

Trabajo Fin de Grado

Iniciativa Probatoria de Oficio del Juez en el
Proceso Civil

Autor

Daniel Sediles
García

Directora

María Jesús Germán Urdiola

Facultad de Derecho
2021

ÍNDICE:

- I. **ABREVIATURAS**
- II. **INTRODUCCIÓN**
- III. **BREVE REFERENCIA A PRECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO**
- IV. **EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE: REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES**
- V. **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 429.1 II y III DE LA LEC**
- VI. **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 435.2 DE LA LEC**
- VII. **BREVE REFERENCIA A LOS PROCESOS NO DISPOSITIVOS**
- VIII. **ARGUMENTOS TRADICIONALES CONTRARIOS A LA ATRIBUCIÓN DE LA INICIATIVA PROBATORIA AL JUEZ CIVIL**
- IX. **LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL EN DIFERENTES ORDENAMIENTOS EUROPEOS: MAYOR HINCAPIÉ EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS Y PORTUGUÉS**
- X. **CONCLUSIONES FINALES**
- XI. **BIBLIOGRAFÍA**

I. ABREVIATURAS

- Art[s]: Artículo[s]
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ob. Cit. : Obra Citada
- Vol. : Volumen
- Ed. : Edición
- P[p]: Página[s]
- CC: Código Civil
- Ss: Siguientes
- SAP: Sentencia de Audiencia Provincial
- Núm: Número
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo

II. INTRODUCCIÓN

La materia a tratar en este trabajo procede de una de las ramas del Derecho y de una de las materias de mayor importancia en el Grado Universitario de Derecho, el Derecho Procesal Civil.

Durante el estudio de la asignatura de Derecho Procesal Civil se presentó la opción de realizar un trabajo de investigación sobre una gran variedad de temas a elegir, la elección la tuvimos que llevar a cabo al inicio de la impartición de las clases de dicha asignatura, momento en el que me sentí atraído hacia uno de los temas que se ofertaban: “La Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil”.

Todavía no tenía claro ciertos conceptos generales sobre el Derecho Procesal, pero era conocedor de que en los procesos civiles imperan los principios dispositivo y de aportación de parte y en los procesos penales el principio de oficialidad, por lo que me resultó extraño y sentí curiosidad por estudiarlo. Decidí realizar mi trabajo sobre ese tema, un breve trabajo en comparación con el que aquí presento. Todo ello me llevó a la conclusión de que en mi Trabajo de Final de Grado podía desarrollar más el tema inicialmente elegido.

En cuanto a la pregunta de investigación, tras el análisis de la cuestión planteada, intentaré analizar las posibilidades de una mejoría en la regulación existente respecto a este tema, tras la comparativa con lo dispuesto en algunos ordenamientos jurídicos en el plano europeo.

El presente trabajo ha sido estructurado de la siguiente manera: después de esta Introducción realizo una breve reseña a los Precedentes Normativos sobre la Iniciativa Probatoria de Oficio, posteriormente, de forma escueta, analizaremos la incidencia en la materia de los Principios de Aportación de Parte y el Principio Dispositivo, para continuar analizando de manera más extensa los arts 429.1 y 435.2 de la LEC; tras unas breves pinceladas relativas a los Procesos No Dispositivos finalizo con un estudio de los Argumentos Tradicionales Contrarios a la Atribución de la Iniciativa Probatoria al Juez Civil, una comparativa con diferentes ordenamientos europeos y con las Conclusiones Finales.

En cuanto a la metodología para su realización, ha consistido en el estudio y consulta de diferentes manuales, artículos y jurisprudencia sobre la materia que se encuentran listados en el apartado de Bibliografía.

III. BREVE REFERENCIA A PRECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO

En este apartado se señalan ciertos artículos y disposiciones en los que se puede observar ciertos atisbos del tema objeto de estudio que datan de antiguos textos normativos ya derogados.

Según Gómez Martínez cabe destacar los siguientes¹:

1. *El art. 208 CC, modificado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.*

Este artículo narraba lo siguiente: “*El juez oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, oirá el dictamen de un facultativo y, sin perjuicio de las demás pruebas practicadas a instancia de parte, podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes*”².

Se observa aquí una mitigación del principio de aportación de parte al otorgarse a la figura del juez esa potestad relativa a la práctica de pruebas de oficio³.

