

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
CURSO 2019/2020

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**REFLEXIONES ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN
LA PROPOSICIÓN DE PRUEBA**

ALCANCE DEL ARTÍCULO 429.1.II DE LA LEC:
¿OTORGA AL JUEZ UNA FACULTAD O LE IMPONE UN DEBER?

AUTORA: MALENA IARA DI BERNARDO AMATO ALONSO
TUTOR: FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GALARRETA

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	4
2.	LA PRUEBA.....	5
2.1.	El concepto de prueba.....	5
2.2.	El derecho a la prueba.....	7
3.	EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	8
3.1.	Alegaciones de hechos.....	8
3.1.1.	Hechos admitidos o no controvertidos.....	8
3.1.2.	Hechos notorios.....	9
3.1.3.	Hechos favorecidos por una presunción.....	10
3.2.	Alegaciones de derecho.....	11
3.2.1.	La costumbre.....	12
3.2.2.	El Derecho extranjero.....	12
3.3.	Máximas de la experiencia.....	13
4.	LA CARGA DE LA PRUEBA.....	14
4.1.	Concepto de carga de la prueba.....	15
4.2.	Finalidades de la carga de la prueba.....	16
5.	EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO.....	19
5.1.	Proposición de la prueba.....	20
5.2.	Admisión de la prueba.....	22
5.3.	Práctica de la prueba.....	23
6.	ANÁLISIS DEL ART. 429.1 II y III LEC.....	27
6.1.	Ámbito de aplicación: momento procesal.....	28
6.1.1.	La audiencia previa.....	28
6.1.2.	La vista.....	29
6.2.	Contenido del artículo.....	31
6.2.1.	Facultad de señalar la insuficiencia probatoria.....	31
6.2.2.	Facultad de proponer los medios de prueba.....	35
6.3.	Actuación de las partes.....	37
6.4.	Práctica de la prueba de oficio.....	39
7.	CONCLUSIONES.....	42
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	45

ABREVIATURAS

ART	Artículo
CE	Constitución Española
Op.cit.	Citado
Ed.	Editorial
FJ	Fundamento Jurídico
LCJI	Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Nº	Número
p. (pp)	Página(s)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Trad.	Traducido
Vol.	Volumen

1.INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Civil ha estado siempre en el punto de mira debido a las múltiples problemáticas que suscita su desarrollo práctico. Entre esas cuestiones se encuentra la novedosa intervención judicial en la actividad probatoria, prevista en el artículo 429.1 II de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil¹ (en adelante LEC), para aquellos supuestos en los que el juzgador aprecia una insuficiencia probatoria en los medios de prueba propuestos por las partes.

La novedosa aparición del mencionado precepto -que no dispone de antecedentes legislativos en el sistema procesal español- en la nueva LEC, junto con la ambigüedad de su redacción y la conjugación de éste con los principios rectores del proceso civil han sido objeto de numerosas críticas doctrinales y jurisprudenciales. Esto es lo que nos incita a reflexionar sobre los diferentes problemas que pueden surgir en el desarrollo de su práctica.

En esencia, esta investigación tiene por objeto analizar las diferentes interpretaciones doctrinales sobre el alcance del artículo 429.1 II LEC y las posibles consecuencias de su ejecución, para determinar cuál es a nuestro juicio, la más adecuada.

Como punto de partida, abordaremos el marco teórico en el que se circunscribe nuestra cuestión, donde tendrán lugar el concepto de prueba, la teoría general sobre la carga de la prueba y el procedimiento probatorio. A continuación, pasaremos al análisis del artículo 429.1 II y III LEC, -lo que viene siendo el núcleo del trabajo- profundizando en los siguientes aspectos: el momento procesal para su aplicación, las facultades que dicho precepto otorga al juez, el papel de las partes y la prueba de oficio. Por último, tomando en consideración los conocimientos adquiridos a través del análisis de la regulación contenida en la LEC, de los diferentes puntos de vista doctrinales y de cómo lo interpreta la jurisprudencia española, resolveremos la siguiente cuestión: ¿El contenido del artículo 429.1 II LEC otorga al juez una facultad o le impone un deber?

¹ Redactado por el apartado 48 del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2.LA PRUEBA

2.1.EL CONCEPTO DE PRUEBA

La palabra prueba es un término polisémico que se utiliza para hacer referencia a distintos aspectos dentro del procedimiento civil, en relación con la finalidad que la misma tiene en el proceso. Concretamente, prueba como actividad, prueba como resultado y prueba como medio².

Partiendo de la definición de CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA el término prueba abarca tres sentidos:

Por una parte, se encuentra la prueba como una actividad. Una actividad procesal, por cuanto se realiza en un procedimiento civil, que se refiere a las alegaciones sobre los hechos controvertidos, con relación a determinar la verdad de tales afirmaciones y, además, está sujeta a normas procesales y procedimentales³. En otras palabras, se trata de una práctica que se lleva a cabo durante un proceso civil con el fin de saber si lo que han alegado las partes concuerda con la realidad. La prueba es la verificación de una afirmación⁴, lo que significa que no se trata de una investigación, sino de una manera de comprobar ciertos hechos o datos.

Mediante el ejercicio de la actividad probatoria se obtiene un resultado, siendo éste otro de los sentidos en el que se habla de la prueba. Dicho resultado, puede ser positivo o negativo para la parte que intenta probar lo que afirmó anteriormente. En caso de que los hechos afirmados no hayan quedado probados, el juzgador no podrá aplicar la norma al caso concreto, ni podrá declarar el efecto o la consecuencia jurídica pedida y, por lo tanto, la parte que lo alega no podrá ser favorecida por la práctica de la norma que de

² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil. Parte General, 8ª edición*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 191.

³ MONTERO AROCA, J. (2005): *La prueba en el proceso civil*. Ed. Thomson-Civitas. Navarra. pp. 54-55

⁴ MUÑOZ SABATÉ, L. (2001): *Fundamentos de prueba judicial civil*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, p. 85.

haberse llegado a demostrar le hubiera sido beneficiosa⁵. En esta segunda acepción de la prueba, el juzgador tiene un papel importante, dado que será el responsable de valorar las alegaciones de cada parte y en base a eso tomará una decisión que afectará a ambas.

Para lograr dicho resultado se precisa un medio. Según DE LA OLIVA SANTOS, se trata de la “actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación práctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso”⁶. Por lo tanto, es importante hacer uso de uno o varios medios que resulten adecuados para lograr convencer al juzgador sobre la autenticidad de lo que se afirmó anteriormente. Cuando los medios de prueba respectivos a cada hecho aporten razones y elementos jurídicos suficientes en pro de la verdad, se podrá considerar que la proposición de hechos está probada⁷.

Para MONTERO AROCA, la prueba es importante, dado que “se puede tener razón, pero si no se demuestra, no se alcanzará procesalmente un resultado favorable. Las alegaciones que las partes realizan no suelen ser suficientes para convencer al juzgador, o para fijar los hechos, de la existencia del supuesto fáctico contemplado en la norma cuya aplicación se pide. Es precisa una actividad posterior para confirmar las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones. Y a esa actividad la llamamos prueba”⁸.

2.2.EL DERECHO A LA PRUEBA

El artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE) establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el

⁵ BONET NAVARRO, J. “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil” *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 7256, 2009, p. 1.

⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2016): *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, p. 115.

⁷ FERRER BELTRÁN, J.(2002): *Prueba y Verdad en el derecho*, Ed.Marcial Pons, Barcelona, p.84

⁸ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, 26ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, p. 216.

ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin dar lugar a la posible indefensión”. Y su apartado segundo añade que “todos tienen derecho a (...) utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

Se trata de un derecho fundamental definido como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”⁹, y comprende los derechos respectivos a la proposición de los medios de prueba, a la admisión de las pruebas propuestas (o la denegación motivada de estas), a la práctica de la prueba admitida y a la valoración de la prueba practicada¹⁰.

De éste derecho se desprenden ciertas obligaciones hacia el legislador, el juez y las partes. En relación con el primero, tendrá la obligación de “regular los mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para la efectividad de aquel derecho”¹¹.

Respecto al juez, integra el deber de garantizar el principio de interpretación de acuerdo con la Constitución y el contenido del derecho de prueba, junto con los derechos previstos en el art. 24.2 CE: la admisión de la prueba que sea pertinente y la motivación de la prueba no admitida, al igual que asegurar la contradicción de las pruebas acordadas “ex officio iudicis” y evitar la exigencia de formalidades que paralicen o supongan un obstáculo para el derecho a la prueba¹².

Por último, en cuanto a las partes, se requiere que posean el derecho a solicitar la admisión y la práctica de las pruebas, también de exigir su efectividad. Además, las partes tienen el deber de solicitar la prueba en la forma y momento procesal previstos por la Ley, y de mantener una postura colaborativa a la hora de practicar la prueba¹³.

⁹ PICÓ I JUNOY, J. (1996): *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. Bosch. Barcelona, pp. 18-19.

¹⁰ ABEL LLUCH, X. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007): *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. Ed. Bosch Procesal, Barcelona, pp. 32-34.

¹¹ SAINZ ROBLES, C. y ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1983): El derecho a la prueba en “Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo”, Madrid, p. 597.

¹² ABEL LLUCH, X. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007): *Objeto y carga de la prueba civil*. ob.cit. pp. 35-38.

