



Procesal

Diligencias finales: incidencias relativas al momento procesal de la solicitud



Dr. Ricardo Yáñez Velasco • *Profesor de Derecho Procesal. Juez*

En breve

En la Ley de Enjuiciamiento Civil no se regula expresamente la forma o el momento para solicitar este tipo de actividad procesal, pero ideas preconcebidas sobre esos particulares, así como dar por supuesto que el dictado de la sentencia no va ser inmediato o al menos agotará el plazo legal establecido, puede propiciar la frustración de la diligencia final o, en ciertos casos, la dificultad de proponer en la segunda instancia el medio de prueba interesado. A la luz de las normas aplicables y su interpretación sistemática y teleológica se concluye la siguiente práctica.

1 PLANTEAMIENTO NORMATIVO

El primer apartado del art. 435 LEC permite, sólo a **instancia de parte**, la posibilidad de admitir la práctica de medios de prueba bajo la forma de diligencia final, estableciendo **dos supuestos** diferenciados: 1) los medios de prueba que fueron admitidos por útiles y pertinentes pero **no practicados** en la vista de juicio por causas ajenas a su proponente; 2) los que persigan acreditar **hechos nuevos o de nueva noticia**, según previsión del art. 286 LEC. Por su parte, el primer párrafo del art. 435.2 LEC establece que junto con la instancia de parte el tribunal podrá acordar de oficio diligencias finales de prueba, consistentes en “nuevas pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circuns-

tancias 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”.

La decisión ex officio, por lo demás **bastante rara**, escapa al objeto de este trabajo, siendo también muy limitada la práctica forense sobre esa especie de repetición o reintento a petición de parte, que a menudo podrá sublimar una segunda oportunidad donde la primera ha fracasado, a veces hará difícil esquivar la limitación del art. 435.1º.1ª LEC (que el tribunal no hubiera podido plantearla con apoyo en el art. 429 LEC) y siempre supondrá el inconveniente de anticipar el fallo para valorar su admisión. Efectivamente, piénsese que no advertimos inexistencia de práctica probatoria (como en los

supuestos del art. 435.1.2ª y 3ª LEC): ha existido esa práctica, sometida por consiguiente a la valoración judicial. Por lo tanto, puede ser o no conducente a dar por ciertos los hechos afirmados por el proponente de ese medio de prueba. De ahí que cuando a criterio judicial sí ha resultado conducente a ello no es procedente la diligencia final, ergo debe el juez atender a su resultado, y no de una forma aislada sino bajo valoración conjunta de todo el material de convicción a disposición, la única que integra verdaderamente el sentido de estas propuestas probatorias.

Desde la perspectiva terminológica nótese que con la vigente LEC la palabra “tribunal” identifica tanto órganos judiciales unipersonales como colegiados, pero mientras los segundos podrían acordar, en los primeros el juez *resuelve (!), falla, sentencia, decide, etcétera, porque nadie acuerda* consigo mismo; y dado el contenido del art. 465 LEC y los trámites que conducen a la sentencia de apelación, **sólo parece posible que sea el tribunal unipersonal el que acoja la práctica de una diligencia final o la rechace.**

Conceptualmente, y profundizando en el alcance del **art. 429 LEC** y la lógica de su principio rector, es dificultoso orientarse bajo la verdad material para justificar iniciativas de oficio que pueden desequilibrar la igualdad de las partes y las reglas de decisión sobre la carga de la prueba (art. 217.1 LEC)¹, siendo estas últimas las que a menudo podrían verse moduladas, igualmente, por la hipótesis del art. 435.2 LEC aunque se admita a iniciativa de parte.

2 MOMENTO Y FORMA DE SOLICITAR UNA DILIGENCIA FINAL

La forma **escrita** parece ser vía habitual para la petición de diligencias, al igual que el modo de plantear inci-

Sumario

1. Planteamiento normativo
2. Momento y forma de solicitar una diligencia final
3. Mecánica procedimental en presencia y sentido de la justificación de practicar una diligencia final
4. Problema y solución práctica
5. La impugnación contra la decisión judicial sobre diligencias finales
6. Los inconvenientes del plazo en que debe practicarse la diligencia final
7. Modelo

>>> **Durante el trámite de vistas (audiencia previa, juicio) las partes pueden instar lo que consideren oportuno, en ocasiones bajo un cauce prefijado por el acto oral, otras veces fuera de rigores procedimentales, pero en todo caso con respuesta oral del juzgador o, excepcionalmente, diferida por éste a una resolución escrita posterior <<<**

dentes y recursos. Sin embargo, durante el trámite de vistas (audiencia previa, juicio) las partes pueden instar lo que consideren oportuno, en ocasiones bajo un cauce prefijado por el acto oral, otras veces fuera de rigores procedimentales, pero en todo caso con respuesta oral del juzgador o, excepcionalmente, diferida por éste a una resolución escrita posterior.

Dependiendo del momento procesal en que deba solicitarse la práctica de la diligencia final concluiremos en su **forma oral u escrita**. Oral si se pretende efectuar tal solicitud, eficazmente, en trámite de conclusiones (art. 433.2 LEC), o haberse anticipado a ello al inicio de la práctica de prueba (sabedora la parte de la incomparecencia del contrario, de un testigo, de un perito o de la falta de aportación de un documento,

cualquiera de esto fundamental e imprescindible para su tesis), sea habiendo desoído las posibilidades de pedir suspensión de la vista (art. 188.1.4º LEC) o su interrupción (art. 193 LEC), sea porque pedida la una y/o la otra fueron desestimadas. La forma será escrita si el momento procesal se determina una vez iniciado el plazo para dictar sentencia.

Esta última es la opción que consideramos ajustada a Derecho, en el bien entendido que la decisión judicial, en su caso, sobre la necesidad de practicar diligencia final, se toma dentro del plazo para dictar sentencia (20 días después de la terminación del juicio, art. 434.1 LEC), que en su virtud se suspende (**art. 434.2 LEC**) y vuelve a computarse cuando transcurra el plazo otorgado a las partes para presentar escrito de

1. Contra la opción de oficio v. Ricardo Yáñez Velasco, El Peritaje en el Proceso Civil, Grupo Difusión, Barcelona, 2005, pp. 201 y ss.

resumen y valoración del resultado de la diligencia final (art. 436.2 LEC).