2. *El art. 340 LEC 1881, tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

El artículo disponía lo siguiente: “*Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer: 1.º Traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. 2.º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados. 3.º Practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho. 4.º Examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre contase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervenientes. 5.º Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el*

1 GÓMEZ MARTÍNEZ, C. *El papel del juez en el proceso civil un año después de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000*, ob. cit. p. 3

2 Art. 208 CC, modificado por Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

3 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 35

pleito. Contra esa clase de providencias no se admitirá recurso alguno. En la práctica de estas diligencias se dará intervención a las partes”⁴.

Del texto normativo se deduce la potestad judicial para acordar algunas pruebas, pero siempre después de la vista o de la citación para sentencia y antes de emitir el fallo concreto, todo ello con el fin de mejorar la certeza judicial⁵.

3. El art. 129 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes

En este artículo se disponía lo siguiente: “*1. La persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente, sin perjuicio de las que puedan solicitarse al amparo del artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 2. Antes de resolver sobre la petición formulada, el Juez podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que estime oportunas”⁶.*

Nos encontramos aquí con las llamadas “diligencias de comprobación de hechos” que permitían que la parte legítima solicitara, siempre en caso urgente, una comprobación de determinados hechos que puedan llegar a provocar una violación del derecho de patentes⁷.

4. El art. 29.b de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

El citado artículo indica que: “*Los procesos a que se refiere el artículo anterior se tramitarán conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios de menor cuantía, con las siguientes particularidades: [...] b) Sin perjuicio de lo que se pueda acordar para mejor proveer, el juez, al momento de decidir el recibimiento a prueba, podrá requerir de oficio al anunciante para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, siempre que aprecie que tal exigencia es acorde con las circunstancias del caso, atendidos los legítimos intereses del anunciante y de las demás partes del proceso [...]”⁸.*

El artículo estableció la potestad del juez para requerir de oficio al demandado a fin de que proporcionase pruebas sobre la fidelidad de los datos materiales que se encontraban incluidos en la

4 Art. 340 LEC 1881, tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil

5 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 36

6 Art. 129 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes

7 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 37

8 Art. 29.b de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

publicidad⁹.

También cabe señalar dos disposiciones normativas relativas a lo tratado en este apartado (*la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1989, de 21 de junio, procesos relativos a indemnización de daños con motivos de accidentes de circulación* y el art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal). De los ejemplos reseñados cabe deducir que la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil no se trata de un aspecto novedoso en cuanto a invención normativa, que se introdujo específicamente con la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, dado que en el pasado podemos constatar su existencia y posiblemente, las disposiciones actuales sobre esta iniciativa probatoria se conviertan en el futuro en otro precedente para las que pudieran instaurarse.

IV. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE: REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES

Como regla general, los medios de prueba que se solicite practicar, serán a instancia de parte, de acuerdo con el art. 282 LEC. Aunque, como bien establece este mismo artículo, podrán acordarse de oficio cuando esté establecido por ley. En esta misma línea dispone el art. 217.3 LEC que la carga de la prueba recae sobre las partes; es decir, éstas tienen que probar los hechos que forman el supuesto para poder obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

El proceso civil se rige por una serie de principios, entre los cuales destacan: el principio de aportación de parte y el dispositivo.

El principio de aportación de parte implica que las partes deben solicitar los medios de prueba que estimen pertinentes que han de llevarse a cabo; o como bien indica el profesor Lafuente, “*las partes son las que llevan el peso de la actividad probatoria*”¹⁰.

El anterior principio va a la par del principio dispositivo, consagrado en el art 216 LEC que establece 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*”.

La propuesta de pruebas se produce en la audiencia previa, si nos encontramos en un juicio ordinario¹¹, o en el desarrollo de la vista, si se trata de un juicio verbal¹².

9 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 39

10 LAFUENTE TORRALBA, ALBERTO J: *Apuntes de Derecho Procesal I*, (2015-16), ob. cit., p. 7

11 Art. 429 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

12 Art. 443.3.i. f. de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

Hemos hablado antes de la regla general, pero como es habitual la norma cuenta con excepciones: hemos de remitirnos aquí a lo dispuesto en el art. 282 de la LEC, en su segundo inciso: “*el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*”.

Dicha excepción puede observarse en los llamados procesos no dispositivos, a los que aludiremos más adelante. Éstos son procesos de carácter civil especialmente sensibles en los que prevalece un especial interés público por la búsqueda de la verdad y de una sentencia ajustada a derecho que vele por los intereses de las partes directamente afectadas. Nos referimos aquí a los procesos de incapacidad, filiación, matrimoniales y de menores establecidos en los arts. 748 LEC y ss. En estos procesos se moldea la incorporación de hechos en el respectivo proceso de tal forma que pueden ser incluidos “de otra manera en el procedimiento” de acuerdo con el art. 752.1 I LEC¹³.

