

Las diligencias finales

SUMARIO: I. PALABRAS PREVIAS. II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEC. III. CONCEPTO Y NATURALEZA. IV. FUNDAMENTO. V. OBJETO. VI. PROCEDENCIA. 1. Principio general; 2. Excepción. VII. PROCEDIMIENTO: 1. Solicitud. 2. Decisión del tribunal. 3. Práctica. 4. Efectos. VIII. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 1. Juicio verbal. 2. Recurso de apelación. IX. SUGERENCIAS DE LEGERENDA.

I. PALABRAS PREVIAS

Las diligencias finales han sustituido a las tradicionales diligencias para mejor proveer. Lo primero que llama la atención es su nueva denominación, suprimiendo la tradicional e hispana expresión «para mejor proveer», perfectamente aceptada en la teoría procesal y en la práctica forense; en su lugar, se ha optado por una calificación sin arraigo en nuestro Derecho y no del todo exacta. Menos mal que, una vez más, la antigua institución subsiste, en el fondo y en la forma, en los ordenamientos procesales de las naciones iberoamericanas.

En un momento previo a la presentación del Proyecto de Ley, se percibió cierta confusión en torno a su subsistencia; así, en el número tres del artículo 338 del Borrador (Ministerio de Justicia, Madrid, abril de 1997), al referirse a hechos nuevos o de nueva noticia, se mencionaban expresamente las diligencias para mejor proveer, produciendo la impresión de que subsistirían en la nueva

legislación que se preparaba (en contradicción con los arts. 440 a 442, del citado Borrador, que regulaban las diligencias finales). Sin embargo, más tarde, a lo largo del recorrido legislativo resultó inequívoca la voluntad de su supresión, tanto en el equivalente art. 336 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (diciembre de 1997), como en el art. 287 del Proyecto de Ley (noviembre de 1998) y en el art. 286 del texto definitivo aprobado; en todos ellos, se recogió la expresión de diligencias finales.

En el texto legal vigente las diligencias finales se encuentran reguladas en los artículos 434 a 436, principalmente, más algunas alusiones complementarias en varios preceptos aislados.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEC

En primer lugar, consideramos de interés trasladar algunas consideraciones del legislador en torno al principio dispositivo (a él se refiere más adelante, cuando explica la importante innovación).

En efecto, leemos en el apartado VI de la Exposición de Motivos: «la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo», así como «no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados», y «es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos»; también, en el apartado XI de la misma, en relación con la prueba de peritos, se afirma: «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».

Además, en el aspecto puramente formal, la mencionada Exposición dice que «la Ley procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano, con elimina-

ción de expresiones hoy obsoletas o difíciles de comprender y más ligadas a antiguos usos forenses que a aquellas exigencias» (apartado IV). Vana justificación, de escaso fundamento científico, en la que podría hallarse la supresión de la tradicional expresión. Sin embargo, lo afirmado por el legislador contrasta con lo añadido en otro lugar de la misma Exposición: «Con la convicción de que la reforma de la Justicia, en este punto como en otros, no puede ni debe prescindir de la historia, de la idiosincrasia particular y de los valores positivos del sistema jurídico propio» (apartado XIV, párrafo tercero).

Por lo que se refiere concretamente a las diligencias finales, en el apartado XII de la citada Exposición, el legislador explica las características de la innovación. Pueden resumirse de este modo: a) supresión de las denominadas «diligencias para mejor proveer», sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas; b) la justificación se halla en la coherencia con el mencionado principio dispositivo; c) se persigue la restricción de la actividad previa a la sentencia, reforzando pues el acto del juicio; d) sólo caben como diligencias finales las pruebas propuestas y admitidas, que no se practicaron por causa ajena a la parte proponente; e) resulta improcedente que el tribunal supla la falta de diligencia y cuidado de las partes; y f) las meditadas excepciones, que responden a criterios de equidad, no deben servir, en consecuencia, «para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción».

Sin embargo, como veremos más adelante, el texto de la nueva ley no es del todo fiel a lo aquí afirmado. En efecto, lo reseñado es válido como principio general, pero más adelante se regula una excepción que permite el acuerdo de oficio de diligencias finales.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA

Podemos definir las diligencias finales como la potestad judicial de acordar la práctica de diligencias de prueba complementarias.

En efecto, estas diligencias, al igual que su antecedente, las medidas para mejor proveer, constituyen una indiscutible facultad judicial. Al tribunal le corresponde en exclusiva la decisión de acordarlas. Como veremos más adelante, cabe que las partes las soliciten, pero su acuerdo, la decisión de su práctica, es decisión que compete sólo al juzgador. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que «podrá el tribunal acordar», consagrando claramente dicho carácter (art. 435).