En realidad **no se trata de una suspensión**, al menos al modo de la prevista en el art. 19.4 LEC (en relación con el art. 179.2 LEC), que equivale a una paralización de trámite y, en su caso, reanudación del mismo desde donde se paralizó y sin suerte alguna de retroacción. Asistimos a un nuevo cómputo de 20 días, esto es, vuelve a iniciarse el plazo del art. 434.1 LEC. En fin, por mucho que la expresión “quedará en suspenso”, contenida en el segundo apartado de este último precepto, parezca contener un sentido de continuación, más que de reinicio, la referencia a que “volverá a computarse” el “plazo de veinte días” no deja alternativa. Ello tiene razón de ser, además, en que cualquier medio de prueba practicado incide en todo elemento de convicción al alcance del juez, afectando ineludiblemente la valoración conjunta de la prueba y el resultado mismo de la sentencia toda; imagínese que se suspendiera el plazo para dictar sentencia en el decimonoveno día desde el visto y se pretendiera su reanudación una vez practicada la diligencia final y efectuadas las valoraciones de las partes, el juez dispondría de un solo día para dictar sentencia, cuando la alteración del material probatorio, en su valoración conjunta, ha podido ser radical. Otra cuestión que, en ocasiones, sea innecesario disponer de más tiempo para fallar la controversia o que, la imposibilidad de practicar la diligencia final o un resultado de la misma a todas luces infructuoso de anticipado no muestre posibilidad alguna de incidir en el resto de lo practicado, al margen que, del mismo modo que las partes disponen de un plazo

común de 5 días hábiles para valorar el resultado de la diligencia final, ese es un tiempo que también permite al juez comenzar a integrar el valor de lo practicado, sin perjuicio del servicio que le presten las alegaciones escritas de cada uno de los litigantes.

En cualquier caso, si la petición de diligencia final pudiera realizarse antes de la terminación del juicio (antes del característico “visto para sentencia” que termina el juicio oral) no habría dado comienzo el plazo para dictar sentencia, no podría suspenderse ese tiempo procesal ni volverse a computar desde su principio. No parece lógico pensar que, en la noción de que la diligencia final fuese pedida válidamente antes de concluir la vista del juicio, pueda iniciarse igualmente el plazo para dictar sentencia a sabiendas que ya se ha planteado la cuestión y debe resolverse en un sentido u otro, lo que no impediría –por tratarse de una resolución por auto (art. 210 LEC)– que el juzgador resuelva en la misma vista, lo que impediría de plano suspensión alguna de un plazo que nunca podría haber comenzado a correr. Con todo, junto con el dictado literal del art. 434.2 LEC, en relación con el art. 436.2 de ese mismo texto, **existen razones de signo material para exigir la forma escrita y el momento de su presentación inmediatamente posterior a la terminación del acto de juicio y el visto para sentencia.**

Debe recordarse, a más abundar, que no existe ningún derecho de adquisición procesal sobre los medios de prueba propuestos por el contralitigante sino hasta que los mismos se practican. **Esto implica que**

el proponente exclusivo de un medio de prueba siempre puede renunciar al mismo sin que la parte contraria pueda evitarlo (renuncia que como tal sólo es viable una vez el medio de prueba ha sido admitido). Del mismo modo, **sólo el proponente de un medio de prueba admitido y no practicado puede instar su práctica como diligencia final según el art. 435.1.2ª LEC, nunca el litigante contrario, pues si se permitiera tal cosa se estaría abriendo un período de propuesta probatorio que ya precluyó.**

Si bien no es objetivo de este trabajo, conviene un inciso sobre el interrogatorio de las partes y su renuncia. **En la inmensa mayoría de las ocasiones la propuesta de interrogatorio de la parte contraria sólo beneficia al enemigo procesal**, quien nunca podría proponerla por sí y, además, como no proponente que es, interviene en último lugar. Dejando a un lado que a menudo se plantean preguntas sobre hechos pacíficos o respecto de la realidad de documentos no impugnados –que es de todo punto innecesario–, **resulta harto improbable que la propia parte reconozca hechos perjudiciales y se aplique el art. 316.1 LEC** (teniendo en cuenta el resto de prueba que pudiera contradecirlos), **sobre todo si el juez vela por un interrogatorio sin preguntas capciosas o confusas, o en forma hostil o despectiva, que conlleve nerviosismo o presión en el interpelado, estrategias todas que no garantizan respuestas veraces.** Sin embargo, **el aplomo y coherencia puede ser favorable al interrogado, según la sana crítica (art. 316.2 LEC), mientras la falta de seguridad no alcanza el reconocimiento explícito del hecho propio perjudicial y sólo brinda un débil indicio endoprocésal.** En ocasiones el objeto de la prueba no puede derivar de lo que se interroga a las partes, pues la discusión viene anclada en documentos no discutidos y su interpretación, en testigos o en peritajes. Si no es así, siempre cabe proponer el interrogatorio de la parte a efectos de que, citada a través de su procurador en el acto de audiencia previa,

>>> **Sólo el proponente de un medio de prueba admitido y no practicado puede instar su práctica como diligencia final según el art. 435.1.2ª LEC, nunca el litigante contrario, pues si se permitiera tal cosa se estaría abriendo un período de propuesta probatorio que ya precluyó** <<<



o personalmente como rebelde procesal, no asista a juicio y permita la aplicación del art. 304 LEC (admisión tácita de los hechos). En tales casos **carece de sentido** postular la diligencia final. Si comparece, en cambio, suele ser más aconsejable renunciarla para no exponerse a un efecto contraproducente.