V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 429.1 II y III DE LA LEC

Este artículo fue una de las novedades que introdujo la LEC 1/2000, cuya redacción final se debe a una enmienda transaccional del grupo parlamentario socialista que proponía una amplia iniciativa probatoria del juez¹⁴.

La disposición se encuentra situada en la parte de la regulación de la fase de audiencia previa del juicio ordinario. Vamos a recordar su contenido, en su segundo párrafo, dentro de su apartado uno, señala lo siguiente: “*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*”¹⁵. Asimismo, el tercer párrafo concluye con lo siguiente: “*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*”¹⁶.

13 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 66

14 PICÓ I JUNOY, J: *El Juez y la Prueba*, BOSCH, (2007), ob. cit. p. 124

15 Art. 429.1 II de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

16 Art. 429.1 III de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

Con esta disposición lo que se pretende es favorecer el desenvolvimiento del proceso civil, sirviendo de complemento a los principios de aportación de parte y dispositivo. Pero sobre todo para aquellas situaciones en las que se cometan desatinos de carácter formal por las partes implicadas en el proceso en el momento de la proposición de prueba o cuando se solicite la recepción del juicio a prueba¹⁷. En definitiva, nos encontramos ante una facultad judicial de integración probatoria.

Dicha facultad se dispone en el momento de la proposición de la prueba; en caso de que nos encontremos ante un procedimiento ordinario se llevará a cabo durante la audiencia previa y si es ante un juicio verbal durante la vista. Cabría resaltar que nos hallamos ante el supuesto en el que el juez ha de señalar, si procede, la existencia de insuficiencia probatoria.

Según Juan Damián Moreno “esta obligación constituye una grave intromisión en la actividad organizativa de las partes. Parece como si la ley quisiera descargar sobre el juzgador el deber de defender a aquellos litigantes cuyos derechos puedan verse amenazados como consecuencia de una supuesta deficiencia advertida en la estrategia procesal elegida respecto de los hechos sobre los que ha de recaer la actividad probatoria”¹⁸. Es preciso subrayar que no nos encontramos ante un deber para el juzgador sino en una posibilidad.

Tal y como venimos indicando, el artículo permite al juez “proponer” pruebas oportunamente consideradas por él para esclarecer los hechos controvertidos ante la insuficiencia probatoria. Pero para que pueda llevar a cabo tal facultad, se precisa de la concurrencia de determinados presupuestos que vienen contemplados en el propio artículo: a) las partes han de establecer los hechos controvertidos en sus respectivos escritos de alegaciones, b) ha de llevarse a cabo la oportuna proposición de prueba y c) se precisa que el juez haga un juicio de valor sobre la insuficiencia de la prueba propuesta¹⁹.

Tal y como indica Picó Junoy, existen unos límites que esta facultad no ha de sobrepasar bajo la pena de que en caso de vulnerarlos no se podría considerar válido lo propuesto. Estos límites son:

17 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. p. 45

18 DAMIÁN MORENO, J. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LEX NOVA, (2002), ob. cit. pp. 2159-2161

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

“1º La imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes. 2º La imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso. 3º La necesidad de permitir la contradicción de las partes, proponiendo nuevas pruebas y participando en la práctica de toda la actividad probatoria”²⁰.

Como venimos indicando el art. 429.1 III señala que “las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”. De lo reseñado se desprende que, una vez que el juez haya indicado la insuficiencia probatoria y propuesto las que él estime oportunas, las partes tienen la posibilidad de aceptar estas o no, es decir, no resulta vinculante lo planteado por el juez. Si las partes aceptan deberán manifestarlo oralmente en la audiencia previa o en la vista, dependiendo del tipo de juicio en el que nos encontremos.

Cuestión especialmente polémica es la posibilidad del juez de solicitar la práctica de la prueba de oficio. Una vez más, existen opiniones doctrinales contradictorias en esta materia. El sector mayoritario, liderado por Etxeberria Guridi, defiende su postura en cuatro argumentos: el primero se funda en el principio de aportación de parte; el segundo se extrae del art. 429.1 II LEC, ya que otorga a las partes la posibilidad de completar o modificar sus proposiciones iniciales; el tercero reside en la literalidad del texto legal al observarse términos como manifestar o señalar en vez de ordenar o decretar; y el cuarto reside en el art. 434.1.1º de la LEC que establece que, de forma general, la proposición de pruebas pertenece a las partes²¹.