¹³ Ídem.

3.EL OBJETO DE LA PRUEBA

Tras fijar el concepto de prueba es preciso determinar sobre qué recae la prueba, o sea, qué puede probarse en el proceso. Según el art. 281.1 LEC “la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso“, pero sería más adecuado decir que “lo que debe probarse son las afirmaciones efectuadas por las partes sobre los hechos, aunque puede admitirse, para simplificar, que normalmente el objeto de la prueba serán los hechos”¹⁴. Por lo tanto, el objeto de la prueba no es un hecho o una norma jurídica, sino que en realidad, son las alegaciones efectuadas por las partes sobre tales hechos y normas¹⁵.

Tal y como lo veremos a continuación, las alegaciones de las partes pueden ser de hechos, de derecho o máximas de la experiencia, aunque no todas requieren ser probadas¹⁶.

3.1.ALEGACIONES DE HECHOS

Principalmente la prueba recae sobre las afirmaciones de hechos que realizan las partes, sobre los hechos que forman el supuesto base de la norma cuya aplicación se solicita.

3.1.1.Hechos admitidos o no controvertidos

Se trata de los hechos que han sido admitidos por todas las partes. De acuerdo con el artículo 281.3 LEC “están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes”. Dicha conformidad podrá obtenerse de diferentes maneras: es posible que ambas partes afirmen un mismo hecho o que una de ellas realice una

¹⁴ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob. cit., p. 222.

¹⁵ GIMENO SENDRA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración: Parte general*. Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, pp. 499-500.

¹⁶ MONTERO AROCA, J. (2017): *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 223.

afirmación sobre un hecho y que la otra lo admita. Por lo tanto, la proposición de prueba sobre este tipo de hechos es innecesaria y además inadmisibile¹⁷.

De todas formas, eso no significa que no haya que efectuar ninguna prueba, puesto que, es posible que las partes afirmen más hechos en un mismo proceso, dado que la ley exige a cada parte realizar su propio escrito con sus alegaciones basándose en los hechos alegados por la parte contraria. La contestación a la demanda debe ser a favor o en contra de la alegación del actor, es decir, puede negar o admitir los hechos que la parte contraria manifestó anteriormente. Y lo mismo hará la primera parte en caso de que la segunda niegue los hechos alegados por ella. En este caso, estaríamos ante unos hechos controvertidos y sería necesario realizar la prueba para descubrir cuál concuerda con la realidad.

En cuanto a los hechos no controvertidos, podemos calificar la ejecución de su prueba como algo inútil. Lo mismo ocurre con los hechos admitidos de modo tácito. El tribunal podrá considerar que una admisión es tácita cuando la parte guarda silencio o responde de una forma evasiva ante los hechos que ha afirmado la otra parte y le resultan perjudiciales.

3.1.2. Hechos notorios

Son los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce una decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez¹⁸.

Según el art. 281.4 LEC “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”. Por lo tanto, tal y como lo señala la jurisprudencia española, “para

¹⁷ BONET NAVARRO, J. “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil” op.cit., p. 2.

¹⁸ Citado por MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): en *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob.cit., p. 224.

que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta”¹⁹.

En opinión de BONET NAVARRO²⁰, “cuando este precepto exige el carácter de absoluto y general del hecho notorio se excede lingüísticamente”, y añade que, “si se interpretara literalmente sería muy difícil cuando no imposible la exención del hecho como notorio”. Por ello, la jurisprudencia, para calificar un hecho como “notorio” estima suficiente que “el tribunal conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros de la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, quedan exentos de prueba”²¹.

3.1.3. Hechos favorecidos por una presunción

Las presunciones legales²² comprenden uno o varios indicios y un hecho presumido, y la ley establece que, si el indicio ha sido probado o admitido, se considera que el hecho presumido, el cual no precisa ser probado directamente, existe. Aunque esto no supone un impedimento para la ejecución de la prueba, ya que los indicios deberán ser probados siempre.

Por otro lado, todas las presunciones legales iuris tantum admiten prueba en contrario, de ahí que, “no existe exención de la prueba, sino norma especial sobre la carga de la prueba, que es cosa muy distinta”, y quien se muestre en contra de la presunción,

¹⁹ STS 662/1998, de 4 de febrero, FJ 1º

²⁰ BONET NAVARRO, J. (2009): *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*. Diario La Ley. Número 7256, p. 3.

²¹ STS 1916/2013, de 9 de mayo, FJ 8º

²² Véase, así, el art. 385 LEC de 7 de enero de 2000.

“puede pretender probar la inexistencia del hecho presunto o la falta de enlace entre el indicio y el hecho presunto”²³.

3.2.ALEGACIONES DE DERECHO

Las partes deben sustentar sus afirmaciones fácticas en derecho, aunque no será necesario alegarlas para establecer su existencia, ya que el principio de iura novit curia implica que el juez conoce el derecho y decidirá, teniendo en cuenta las pretensiones pedidas, conforme a las normas aplicables al caso, independientemente de que hayan sido o no alegadas y probadas por las partes (art. 218.1 II LEC).

El principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado²⁴, siempre y cuando su decisión sea acorde con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes hayan sometido al conocimiento de éste, sin alterar la esencia de lo pedido, ni transformar el problema del proceso²⁵.

De todas formas, este principio sólo afecta al Derecho español y al internacional directamente aplicable y vigente en España. Puesto que el juzgador sólo tiene la obligación de conocer las normas aplicables en su país. Por lo tanto, en algunos casos será necesario probar las normas jurídicas, como sucede con la costumbre y el derecho extranjero.

Sin embargo, el principio de aportación de parte no interviene en la aplicación de las normas jurídicas. Pues, la alegación de la existencia de una norma jurídica por las dos partes o su alegación por parte de una y la conformidad por la parte contraria no impone

²³MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob.cit, p. 225

²⁴ STS 2657/2015, de 16 de junio de 2015, FJ 2º.

²⁵ Véase

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjA1MLtbLUouLM_DxblwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgAy3lr7NQAAAA==WKE

al juez su existencia. Sólo será necesaria su prueba si no resulta conocida para el juzgador, ni tiene conocimiento privado de la misma²⁶.

3.2.1. La costumbre

La carga de la prueba de la existencia y contenido de la costumbre corresponde a la parte que la invoca, con el fin de que el juez adquiera certeza suficiente para aplicar la norma consuetudinaria. Sin embargo, como se deriva del precepto 281.2 LEC, si las partes no se muestran contrarias respecto de su existencia y contenido, esta no será objeto de prueba²⁷. Siempre que sus normas no afecten al orden público.

3.2.2. El Derecho extranjero

Según el art 281.2 LEC “el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Como norma general, corresponde a las partes probar el derecho extranjero, pero existe un régimen de cooperación entre estas y el juzgador, otorgándole a éste la capacidad de investigar sobre el derecho extranjero para conocerlo, sin estar sujeto a la actividad probatoria que realizan las partes.

De acuerdo con el art 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil²⁸ (en adelante LCJI), en el caso de que no haya sido posible probar el derecho extranjero, de forma excepcional, será posible aplicar de forma subsidiaria el Derecho español.

²⁶ MONTERO AROCA, J. (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª edición, ob.cit., pp. 89-90.

²⁷ GIMENO SENDRA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración: Parte General*, ob.cit., p. 508.

²⁸ Véase, así, el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, el cual establece que “Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”.

3.3.MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

STEIN define las máximas de la experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”²⁹.

Estas reglas pueden servir para conocer la existencia de un hecho, valorarlo, determinar su imposibilidad, etc. Cuando las máximas de la experiencia sean comunes, el juez las conocerá, por lo tanto, no necesitan ser probadas. Sin embargo, las que son especializadas deben ser probadas dado que el juez no posee conocimiento sobre estas.

²⁹ Citado por MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob.cit., p. 227.

4.LA CARGA DE LA PRUEBA

Tras fijar el objeto de prueba, es importante conocer quién tiene que probar lo mencionado anteriormente y las consecuencias que derivan en caso de no hacerlo.

En el proceso civil, las encargadas de proponer y practicar la prueba son las partes. Esto proviene de los principios dispositivo y de aportación de parte, y así, el art. 216 LEC dispone que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”. En esta misma línea, el art. 282 LEC establece que “las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas (...) cuando así lo establezca la ley”. Por lo tanto, como norma general, la proposición y la práctica de la prueba corresponde únicamente a las partes y en algunos podrá hacerlo el juzgador de oficio.

En vista de que son dos de los principios que inspiran el proceso civil, que además, tal y como veremos más adelante, en algunos casos pueden verse vulnerados, nos parece de suma importancia analizar lo que establece cada uno de ellos:

El principio de aportación de parte que preside en el proceso civil, hace alusión a la potestad de los litigantes para alegar datos o elementos fácticos de la realidad que se discute en el proceso, junto con la habilidad de proponer la prueba de esos datos o elementos. Se trata de un principio de carácter técnico, en el que la iniciativa del juez se limita a la voluntad de las partes³⁰.