Al tratarse de una potestad, se adorna de las notas de libertad, legalidad e imparcialidad. Libertad, en cuanto que, como se ha dicho, al tribunal corresponde su decisión, sin obligación alguna respecto de la solicitud de las partes, que no es vinculante (a lo más, en una primera categoría, constituye un requisito). Legalidad, porque su decisión ha de ajustarse a la ley, limitada por ésta en su acuerdo, contenido, momento y forma. Por último, imparcialidad, obligada en toda actividad judicial, pero máxime en ésta en que ha de cuidarse atentamente de no desvirtuarla, favoreciendo a uno de los litigantes. Todo ello no se contradice —más bien lo contrario— con el carácter excepcional de dicha facultad que, como también veremos, suspende el plazo para dictar sentencia.

El Tribunal Supremo, en relación con las diligencias para mejor proveer (obviamente, por razones de tiempo aún no se dispone de doctrina sobre las diligencias finales), en reiterada y coincidente jurisprudencia, insiste en el carácter potestativo de la facultad judicial de acordar de oficio la práctica de pruebas (entre otros trabajos nuestros sobre el mismo tema, ver: *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, 1981; también, «La prueba de oficio en el proceso civil», en *La prueba en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993).

Además, resulta igualmente incuestionable su carácter probatorio y complementario. Lo primero, porque de este modo lo dispone la ley (ésta habla de «práctica de actuaciones de prueba» y de «que se practiquen de nuevo pruebas», así como contiene alusiones a la prueba en diversos apartados del citado

artículo 435). Lo segundo, porque así se deriva necesariamente de lo anterior; son complementarias de las practicadas en la fase probatoria (en el juicio del proceso ordinario) a instancia de los litigantes; aunque practicadas en diferente momento procesal, representan un complemento de las primeras; no otra cosa pueden ser. Igualmente, con las limitaciones de tiempo apuntadas más arriba, el Tribunal Supremo ha emitido abundante jurisprudencia en tales sentidos.

IV. FUNDAMENTO

Sin duda alguna, la anterior expresión «para mejor proveer» manifestaba perfectamente lo que se pretendía con las diligencias probatorias de oficio. Bastaba con dicha denominación para resumir el fin perseguido, que se confundía con su fundamento o razón de ser. De ahí la improcedencia de su supresión, que no se critica solamente por el valor histórico (que tampoco es desdeñable), sino también, entre otras razones, por la utilidad de entendimiento práctico.

Ahora, a pesar de la nueva denominación, por diligencias finales hemos de considerar algo similar. ¿Cuál es su fundamento? Por qué o para qué se regulan en el nuevo texto procesal civil? Sencillamente las respuestas a tales preguntas son las mismas que se aplicaban en relación con las medidas para mejor proveer.

En consecuencia, las diligencias finales encuentran su fundamento en la propia administración de justicia, tanto por lo que respecta a ésta en general como en lo relativo a las partes y al juzgador en particular. Ambos aspectos son complementarios. Tienden a una mejor administración de la justicia, en cuanto que colaboran con la búsqueda o hallazgo de la verdad en el proceso, repercutiendo positivamente en este instrumento social de justicia. Por encima de inútiles divagaciones sobre verdad real y verdad formal, y ciñéndonos a la única existente en los autos, la verdad procesal, las diligencias finales sirven para una más acertada utilización del proceso.

Ello se concreta en el servicio que prestan a los litigantes y al tribunal (lo que es complementario de lo anterior, incluso redundante). En cuanto a los primeros, mediante éstas también se puede dar satisfacción a su derecho a la prueba (art. 24.2 de la Constitución). Derecho que se manifiesta en la proposición, admisión, práctica y valoración judicial, siempre que se ajuste a lo dispuesto en la ley. El material probatorio propuesto y admitido durante la audiencia previa y el resultado obtenido tras su práctica en el juicio pueden resultar insuficientes para demostrar la certeza de las alegaciones; las partes pueden estimar, terminado el juicio y antes de dictar sentencia, por determinadas causas acontecidas durante el desarrollo procesal, la imprescindible práctica de un medio probatorio, nuevo o no. Las diligencias finales facilitarán la satisfacción de esa necesidad, permitiendo que los litigantes soliciten al tribunal, y puedan obtener, su acuerdo.

Por lo que respecta al juzgador, cabe que se sirvan de ellas para disipar las dudas en torno al material alegado por los contendientes y, a veces, por diversas causas, no suficientemente probado. El tribunal, obligado a dictar sentencia, puede albergar serias dudas sobre los hechos relevantes controvertidos y, entonces, las diligencias probatorias de oficio prestan un importante servicio. Sin sustituir la debida diligencia de los litigantes, debe facilitarse al órgano judicial la comprobación de los hechos alegados. Mediante su acuerdo, puede enfrentarse al difícil reto de sentenciar con mayores posibilidades de acierto, produciendo una resolución justa (con el consecuente efecto desencadenante de utilidad social de la institución). Les sirve para hallar la verdad de los hechos en el proceso, logrando la justicia, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 CE), y no teniendo que recurrir necesariamente a las reglas de la carga de la prueba. A las partes corresponde en exclusiva la alegación de los hechos y, además, tienen muy amplias facultades en materia de prueba, pero ello no ha de ser por fuerza incompatible con las facultades judiciales complementarias al respecto.