El alcance de esta normativa contenida en los ya mencionados artículos otorga a la figura del juez una doble posible participación: la facultad de indicar la insuficiencia de material probatorio propuesto por las partes y una facultad de proposición de prueba²². Dentro del contenido de la primera facultad cabe discernir dos tipos de alcance: uno de carácter general y otro de carácter particular. En cuanto al alcance general, nos referimos a que se permite a la figura del juez exponer la escasez de material probatorio propuesta por las partes. En cuanto al alcance particular, la figura del juzgador puede indicar los hechos afectados precisamente por esa escasez en cuanto a material probatorio²³. Respecto a la segunda facultad solamente cabe señalar que se trata de “una facultad de

20 PICÓ I JUNOY, J: *Los principios del proceso civil*, ob. cit. pp. 38 y ss

21 ETXEBERRÍA GURIDI, JOSÉ F: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, TIRANT LO BLANCH, (2003), ob. cit. pp. 276-277

22 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 134

23 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. pp. 134-137

propuesta, concreta, potestativa y limitada”, es decir, una facultad que permite a la figura del juez la proposición a las respectivas partes de las pruebas pertinentes ante cierta escasez de material probatorio y que está limitada en cuanto a que se debe ajustar a los elementos de carácter probatorio de cuya existencia llegue a resultar de los autos²⁴.

Como indica Fernandez López²⁵, cuando el Juez ejercite esta facultad, las partes no se encuentran obligadas a realizar la proposición de las pruebas que les pueda sugerir la figura del juzgador. En principio, la parte que se posicione como la más vulnerable en cuanto a la escasez de material probatorio seguirá las indicaciones sugeridas por el juez, pero ¿y si la parte hace caso omiso a lo sugerido por el juez? Se trata de una situación en la que el abogado de esa parte considera que con todo el material probatorio aportado ya es suficiente, aún con la advertencia del juez. En tal circunstancias las consecuencias serían la de la imposibilidad de, llegadas las diligencias finales, solicitar la práctica de aquellas pruebas que se hubieran sugerido, además de que se podría exigir responsabilidad al abogado de aquella parte que no hubiera propuesto material probatorio y que hubiera causado un vacío en el carácter probatorio total.

En cuanto a la recepción doctrinal ante esta disposición y según Xavier Abel Lluch, podemos diferenciar las opiniones de carácter doctrinal en dos clases²⁶. Primero estarían los “desconfiados”, que presentan un razonamiento fundamentado en la innecesidad²⁷, inconveniencia²⁸, excepcionalidad²⁹ y la existencia de una gran problemática al respecto³⁰. Este grupo defiende una interpretación de carácter restrictivo de la disposición normativa³¹. Es decir, acogen esta facultad con reservas, siendo censurable para algunos autores que critican su eficacia y alcance, indicando que la jurisprudencia tendrá que complementarla. Tratan esta facultad como un mecanismo difícil de utilizar, de interpretar y que no llega a convencerles. En el segundo grupo encontramos posturas tales como aquellos que la consideran un método para poder paliar la inactividad de carácter probatorio por parte de los órganos judiciales³², los que encuentran útil esta disposición para su uso

24 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. pp. 137-139

25 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M: *Las Facultades Probatorias del Juez Civil previstas en el artículo 429.1 II LEC*, Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 21, noviembre 2005

26 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. pp. 118-120

27 SACRISTÁN REPRESA, G: *Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Revista Jueces para la Democracia, núm. 40, marzo de 2001

28 DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit. p. 276

29 GARBERÍ LLOBREGAT, J. & BUITRÓN RAMÍREZ, G. *La prueba civil*, ob. cit. p. 187

30 MARRERO FRANCÉS, I. *Ánalisis del art. 429.1 II y III LEC*, ob. cit. p. 66

31 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 119

32 ASENCIO MELLADO, J. Mª. *Proceso Civil Práctico*, ob. cit. pp. 1-35

moderado frente a la precisa neutralidad judicial y, según Fernández Urzainqui, aquellos que prevén las trabas que se puedan derivar de la posible carencia de material probatorio o la apelación por parte del juez de que esta facultad puede ayudarle a realizar bien su labor³³ o que una mayor flexibilidad en la intervención judicial no sería desacertada³⁴.