Este principio manifiesta que son las partes las responsables de realizar dicha actividad, ya que su objetivo es convencer al juez de que sus afirmaciones concuerdan con la realidad. De ahí proviene lo que ROSENBERG define como “la necesidad de las partes de probar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que

³⁰ PICÓ I JUNOY, J. (2007): *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, 1ª edición, Ed. J.M Bosch, Barcelona, pp. 101-102.

invocan a su favor a riesgo de obtener una resolución desfavorable a sus pretensiones y resistencias”³¹, es decir, la carga de la prueba.

Según el principio dispositivo, son las partes quienes delimitan o concretan el ámbito de la controversia sobre el que deben resolver los órganos judiciales³². Por lo que podemos entender que el objetivo crucial del principio dispositivo es poner el proceso judicial a disposición de las partes, para hacer valer sus intereses privados en la medida que estimen oportuno. La jurisprudencia considera que éste principio consagrado en el art. 216 LEC implica que “los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y alegaciones de las partes, sin que ello determine que la resolución judicial no pueda ignorar unos hechos en beneficio de otros, ya porque no los considere probados, ya porque entienda que carecen de trascendencia jurídica para el fallo del litigio”³³.

4.1. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

En primer lugar, es importante establecer el concepto jurídico de carga diferenciándolo del concepto de deber. Dejando claro que la carga no implica una obligación.

La causa jurídica de la carga procesal consiste en que “la lucha de las partes integra la esencia del pleito, y en que impone a las partes la necesidad de actuar, es decir, de emplear los medios de ataque y de defensa. Y la consecuencia del descuido de la parte es el empeoramiento de su situación procesal, o sea, el inicio o el aumento de la perspectiva de una sentencia desfavorable. No se trata, pues, de un deber que pueda ser exigido; no hay frente a ella un derecho del adversario o del Estado. Al contrario, el adversario no desea otra cosa sino que la parte no se desembarace de su carga de fundamentar, de probar, de comparecer, etc”³⁴.

³¹ Citado por GIMENO SENDRA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración: Parte general*, ob.cit., p. 518.

³² STS 294/2012, de 18 de mayo, FJ 2º

³³ STS 5056/2010, de 14 de octubre, FJ 2º

³⁴ GOLDSCHMIDT (1936): *Teoría General del Proceso*, trad.esp. Barcelona, p. 82.

Por otro lado, el verdadero deber implica “la necesidad jurídica de un determinado comportamiento establecido por una norma, por lo general en orden a la satisfacción de un interés de un sujeto, al que se le concede un correlativo poder individual”³⁵.

En definitiva, la carga, supone la necesidad práctica de que el titular de un poder determinado, lo ejercite en el momento en que pretenda obtener un efecto que le resulte favorable. Por lo tanto, no existe un deber de probar, pero en la mayoría de los casos, el no probar implica la derrota³⁶.

4.2.FINALIDADES DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Según la jurisprudencia española, las finalidades de la carga de la prueba son dos, por un lado, establecer las consecuencias de que un hecho no se haya probado o no se haya hecho adecuadamente y, en segundo lugar, determinar a quién afecta esa falta de prueba por ser la parte a la que le correspondía probarlo. De esta manera lo confirma el Tribunal Supremo: “La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de “non liquet“... hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba”³⁷.

Por lo tanto, con arreglo a la primera finalidad, el art. 217 LEC (sobre la carga de la prueba) determinará qué hechos deben ser probados para lograr que la pretensión quede satisfecha, a fin de que, en caso de que no sean probados, intervengan las consecuencias de la falta de prueba. Y con respecto a la segunda finalidad, dicho artículo señalará

³⁵ Citado por MUÑOZ SABATÉ, L. (2017): *Técnica Probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª edición, Ed. La Ley, Madrid.

³⁶ MUÑOZ SABATÉ, L. (2017): *Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, ob.cit.

³⁷ STS 445/2014, de 4 de septiembre, FJ 7º

sobre quién recae la carga de la prueba, es decir, quién tiene que probar un hecho para evitar la pérdida del proceso³⁸.

De este modo, se entiende que las normas de la carga de la prueba despliegan sus efectos con relación a dos sujetos distintos y en dos ocasiones diferentes³⁹:

En primer lugar, surten efectos sobre el tribunal ya que el art. 217.1 LEC dispone que “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”. Por lo tanto, le corresponde a éste determinar si un hecho se ha probado debidamente y en caso de que no lo fuere, decidirá a cuál de las partes perjudica la insuficiencia probatoria, es decir, quién debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba. “En principio la sentencia será desfavorable a aquella parte que pidió un efecto jurídico establecido en la norma cuyo supuesto de hecho no se probó”⁴⁰.

Por otro lado, las normas de la carga de prueba producen efectos respecto a las partes, pues indican sobre quién recae la carga de probar. Así pues, los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC regulan la actividad de las partes estableciendo lo que le corresponde probar a cada una:

El apartado segundo del mencionado precepto prevé que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”, de modo que hace referencia a los hechos que se formulan, en un determinado caso, como constitutivos. Y el apartado tercero añade que “incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean

³⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil*, ob.cit., p. 214.

³⁹ MONTERO AROCA, J. (2005): *La prueba en el proceso civil*, ob.cit., p. 37.

⁴⁰ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob.cit, p. 230.

aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”, con lo que está aludiendo a los hechos que en el caso concreto se presenten como impeditivos, extintivos o excluyentes.

En definitiva, tal y como lo manifiesta la jurisprudencia, “el problema de la carga de la prueba consiste en determinar cuál de las partes le corresponde la prueba, es decir, quién debe soportar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba”⁴¹.

⁴¹ STSJ 263/2017, de 31 de marzo, FJ 2º

5.EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

El procedimiento probatorio se configura como una sucesión de actos que la ley preordena lógicamente para llegar al resultado de la fijación de los hechos. Se esquematiza sintéticamente en la proposición de los medios de prueba, en su caso, admisión y, por último, práctica si se ha admitido. En el juicio ordinario, proposición y admisión se realizará al final de la audiencia previa y se practicará generalmente en el juicio; en el juicio verbal, todo ello se llevará a cabo durante la vista⁴².

Cada medio de prueba conlleva un procedimiento probatorio diferente, pero todos ellos tienen una parte en común y es la que expondremos a continuación.

El primer paso en la actividad probatoria consiste en determinar la necesidad de que el proceso sea recibido a prueba. En un proceso escrito, esto implica la existencia de dos actos en concreto, por medio de los que las partes solicitan al tribunal el recibimiento a prueba y éste lo decide. En un proceso oral, la ley no prevé expresamente esos actos, por lo que pierden su apariencia externa.

En ésta línea, la LEC presupone que la existencia de hechos controvertidos dará lugar a la proposición y admisión de los medios concretos de prueba⁴³. Y, de no ser así -si existe conformidad sobre los hechos-, no habrá prueba. Sin embargo, pueden surgir ciertas discrepancias entre las partes respecto a la necesidad de prueba. En estos casos, corresponde al tribunal resolver esas discrepancias a través de una resolución oral, determinando si el proceso se recibirá o no a prueba.

⁴² BONET NAVARRO, J (2009): *La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones fundamentales*. 1ª edición, Ed. Difusión. p. 165.

⁴³ Véase en este sentido, el art. 429 LEC, cuyo apartado primero establece que: "Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba"

5.1. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

De acuerdo con lo que supone el principio de aportación de parte del que hablábamos anteriormente, el procedimiento probatorio habitualmente procederá cuando sea la parte quien solicite la prueba. Por lo tanto, en la mayoría de los casos son estas las que realizan la proposición de los medios de prueba. No obstante, puede ocurrir que la prueba sea de oficio (art 282 LEC), en ese caso se eludirá la fase de solicitud y admisión, ya que se entiende que viene con la instancia de la parte.

Mediante la proposición de la prueba, la parte solicita que sean practicados los medios de prueba que manifiesta intentar valerse en el proceso, así como el objeto de los mismos⁴⁴. A la hora de realizar dicha propuesta, deben tenerse en cuenta ciertas normas que veremos a continuación, ya que el incumplimiento de alguno de estos requisitos puede ser motivo de inadmisión de la proposición.

El artículo 284. LEC regula la forma de proposición de prueba, su primer párrafo establece que “la proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación. Se consignará, asimismo, el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba”. Y el párrafo segundo añade que “cuando, en el juicio ordinario, las partes no dispusieren de algunos datos relativos a dichas personas al proponer la prueba, podrán aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes”.

Esto no parece justificar que se rechace un eventual escrito donde consten los datos precisos para la práctica de la prueba que se presente junto a la exposición oral de la prueba propuesta⁴⁵. Tal y como lo hemos visto antes, el segundo párrafo del artículo 284 LEC prevé el supuesto en el que a la hora de proponer la prueba en el juicio ordinario, las partes no poseen alguno de los datos sobre dichas personas (refiriéndose a las del

⁴⁴ BONET NAVARRO, J. (2009): *La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones fundamentales*. 1ª edición, ob.cit, p. 167.

⁴⁵ ORTELLS RAMOS, M. (2008): *Derecho Procesal Civil*, 8ª edición, Ed. Aranzadi, p. 355.

párrafo primero del mismo artículo), en ese caso podrán presentarlos al tribunal en los siguientes cinco días. Por lo tanto, si esto ocurre, sería necesario presentar la proposición por escrito.