Naturalmente, lo afirmado no ha de significar la quiebra de la debida imparcialidad del juzgador. Con las diligencias finales

no se persigue el suplir la desidia de las partes ni, so pretexto de la igualdad de los litigantes, que el tribunal descienda a la arena de la contienda tomando partido por uno de ellos. El abuso de tal potestad judicial constituiría su desviación. No deben concebirse para suplir la actividad de las partes, sino para facilitar la convicción del juzgador sobre las alegaciones de aquéllas, cuando las pruebas resultan notoriamente insuficientes o contradictorias. Como hemos afirmado más arriba, son diligencias complementarias de las practicadas con anterioridad a instancia de parte. Además, el que en supuestos de claro desviacionismo se pudieran utilizar para retrasar el proceso, demorando el momento del dictado de la sentencia, lo que constituiría una evidente desviación de su noble finalidad, no explicaría de modo razonable su supresión, pues, por el contrario, pueden ser numerosas las ocasiones en que se empleen correctamente, esto es, para proveer mejor, para resolver los litigios con acierto.

Veamos a continuación qué dispone la ley sobre el fundamento de las citadas diligencias. En relación con el primer supuesto, es decir, acordadas solamente a solicitud de parte (número 1 del artículo 435), nada se preceptúa con claridad. De los diferentes apartados (que comentaremos más adelante) se desprende la intención legislativa de no suplir la desidia de las partes, a la vez que el favorecer la práctica de las que no se pudieron llevar a cabo en el momento procesal apropiado.

Sobre el supuesto excepcional contemplado en el número 2 del mismo precepto, la redacción es más acertada, pues se deduce de su lectura que el resultado de las pruebas anteriores no haya sido satisfactorio y existan motivos fundados para creer que sí lo será el de las nuevas.

V. OBJETO

Al tratarse de diligencias probatorias, han de versar sobre el mismo objeto que las pruebas ordinarias, esto es, hechos, costumbre y Derecho extranjero (art. 281 LEC).

Los primeros han de guardar relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso y, lógicamente, han de ser controvertidos; se excluyen aquellos sobre los que exista plena conformidad de las partes (salvo en los procesos de objeto no disponible) y los notorios.

La prueba de la costumbre no es necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido, y no afectase al orden público (entiéndase como orden constitucional).

El Derecho extranjero hay que probarlo en su contenido y vigencia (antes deberá ser alegado por las partes), pudiéndose valer el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios.

De lo expuesto, destacan por su importancia los hechos. Éstos han de haber sido alegados por las partes, exclusivamente. La concepción, tradición, estructura y naturaleza de nuestro proceso civil eximen de cualquier comentario. A los litigantes corresponde delimitar el objeto del proceso, exponiendo la causa petendi y concretando el petitum. El pronunciamiento del tribunal ha de ser congruente con lo alegado, no pudiendo conceder más o cosa distinta de lo solicitado.

Ahora bien, habiendo dejado claro que la diligencia final ha de versar sobre los hechos alegados, cabe preguntarse ¿qué hechos?, ¿los probados, inclusive?, ¿sólo aquellos de los que se ha intentado la prueba?, ¿todos sin excepción? A nuestro juicio, hay que distinguir. Sobre los hechos perfectamente probados, pensamos que no es necesaria la diligencia final; resultaría inútil, al menos; pero, no se olvide que su decisión corresponde en última instancia al tribunal; será éste el que los considere o no necesitados de prueba, a instancia de parte o de oficio.

En cuanto a los hechos probados de modo incompleto, será igualmente el juzgador el que considerará conveniente su mejor prueba. Algo similar puede afirmarse de los que se intentó su prueba, pero que, por determinadas circunstancias, no pudieron probarse; resulta evidente que este supuesto encaja a la per-

fección en la posibilidad legal. También, procede la prueba sobre los hechos nuevos o de nueva noticia (expresamente contemplados en la ley).

Por último, nos encontramos con los hechos de los que las partes no intentaron tan siquiera la prueba. A la luz del vigente cuerpo legal, la doble regulación de su acuerdo constituye una posibilidad confusa (especialmente, la segunda). Sin embargo, aunque a primera vista lo único que parece exigir el número dos del artículo 435 es que se trate de hechos alegados y relevantes, que no resultaron probados con anterioridad, no precisándose con exactitud esto último, la verdad es que quedan descartados aquellos hechos de los que no se intentó su prueba. Así se evita que el juzgador supla la negligencia de las partes. Lo examinaremos a continuación.

VI. PROCEDENCIA

En relación con los posibles supuestos de diligencias finales, hay que distinguir entre el principio general y la excepción al mismo.

1. PRINCIPIO GENERAL

En línea con lo prescrito en el artículo 282 (las pruebas se practicarán a instancia de parte, con excepción de las de oficio), dispone la ley que también sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar diligencias finales. Se coincide con lo dispuesto para las pruebas en los artículos 429 (ordinario) y 443 (verbal).