En resumen; el segundo grupo contempla esta disposición con mejores ojos al entender que no existe extralimitación por parte del juez. Se trata de contribuir al proceso y de suplir la inactividad de carácter probatorio en la figura de los juzgadores. Algunos destacan sobre todo la novedad de la disposición, aunque como ya he expuesto en uno de los epígrafes anteriores se asienta sobre los precedentes ya expuestos.

En opinión de Pedro Felipe Barbosa Moreira: “*al juez le corresponde esencialmente juzgar, pero juzgar quiere decir aplicar las normas jurídicas pertinentes a los hechos que han originado el litigio. De ahí que al órgano judicial le es tan indispensable el conocimiento de los hechos cuanto el conocimiento de las normas: y constituyendo las pruebas, como nadie ignora, la vía normal de acceso al conocimiento de los hechos, resulta lógico estimar inherente a la tarea del juez la iniciativa probatoria*”³⁵. Lo principal que se ha de extraer de las anteriores palabras es que el juez ha de cumplir con su función primordial que es juzgar, incluyendo en esa tarea esta facultad.

Entre los posibles problemas que puedan plantearse, y a título meramente enunciativo cabe destacar³⁶:

- a) El primer problema deriva de la ubicación en la que se encuentra localizado el uso de esta facultad en el entramado del proceso: la audiencia previa al juicio, en los procesos ordinarios. Cabe resaltar la dificultad que le supondrá a la figura del juez para detectar esa insuficiencia probatoria en un momento del proceso en el que todavía no se ha llegado a la fase de práctica de las pruebas propuestas. Simplemente se aplicaría esta facultad a casos de desaciertos en la proposición de pruebas o de escasez de material probatorio. Su sentido radica en la no vulneración de la

33 SANCHÍS CRESPO, C. *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, TIRANT LO BLANCH, (2002), ob. cit. p. 285

34 VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit. p. 17

35 BARBOSA MOREIRA, PEDRO F: *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, COMARES, (1984), ob. cit. p. 156

36 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. pp. 63-65

imparcialidad del juez además del derecho a una tutela judicial efectiva.

b) Un segundo problema que podría devenir del ámbito de la carga de la prueba. Residiría en que las partes podrían depositar su total confianza en la figura del juzgador para que pudiera paliar su situación de escasez de material probatorio y por ello no hicieran una búsqueda “intensiva” de dicho material. Es decir, las partes no pueden acudir al proceso sin ese material necesario y posible para justificar su posición con la esperanza de que el juez “acuda al rescate” proponiendo el material probatorio más acertado.

Previamente hemos mencionado el art. 216 LEC, cuyo contenido podría ser a simple vista incompatible con esta facultad del juez. Pero si retomamos lo expuesto en el art. 429.1 II LEC, se dispone que los Tribunales se ceñirán a los elementos probatorios existentes resultantes de los autos; por lo que en cuanto a lo que la figura del juez puede aportar nunca se situará fuera de lo que las partes hayan aportado³⁷.

Según Abel Lluch y Picó I Junoy, el art. 429.1 II y III de la LEC parece otorgar a la figura del juez un deber legal no exigible en vez de una facultad³⁸.

En una primera lectura de la disposición puede deducirse que se “impone” a la figura del juez la obligación de anunciar la escasez de material probatorio en caso de apreciarla; pero, en caso de que tal facultad no sea asumida por el órgano judicial no determina responsabilidad alguna para el juzgador. Se trata de una posibilidad del juzgador ante una situación de insuficiencia probatoria en la que éste podrá proponer a las partes unas determinadas pruebas que considere oportunas para poder esclarecer aquellos hechos alegados. Facultad de carácter limitado y que no puede usarse de forma indiscriminada.

En cuanto al apartado jurisprudencial me gustaría reseñar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5^a) núm. 402/2007 de 27 de diciembre; en ella, tras la desestimación de la demanda debido a la escasez de material probatorio, la parte demandante funda su recurso en que de acuerdo con el art. 429.1 de la LEC la figura del juzgador debería haberle advertido de esa escasez

37 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. pp. 32-36

38 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. pp. 47-52

de material probatorio y que “*en caso de no acogerse el anterior motivo, debe declararse la nulidad de actuaciones, retrotrayéndolas a ese momento procesal*”. La sentencia de la Audiencia Provincial motivó su decisión y desestimó el recurso con los siguientes argumentos: 1º) Los letrados ostentan la dirección y defensa de sus respectivos patrocinados; no es razonable que la figura del juez deba realizar un proceso de verificación y comprobación en cuanto a la certeza de los hechos que afirman las partes. 2º) Esta disposición normativa faculta al juez a fin de poder advertir la existencia de la carencia de material probatorio en un determinado momento, pero si no lo advirtió, no se pueden llegar a retrotraer las actuaciones al momento de la proposición de prueba.