Si los actos de alegación hubieran precluido y todavía no se hubiere dictado sentencia, en caso de que suceda o se conozca un hecho que pueda resultar significativo a la hora de tomar la decisión del pleito, el artículo 286.1 LEC otorga a las partes la posibilidad de hacer valer ese hecho alegándolo inmediatamente mediante un escrito que recibe el nombre de “ampliación de hechos“, siempre y cuando dicha alegación no pueda hacerse en el acto del juicio o vista.

Como norma general, la proposición de la prueba tendrá lugar en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal (art. 443 LEC). En primer lugar, tras la constatación de la existencia de hechos controvertidos, el tribunal intentará que las partes lleguen a un acuerdo (art. 415 LEC). Si las partes no se muestran dispuestas a ello o no lo han conseguido, el tribunal pasará a examinar y en su caso, a resolver si existen o no circunstancias que puedan impedir la válida prosecución del proceso y su terminación a través de una sentencia sobre el fondo⁴⁶ (art. 416 LEC y siguientes). En caso de que no se plantee ninguna excepción procesal y las partes no tengan hechos nuevos que alegar o modificar, procederá la proposición y admisión de la prueba.

En esa regla general pueden darse ciertas excepciones por las que la proposición de la prueba tendrá lugar antes o después de los momentos indicados en el párrafo anterior. Por lo tanto, podemos hablar de la proposición previa (arts. 293-296 LEC) y de la posterior (art. 270 LEC).

⁴⁶ Véase en éste sentido el art. 416 LEC, cuyo apartado primero establece que “Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y...”

5.2.ADMISIÓN DE LA PRUEBA

MONTERO AROCA define la admisión de la prueba como “un acto del tribunal por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso”⁴⁷. En el juicio ordinario, este acto se efectuará oralmente, en la audiencia previa; y, en el juicio verbal, tendrá lugar en el momento procesal de la vista.

Para que las proposiciones de prueba realizadas por las partes sean admitidas, es necesario que cumplan los requisitos previstos en el art. 283 LEC:

1.Pertinencia de la prueba, por guardar relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso o lo que sea objeto del proceso (arts. 281.1 y 283.1 LEC), sea directamente por ser el hecho constitutivo o defensivo, o indirectamente, por servir para construir o destruir presunciones sobre los hechos anteriores, o por ser hecho relevante para apreciar la fiabilidad de una prueba⁴⁸. En otras palabras, no deben admitirse las pruebas que no guarden relación con lo que sea objeto del proceso.

2.Utilidad de la prueba (art. 283.2 LEC). Se considera inútil una prueba que debido a la existencia de una manifiesta inadecuación de medio a fin, se puede deducir razonablemente, que no obtendrá el resultado perseguido⁴⁹. Por lo tanto, no deben admitirse, las pruebas por medio de las que resulta imposible o poco razonable probar lo que se pretende, pues son inútiles.

3.Según el art. 283.3 LEC “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”. Por otro lado, los dos primeros apartados del art. 299 LEC indican cuáles son los medios de prueba que se pueden utilizar en el proceso. Y, su tercer

⁴⁷ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, 26ª edición, ob.cit, p. 244.

⁴⁸ ORTELLS RAMOS, M. (2008): *Derecho Procesal Civil*, ob.cit., p. 355.

⁴⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2000): *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 291.

apartado prevé la posibilidad de que el tribunal admita a prueba un medio no incluido en los anteriores, cuando a través de este sea posible obtener certeza sobre los hechos significativos. En otras palabras, estamos hablando de la legalidad de los medios, por lo que podemos concluir que no se admitirán a prueba las actividades que la ley prohíbe expresamente.

Tras valorar las pruebas propuestas por las partes, el tribunal se pronunciará sobre la admisión de cada una de ellas. Y de acuerdo con el artículo 285.2 LEC, en el juicio ordinario, la decisión que dicte el tribunal, independientemente de cuál sea su contenido, será recurrible a través del recurso de reposición que se promoverá y resolverá en el acto. En caso de que dicho recurso se desestime, la parte interesada podrá formular protesta en la segunda instancia para hacer valer sus derechos. Lo mismo ocurrirá en el juicio verbal según lo previsto en el artículo 446 LEC.

Cuando alguna de las partes considere que una prueba admitida se origina o se ha obtenido mediante la vulneración de derechos fundamentales, deberá alegarlo inmediatamente. Y a su vez, el tribunal, también podrá suscitar esta cuestión de oficio.

La existencia de la presunta vulneración se determinará en el acto del juicio (juicio ordinario) o al inicio de la vista, antes de comenzar con la práctica de la prueba (juicio verbal). A tal efecto, se oirá a las partes y, si fuese necesario, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre la ilicitud.

5.3.PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Nos encontramos ante la parte más relevante o de mayor importancia del procedimiento probatorio donde se llevarán a cabo todos y cada uno de los medios de prueba que han sido admitidos, teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

1.Por lo general, la práctica de la prueba se realizará en unidad de acto. Esto es, todos los medios de prueba se practicarán en el juicio o en la vista. No obstante, el art. 290

LEC, autoriza al tribunal, de manera excepcional, a acordar mediante providencia, que determinadas pruebas se celebren fuera del acto que les corresponde.

Si la prueba debe practicarse fuera de la sede del Tribunal, hay dos posibilidades: Por una parte, el mismo juez puede practicar la prueba fuera de la sede estando dentro de su territorio. En este caso, será necesario establecer el lugar, el día, la hora y citar a las partes. Por otro lado, si la prueba ha de realizarse fuera del territorio del tribunal, se recurrirá al auxilio judicial. A tal efecto, 429.5.II, las partes deben señalar qué declaraciones e interrogatorios estiman que deben realizarse mediante auxilio judicial y el tribunal, tomará una decisión sobre ello. Y, en caso de que éste considere necesario recurrir al auxilio judicial, fijará los exhortos oportunos en el acto, otorgando a las partes un plazo de tres días para presentar una lista de preguntas (art. 429.5 II LEC).

2.La anterior unidad de acto lleva a la vigencia del principio de inmediación, de modo que, el juez que deba dictar la sentencia es el que debe haber practicado las pruebas. “No se trata pues, de que determinados actos exijan la presencia judicial, con ser ésta importante, sino de que los actos de prueba tienen que ser realizados precisamente por el mismo tribunal que ha de dictar sentencia, por lo menos con carácter general”⁵⁰. Esto proviene del artículo 289.2 LEC pues prevé la presencia del juez como algo imprescindible durante la práctica de todos los medios prueba. De todos modos, la existencia de esta norma no impide que alguna de las pruebas se efectúe mediante el auxilio judicial.

3.La práctica de la prueba se realizará con garantía del principio de contradicción, lo que supone que ha de concederse a todas las partes la posibilidad de acudir y presenciar el desarrollo de la práctica de la prueba⁵¹. Puede darse la excepción de que la parte o su abogado no estén presentes, esto es algo que la ley acepta en algunos casos. Sin embargo, la no citación de la parte para realizar la práctica de un medio de prueba implica su nulidad, ya que se le estarían limitando o negando sus medios procesales de

⁵⁰ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob.cit., p. 245.

⁵¹ PALOMAR OLMEDA, A. (2019): *Practicum, ejercicio de la abogacía*, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 1190.

defensa, independientemente de que luego las partes o sus abogados asistan o no y de la participación de estos en la práctica. Esta última, dependerá, de acuerdo con el contenido del artículo 291.II LEC, de lo que la Ley permita conforme a cada medio de prueba.

4.La práctica debe realizarse con efectiva publicidad, esto es, en vista pública o con total publicidad (138.1 LEC) o con publicidad y documentación similares, en caso de que no se desarrolle en la sede del tribunal (art 289 LEC). Sin embargo, en algunos casos, la ley permite la excepción de dicha norma: por un lado, el segundo apartado del art. 138 LEC, contempla la posibilidad de ordenar a través de una resolución motivada, que la práctica de las pruebas se celebre a puerta cerrada, cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el mismo precepto⁵². Por otro lado, cuando la actividad probatoria consista en un interrogatorio domiciliario de partes y testigos, también se dará esta excepción, con arreglo a las circunstancias concurrentes, y sin la observancia de los requisitos previstos para la celebración a puerta cerrada (art. 311.2 y 364.2 LEC).

5.El artículo 300 LEC establece el siguiente orden de los medios de prueba para efectuar la práctica: 1.º interrogatorio de las partes, 2.º interrogatorio de testigos, 3.º declaraciones de los peritos sobre sus dictámenes o su presentación, 4.º reconocimiento judicial (cuando no sea necesario desarrollarlo fuera de la sede del tribunal), 5.º reproducción de la palabra, sonido o imagen.

Este orden se respetará siempre, a no ser que el tribunal de oficio o a instancia de parte decida modificarlo. Y cuando no sea posible practicar alguna de las pruebas en la audiencia, se procederá a la práctica de las siguientes.

⁵² Véase, así, el art. 138 LEC, cuyo apartado segundo establece que: “Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia“

6. La práctica de la prueba en el acto único del juicio supone un intento de predominio de la oralidad, lo que lleva necesariamente a la documentación del acto⁵³.

La calidad de la documentación es clave para el ejercicio del derecho de defensa, particularmente a los efectos de poder fundar los recursos. Desde esa perspectiva, BONET NAVARRO considera que “ha de valorarse positivamente la previsión sobre el registro en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido e imagen, en cuanto supone una mayor calidad respecto de la tradicional documentación escrita en el acta, tanto en cuanto a la valoración judicial como para facilitar la preparación de los correspondientes recursos”⁵⁴.