La redacción legal es terminante y no admite dudas interpretativas. El posible acuerdo judicial queda supeditado a la previa petición de parte. Si ésta no se produce, no cabe su adopción por el juzgador. Aunque en la práctica forense anterior con frecuencia las partes solicitaban del tribunal el acuerdo de una providencia para mejor proveer, la diferencia con la nueva regulación estriba en que esta petición es requisito previo para su adopción.

Producida dicha solicitud, la decisión potestativa del tribunal, además, solamente puede producirse dentro de las tres reglas contempladas en el texto procesal, por cierto con deficiente sistemática (art. 435.1); son éstas:

A) No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes (incluidas las sugeridas por el tribunal, en la audiencia previa, al amparo del apartado 1 del art. 429; la parte que no la propuso entonces, pretende que se practique ahora). Además, la ley no distingue entre las partes, por lo que es irrelevante la diferencia entre la que la hubiera podido proponer en su día y la que lo pretenda en este momento.

Por el contrario, sensu contrario, sí proceden las que no se pudieron proponer con anterioridad, sea cual fuere el motivo (respetándose, de este modo, el derecho a la prueba).

La ley persigue que los litigantes no dispongan de una generalizada segunda ocasión para proponer pruebas, con los previsibles abusos y la consecuente distorsión de cada etapa procesal. Sin embargo, cabe que una parte no propusiera una prueba en el momento procesal oportuno por no considerarla entonces necesaria, y ahora, terminado el juicio y tras las conclusiones, estime conveniente su práctica; conforme a la ley, no procede su acuerdo como diligencia final.

B) Sí procede la práctica de una prueba admitida que, por causa ajena a la parte proponente, no se practicó. En este caso, se favorece al proponente y, acertadamente, no se le hace responsable de lo que no fue causante (por ejemplo, un exhorto que no se cumplimentó).

Sin embargo, obsérvese que se exige que la prueba haya sido admitida, con lo que se excluye la prueba propuesta en tiempo y forma por la parte pero que no fue admitida por el juzgador en la audiencia previa. Es decir, en este supuesto se sanciona a la parte diligente, que tampoco encuentra protegido su derecho en la regla anterior.

Tampoco se permite la repetición de la ya practicada, aunque no fuera satisfactoria en su momento; por ejemplo, un reconocimiento judicial que, caso de repetirse, más tarde, en otra circunstancia o con distinta información, tal vez podría aportar datos de interés.

Además, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con esta regla, regula un supuesto digno de mención. Está contemplado en el número dos del artículo 309, dentro de la prueba del interrogatorio de las partes. Así, se dispone que cuando alguna pregunta se refiera a hechos en que no hubiera 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, hubiese intervenido en aquellos actos. A continuación, se establece que 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 uno del artículo 435. Como se ve, amén de aludirse solamente al juicio (propio del proceso declarativo, por lo que no procede en el verbal) y de explicitarse el carácter imperativo, nada se dice sobre la necesaria solicitud de parte (hay que entender que subsiste la planteada durante el período ordinario de prueba).

C) Por último, cabe la práctica de las referidas a hechos nuevos o de nueva noticia (conforme al artículo 286). En efecto, en concordancia con el número 3 de dicho precepto, si el hecho nuevo o de nueva noticia, alegado por una parte, no fuese reconocido como cierto por la contraria, procede la práctica de prueba cuando fuera posible por el estado de las actuaciones; en otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.

Así pues, si por el momento procesal ya no es posible la práctica de diligencias ordinarias de prueba, las partes tienen la posibilidad de proponerlas como finales. Nada que objetar, pues resulta razonable la previsión legal, ya que el litigante no pudo hacerlo durante la audiencia previa. No obstante, estimamos

que no es necesaria, por obvia, la exigencia expresa de que se trate de pruebas pertinentes y útiles.

D) Como valoración general de los tres supuestos examinados, sorprende la cicatería del legislador en orden a la procedencia de estas diligencias (con proximidad a la sentencia, una vez practicadas en el juicio las pruebas propuestas a instancia de parte), frente a la generosidad de intervención judicial prevista en el apartado uno del artículo 429 (antes de haberse practicado aquéllas).

2. EXCEPCIÓN

Frente al examinado principio general del artículo 435, en el número dos del mismo precepto se contempla un interesante supuesto. En efecto, se establece que, excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Varios son los comentarios que merece la redacción legal. En primer lugar, su calificación de excepción. En contraposición a lo dispuesto como principio general, se articula un supuesto que, a pesar de las limitaciones, puede convertirse en una amplia facultad de actuación probatoria judicial.

Además, manteniendo su carácter potestativo, se dispone que la diligencia final se puede acordar de oficio o a instancia de parte. Es el primer caso, y único como veremos, en el que el nuevo texto procesal permite que el tribunal acuerde de oficio una diligencia de esa naturaleza. Recordemos que el número

uno del mismo precepto dispone expresamente que dicha facultad judicial sólo procede a instancia de parte.