Sentencia más reciente es la de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) núm. 404/2018 de 5 de junio dictada tras sentencia desestimatoria para la parte demandante. El tema tratado en instancia versa sobre un atropello sufrido por la demandante. Uno de los motivos del recurso se centra en que “*al echarse en falta la prueba de la existencia del accidente, el juez no hizo uso del mecanismo previsto en el art. 429.1 LEC, pues no puso de manifiesto la insuficiencia de prueba, no pidió un complemento de prueba y no acordó tampoco diligencias finales*”. La Audiencia Provincial indica que la facultad dispuesta por la Ley al juzgador en el art. 429.1 LEC “*no se encamina a suplir la eventual falta de prueba suficiente propuesta por las partes*”. También incide en que no cabe aplicación de oficio de diligencias finales, no solamente por no reunir los requisitos expuestos en el art. 435.2 LEC para acordarlas, sino también porque, debido a que el proceso de instancia fue regido por los trámites del juicio verbal, no cabe su aplicación en este tipo de juicios. Por ello desestima la apelación.

Otra Sentencia a reseñar es la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) núm. 130/2019 de 11 de junio. El supuesto tratado versa sobre un supuesto incumplimiento de un franquiciado; la demanda se desestima debido a la inexistencia de prueba pericial practicada al efecto. Uno de los motivos en que basaban los demandantes su recurso es que “*la Juzgadora de Instancia ha obviado su obligación de advertir al letrado de esta parte en la audiencia previa de la supuesta insuficiencia probatoria, y ha obviado proponer de oficio la prueba oportuna a los efectos de evitar el dictado de una sentencia desestimatoria, infringiéndose el artículo 429.1 de la LEC*”. La Audiencia Provincial desestima el recurso y expone, con el fin de argumentar la correcta actuación de la Juzgadora en la Sentencia de instancia, que “*el artículo 429.1 de la LEC recoge la novedosa posibilidad de que el tribunal ponga en conocimiento de las partes en el desarrollo del juicio la*

insuficiencia probatoria sobre determinados hechos, ello debe concebirse como una mera facultad discrecional concedida a favor del juzgador, sin que con ello queden mermados principios tan esenciales como el dispositivo y de rogación a instancia [...]. No es el caso de los autos, en que en juicio ordinario la parte no propuso la prueba y no hay habilitación legal para que el juez insista en su práctica de oficio para esclarecer los hechos”.

Tras señalar lo que nos concierne de las anteriores sentencias puede deducirse que en la mayor parte de los supuestos, la aparición de esta facultad en el proceso no se debe a que el juez haga uso de ella, sino a que las partes critiquen su no uso. La conclusión a la que llegan los tribunales que se trata de una facultad que ostenta el juez, no de una obligación para él. Pero lo importante aquí, y por ello he reseñado las anteriores sentencias, es que nos encontramos ante una disposición cuya redacción no es clara y surgen diferentes interpretaciones entorno a ella. Por ello, en mi opinión, sería conveniente realizar alguna modificación en el precepto con el fin de clarificar la intención original del legislador: que nos encontramos ante una facultad no obligatoria del juez de la que podrá hacer uso o no.

VI. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 435.2 DE LA LEC

El art. 435 LEC recoge “*los requisitos y presupuestos para la procedencia de la adopción de diligencias finales en el seno de un procedimiento civil*”³⁹. En su segundo punto establece que: “*Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos*”⁴⁰.

De acuerdo con la regla general, estas diligencias se han de requerir a instancia de parte y se tratan de pruebas admitidas y que no se llegaron a practicar pero solamente por causa forzosa, es decir,

39 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. p. 107

40 Art. 435.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

ajenos a la voluntad de las partes; y de pruebas sobre hechos de nueva noticia o nuevos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 435.1 LEC.

Según Xavier Abel Lluch y Joan Picó I Junoy hay tres tipos de pruebas que pueden realizarse de acuerdo con esta disposición: “*1º Pruebas que no hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes. 2º Pruebas propuestas en tiempo y forma pero que no se hubieren practicado por causas ajenas a la parte que las hubiere propuesto. 3º Prueba pertinentes y útiles sobre hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286 LEC*”⁴¹.