⁵³ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, MP., (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, ob.cit., p. 247.

⁵⁴ BONET NAVARRO J. (2009): “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”, ob.cit., p. 7.

6. ANÁLISIS DEL ART. 429.1.II Y III DE LA LEC

El artículo 429.1 LEC situado en el capítulo que regula la fase de la audiencia previa del juicio ordinario, en su párrafo segundo establece que “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”. Y en el siguiente párrafo (III) añade que “en el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Para PICÓ I JUNOY, la normativa de dicho precepto se basa “en la búsqueda de la convención judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio”⁵⁵. En otras palabras, el objetivo de la actividad probatoria del juez es lograr el convencimiento de éste; y, de cara a satisfacer los derechos de las partes y para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, que los hechos controvertidos sean suficientemente acreditados.

La jurisprudencia española, considera que se trata de una norma que “no elimina la carga de la prueba que establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de la mera consideración del juez de que las pruebas propuestas no son suficientes para esclarecer los hechos. Discrecional es también (“podrá”) señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente a partir de los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos. Consiguientemente, su omisión no supone infracción de las normas del proceso ni afecta al derecho de las partes causandoles indefensión. Finalmente, la insuficiencia probatoria puede venir dada por los propios elementos de prueba aportados por las

⁵⁵ PICÓ I JUNOY, J. (2001): *Los principios del nuevo proceso civil*, Ed. Dijusa, Barcelona, p. 47.

partes, incluso de la prueba judicialmente insinuada”⁵⁶. Y esto es un resumen de lo que veremos a continuación.

6.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN: MOMENTO PROCESAL

La facultad judicial de integración probatoria se produce en el momento de la proposición de la prueba, bien sea durante la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 429.1 LEC), o durante la vista en el juicio verbal (art. 443.4 II LEC). Su ubicación sistemática en la fase de proposición de prueba produce la cuestión de la adecuación del momento procesal⁵⁷.

6.1.1. La audiencia previa

Las partes deben proponer las pruebas que se practicarán en la fase de juicio, y lo harán al final de la audiencia previa. Será entonces cuando el juez tendrá la oportunidad de comunicarles a éstas, en caso de que la hubiere, la insuficiencia probatoria de la prueba propuesta. Esto presenta cierta complejidad, ya que todavía no se conoce el resultado de la práctica de la prueba solicitada, por lo que lleva al juez a hacer un juicio de adivinación para determinar si la práctica de las pruebas propuestas por las partes será suficiente o no para acreditar un hecho controvertido. Autores como RIFÁ SOLER, RICHARD GONZÁLEZ y RIAÑO BRUN consideran que “la aplicación de esta norma puede plantear problemas ya que puede determinar que el juez prejuzgue el asunto, al tener que valorar los hechos y las manifestaciones sobre la prueba adecuada”⁵⁸. Es por ello que algunos creen que esta norma podría vulnerar el principio dispositivo en el que se fundamenta el proceso civil.

Sin embargo, la indicación que le permite hacer el art 429.1 LEC al juez, constituye, en realidad, una nueva oportunidad para las partes, que, en virtud del principio de

⁵⁶ STS 80/2013, de 7 de marzo, FJ 5º

⁵⁷ ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. J.M Bosch. Barcelona, p. 131.

⁵⁸ RIFÁ SOLER, J.M. RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I. (2006): *Derecho Procesal Civil Vol.II*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, p. 131.

aportación, podrán completar o modificar las pruebas propuestas con el fin de lograr la acreditación de los hechos que les sean favorables⁵⁹. A nuestro juicio, tal y como lo ha señalado BARONA VILAR, el motivo de existencia de la facultad prevista en el art 429.1 II LEC puede ser la intención del legislador de lograr que la audiencia previa consista en evitar los procesos sin sentido, cosa que sucede cuando el juez se encuentra expuesto a dictar una sentencia fundamentada en las reglas sobre la carga de la prueba ante la insuficiencia probatoria de los medios de prueba propuestos por las partes. Por lo que consideramos que el uso de esta facultad supone “una mejora de la configuración probatoria de redunda, siempre, en beneficio de las partes”⁶⁰.

6.1.2. La vista

En el juicio verbal, la aplicación del art. 429.1 LEC⁶¹ viene siendo más complicada. Esto se debe a que en este proceso rige el principio de concentración, y habrá que conjugarlo con la predicción que debe hacer el juez para determinar la existencia de la insuficiencia probatoria. Es decir, si en el juicio verbal el juez pone de manifiesto a las partes la insuficiencia probatoria y estas lo toman en consideración, es posible que en ese momento no dispongan del material necesario para completarlo adecuadamente, y esto supondrá la interrupción de la vista, lo que de alguna manera quiebra la concentración del proceso.

No obstante, teniendo en cuenta que el uso de las facultades previstas en el art. 429.1 LEC es excepcional, la interrupción de la vista se dará únicamente cuando sea totalmente indispensable comunicar a las partes la insuficiencia probatoria de la prueba propuesta y éstas decidan proponer nuevos medios de prueba. Entonces, por más que la vista se interrumpa, se estaría evitando que su ejecución carezca de sentido por no dirigirse al esclarecimiento de los hechos.

⁵⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art 429.1.II LEC”, *Práctica de tribunales revista de derecho procesal civil y mercantil*, Nº 21.

⁶⁰ BARONA VILAR, S., en ESCRIBANO MORA, F. (2001): *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. IV Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 3218.

⁶¹ Aplicable a través de la remisión directa del art. 443.4 LEC.

Algunos autores defienden que, si tras la práctica de la prueba el tribunal considera adecuado realizar otra prueba, no debería haber inconveniente alguno en acordarla pudiendo hacerlo él mismo de oficio. Puesto que “si se permite al tribunal sugerir pruebas a las partes en el momento de la proposición, cómo negárselo en el momento de la valoración”⁶². Sin embargo, esta consideración viene siendo contraria a la Ley, pues ha eliminado las diligencias finales que suponían una intervención tras el juicio por motivos de salvaguarda de los principios rectores, pero le otorga intervención en el momento inicial.

Tal y como lo explica en su Exposición de Motivos, la LEC ha intentado acabar con la iniciativa probatoria de oficio. Y lo ha hecho a través del art. 435.1.1 LEC, donde se prevé que: “no se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429”. Pero, en este caso, lo más importante no es el momento procesal en el que se puede hacer uso de la facultad, sino que si se rechaza la intervención del juzgador señalando la insuficiencia probatoria en el momento de la proposición de pruebas, se hará para todo el proceso y no podrán practicarse después.

Tanto en el juicio ordinario como en el verbal, puede plantearse la cuestión de si es conveniente que el juez ejerza su facultad cuando no conoce el resultado de la prueba propuesta por las partes. Uniéndonos a la tesis de ABEL LLUCH consideramos que el momento procesal en el que se sitúa la posibilidad del juez para señalar una insuficiencia probatoria “es coherente con la configuración legal de la audiencia previa, el acto del juicio y de las diligencias finales en el juicio ordinario, así como con la configuración de la vista en el verbal. En efecto, de ubicarse tras el acto del juicio, es decir, una vez practicada la prueba, se abriría un anómalo segundo acto del juicio no previsto en la LEC”⁶³.

⁶² ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ I., HINOJOSA SEGOVIA, R., PEITEADO MARISCAL, P., TOMÉ GARCÍA, J.A., (2004): *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Ed. Colex, Madrid, p. 24.

⁶³ ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob.cit., p. 132.

6.2.CONTENIDO DEL ARTÍCULO

Para entender el contenido de una manera más sencilla, partiremos del análisis de las dos facultades que la Ley otorga al juzgador: por un lado, la de señalar una insuficiencia probatoria; y, por otro, la de proponer a las partes la práctica de los medios de prueba que considere convenientes.

6.2.1.Facultad de señalar una insuficiencia probatoria.

De acuerdo con el segundo párrafo del art. 429.1 LEC, el juzgador podrá hacer uso de esta facultad cuando considere que los medios de prueba propuestos por las partes son insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; y lo hará indicándoles a éstas cuáles son los hechos que se ven afectados por la insuficiencia probatoria. Por lo tanto, se trata de una facultad eventual y limitada.

Mediante el ejercicio de esta facultad, las partes, considerando la intervención del tribunal, podrán completar o cambiar sus proposiciones de prueba; y el juez, evitará la necesidad de dictar una sentencia basada en las normas de la carga de la prueba.

En este caso, la intervención judicial será complementaria a la de las partes, que anteriormente han propuesto la práctica de los medios de prueba; y, al estimar el juez que posteriormente se encontrará con una falta de prueba con respecto a algún hecho. Por ello, se deduce que para que el juez pueda hacer uso de esta facultad se requieren tres requisitos derivados del art. 429.1 LEC. En primer lugar, las partes deberán alegar hechos que resulten controvertidos en sus escritos de alegaciones, ya que, en caso contrario, no tendrá lugar la apertura de la fase probatoria y el juez se dispondrá a dictar la sentencia. En segundo lugar, las partes deben proponer las pruebas de las que intenten valerse, sin que tenga lugar la inexistencia o ausencia probatoria. Y en tercer lugar, se requiere que el juez realice un juicio de valor sobre la prueba propuesta⁶⁴. Lo que viene siendo una predicción para determinar si alguno de los medios de prueba propuestos por las partes resultará insuficiente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

⁶⁴ ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob.cit., p. 140.