Por otra parte, se alude a la práctica de nuevo de pruebas, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado suficientes (la ley utiliza el desafortunado término «conducentes», perteneciente en el DRAE a la séptima acepción, en desuso, del verbo conducir, como equivalente a convenir, ser a propósito para algún fin; en el art. 441 del Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Ministerio de Justicia, de abril de 1997, se alude a los resultados infructuosos de la prueba practicada anteriormente, expresión que se mantiene en el equivalente art. 440 del Anteproyecto de Ley, pero que es sustituida por el término «conducentes» en el art. 437.2 del Proyecto de Ley y en el art. 435 finalmente aprobado) a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes. Surge la duda de si el legislador permite exclusivamente la repetición de aquellas pruebas ya practicadas o, por el contrario, se admite igualmente la práctica de nuevas, siempre que versen sobre los mismos hechos. Lógicamente, nos pronunciamos en favor de la segunda opción, concibiéndolo que se puedan practicar nuevas diligencias en relación con unos hechos sobre los que, con anterioridad, se practicaron otras (las mismas, o distintas) sin éxito. Sensu contrario, quedan excluidas aquellas diligencias que pretendan probar hechos sobre los que anteriormente no se haya practicado ninguna prueba.

El legislador añade que el resultado infructuoso de la prueba anterior debió deberse a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, aspecto éste último que siembra cierta sombra de duda en torno a la posibilidad de acordarla de nuevo cuando el litigante interesado adoptó con anterioridad una posición de escasa colaboración.

Además, ello se condiciona a que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre esos hechos, lo que en definitiva corresponde al íntimo sentimiento del juzgador. Esta exigencia legal de que se recojan

en el auto las razones que han conducido al acuerdo de la diligencia final, en nuestra opinión, no siempre resultará tarea fácil; en la práctica, podría terminar convirtiéndose en una mera cláusula rituaría.

También, el legislador insiste, innecesariamente, en que los hechos a probar han de ser relevantes y oportunamente alegados. No podría ser de otra manera, especialmente lo segundo. Añadiremos que, como es lógico, ha de tratarse de hechos contradictorios.

Por último, se establece que en la resolución del acuerdo habrán de expresarse detalladamente las circunstancias y motivos comentados. Al tratarse de un auto, requiere motivación, observamos, pero en cuanto a la justificación detallada, somos bastante escépticos, amén de no considerarla excesivamente importante.

Antes de terminar, otra cuestión. ¿Solamente proceden diligencias finales para la prueba de hechos? ¿No caben para probar la costumbre y el Derecho extranjero, conforme al artículo 281? Parece que el legislador se ha olvidado de estos últimos (remitimos a lo expuesto en este trabajo, al examinar el objeto).

VII. PROCEDIMIENTO

1. SOLICITUD

Si su acuerdo responde a una petición —escrita— de parte, se plantea la cuestión de cuál es el momento idóneo para presentar aquélla; ante la posibilidad de que la solicitud llegue incluso con posterioridad al dictado de la sentencia, lo recomendable es proceder cuanto antes a la presentación de la misma (siempre dentro de los veinte días previstos por la ley).

El escrito de parte debe contener la diligencia de prueba cuya práctica se solicita, así como la expresa mención de que tal petición encaja dentro de alguno de los casos contemplados en el

número uno del artículo 435, o de la repetición de pruebas al amparo del número dos del mismo precepto. Naturalmente, se añadirá que con la prueba practicada hasta el momento, a criterio de la parte, no resultan probados con suficiencia determinados hechos relevantes controvertidos, que sí podrían serlo con la propuesta. También, deberán incorporarse cuantas otras manifestaciones considere oportunas la parte en orden a los motivos y conveniencia de la procedencia de su acuerdo judicial.

No encontramos óbice en que, igualmente, se solicite la práctica conjunta de las posibles diligencias finales pedidas en su caso por ambas partes e, incluso, con las acordadas de oficio.

2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La práctica de estas actuaciones de prueba se debe acordar, en su caso, dentro del plazo para dictar sentencia, es decir, en los veinte días siguientes a la terminación del juicio. Recuérdese que la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil disponía: «después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo».

En cuanto a su acuerdo, como hemos visto, cabe que el tribunal proceda de oficio o como respuesta a la petición de parte. En ambos supuestos, lógicamente, se abstendrá mientras tanto de dictar sentencia.

La resolución acordando, o denegando, la práctica de diligencia probatoria adoptará la forma de auto (exigencia del art. 435.1.), lo que resulta coherente con lo dispuesto en la propia LEC en orden a las resoluciones a dictar en los procesos de declaración, al prescribir que se dictará auto cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de prueba (art. 206). En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 bastaba con providencia.