En el segundo punto se contempla la excepcionalidad de poder acordarlas de oficio pero han de concurrir una serie de requisitos para su aplicación. Entre ellos⁴²: 1) Los hechos han debido de ser alegados de manera oportuna por las partes. 2) Han de poseer una gran relevancia o trascendencia para el juicio. 3) Que la prueba que se haya practicado con anterioridad sobre esos hechos de gran relevancia no hubiera conducido a no alcanzar certeza en esos hechos. 4) Que haya oportunidad de poder alcanzar el resultado probatorio o certeza sobre esos determinados hechos. 5) Que se pueda llegar a acreditar que hay motivos para que el juez estime conveniente que las actuaciones llegarán a adquirir certeza probatoria sobre esos determinados hechos de gran relevancia.

Ya se mencionó en el anterior epígrafe que la facultad del art. 429.1 II y III LEC puede calificarse como una facultad judicial de integración probatoria. De igual manera, la facultad que recoge el art. 435.2 LEC puede denominarse “complemento probatorio”⁴³. Decimos que es de “complemento” debido a que de ninguna forma suplanta o corrige la actividad de carácter probatorio de las respectivas partes⁴⁴.

En opinión de Xavier Abel Lluch, esta disposición presenta los siguientes caracteres⁴⁵: 1) Carácter excepcional. 2) Carácter compartido. Estas diligencias pueden llegarse a adoptar de oficio o a instancia de parte. 3) Carácter limitado o tasado. 4) Se trata de una facultad abierta en los medios. Se observa que en la propia disposición no encontramos ningún listado de las pruebas que se pueden practicar, así que debemos pensar que se pueden practicar cualesquiera sin límite alguno más que la

41 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. pp. 111-112

42 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. p. 115

43 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 287

44 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. p. 288

45 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. pp. 289-292

propia legalidad.5) Carácter reforzado en cuanto a su motivación. En la resolución que acuerde las diligencias se deberá dejar constancia de la motivación que provoca la adopción. 6) Recurrible. 7) La pluralidad de diligencias finales, ya que se podría llegar a acordar más de una.

Xavier Abel Lluch agrupa las críticas más importantes en dos diferentes grupos: a) las referentes a la atribución de un innecesario reconocimiento a esta iniciativa probatoria de oficio, y b) las que consideran que se ha sometido esta iniciativa a grandes restricciones⁴⁶. En cuanto al primer grupo, consideran que se produce una rotura en los principales principios de la LEC, es decir, “los principios de aportación de parte, de oralidad, de inmediación y de concentración”. Básicamente lo que aquí se sostiene es la innecesidad del reconocimiento de una iniciativa probatoria de oficio a la figura del juzgador en la etapa final del proceso. En este grupo destacan autores tales como J. Hoya Coromina, Vázquez Sotelo o Rodríguez Achútegui.

En cuanto al segundo grupo, defienden que antes del cambio a las diligencias finales, las anteriormente denominadas “diligencias para mejor proveer” otorgaban a la figura del juzgador un campo de maniobra más abierto en cuanto a iniciativa probatoria mientras que las diligencias finales lo restringen. Es decir, entienden que se produce una restricción abusiva de esta iniciativa probatoria de oficio en la que sería una fase “decisiva” del proceso.

En el anterior epígrafe hemos comentado la aparente incompatibilidad entre el art. 216 LEC y el art. 429.1 II LEC. Aquí podríamos encontrarnos la misma situación, aunque como en el anterior caso aquí también existe respuesta negativa. El art. 435.2 LEC no sería incompatible con el art. 216 LEC si se cumple con el límite de que versen sobre pruebas y hechos que las partes hayan aportado al proceso y se cumplan también los demás requisitos expuestos⁴⁷.

En cuanto al apartado jurisprudencial conviene reseñar dos sentencias. La primera es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8^a) núm. 217/2018 de 22 de mayo, que versa sobre un incumplimiento de un contrato obras por la parte demandada, por lo que se solicita la oportuna contraprestación. El Juzgado estima parcialmente la demanda al no quedar acreditadas ciertas facturas, y por ello reduce la cantidad inicialmente solicitada por la demandante. Uno de los

46 ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005), ob. cit. pp. 324-328

47 ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J: *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003), ob. cit. pp. 36-39

motivos del recurso se funda en que el juez *a quo* debía de acordar de oficio, con base en el art. 435 LEC, la aportación de una prueba documental referente al acuerdo comercial entre las partes. La Audiencia Provincial justifica la actuación correcta del Juzgado indicando que de la atenta lectura del art. 435 LEC se puede concluir que “*en ningún caso las diligencias finales sirven para suplir mediante la actuación de oficio por el tribunal las omisiones de las partes en su proposición de prueba*”. La sentencia de apelación estimó parcialmente el recurso, reduciendo nuevamente la cantidad solicitada, debido a un error en la valoración de la prueba no conectado con lo expuesto anteriormente.