Con respecto al segundo requisito, a nuestro juicio, en vista de que la LEC no prevé los dos supuestos por separado (que las partes hayan realizado sus proposiciones de prueba y que exista una ausencia probatoria), es posible considerar que son dos las situaciones que pueden provocar la insuficiencia de prueba de un hecho y, por tanto, dar lugar al uso de esta facultad: por un lado, la total ausencia de proposición de prueba relativa a tal hecho y, en segundo lugar, la proposición de prueba sobre un hecho que, a juicio del tribunal, resulta insuficiente para acreditarlo⁶⁵.

Por otro lado, el juez “no puede efectuar una indicación genérica de insuficiencia de un hecho, sino que debe indicar el concreto hecho afectado por la insuficiencia probatoria”⁶⁶. Esto es, el juez tiene la obligación de concretar cuáles son los hechos que quedan debilitados⁶⁷. Por lo tanto, entendemos que la dicha indicación deberá efectuarse expresamente a la parte que le corresponda probar el hecho que se ve afectado por la falta de prueba, de acuerdo con las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC).

Cuando se cumplan dichos requisitos y por lo tanto, el juez, pueda señalar la insuficiencia probatoria, se produce una cuestión que da lugar a la disputa sobre si esa indicación supone un deber para el juzgador o, se trata de una simple facultad que puede desempeñar cuando lo crea conveniente.

En principio, si se hace una interpretación limitada a la literalidad del precepto, “lo pondrá de manifiesto a las partes”, el contenido da lugar a entender que se trata de una obligación. Y esta es la postura que adopta un sector minoritario de la doctrina.

PICÓ I JUNOY se muestra a favor de esta interpretación y alega que el art. 429.1 II LEC hace uso de una forma imperativa, puesto que, si el legislador quisiera referirse a una simple habilidad, hubiese optado por una redacción similar a la del art. 435.2 LEC

⁶⁵ BANACLOCHE PALAO, J. (2001): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, p. 725.

⁶⁶ ABEL LLUCH, X. “Jurisprudencia sobre derecho probatorio”, *Diario La Ley* Nº 8332, del 13 de junio de 2014, p. 19.

⁶⁷ SAP 732/2009, de 15 de abril, FJ 2º

sobre las diligencias finales, donde se hace uso de un verbo potestativo “el tribunal podrá acordar”⁶⁸.

En esta misma línea, DAMIÁN MORENO añade que “no estamos ante una facultad de la que pueda hacer uso a su prudente arbitrio sino que la ley configura esta posibilidad como una auténtica obligación”⁶⁹, por lo tanto, en caso de que el juez descubra una insuficiencia probatoria, no puede prescindir de resolver dicha situación.

Del mismo modo, la SAP CR 726/2002 de 28 de mayo defiende el carácter imperativo, alegando que el art. 429.1 II LEC “impone un deber al juez que preside el juicio tal y como resulta del término imperativo en que está redactado el primer inciso”⁷⁰.

En relación a esto, RÍOS LÓPEZ advierte que, el hecho de que la Ley establezca un deber para el juez genera la problemática de saber “hasta qué punto se puede o debe establecer una fórmula de control del mismo, y en su caso, qué consecuencias derivan de su infracción”⁷¹. Sobre esto, PICÓ I JUNOY considera que la dificultad de establecer un control judicial sobre tal deber proviene de que “su aplicación depende de la valoración subjetiva que efectúe el propio juez sobre la insuficiencia de la prueba”⁷². Esta idea nos da a entender que al juez, únicamente se le impone el deber de señalar la insuficiencia probatoria a las partes. De ahí que, el incumplimiento del deber judicial por parte del juez, no le supondría a éste ninguna responsabilidad, pues, no se trata de un deber fijado estrictamente.

No obstante, la mayor parte de la doctrina se posiciona a favor del carácter facultativo del precepto. Su opinión se fundamenta en la redacción del artículo, considerando que en caso de suponer una obligación, debería indicarse explícitamente con términos como “deberá” o “tendrá la obligación de...”; y, en los problemas que puede generar su desarrollo práctico en caso de considerar que se trata de un deber.

⁶⁸ PICÓ I JUNOY, J. “La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 51, 1998, p. 160.

⁶⁹ DAMIÁN ROMERO, J. (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, p. 2160.

⁷⁰ SAP 726/2002, de 28 de mayo, FJ 5º

⁷¹ RÍOS LÓPEZ, Y. en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. (dirs) y RÍOS LÓPEZ, Y. (coord.) (2006): *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona, p. 429.

⁷² PICÓ I JUNOY, J, “La iniciativa probatoria del juez y sus límites”, ob.cit, pp. 160-161.

Estos autores creen que el art. 429.1. II LEC supondría una alteración del principio de aportación de parte, lo que en nuestra opinión vendría a ser una vulneración, por tener el tribunal la obligación de indicar la idoneidad de la prueba propuesta, y el deber de completarla si fuese necesario.

Uniéndonos a la tesis de FERNÁNDEZ LÓPEZ, nos resulta difícil considerar que el juez está obligado a hacer uso de esta facultad, “fundamentalmente porque no se establece sanción alguna para el caso de que la incumpla”⁷³, y no tiene sentido prever una obligación cuyo incumplimiento no conlleva ninguna sanción o responsabilidad. Con respecto a esto, la doctrina minoritaria considera que el incumplimiento de la facultad de señalar la insuficiencia probatoria -lo que para ellos es una obligación-, debe dar lugar a la nulidad de actuaciones cuando en la sentencia, el juez manifieste que la prueba practicada se encontraba claramente afectada por la insuficiencia probatoria desde el momento en que se propuso y a pesar de ello, no lo comunicó a las partes. Desde nuestro punto de vista, la nulidad de actuaciones corresponde a otro tipo de intereses ya que no perjudica al juez de la misma manera que lo haría una penalización legalmente establecida. Por lo tanto, no es posible considerar la nulidad como una sanción.

Para DE LA OLIVA SANTOS, dicho artículo no puede configurar una nueva responsabilidad judicial, pues resultaría excesiva e ilógica; y añade que “la generalidad de los sistemas procesales civiles, y también el nuestro, vienen a entender que no sería ni razonable ni asequible (más bien imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quien hubiera de ocuparse -con la correlativa responsabilidad- de comprobar la certeza de los hechos, que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los órganos jurisdiccionales civiles”⁷⁴.

A su vez, incluso si la ley previera una sanción por su incumplimiento, en la práctica sería muy difícil aplicarla pues resultaría una figura difícil de controlar; ya que, su ejercicio se basa en el criterio subjetivo del juzgador, por lo cual, es imposible saber si

⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, p. 68.

⁷⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2004): *Derecho Procesal Civil*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, p. 306.

en el momento en el que pudo hacer uso de esta facultad, sabía o no, que las pruebas propuestas por las partes se encontraban afectadas por una insuficiencia probatoria; o, dicho de otro modo, no sería posible determinar si el juez sabía que el proceso se vería perjudicado por la falta de prueba.⁷⁵

En definitiva, partiendo de una interpretación sistemática, tal y como lo afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja del 31 de enero de 2005, el art. 429.1 II LEC “debe enmarcarse en sus justos límites que resultan de la interpretación sistemática respecto de toda la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar que la facultad admonitoria del Juez es potestativa, así como la expresión “podrá” del inciso segundo de dicho artículo igualmente confirma”⁷⁶. Dicho de otra manera, el precepto mencionado introduce una mera facultad.

6.2.2. Facultad de proponer a las partes la práctica de medios de prueba.

La facultad de proposición de prueba, le otorga al juez la posibilidad de proponer a las partes la práctica de las pruebas que considere oportunas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos que se ven afectados por la insuficiencia probatoria. ABEL LLUCH afirma que se trata de “una facultad de propuesta, concreta, potestativa y limitada”. En primer lugar, es de propuesta porque le permite al juez proponer a las partes la práctica de las pruebas que considere convenientes. En segundo lugar, es concreta ya que las pruebas que proponga serán las que él mismo estime necesarias. Por otro lado, entendemos que es potestativa ya que la propia normativa establece que “el tribunal..., podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica estime pertinentes”. Por último, se trata de una facultad limitada ya que se deberá ceñir “a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos”⁷⁷.

A nuestro parecer, calificar la segunda facultad del art. 429.1 II LEC como un deber puede suponer la vulneración del principio de imparcialidad judicial, dado que la

⁷⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): *Prueba y presunción de inocencia*, ob.cit., p. 68.

⁷⁶ SAP 44/2005, de 31 de enero, FJ 1º

⁷⁷ ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob.cit., pág 138

aplicación inmediata de ésta facultad, resultaría favorable para una de las partes, mientras que perjudica a la otra.

Esta facultad es más fácil de entender que la anterior y esto se debe a la claridad con la que se expresa el precepto. De todas formas, debemos mencionar dos cuestiones que establecen ciertos límites a la hora de aplicar esta facultad:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el art. 429.1 II LEC no otorga al órgano jurisdiccional un poder de iniciativa probatoria⁷⁸. Según lo previsto en el párrafo III, es una “manifestación del tribunal”, a la vista de la cual “las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba”. Por lo que se trata de una mera posibilidad del juez, para comunicar a las partes los medios de prueba que a su parecer son los adecuados para probar los hechos controvertidos. Por tanto, deben ser éstas las que decidan si añaden o cambian algo de su proposición de pruebas.