3 MECÁNICA PROCEDIMENTAL EN PRESENCIA Y SENTIDO DE LA JUSTIFICACIÓN DE PRACTICAR UNA DILIGENCIA FINAL

No es discutido que, según el **art. 434.2 LEC**, la decisión judicial sobre la práctica de diligencias finales se toma en el **plazo para dictar sentencia**, lo que implica que éste haya comenzado. Hemos deducido que, si esto es así, la petición (escrita) también debe presentarse iniciado el plazo para dictar sentencia; por consiguiente, nunca antes de la terminación del juicio y el visto para sentencia, a pesar que nada prevé ni el antes citado precepto ni los dos siguientes, y sin perjuicio que la parte interesada haya podido referirse a la voluntad de instar la diligencia final, sea por escrito y antes del día del juicio –al conocer la existencia de una citación negativa, exhorto no cumplimentado u oficio fallido–, sea oralmente y en la vista de juicio –a su inicio, en el momento de practicar prueba (cuando también se puede renunciar a su práctica, sea o

no posible ésta), o al momento de concluir. De otro lado, ningún trámite previsto se advierte durante el juicio a la luz del art. 433 LEC, que desarrolla el contenido de esa vista, siquiera por lo que pudiera desprenderse aquí del art. 185 LEC, precepto genérico sobre celebración de vistas: sólo aplicable, por lo tanto, para colmar lagunas y nunca cuando el itinerario procedimental venga definido por una norma específica, por especial preferente a la general.

El **problema** surge al apreciar que el límite para solicitar diligencias finales tampoco es explícito, sino que viene indirectamente limitado al tiempo que dispone el juez para dictar sentencia. Podría plantearse, en relación con ello, que si el personal juzgador tardara más de 20 días en sentenciar, pudieran las partes interesadas peticionar diligencias finales, también, más allá de esos 20 días. Entendemos que ello no es posible porque el plazo propio (de la parte procesal) deriva del impropio (el que se establece para el juez), y aunque el segundo no precluye la posibilidad del acto de sentenciar (si lo hiciera se conculcaría, en puridad, la prohibición de *non liquet*), paralelamente comporta la preclusión del plazo propio y sobrepasarlo, además, genera eventual responsabilidad, cuando menos disciplinaria, en la forma prevenida en el art. 211.2 LEC. De lo contrario, aparte de la indefinición –siquiera encontraríamos solución con la caducidad de la instancia (art. 237.1 LEC), pues la

controversia reclama sentencia– estaríamos desnaturalizando el significado del plazo propio, convirtiéndolo en impropio. De todas formas, la dificultad dogmática se cierne sobre otro tipo de preclusión, la que impone el dictado mismo de la sentencia, especialmente si ocurre antes de agotar el plazo legal para dictar sentencia. Una vez abierto ese tiempo procesal, el juez puede sentenciar el mismo día o al día siguiente, por lo que el interesado, haya anticipado su voluntad de solicitar diligencia final o no lo haya hecho, vería que su práctica es imposible. Primero porque la sentencia configura la pérdida de competencia funcional de quien la ha dictado, el *iudex a quo* sólo mantiene su competencia a los efectos de: tramitar el recurso de apelación contra la misma; dictar autos de aclaración; tramitar y dictar autos de complemento o subsanación; ocuparse de la ejecución provisional de su resolución (expresamente, art. 462 LEC); en su caso, declarar la firmeza de la sentencia y tramitar después la tasación de las costas procesales (y eventuales incidentes). En segundo lugar porque sentenciar comporta, implícita e inevitablemente, una denegación de cualquier actividad procesal previa a la emisión de la sentencia, muy especialmente si se trata de supuestos del art. 435.2 LEC donde teóricamente cabría la actuación de oficio. En todo caso, conviene subrayar que **el carácter imperativo del art. 434.1 LEC constituye un plazo para dic-**

tar sentencia, no un período de espera –al modo por ejemplo del art. 548 LEC–: 20 días es el tiempo máximo, no el mínimo, y nada vincula al juez en orden a diferir su respuesta a la controversia que le ha sido planteada. Otra cosa que los letrados, concededores de las muchas veces habitual lentitud de la redacción de sentencias, presupongan que disponen de un amplio margen para presentar sus peticiones de diligencias finales.

Por otra parte, formar criterio para regir el momento de la solicitud de diligencias finales debe atender a un planteamiento general, útil para todo supuesto contemplado en el art. 435 LEC. En este sentido, **como nada establecen los preceptos que regulan el procedimiento declarativo ordinario, la vista del juicio o las diligencias finales, cualquier parte procesal puede solicitar estas últimas sin necesidad de haber anticipado su voluntad de hacerlo, toda vez que dicha anticipación supondría un requisito de procedibilidad, en tal caso restrictivo como juicio de admisibilidad.**

A su vez, la motivación jurídica que la parte instante debe alegar –porque, aparte la excepcionalísima vía de oficio del art. 435.2 LEC, se exige la petición de parte– puede ser relativamente clara en el supuesto de prueba admitida pero no practicada, pero no en el resto de supuestos. Siquiera en el mencionado se mostraría una clara concreción cuando hubiera habido diferentes medios de prueba fallidos, pues respecto de algunos puede ser interesante una diligencia final, no en cambio para otros. En todo caso, aun cuando el juez pudiera imaginar el por qué de una petición de diligencia final de acuerdo con el art. 435.1.2ª LEC, desconocerá si hay hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3ª LEC) o la posibilidad de una nueva práctica probatoria (art. 435.2 LEC). Las opciones son diversas y exigen la argumentación de la parte.