En la resolución ha de precisarse la parte solicitante (cuando se trate del acuerdo a instancia de un litigante), la prueba que ha de practicarse (dentro de los medios de prueba recogidos en

el artículo 299, a diferencia también de la ley de 1881 que recogía una lista cerrada para mejor proveer), el supuesto legal de apoyo (dentro de los distintos apartados del art. 435), así como la conveniencia de su práctica. Si se tratara de la previsión legal contenida en el número dos de este artículo, por prescripción legal ha de expresarse detalladamente en el auto las circunstancias y motivos que justifican su acuerdo. Si, por el contrario, el auto fuera denegatorio de la petición de la parte, habrá de adaptarse su contenido al pronunciamiento.

En todo caso, contra su acuerdo o denegación cabrá recurso de reposición, conforme a lo dispuesto en los artículos 451 y siguientes. En el anterior texto procesal civil se excluía expresamente la posibilidad de recurso.

Tampoco aquí encontramos inconveniente en que se acuerde la práctica conjunta de las diligencias probatorias acordadas.

3. PRÁCTICA

La ley expresa que se trata de diligencias, por tanto de actuaciones realizadas en el proceso (tal como se utiliza la denominación para las preliminares, las sumariales, etcétera).

Al tratarse de pruebas, se practicarán como está dispuesto para las de su clase, sin particularidad alguna. En consecuencia, son de aplicación los preceptos legales relativos a ello (orden de práctica, contradictoriamente en vista pública, con inexcusable presencia judicial, con examen judicial de la documental, informes y dictámenes escritos, generalmente en unidad de acto, con citación y posible intervención de las partes, obligatoriedad de comparecer testigos, peritos y partes, en su caso, facultades del tribunal y de las partes durante la práctica, sanción por no ejecución de la prueba en el tiempo previsto, y planteamiento de la cuestión de ilicitud, entre otros aspectos).

En cuanto al plazo, se establecen veinte días hábiles como máximo, que se acordarán en el auto; las actuaciones se practi-

carán dentro del plazo señalado para ellas (art. 132.1). El plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiera efectuado el acto de comunicación, y se contará en él el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas (art. 133.1), excluyéndose del mismo los días inhábiles (art. 133.2), entendiéndose prorrogado hasta el siguiente día hábil si concluye en domingo u otro día inhábil (art. 133.4), y, como principio general, siendo improrrogable (art. 134.1). Aunque las partes recurran en reposición (posibilidad de la que se deberá informar a los litigantes en la parte dispositiva del auto), se llevará a efecto lo acordado, ya que no produce efecto suspensivo (art. 451).

Dicho plazo puede resultar insuficiente en los supuestos de auxilio judicial, si se expide el correspondiente exhorto, con sus respectivos recordatorios más tarde, y no se cumplimenta con la diligencia debida; ante esa eventualidad, el tribunal exhortante debería aguardar la cumplimentación, si lo considerase imprescindible para la sentencia, aun cuando ello implicara la superación del plazo mencionado (al amparo del art. 134.2). Pensamos que no resulta temerario afirmar que, posiblemente, en la práctica forense, a pesar de la loable intención del legislador (seguramente tendente a evitar dilaciones), en ocasiones se incumpla el citado plazo, por razones de necesidad, no por desidia del tribunal ni de los litigantes.

4. EFECTOS

Hay que distinguir entre el dictado en sí del auto acordando la práctica de diligencias finales y lo que acontece una vez realizada la misma.

En cuanto a lo primero, la ley es taxativa: su acuerdo produce la suspensión del plazo para dictar sentencia; es decir, el plazo de veinte días se detiene o difiere por algún tiempo, no se interrumpe. El efecto es una consecuencia lógica de su acuerdo; no debe dictarse la resolución última del proceso mientras no se lleve a cabo una diligencia probatoria que se considera judicialmente

imprescindible para la acertada resolución del mismo. En similares términos la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 342).

Como principio general, entendemos que dicha suspensión ha de producirse una sola vez; así parece deducirse de la letra de la ley. No obstante, nada impediría, pensamos, en un supuesto verdaderamente excepcional, tras el resultado probatorio obtenido de la práctica de una diligencia final, el acuerdo de una nueva diligencia y la suspensión del plazo por segunda vez. De admitirse esta posibilidad, habría también que conceder un nuevo plazo a las partes para resumen y valoración.

Una vez practicada la prueba acordada como diligencia final, se producen otros dos efectos.

A) En primer lugar, las partes disponen de un plazo de cinco días (en las diligencias para mejor proveer eran tres) para presentar escrito en que resuman y valoren el resultado de lo practicado, respetándose de este modo el principio de contradicción. Se trata de una cuestión de mera tramitación formal, pues las partes disponen por prescripción legal de ese plazo de modo automático, por lo que estimamos que basta con una diligencia de ordenación a cargo del Secretario, en la que acordará que se dé vista a las partes, por plazo de cinco días, de las diligencias finales practicadas, para que, si lo desean, presenten el pertinente escrito de resumen y valoración. Dicha diligencia es revisable (arts. 223 y 224); si se dictara providencia, igualmente cabría impugnarla. Lógicamente, este plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación a las partes, con la inclusión del día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas (art. 133). A pesar de la dicción de la nueva LEC relativa a que, cuando la Ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquél se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de éste (art. 133. 1, último párrafo), estimamos que en este supuesto ha de comunicarse el inicio del plazo de los cinco días, pues, como hemos contemplado más arriba, puede acontecer que las diligencias finales acordadas no se practiquen dentro del plazo legal previsto.