Por otro lado, según lo previsto en la ley, el tribunal puede sugerir las pruebas que considere adecuadas, y debe hacerlo “ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos”. Este segundo límite consiste en la imposibilidad de utilizar fuentes de prueba distintas a las existentes en el proceso, esto es, que el medio de prueba propuesto debe provenir de una fuente de prueba obrante en los autos⁷⁹.

Cabe decir que esta limitación no es totalmente clara, puesto que, no establece qué se debe entender por “elementos probatorios” y esto nos invita a reflexionar sobre el significado de la expresión. Por una parte, descartamos que se refiera a los medios de prueba, ya que el hecho de que el juez únicamente pueda proponer la práctica de pruebas que ya han sido propuestas, carece de sentido. Por otro lado, teniendo en cuenta que el propio art. 429.1 II LEC establece que la insuficiencia probatoria debe comunicarse a las partes indicando el hecho o los hechos controvertidos que se ven afectados, tampoco nos parece que haga referencia a los hechos que han sido alegados

⁷⁸ BANACLOCHE PALAO, J. (2001): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob.cit., pp. 725-726.

⁷⁹ CACHÓN CADENAS, M. (2001): *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: régimen transitorio de los juicios civiles*. Ed. J.M Bosch, Barcelona, p. 142.

por las partes, dado que esta referencia resultaría innecesaria. Desde nuestro punto de vista, entendemos por “elemento probatorio” aquello que debe -necesita- ser probado a través de los medios de prueba porque es lo que se discute, se trata del objeto de prueba. Y, de acuerdo con la opinión de autores como SERRANO MASIP, consideramos que la expresión de “elementos probatorios” únicamente puede referirse a las fuentes de prueba que constan en el proceso. De modo que los medios de prueba sugeridos por el juez han de versar sobre alguna de las fuentes introducidas a instancia de parte⁸⁰. De este modo, el juzgador mantiene su debida imparcialidad, puesto que su iniciativa no supone una investigación más allá del material que las partes han aportado al proceso.

Dentro de estos dos límites, cuando se dé una insuficiencia probatoria, el juez podrá sugerir a las partes cualquier medio de prueba que considere útil y adecuado para el caso y éstas podrán proponer su práctica (art. 429.1 III LEC). Es decir, no se establece ningún límite sobre los medios de prueba que el juez puede proponer.

6.3. ACTUACIÓN DE LAS PARTES

Según el art. 429.1. III LEC, “las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”. Tras la manifestación del juez, las partes podrán efectuar dicha ampliación o modificación de sus proposiciones oralmente, en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal. Y el juez deberá pronunciarse sobre las pruebas consideradas completadas o modificadas en el momento y de forma oral⁸¹.

El hecho de que el juez ejerza las facultades previstas en el párrafo segundo del art. 429.1 LEC no significa que pueda imponer su criterio a las partes. Por lo tanto, no será vinculante y las pruebas propuestas por él sólo podrán practicarse si las partes lo deciden. Dicho de otro modo, las partes no están obligadas a seguir las indicaciones del juez. ABEL LLUCH considera que “ésta interpretación es la más respetuosa con el

⁸⁰ SERRANO MASIP, M., “La intervención del Tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes” (art. 429.1.2º LEC) *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, p. 1868.

⁸¹ ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob.cit., p. 145.

principio de aportación de parte ya que la decisión última de introducir nuevos medios de prueba corresponderá a las partes, en concordancia con los artículos 216 y 282.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Sin embargo, el hecho de que alguna de las partes no siga la indicación del juez sobre la insuficiencia probatoria puede servir como indicio negativo hacia ella con consiguiente aplicación del onus probandi previsto en el art. 217 LEC⁸².

Parece que lo más adecuado y común es que la parte a la que le afecta la insuficiencia probatoria siga las indicaciones del juez. Puesto que, a través de la ampliación o modificación de su proposición de prueba, conseguirá disminuir significativamente el riesgo de que el juez dicte una sentencia basándose en las reglas de la carga de la prueba y que por eso le resulte desfavorable.

Sin embargo, es posible que la parte decida no seguir las indicaciones del juez, porque cree que las pruebas propuestas anteriormente son suficientes para probar los hechos controvertidos o porque considera que las pruebas propuestas por el tribunal no son adecuadas para obtener dicho resultado. En estos casos, la actuación de la parte podría conllevar diversas consecuencias negativas para esta.

Según el art. 435.1.1a LEC, “no se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429”. Así pues, la imposibilidad de solicitar posteriormente la práctica de los medios de prueba que pudieron practicarse, sería una de las posibles consecuencias de las que hablábamos en el párrafo anterior.

En caso de que el juez señale la insuficiencia probatoria sin sugerir las pruebas cuya práctica considere convenientes, y la parte afectada por la insuficiencia, proponga medios adicionales, es posible que todos o alguno de estos no sean admitidos por el tribunal. Teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional, al poner de manifiesto la

⁸² ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY, J. (2003): *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, pp. 52-53.

existencia de la insuficiencia probatoria ha abierto un nuevo periodo de proposición de pruebas, y, debemos entender que cabe la posibilidad de que, al inadmitir las pruebas propuestas, las partes puedan interponer el correspondiente recurso de reposición previsto en el art. 285.2 LEC. Dicho recurso se tramitará y resolverá en el acto, y en caso de que se desestime, la parte podrá formular la correspondiente protesta para hacer valer sus derechos en la segunda instancia⁸³.

6.4.PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE OFICIO

Una de las cuestiones de mayor trascendencia que suscita el art. 429.1 II y III LEC es la práctica de la prueba de oficio en caso de que las partes opten por no seguir la indicación del juez. Ante esta cuestión, la doctrina se divide en dos partes:

Por un lado, la doctrina mayoritaria considera que no debe admitirse que el juez acuerde pruebas de oficio cuando las partes han optado por no seguir sus indicaciones. De acuerdo con SEOANE SPIEGELBERG, entendemos que se trata de “una mera invitación judicial, por lo que han de ser los propios litigantes los que, en virtud de la misma, completen o modifiquen las pruebas propuestas, sin que quepa su práctica por mor de la manifestación judicial no aceptada por las partes”⁸⁴. Según ETXEBERRIA GURIDI, hay cuatro argumentos que dan pie a dicha afirmación. El primero, se basa en el principio de aportación de parte, dado que, como regla general, la iniciativa probatoria corresponde a las partes y de manera excepcional, al juez (art. 282 LEC). El segundo argumento nace del art. 429.1 III LEC, pues otorga a las partes la capacidad de completar o modificar sus proposiciones iniciales en vista de la indicación de insuficiencia probatoria. El tercer motivo reside en la literalidad del contenido del art. 429.1 II LEC al referirse a las facultades del juez con términos como “manifestar” o “señalar”, en vez de “ordenar” o “decretar”. Por último, el cuarto argumento proviene

⁸³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art 429.1.II LEC”, *Práctica de tribunales revista de derecho procesal civil y mercantil*, Nº 21.

⁸⁴ SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2002): *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 29.

del art. 435.1.1ª LEC, al establecerse que con carácter general la proposición de pruebas corresponde a las partes⁸⁵.

Por otro lado, un sector minoritario defiende la práctica de la prueba de oficio. GIMENO SENDRA, entiende que el último inciso del art. 429.1 II permite al juez practicar pruebas de oficio gracias a una interpretación conjunta con el art. 282 LEC. Y añade que el art. 282 LEC prevé, con carácter general, la vigencia del principio de aportación y, excepcionalmente, la posibilidad de que el juez pueda practicar pruebas de oficio⁸⁶.

A pesar de ello, el mismo artículo 282 LEC establece que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas (...) cuando así lo establezca la ley”. Por lo tanto, la aplicación de dicho precepto está condicionada por la necesidad de que esté expresamente prevista por la ley. Cosa que a diferencia de otros artículos, en el presente caso no ocurre, puesto que el art. 429.1 II LEC únicamente otorga al juez la facultad de sugerir a las partes que propongan los medios de prueba que éste considera adecuados para superar la insuficiencia probatoria, pero la práctica siempre dependerá de las partes.

A la vista de lo establecido en el art. 429.1 LEC, el órgano jurisdiccional, no podrá suplir la falta de proposición de prueba de las partes ordenando de oficio la práctica de la misma. En caso de que fuese posible, esto supondría la vulneración del principio de aportación de parte (art. 282 LEC), puesto que ante la inactividad de las partes, el juez siempre podrá ordenar la práctica de cualquier medio de prueba. Por otro lado, la previsión del art. 752.1 II LEC sobre la posibilidad de practicar prueba de oficio en los procesos no dispositivos carecería de sentido, ya que en los dispositivos tampoco existiría ninguna limitación respecto a la posibilidad de que, ante la insuficiencia de la prueba practicada por las partes, el juez practique prueba de oficio. Por último, si el juez pudiese practicar pruebas de oficio, lo que el art. 429.1 III LEC establece sobre la capacidad de las partes de completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista

⁸⁵ ETXEBERRIA GURIDI, F. (2003): *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 276-277.