En los prolegómenos de la vista de juicio, y con carácter previo a la práctica de las pruebas, tal como

>>> **En la inmensa mayoría de las ocasiones la propuesta de interrogatorio de la parte contraria sólo beneficia al enemigo procesal** <<<

prevé el segundo párrafo del art. 433.1 LEC cualquiera de los litigantes ha podido plantear novedades fácticas o su novedoso conocimiento, proponiendo en consecuencia la necesidad de acreditarlas si la parte contraria no las reconociera como ciertas (art. 286.3 LEC). En tales casos el juez admitirá o no la procedencia de esta circunstancia procesal, resolviendo sobre la utilidad y pertinencia de los medios de prueba que se propongan o la ampliación del objeto de prueba de los ya propuestos y admitidos en trámite de audiencia prueba –por ejemplo la ampliación de un peritaje–: si a continuación no pudiera practicar el nuevo medio de prueba recién propuesto y admitido, bien cabría disponer la interrupción de la vista (art. 193 LEC) bien se consolidaría el presupuesto del art. 435.1.2ª LEC. Pero si el hecho nuevo o de nueva noticia surge tras el visto para sentencia es posible la articulación probatoria del mismo, pues se prevé especialmente tanto en el art. 271.1 LEC para los documentos como en el art. 286.3 i.f. LEC en general. Resulta claro que una sentencia impedirá la introducción de nuevo material probatorio (ocurre incluso para la excepción a la preclusión de aporte documental del art. 271.2 LEC), pero es factible que, hasta que la sentencia se dicte, y después del visto para sentencia, la parte conozca hechos nunca conocidos y éstos surjan ex novo. Nada impide, entonces, que se inste la diligencia final oportuna, con suspensión del plazo para dictar sentencia si aún tal cosa es posible. Dicho sea que la parte no solicitante de la diligencia final –en la generalidad de casos recibirá la solicitud de ésta por traslado de copias– podrá reconocer el hecho nuevo o recientemente conocido, convirtiéndolo en pacífico y, así, resultando inútil cualquier prueba sobre el mismo y vin-

culando fácticamente al juzgador. En definitiva, haciendo que la diligencia final solicitada no se admita por innecesaria. Lege ferenda convendría, pues, que antes de resolver judicialmente sobre la misma, con paralización automática del tiempo procesal para dictar sentencia, dispusieran las partes contrarias de un breve plazo para manifestar su reconocimiento o no, evitando acaso dilación y costes innecesarios.

Con respecto al art. 435.2 LEC, la última opción de diligencia final, no cabe su negación por el hecho de que el juez no considere, de oficio, su posibilidad. Primero porque anticiparía con ello el juicio sobre petición a instancia, segundo porque los razonamientos justificativos de la parte pueden alumbran motivos desconocidos para el juzgador, no sólo sobre nuevas pruebas posibles, sino sobre la inconsistencia de lo ya practicado (no haber resultado “conducentes”); tercero porque la causa de ese resultado infructuoso puede requerir algo más que meras alegaciones, esto es, cierta acreditación de las “circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes”; y cuarto porque los motivos para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los hechos ya alegados, deben servir para convencer al juez, pero tarea de ese convencimiento también es labor del letrado del litigante interesado. En fin, es la parte peticionaria la que deberá argumentar, en su propio interés, la necesidad de practicar la diligencia final que se solicita.

Con respecto al supuesto del art. 435.1.2ª LEC, el más sencillo de todos, no deja de existir la necesidad de justificar la ajenidad de la parte respecto a la causa de no

The logo consists of the lowercase letters 'teac' in a light purple, elegant script font.

**Tebas Coiduras
y Asociados**

Estudio Legal y Tributario

madrid zaragoza huesca
buenos aires lausana

A photograph of four business professionals in a meeting. A woman in a dark suit is leaning over a desk, talking to a man in a dark suit who is also leaning over. Another woman in a dark suit stands behind them, and a man in a dark suit stands to the right, looking towards the group. They are in a modern office setting with a light-colored wall and a wooden floor.

Calidad, Rapidez y Cercanía

Todos los profesionales que forman el equipo de Tebas Coiduras y Asociados Estudio Legal y Tributario saben lo que significa dar el mejor trato posible a nuestros clientes. Tienen siempre tres reglas básicas: **Calidad**, por estar basado en años de experiencia y conocimiento de las últimas novedades legales; **Rapidez**, porque en el mundo actual las empresas y profesionales requieren una respuesta inmediata a sus necesidades; y **Cercanía**, porque nuestro objetivo es formar un equipo ganador junto a nuestro clientes, cuyo éxito es el nuestro.

Tebas Coiduras y Asociados Estudio Legal y Tributario pone a su disposición una completa gama de servicios, especialidades y localizaciones que darán respuesta a todas sus exigencias de asesoramiento integral.

Madrid
Zaragoza
Huesca
Buenos Aires (Argentina)
Lausana (Suiza)

Tel. 902 10 25 69

www.tebascoiduras.com

practicarse un medio de prueba propuesto y admitido. Por ejemplo, si el proponente designó el domicilio del testigo (artículos 284 y 362 LEC) equivocadamente y, por ese motivo, la citación a juicio del mismo fue negativa, podría considerarse que la causa de imposibilidad provino de la propia parte, valorando entonces, acaso, si el cambio domiciliar fue sobrevenido a la proposición probatoria o viable su conocimiento o verificación, inexistente por desidia, error craso o falta de diligencia del proponente, y concluir en consecuencia sobre qué hacer.

Aunque sólo fuese por la imposibilidad o dificultad de que alguno de los supuestos de diligencias finales pudieran ventilarse en el trámite de la vista de juicio, por no ser capaces de anticipar sus presupuestos –y aún estos presentes, depender de la voluntad de la parte bajo el principio de rogación aplicable–, no puede sino exigirse una petición escrita, minimamente fundamentada y con indicación del concreto apoyo normativo cuya aplicación se reclama. De otro lado, **aunque el letrado actuante advierta la necesidad de una diligencia final durante el juicio, la solicitud podría ser rechazada si su motivación es incorrec-**

ta o precipitada, por lo que puede ser aconsejable disponer de cierta pausa, por nimia que sea, para confeccionar una mejor petición.

Por último, también aparecen razones basadas en el juego contradictorio del litigio que conducen a la petición escrita después del visto para sentencia. En efecto, cuando las partes concluyen en turno final de palabra –incluso en supuestos de rebeldía procesal lo hará el actor–, valoran las pruebas practicadas y concluyen en su significación jurídica al tiempo que pueden realizar nuevas alegaciones que, ni perjudiquen a la otra parte ni alteren sustancialmente el debate. Esto es, el actor puede desistir o renunciar, total o parcialmente, a su pretensión; el demandado allanarse a la del contrario, renunciando implícitamente a su resistencia procesal contra la misma, también en forma total o parcial. Son los supuestos parciales los que afectarían el régimen de las diligencias finales, las que antes de un desistimiento o allanamiento quizás resultan teóricamente pertinentes y útiles, pero después de los mismos probablemente ya no sean. Basta analizar el objeto de prueba que habría sido necesario para estimar la acción o parte de la

acción desistida o para condenar bajo el debate controvertido lo que luego es allanado.