Naturalmente, se trata de un plazo común, del que disponen los litigantes haya sido o no acordada la diligencia final a su instancia, y que no hay necesariamente que agotar (aunque, mientras transcurra, no volverá a correr el plazo para sentencia; también, estimamos que cabe un segundo escrito de ampliación, con algún extremo omitido en el primero, siempre que se presente dentro de los cinco días establecidos).

Equivale a la formulación oral de conclusiones prevista al término del juicio en el proceso ordinario. Nada más dispone la ley al respecto por lo que, además de los aspectos meramente formales del citado escrito, su contenido debe versar exclusivamente sobre el resumen y la valoración del resultado obtenido; no obstante, ello no impide que se relacione con la anterior práctica de otras pruebas en el juicio, así como con la utilidad o no del resultado de la diligencia final para la prueba de las alegaciones; por el contrario, precisamente ésta es su finalidad.

Para poder formular las citadas conclusiones, las partes han de haber podido intervenir en la práctica de la diligencia final o, como disponía la anterior LEC, se les ha debido de poner de manifiesto los resultados. De otro modo, no sería posible.

Ni que decir hay que el citado plazo de cinco días está condicionado a la práctica de la diligencia final, descartándose en consecuencia si, por la razón que fuera, no se lleva a efecto la acordada.

B) El segundo efecto que produce la práctica de la diligencia final es que el plazo para dictar sentencia volverá a computarse una vez transcurrido el previsto para que las partes puedan presentar el escrito de conclusiones, con independencia, pues, de que los litigantes hayan o no hecho uso de dicha posibilidad. Es decir, acordada la práctica de una diligencia de esta naturaleza, no puede dictarse sentencia hasta que no haya tenido lugar aquélla y se hayan presentado los pertinentes escritos de resumen y valoración, o, al menos, hasta que no hayan transcurrido los plazos previstos para ambos extremos (lógicamente, condicionado el segundo a la realización de la primera).

Habrà, pues, que dictar sentencia en el plazo que todavìa reste de los veinte d'as, pudiendo darse el caso de que se hubiera acordado la pràctica de una diligencia final una vez transcurrido gran parte del mismo; practicada aqu'ella y transcurridos los cinco d'as para resumen y valoraci3n, se reanudarà el plazo para sentenciar (que, en ocasiones, puede resultar insuficiente para una acertada resoluci3n).

VIII. ÀMBITO DE APLICACI3N

1. JUICIO VERBAL

Como hemos afirmado en diversas ocasiones, varios preceptos del nuevo texto procesal abogan a favor de excluir la posibilidad de acordar diligencias finales en el juicio verbal (ordinario tambi3n, no se olvide).

De este modo, en primer lugar, la Exposici3n de Motivos explica la inspiraci3n novedosa de las diligencias finales al comentar el desarrollo legislativo del proceso ordinario, sin ninguna concesi3n al juicio verbal, de lo que se desprende claramente que la intenci3n del nuevo texto es contemplar la citada actividad probatoria judicial solamente en el juicio ordinario.

Ademàs, el art'culo 445 establece que, en materia de prueba y de presunciones, serà de aplicaci3n a los juicios verbales lo establecido en los Cap'itulos V y VI del T'itulo I del Libro segundo. En consecuencia, a los juicios verbales se aplicaràn las disposiciones generales sobre la prueba y lo relativo a los medios de prueba y las presunciones, pero no la normativa sobre la sentencia y las diligencias finales, que se contiene en el Cap'itulo IV del T'itulo II, del mismo Libro. Tambi3n, en la regulaci3n legal del juicio verbal (T'itulo III, Libro II) no se alude a las diligencias finales, pero s' a la facultad del apartado uno del art'culo 429, lo que resulta significativo.

En la misma direcci3n, los art'culos 271.1, in fine (al referirse a la preclusi3n definitiva de la presentaci3n de documentos y

sus excepciones) y 286.3, in fine (sobre hechos nuevos o de nueva noticia), respectivamente, s3lo aluden al juicio ordinario, sin menci3n alguna del verbal.

Igualmente, al regular el interrogatorio de persona jur'lica o de entidad sin personalidad, la LEC menciona solamente el juicio, propio del ordinario, y no la vista, del verbal (art. 309.2, in fine).

Sin embargo, encontramos un precepto que contrasta con el panorama legal descrito. Nos referimos al apartado 2, in fine, del art'culo 315, que, en relaci3n con el interrogatorio en casos especiales, despu3s 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 por escrito como diligencia final.

