El tribunal, oídas las partes, en su caso, resolverá sobre la pertinencia y utilidad de la propuesta, determinando precisamente, en su caso, los términos de la cuestión o cuestiones que hayan de ser objeto de la declaración de la persona jurídica o entidad y requiriéndola para que la preste y remita al tribunal en el tiempo establecido, bajo apercibimiento de multa de 150 a 600 euros y de proceder, contra quien resultare personalmente responsable de la omisión, por desobediencia a la autoridad. La práctica de esta prueba no suspenderá el curso del procedimiento, salvo que el Juez lo estime necesario para impedir la indefensión de una o las dos partes.

Recibidas las respuestas escritas, el Secretario judicial dará traslado de ellas a las partes, a los efectos previstos en el apartado siguiente.

3. A la vista de las respuestas escritas, o de la negativa u omisión de éstas, el tribunal podrá disponer, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, mediante providencia, 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. También podrá admitir, a instancia de parte, cualquier prueba pertinente y útil para contradecir tal declaración.
4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a las entidades públicas cuando, tratándose de conocer hechos de las características establecidas en el apartado 1, pudieran obtenerse de aquéllas certificaciones o testimonios, susceptibles de aportarse como prueba documental.
5. A las declaraciones reguladas en los apartados anteriores se aplicarán, en cuanto sea posible, las demás normas de la presente Sección.

Sección 8ª. De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso

Artículo 382. Instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Valor probatorio

1. Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.
2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes

podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

3. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica.

Artículo 383. Acta de la reproducción y custodia de los correspondientes materiales

Ap. 2 modificado por art. 15.169 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

1. De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas.

   El tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta.

2. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Secretario judicial, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones.

Artículo 384. De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso

1. 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.

2. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias.

3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza.

Sección 9ª. De las presunciones

Artículo 385. Presunciones legales

1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.
3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.

Artículo 386. Presunciones judiciales

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

   La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.
2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.