Dicho sea que un allanamiento total en el acto de juicio no necesita prueba sobre la mala fe –*onus probandi* del actor– a la vista del art. 395.2 LEC, porque se imponen costas al demandado aún de buena fe, eliminando de plano cualquier hipótesis de diligencia final por aplicación del art. 21.1 LEC. La excepción: que acoja el juez la parte final de este precepto (fraude de ley, renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero). En tal caso la expresión “seguirá el proceso adelante” se convertirá en un visto para sentencia según libre valoración de la prueba, lo que a efectos del derecho de las partes –precisamente para instar o no diligencias finales– exigiría manifestación *in voce* del juzgador, lo que no se opone al art. 210.3 LEC porque con ello no está dictando sentencia verbal sino rechazando el allanamiento en cuanto tal, lo que está previsto por auto (art. 21.1 LEC).

Y junto con el tipo de alegaciones referentes a la propia pretensión (del actor: desistir/renunciar parcialmente) y su resistencia (del demandado: allanarse en parte), que constituyen peticiones en sentido propio, es igualmente posible que se admita un hecho afirmado de contrario y al principio controvertido, manteniendo la parte, de todas maneras, su alegación inicial, por interpretarlo jurídicamente a favor de sus intereses o no darle relevancia alguna en el litigio. En tales supuestos el hecho devendrá pacífico y no podrá –en realidad *no deberá*–, practicarse prueba sobre el mismo (dado el estado del procedimiento: ni una diligencia final ni prueba en segunda instancia), de ahí la lógica procesal del art. 428.1 LEC, en relación con el art. 429.1 I LEC, cuyo contenido cobra virtualidad terminado el juicio. Es más, los medios de prueba practicados con relación a ese *factum* no han de ser objeto de valoración, pues aunque tal cosa se contraponga a la verdad material, las partes vinculan al juez desde el punto de vista fáctico, sometiéndolo de ese



modo a una verdad formal acaso muy devaluada.

Esta conclusión no debe extrañar en nuestro actual sistema. Piénsese que, si en el acto de la audiencia previa –o ya desde el escrito de contestación a la demanda–, las partes no discuten ningún hecho o sólo entienden controvertido alguno de ellos, el objeto del debate litigioso–necesitado de prueba–, se limita enormemente. **Si la cuestión fáctica sea totalmente indiscutida podrá derivarse, incluso, hasta una decisión estrictamente jurídica, donde el juez no podrá rehuir los hechos establecidos por las partes. Por consiguiente, no tendría sentido que, alcanzado entre litigantes ese acuerdo sobre los hechos en un momento posterior, el juez supere la voluntad rogada y superponga la verdad material por encima de cualquier otra consideración.** Incluso en los supuestos donde el propio juez desequilibra la igualdad de partes y plantea la necesidad de prueba –para que las partes admitan la deficiencia judicialmente advertida y la corrijan o no lo hagan– actuará frente a hechos controvertidos (art. 429.1 II LEC), pues son estos los únicos que precisan prueba en el proceso civil dispositivo.

En todo caso sería viable que la parte demandada –si hubiere varias el co-demandado que intervenga en último lugar–, previo conocer todos los avatares procesales antes mencionados, mantenga la necesidad de practicar prueba como diligencia final, según los postulados del art. 435 LEC, encontrándose en condiciones de defender tal opción procesal y pidiéndolo de ese modo. Pero entonces sería preciso dar nuevo turno de palabra a la parte deman-

dante –y al resto de co-demandados, en su caso–, lo que no está previsto en el trámite. Nuevamente, pues, se aboca una vía escrita en petición posterior al visto para sentencia, tras el fin del acto de juicio.

4 PROBLEMA Y SOLUCIÓN PRÁCTICA

Teniendo en cuenta la posibilidad de una sentencia inmediata es inevitable advertir que si el litigante no puede instar la diligencia final durante el transcurso del juicio o a su término, puede encontrarse materialmente imposibilitado de hacerlo, máxime si está activada la exigencia del traslado de copias (art. 276 LEC) y la consecuencia procesal de su incumplimiento (art. 277 LEC), lo que puede añadir uno o varios días desde el momento en que la parte presente su solicitud (aunque sea el mismo día del visto para sentencia) y aquel en que la solicitud llegue al Juzgado destinatario. Aunque se advirtiera de dicha presentación directamente, seguiría siendo posible que la sentencia se dictara antes de conocer siquiera la advertencia de una diligencia final.

Lo que **no puede permitirse es que el personal juzgador espere, sin más, en orden a que alguna de las partes decida solicitar una diligencia final o prescinda de hacerlo, espera que al menos transcurriera hasta el vigésimo día, aquél en el cual vence el plazo impropio de sentenciar y puede generar responsabilidad disciplinaria del juez cuando el retraso, a partir de ese día, no está justificado de algún modo y explicitado en la misma resolución demorada (art. 211.2 LEC).**

En conclusión, **conviene anticipar la voluntad de pedir la diligencia final cuando la parte considere que puede ser útil hacerlo, con independencia que más tarde lo haga o no.** Con la advertencia de ello el juzgador, que podría dictar inmediatamente la sentencia, puede esperar unos días, dentro del margen que le brinda la ley para dictarla, en la relativa seguridad de que finalmente recibirá la solicitud. Por prudencia puede incluso ser aconsejable esa mínima espera aun sin anticipo de ningún tipo, cuando sea evidente o probable el supuesto del art. 435.1.2ª LEC o cualquier otro. Eludir la inmediatez no puede implicar, sin embargo, agotar el plazo para dictar sentencia; sería absurdo que la parte disponga, por ejemplo, de 5 días hábiles para preparar el recurso de apelación y 20 para pedir una diligencia final. Naturalmente, **el tiempo de espera no está reglado y la norma de prudencia lo convierte en discrecional.**

Por otro lado, nada elude que cuando formada convicción judicial a favor de aquella parte que hubiera podido solicitar una diligencia final, pueda dictarse sentencia sin necesidad de ésta. La sentencia que le fuera favorable sólo podría tener el “inconveniente” que, frente a una apelación en contra, carecería de un elemento de convicción adicional –si la prueba por diligencia final se hubiera practicado y su resultado fuera óptimo para el proponente, lo que nunca puede asegurarse–; pero ello puede orillarse merced a la prueba que el apelado puede proponer en segunda instancia, según prevé el art. 461.3 LEC, y bajo los condicionantes que luego se dirán.