No obstante, estimamos que, a pesar del ùltimo precepto citado, lamentablemente en el juicio verbal no es posible acordar la pràctica de diligencias finales. La ubicaci3n en la nueva LEC de los art'culos en cuesti3n (especialmente, el 435) excluye su posibilidad en dicho proceso ordinario. Quizàs, el legislador ha optado por esta decisi3n considerando que las mismas pod'ian ir directamente contra la finalidad perseguida de celeridad procesal (mejor esto que pensar en un imperdonable error de t3cnica legislativa). Por nuestra parte, no encontramos explicaci3n jur'lica convincente para tal opci3n legislativa. En la actualidad se carece de un criterio unificador; la pràctica de los tribunales espa'oles, con distinta actitud segùn las diferentes circunscripciones territoriales, nos da la raz3n.

2. RECURSO DE APELACI3N

Sabido es que las antiguas diligencias para mejor proveer ten'ian cabida en todo proceso e instancia. Sin embargo, esta amplitud del àmbito de aplicaci3n no resulta a priori tan clara por lo que se refiere a las diligencias finales.

En principio, su ubicación legal dentro del juicio ordinario, concretamente en el momento de la sentencia (arts. 434 a 436) y relativo a la primera instancia, podría conducirnos a la restricción de las mismas. Pero, ¿por qué excluir la posibilidad de acordar diligencias finales en el recurso de apelación?

En realidad, no encontramos razón jurídica en tal sentido. Si el tribunal puede tener motivos suficientes para su práctica en la primera instancia, también cabe aducirlos para la segunda.

A mayor abundamiento, vemos que la nueva LEC permite que, en el escrito de interposición del recurso de apelación se puede pedir la práctica en segunda instancia de determinadas pruebas (art. 460). Así, se contemplan: a) las que hubieran sido indebidamente denegadas en la primera instancia, con ciertos requisitos; b) las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por causa ajena al solicitante, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales; c) las referidas a hechos relevantes ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o de los que la parte ha tenido conocimiento con posterioridad a dicho comienzo; y d) las solicitadas por el demandado declarado en rebeldía en primera instancia.

Pues bien, ante alguno de estos casos, la parte recurrida puede, en su escrito de oposición al recurso o en el de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable, solicitar a su vez las pruebas que considere necesarias, así como manifestarse sobre las propuestas en su caso por el apelante (art. 461). Recibidos los autos en el tribunal ad quem, éste acordará lo procedente sobre la admisión de las pruebas. Si hubiera de practicarse prueba, se celebrará vista conforme a lo previsto para el juicio verbal (art. 464). A continuación, se dicta sentencia.

Volvamos a la cuestión inicial. Caben diligencias finales en el plazo previsto para dictar la resolución definitiva en apelación? Estimamos que, dadas las características generales de la primera instancia, aquellas sí deberían tener cabida también en

el recurso de apelación, a pesar del silencio legal al respecto. Las razones que justifican su acuerdo en el primer grado jurisdiccional subsisten en el segundo, especialmente si las partes no han hecho uso adecuado de las posibilidades brindadas por el mencionado artículo 460. Es decir, que, aunque la ubicación de los preceptos reguladores no parece permitir la posibilidad de acordarlas en la segunda instancia, careciéndose de una previsión legal al respecto, el sentido común aconsejaría una respuesta afirmativa. Pero, este sentido no siempre coincide con el del legislador.

IX. SUGERENCIAS DE LEGE FERENDA

De lo expuesto se deducen claramente nuestras propuestas de reforma legislativa. En primer lugar, nos pronunciamos a favor del retorno a la anterior denominación de «diligencias para mejor proveer», aunque subsistan diferencias importantes entre el contenido de la nueva regulación y el de aquéllas. Nos encontraríamos sencillamente ante una evolución (legal, pero desacertada) de la institución.

Asimismo, somos partidarios de establecer una más amplia posibilidad de su acuerdo. Por lo que respecta a las partes, para todos aquellos supuestos en que previamente se obró con la diligencia exigida y que, por culpa no imputable a los litigantes, en su momento no se admitió la prueba o no se pudo practicar la admitida. En cuanto al tribunal, de modo que éste pueda disponer la práctica de cualquier diligencia probatoria complementaria, siempre que no supla la debida diligencia de las partes, ni incurra en parcialidad. Naturalmente, referido a todo tipo de proceso e instancia.

Ya el Consejo General del Poder Judicial, en el Pleno aprobatorio del Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (11 de mayo de 1998), se pronunció a favor de que el mismo «debería incorporar la posibilidad de que el Juez pudiese acordar la práctica de oficio de todas estas diligencias» (en referencia expresa a las finales). Anteriormente (1997), en el

Libro Blanco de la Justicia, el citado órgano de gobierno judicial, al referirse a las facultades del juez en el proceso civil, afirmó que «el juez puede y debe... acordar prueba de oficio en los términos expresados en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (precepto que, como es sabido, regulaba las diligencias para mejor proveer).

Finalmente, estimamos que también resultaría conveniente la mejora de la actual redacción legal, con una más clara sistematización de los supuestos permitidos.