⁸⁶ GIMENO SENDRA, V. (2001): *Proceso Civil Práctico*. Ed. La Ley. Madrid, pp. 284-285.

de las indicaciones del tribunal, tampoco tendría sentido porque en ese caso, la actividad a instancia de parte no sería necesaria⁸⁷.

Después de analizar los argumentos de diferentes autores, cabe decir que, tal y como lo expresa BANACLOCHE PALAO, el art. 429.1 II LEC “no habilita en ningún caso al tribunal a ordenar prueba de oficio en el proceso civil; únicamente puede recomendar a las partes que modifiquen su proposición de prueba”⁸⁸. La facultad de que las partes puedan proponer las pruebas es expresión directa del principio dispositivo y de aportación de parte. De modo que, la práctica de oficio precisa una habilitación legalmente establecida con determinación de los presupuestos aplicables. Cosa que no ocurre en el art. 429.1 II y III LEC⁸⁹.

En definitiva, tal y como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ con respecto a la iniciativa probatoria de oficio, “la LEC no confiere un haz demasiado amplio de facultades en este sentido, sino que más bien se muestra como un texto bastante apegado al principio de aportación de parte con pocas concesiones a su contrario, el principio de investigación”⁹⁰.

⁸⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art 429.1.II LEC”, *Práctica de tribunales revista de derecho procesal civil y mercantil*, Nº 21.

⁸⁸ BANACLOCHE PALAO, J. (2001): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob.cit., p. 726.

⁸⁹ ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob.cit., p. 158.

⁹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006): *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, p. 65.

7.CONCLUSIONES

A modo de conclusión le daremos una respuesta a la pregunta que forma el núcleo de este trabajo: ¿el alcance del art. 429.1 II de la LEC otorga al juez una facultad o le impone un deber? además, haremos referencia a ciertos principios rectores del proceso civil que podrían ser vulnerados.

1.La literalidad de la redacción del art. 429.1 II LEC puede dar lugar a entender que nos encontramos ante un deber. Sin embargo, teniendo en cuenta la falta de precisión del texto y los inconvenientes que dicha consideración podría suscitar, entendemos que con el fin de evitar que el juez se vea obligado a dictar una sentencia basada en las reglas de la carga de la prueba y que el proceso carezca de sentido, el mencionado precepto le otorga a éste la posibilidad de indicar a las partes la existencia de una insuficiencia probatoria; y, en su caso, de sugerir los medios de prueba cuya práctica considere adecuada para subsanar la falta de prueba, siempre y cuando, no aporte hechos que no hayan sido alegados por las partes, ni utilice fuentes de prueba distintas a las que figuran en los autos.

A través de esa limitación se evita que el ejercicio del órgano jurisdiccional consista en una investigación, dado que, a diferencia del proceso penal, en el civil, el juez no puede investigar de oficio y en caso de hacerlo, ello supondría una vulneración del principio de imparcialidad judicial.

2.La introducción de esta norma en la nueva LEC, no supone, como algunos creen, una extensión de las competencias del órgano juzgador con respecto a la prueba. Se trata de un adelanto de la función que el juez ha realizado siempre a la hora de dictar el fallo, pasando a tener lugar en la fase de la vista o de la audiencia previa tras la proposición de prueba de las partes.

3.Teniendo en cuenta que el de aportación de parte y el dispositivo son unos de los principios rectores del proceso civil y establecen que la proposición de los medios de

prueba y la acreditación de los hechos que les sean favorables corresponde a las partes, limitando al tribunal a decidir los asuntos conforme a las aportaciones de estas, a nuestro juicio, carecería de sentido que la propia ley obligue al juez a indicar la idoneidad de la prueba propuesta y a completar la falta de prueba por sí mismo, pues esto supondría una vulneración de los mencionados principios.

4. En vista de que la LEC no prevé ninguna sanción en caso de incumplimiento, no podemos pensar que el art. 429.1 II conlleva una obligación; pues resultaría ilógico establecer un deber cuyo incumplimiento no implique ninguna penalización o responsabilidad. Tampoco podemos considerar la nulidad de actuaciones como una sanción, porque dicha nulidad corresponde a otro tipo de intereses en vista de que no repercute en el juzgador como lo haría una penalización prevista expresamente por la ley.

5. El ejercicio de la facultad de señalar la insuficiencia probatoria consiste en una valoración subjetiva del juez. Por lo tanto, incluso si la propia LEC previera una sanción por su incumplimiento, en la práctica resultaría difícil aplicarla. En vista de que no hay manera de saber si aún apreciando la falta de prueba en las proposiciones de las partes optó por no indicarlo, o, si a través de su predicción no fue capaz de apreciar que el proceso se vería afectado por una insuficiencia probatoria, desde nuestro punto de vista es impensable exigirle responsabilidad por incumplimiento al juzgador.

Además, si se tratase de una obligación, la misma LEC establecería un sistema de control para evaluar en cada caso si el juez cumplió su deber. Cosa que nos parece imposible ya que es una facultad del órgano jurisdiccional, y no se nos ocurre ningún modo de averiguar si se ha llevado a cabo o no.

6. De todos modos, tal y como se deriva del art. 429.1 III LEC, corresponde a las partes decidir si tendrán en cuenta o no las indicaciones del tribunal y en base a eso añadir o modificar sus proposiciones de prueba. Por lo tanto, independientemente de que el párrafo segundo de dicho precepto otorgue al juez una facultad o le imponga un deber, la última palabra la tienen siempre las partes.

7. Es cierto que el art. 282 LEC prevé la posibilidad de que el juzgador pueda practicar pruebas de oficio. Sin embargo, dicha posibilidad está condicionada por el propio precepto a la necesidad de que se encuentre expresamente prevista por la ley, cosa que no ocurre en este caso. Por lo tanto, el juez, no podrá practicar pruebas de oficio para subsanar la insuficiencia probatoria de los medios de prueba propuestos por las partes.

8.BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY, J. (2003): *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Ed. J.M Bosch, Barcelona

ABEL LLUCH, X. (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. J.M Bosch. Barcelona.

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. (dirs) y RÍOS LÓPEZ, Y. (coord.) (2006): *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona.

ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007): *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. Ed. Bosch Procesal, Barcelona.

ABEL LLUCH, X., “Jurisprudencia sobre derecho probatorio“, *Diario La Ley* Nº 8332, del 13 de junio de 2014.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ I., HINOJOSA SEGOVIA, R., PEITEADO MARISCAL, P., TOMÉ GARCÍA, J.A., (2004): *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Ed. Colex, Madrid.

BANACLOCHE PALAO, J. (2001): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid.

BONET NAVARRO, J (2009): *La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones fundamentales*. 1ª edición, Ed. Difusión.

BONET NAVARRO, J., *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*. *Diario La Ley*. Nº 7256, del 6 de octubre de 2009.

CACHÓN CADENAS, M. (2001): *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: régimen transitorio de los juicios civiles*. Ed. J.M Bosch, Barcelona.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

DAMIÁN ROMERO, J. (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (2000): *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

DE LA OLIVA SANTOS, A.(2004): *Derecho Procesal Civil*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (2016): *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

ESCRIBANO MORA, F (2001): *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. IV Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

ETXEBERRIA GURIDI, F. (2003): *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005): Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art 429.1.II LEC, *Práctica de tribunales revista de derecho procesal civil y mercantil*, N° 21.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006): *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid.

FERRER BELTRÁN, J. (2002): *Prueba y Verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Barcelona.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (2004): *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

GIMENO SENDRA, V. (2001): *Proceso Civil Práctico*. Ed. La Ley. Madrid.

GIMENO SENDRA, V. (2015): *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración: Parte general*. Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid.

GOLDSCHMIDT (1936): *Teoría General del Proceso*, trad. esp. Barcelona.

MONTERO AROCA, J. (2005): *La prueba en el proceso civil*. Ed. Thomson-Civitas. Navarra.

MONTERO AROCA, J. (2017): *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M.P. (2018): *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, 26ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia.

MUÑOZ SABATÉ, L. (2001): *Fundamentos de prueba judicial civil*, Ed. J.M Bosch, Barcelona.

MUÑOZ SABATÉ, L. (2017): *Técnica Probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª edición, Ed. La Ley, Madrid.

- ORTELLS RAMOS, M. (2008): *Derecho Procesal Civil*, 8ª edición, Ed. Aranzadi.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2019): *Practicum, ejercicio de la abogacía*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- PICÓ I JUNOY, J. (1996): *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. Bosch. Barcelona.
- PICÓ I JUNOY, J. “La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites“, *Revista del Poder Judicial*, nº 51, 1998.
- PICÓ I JUNOY, J. (2001): *Los principios del nuevo proceso civil*, Ed. Dijusa, Barcelona.
- PICÓ I JUNOY, J. (2007): *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, 1ª edición, Ed. J.M Bosch, Barcelona.
- RIFÁ SOLER, J.M. RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I. (2006): *Derecho Procesal Civil Vol.II*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona.
- SAINZ ROBLES, C. y ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1983): El derecho a la prueba en “Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo”, Madrid.
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2002): *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- SERRANO MASIP, M. (2004): “La intervención del Tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes“ (art. 429.1.2º LEC) *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 1.