Lege ferenda podría existir un trámite oral, inmediatamente después del visto para sentencia, en que las partes litigantes indicasen su reserva a una petición de diligencia final. De reservar la petición se abriría un breve plazo preclusivo para formalizarla por escrito –por ejemplo en dos días hábiles, tras los cuales ya no sería posible articular formalmente la petición–, tiempo durante el cual el plazo para dictar

>>> **Aunque el letrado actuante advierta la necesidad de una diligencia final durante el juicio, la solicitud podría ser rechazada si su motivación es incorrecta o precipitada, por lo que puede ser aconsejable disponer de cierta pausa, por nimia que sea, para confeccionar una mejor petición** <<<

sentencia no habría comenzado a computar. Cuando no se reservase ninguna petición se apreciaría renuncia implícita al medio de prueba no practicado o a cualquier otro supuesto de diligencia final, y comenzaría inmediatamente el plazo para dictar sentencia. También sería posible que en este trámite oral inmediatamente subsiguiente al visto para sentencia la parte no reservase, simplemente, su petición, sino que la solicitase formalmente, momento en que el juez podría resolver en el acto (art. 210.1 LEC), sin perjuicio de redactar por escrito el correspondiente auto de admisión o inadmisión, solventando igualmente la posible impugnación oral (o mera protesta) que contra su decisión podría plantearse en ese mismo momento (art. 210.2 LEC); en buena medida no sería tan problemático admitir reposición (oral), a diferencia de lo que ocurre bajo el trámite escrito. Se trataría de un supuesto en que debiera eludirse la opción judicial de diferir la decisión tras la vista.

5 LA IMPUGNACIÓN CONTRA LA DECISIÓN JUDICIAL SOBRE DILIGENCIAS FINALES

Tanto la solicitud de diligencia final al amparo del art. 435.2 LEC como el supuesto del art. 435.1.3ª LEC suponen un nuevo análisis de la pertinencia y utilidad del medio de prueba que se propone. En algunos casos también asistiremos a un renovado análisis del medio propuesto y admitido pero no practicado y que se anuda al supuesto del art. 435.1.2ª LEC. Teóricamente son casos referentes a la admisión de prueba, de ahí que parte de la doctrina haya entendido aplicable el **recurso de reposición**, cuya desestimación conduce a la protesta para salvar la petición en segunda instancia (art. 285.2 LEC, en relación con el art. 460.2 LEC). Pero tal opción convoca diversos **inconvenientes**. En **primer lugar**, el recurso de reposición se interpondría contra el auto (escrito) que resuelve la petición de diligencia final, lo que comporta aplicación de los artículos 451

>>> **Lege ferenda podría existir un trámite oral, inmediatamente después del visto para Sentencia, en que las partes litigantes indicasen su reserva a una petición de diligencia final** <<<

y ss. LEC (trámite escrito de la reposición), contraponiéndose a la previsión del art. 285.2 LEC, que es oral (se plantea en la vista y se resuelve, también, en ese momento). En **segundo lugar**, es discutible que el auto que resuelve la diligencia final no sea definitivo, y por consiguiente apelable directamente (art. 455.1 LEC). En **tercer lugar**, el auto que resolviera por escrito la reposición, naturalmente irrecurrible (art. 454 LEC), no admite "protesta", sino el recurso de apelación contra la resolución definitiva: "...sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva". Esto impone que, denegada la diligencia final, sólo resta dictar sentencia, contra la que procede, como resolución definitiva, apelación. Pero, en relación con el segundo inconveniente expuesto, **no parece lógico plantear una apelación contra el auto que deniega la diligencia final y otra contra la sentencia, sino una sola, contra ésta última, que reúna ambos contenidos impugnatorios**. Claro está que el juez puede consi-

derar innecesario practicar más prueba y rechazar la diligencia final del demandante o del demandado pero, respectivamente, estimar o desestimar la demanda, lo que haría absurdo, por inútil, recurrir (en reposición o en apelación) la denegación de la diligencia final, pues se estará conforme con la sentencia dictada.

Desde el punto de vista de quien no propone la diligencia final y se opone a la pedida por otro, simplemente quepa señalar la inoperancia de una protesta frente a un recurso de reposición desestimado que hubiera pretendido la denegación de esa diligencia final pedida de contrario: la parte integraría sus alegaciones, en su caso, en el propio y eventual recurso de apelación o en la hipotética oposición/impugnación que pudiera articular contra el recurso de apelación del otro.

Desde una perspectiva más radical, si se ha dictado sentencia antes de que nadie haya pedido la práctica de diligencia final, ya se adelantó que el juez a quo pierde –salvo casos



especiales— su competencia funcional, por ejemplo para atender recursos de reposición: su contenido impugnativo, al igual que la nulidad de actuaciones (expresamente, art. 228.1 LEC, en relación con el art. 227.2 LEC) debe derivarse a la apelación contra la sentencia dictada.

Nótese, además, que la regla 1ª del art. 460.2 LEC (extendida al apelado ex art. 461.3 LEC) es la que cobijaría la hipótesis de una reposición desestimada y ulterior protesta² frente a una denegación de diligencia final. Sin embargo, tal paralelismo es innecesario: dicha regla se debe enmarcar en la admisión o inadmisión ordinaria de prueba —esto es, en la proposición efectuada en el acto de audiencia previa (art. 429.1 LEC) o, excepcionalmente, al principio de la práctica de prueba en la vista de juicio (art. 433.1 II LEC)— en absoluto en el ámbito de la diligencia final; no en vano el propio art. 460.2 LEC, en sus reglas 2ª y 3ª, ya contiene, expresamente, las hipótesis del art. 435.1.2ª y 3ª, por lo que no hace falta recurrir en reposición ni, tampoco, protestar la desestimación de ésta.

Es lo cierto que el juzgador estudiará la utilidad y la pertinencia de las diligencias finales propuestas bajo el art. 435.1.3ª LEC, porque nunca se propusieron antes, pero su proposición en segunda instancia siquiera exige el intento de su práctica como diligencia final.

Por otro lado, es perfectamente plausible que el juez reexamine la utilidad o incluso la pertinencia de las diligencias finales propuestas según el art. 435.1.2ª LEC. Porque el reconocimiento de hechos de una parte —no a través de lo deducido en su interrogatorio (que es objeto de valoración; art. 316 LEC) sino con base en alegaciones manifestadas por la dirección letrada de ésta (allanamiento parcial incluso)— puede suponer que una prueba inicialmente útil devenga inútil, por ser pacíficos los hechos afirmados. Y porque el desistimiento parcial del demandante, que a veces tiene lugar en trámite de conclusiones aunque no

suela ocurrir, conduce inexorablemente a que determinados medios de pruebas, inicialmente pertinentes por su relación con el objeto del proceso, dejan de serlo al hurtarse del mismo un aspecto de la controversia planteada en origen por el actor.

Con todo, la proposición como prueba en segunda instancia sólo reclama, según el art. 460.2.2ª LEC (equivalente al supuesto de art. 435.1.2ª LEC) que no se pudieran practicar en el primer grado jurisdiccional ni como diligencias finales, “posibilidad” que, para la parte instante, se limita a: 1) no haber podido pedir la práctica de diligencia final (porque se dictó sentencia antes); o 2) pedirla y resultar rechazada, sin aludir a recursos no devolutivos o protestas subsiguientes. Asimismo, en la generalidad de los casos se habrá tratado, simplemente, de una prueba propuesta en la audiencia previa, declarada útil y pertinente y admitida —con o sin reposición y protesta del litigante contrario—, luego no practicada por causas ajenas al proponente. En tal caso, siquiera advertimos el presupuesto del art. 285.2 LEC, pues no se está admitiendo nada nuevo; es más, como se ha indicado puede que incluso se resolviera un recurso de reposición en contra de la admisión, cuya resolución, aunque fuera oral y sin redacción escrita posterior, deviene irrecurrible (art. 454 LEC). El particular no vincula la decisión judicial de acordar la diligencia final o no hacerlo, porque los presupuestos en presencia son otros, pero de estimarse la necesidad de diligencia final, el contenido de la utilidad o la pertinencia —cuando nada haya variado al respecto— no podrá ser discutido nuevamente por la parte contraria sin contradecir el citado art. 454 LEC.

Por último, **si la diligencia final perseguida es un medio de prueba testifical, no puede olvidarse la previsión del párrafo segundo del art. 363 LEC** (con tres testimonios se permite obviar otros, propuestos y admitidos, sobre el mismo hecho), **que no aplicada explícitamente por no estar presente un determi-**

nado testigo, puede utilizarse para rechazar una diligencia final que pretenda su presencia, bajo igual razonamiento. En un sentido amplio, podría considerarse que en tales supuestos la falta de práctica se ha debido a causas ajenas a la parte, mas la imposibilidad no debe considerarse extendida al actuar del juzgador cuando la ausencia de prueba derive —o hubiera podido derivar—, precisamente, de una decisión del juez sobre la necesidad de escuchar a un testigo a disposición. Cuando se aplica la tesis del art. 363 LEC, por consiguiente, no parece lógico acoger el trámite de diligencia final. Ahora bien, como el criterio de la superioridad puede ser otro, no cabe que el tribunal de apelación se encuentre vinculado al uso que del art. 363 LEC efectuó el *iudex a quo*, permitiendo la proposición en segunda instancia según la regla 2ª del art. 460.2 LEC, con independencia que luego se admita o no la propuesta (art. 464 LEC).

Capítulo aparte, en lógica con su excepcionalidad, el supuesto del art. 435.2 LEC; mas el régimen impugnativo expuesto no debiera alterarse si para los ejemplos ordinarios se encuentra definido, observando uniformidad con el mismo.

En los planteamientos *lege ferenda* efectuados en el apartado anterior no habría tantos inconvenientes para admitir un recurso de reposición, si bien la apelación directa sería de todas formas la más indicada. Igualmente, ante la falta de reserva de la petición de diligencia final o falta de efectiva formalización en plazo de la misma, no sería posible proponerla más tarde como prueba en segunda instancia. En todo caso, de admitir la reposición, resuelta oralmente una petición formal, y no recurrida, o recurrida sin éxito y no protestada, tampoco cabría reiterar en segunda instancia la misma propuesta probatoria.

En resumen, **dictada sentencia sin que se haya solicitado diligencia final, o denegada ésta y sentenciada la causa, no parece necesaria la reposición y protesta: o bien se**

articula la discusión en la apelación directa o, en su caso, simplemente se propone medio de prueba en segunda instancia según art. 460.2.2ª ó 3ª LEC. Sin olvidar que una sentencia favorable impone la pérdida sobrevenida de objeto impugnativo contra la denegación de la diligencia final, sin perjuicio de la propuesta probatoria como apelado, de conformidad con el art. 461.3 LEC.

6 LOS INCONVENIENTES DEL PLAZO EN QUE DEBE PRACTICARSE LA DILIGENCIA FINAL

Adenda imprescindible conocer que el tiempo para practicar una diligencia final, desde el momento en que se acuerda por auto, es de 20 días hábiles; tras ese tiempo, con o sin la práctica de la prueba, el trámite debe cerrarse, límite temporal que se subyuga a la nulidad radical, siempre

esgrimible por el litigante que hubiera podido considerarse perjudicado. Al final de ese plazo sobreviene el traslado a las partes para que informen por escrito en 5 días hábiles, y si bien el mismo podría suprimirse cuando la diligencia final no hubiera podido practicarse, la falta de prueba –y la causa de ello– no deja de ser argumento adicional quizás útil para el no proponente o para cualquiera en relación con las consideraciones que se desprenden del art. 217 LEC. En todo caso, quiebra la oralidad cuando, de tratarse de una diligencia final practicada oralmente –interrogatorio de partes, testigos, peritos, reconocimiento judicial–, también debiera ser posible resumen y valoración oral, sin dilatar el proceder al medio escrito –siempre más de una semana–, donde simplemente se consigue que la parte demandada no conozca el resumen y valoración de la actora –como ocurriría en un trámite oral en que esta última interviene primero– si ambas

apurán plazos de presentación en el correspondiente traslado de copias del art. 276 LEC.

A más ver, la limitación temporal de 20 días hábiles puede hacer inútil, al cabo, todo el trámite de una diligencia final admitida, cuando el conocimiento práctico ofrezca de antemano el dato de la dilación y la práctica extemporánea y, así, inservible salvo si lo que se persigue es la dilación. Por ejemplo, la cumplimentación tardía de un exhorto a los efectos de citar a un testigo o la emisión de un oficio a un determinado organismo público no caracterizado por su diligencia y rapidez. El particular no se resuelve en trámites de segunda instancia, pues existe limitación temporal para practicar prueba (un mes; art. 464.1 LEC) y dictar sentencia (si hay vista son 10 días tras ella; art. 465.1 LEC). Téngase presente que aquí **no puede funcionar el art. 135.1 LEC** y que el plazo mensual (30 ó 31 días –salvo

>>> ESCRITO SOLICITANDO QUE SE PRACTIQUEN DILIGENCIAS FINALES

Juzgado de 1ª Instancia nº

Juicio Ordinario nº .../...

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº

Don M.N., Procurador de los Tribunales y de D. A.A. , en los autos al margen reseñados, comparezco y como mejor en derecho proceda, **DIGO:**

Mi representado propuso, y el Juzgador admitió como medio de prueba, la exhibición por parte de ... de los documentos en donde consta la venta a D. N.N. de los cuadros objeto de este procedimiento.

A pesar de que ... se mostró dispuesto a exhibir dichos documentos, lo cierto es que por este Juzgado no se ha señalado día y hora para la práctica en el domicilio del requerido de la diligencia de testimonio de documentos exhibidos.

Por todo ello y en méritos de lo dispuesto en los artículos 435 y 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

SOLICITO AL JUZGADO que admita este escrito y ordene lo necesario para la práctica de la diligencia antes mencionada.

En (localidad), a (fecha)

Firma de Procurador y Abogado

Fuente: *bdigrupodifusion.es*. Los formularios aportados han de considerarse meramente orientativos. En ningún caso sustituyen el criterio del profesional.

febrero, con 28 ó 29—, más los que deriven del último día inhábil ex art. 185.2 LOPJ) no discrimina entre días hábiles o inhábiles (art. 185.1 i.f. LOPJ, a contrario), por lo que suele ser equivalente al tiempo procesal del 436.1 LEC (por lo general, cada 5 hábiles suman 2 más que no lo son: así, 20 hábiles son 28 naturales, más 1 si el último es inhábil, aparte días festivos).

Acaso cabría entender que en la vista de prueba de la segunda instancia, siendo como es aplicable el trámite del juicio verbal —a diferencia de lo que ocurre en el proceder de la diligencia final, limitado al itinerario del medio de prueba en concreto que se trate—, y siendo, en definitiva, una “vista”, quepa su interrupción, lo que duplicará el tiempo si cabe reanudar en 20 días hábiles y, sino, volver a celebrar vista (art. 193.3 LEC). Con todo, **la parte litigante que de antemano advierta dificultades**

para practicar en plazo, terminado juicio, una diligencia final, habrá de valorar la solicitud de suspensión de la causa antes de la vista (art. 183 LEC, ó 188.1.4º LEC), o cuando menos, la interrupción de la comenzada (art. 193.1.3º LEC). Esto último no duplicaría, a diferencia del ejemplo de la segunda instancia que acaba de exponerse, el tiempo disponible, pero en su caso permitiría una nueva vista (artículo 193.3 LEC).

Para acabar importa señalar que la exigencia de petición escrita de diligencia final —aunque se deriva de una normativa no ausente de problemas—, no pretende esquivar solicitudes de diligencias finales merced al dictado de una sentencia inmediata. De ahí que anticipar la voluntad de pedir tal diligencia pueda conducir a la prudencia juzgadora que suponga esperar dos o tres días a fin de que, efectivamente, se solicite, sin necesidad de dilación alguna

cuando tal anticipación no tuvo lugar. Nada impide que, solicitada efectivamente, se deniegue de plano y se dicte sentencia a continuación, en ésta se rechace la petición —aunque lo correcto sea el auto separado si la petición de diligencia final tuvo lugar—, o se solicite diligencia final ya dictada sentencia —en el entendido que el solicitante no habría sido notificado de la sentencia cuando la pida— y deba denegarse inevitablemente ante la inmodificabilidad de aquélla para el *iudex a quo*. En ninguno de los casos eludirá el juez la tarea de resolver sobre la petición, recordando que el trámite de prueba en segunda instancia suprime totalmente la hipótesis de una nulidad de actuaciones y retroacción de lo actuado —sea por denegar injustificadamente la diligencia final, sea por dictar sentencia sin que la parte tuviera tiempo de pedirla—, pues de lo contrario el art. 460.2 LEC perdería gran parte de su sentido.

ESADE Facultad de Derecho

Universidad Ramon Llull

Jornada

La nueva regulación de los pactos sucesorios y su impacto en la empresa familiar

Organizada por la Facultad de Derecho de ESADE

Jueves, 4 de diciembre de 2008, de 9.15h a 14.00h
ESADEFORUM Barcelona (Av. Pedralbes, 60-62)

En colaboración de
**Economist
 & Jurist**

Plazas limitadas.

Inscripciones en la página web: www.esade.edu/seminariosderecho

Para más información: Sra. Carme Guardiola. T. 93 495 38 00. carme.guardiola@esade.edu