Otra sentencia bastante reciente a reseñar sería la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11^a) núm. 364/2020 de 10 de noviembre. El tema objeto de debate es la demanda planteada por la madre de la menor al Colegio al que pertenecía por acoso escolar, en la que se solicitaba una indemnización por “delitos morales”. Uno de los motivos alegados por el recurrente era que la Juzgadora había admitido la práctica en la fase de la audiencia previa de una prueba que consistía en la exploración judicial de la menor y la emisión de un informe por parte del equipo psicosocial y/o médico forense adscrito al juzgado. La actuación fue recurrida mediante recurso de reposición, finalmente desestimado, debido a que la actora no anunció su intención de aportar o de pedir la emisión del informe mencionado. La Audiencia Provincial estima el motivo esgrimido en el recurso de apelación exponiendo que “*en este caso la parte actora no solicitó expresamente, como debía, la práctica de la prueba pericial como diligencia final, sin que entienda este tribunal que estemos ante el supuesto contemplado en el número dos del artículo 435 de la LEC, pues no se trata de la práctica de nueva prueba sobre hechos relevantes sino que es una prueba ya admitida en la audiencia previa y no practicada en el acto del juicio y cuya alcance u objeto lo determina el propio juzgador en el auto donde la acuerda como diligencia final*”. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación pero redujo sustancialmente la indemnización solicitada.

Las sentencias reseñadas coinciden en que existen dudas sobre la aplicabilidad y/o interpretación del precepto. Por lo que se aplica aquí lo mismo que expresé anteriormente: nos encontramos ante un artículo que adolece de la claridad necesaria para evitar que sigan existiendo estas dudas y, por ello, en mi opinión, sería recomendable una modificación al respecto.

VII. BREVE REFERENCIA A LOS PROCESOS NO DISPOSITIVOS

Los procesos especiales se encuentran enumerados en el art. 748 de la LEC:

- Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.
- Los de filiación, paternidad y maternidad.
- Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.
- Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.
- Los que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en supuestos de sustracción internacional.
- Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
- Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

Podemos agrupar en tres apartados sus principales características:

1) *Necesaria intervención del Ministerio Fiscal*: En los procesos sobre incapacidad, de filiación (determinación e impugnación) y nulidad matrimonial su intervención es obligatoria. Mientras que en los demás procesos, solo intervendrá cuando haya un menor y/o incapaz o esté en situación de ausencia legal, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 749 LEC.

2) *Representación y defensa de las partes*: En aplicación de las normas generales se hará por medio de procurador y abogado pero con dos particularidades: a) la defensa puede ser asumida en ocasiones por el Ministerio Fiscal; b) en los casos de separación y divorcio por mutuo acuerdo, ambos cónyuges pueden llevar una única representación y defensa, según lo dispuesto en el art. 750 LEC.

3) *Indisponibilidad del objeto del proceso*: Una de las características generales de este tipo de procesos es la no vigencia del principio dispositivo o la restricción de éste por tener por objeto materias en las que se ve afectado el interés público, según lo redactado en el art. 751 LEC.

En cuanto a las particularidades del procedimiento, cabría destacar con carácter meramente enunciativo las siguientes.

1) Estos procesos, salvo disposición en contrario, siguen los trámites del juicio verbal. Para contestar a la demanda se dispone de un plazo de veinte días, al igual que lo dispuesto en el juicio ordinario (art. 753.1 LEC).

2) La demanda se traslada no solo a la parte demandada, también al Ministerio Fiscal y a quienes deban ser parte en el procedimiento. Además, tras la práctica de las pruebas, donde el juzgador deberá valorar las pruebas discrecionalmente, se permite el trámite de las conclusiones orales (art. 753.1 y 2 LEC).

3) Otro aspecto importante es que existe la posibilidad de excluir la publicidad de los actos y de las vistas, a instancia de parte o de oficio. Es decir, la posibilidad de que estos actos y vistas se celebren a puerta cerrada y las actuaciones sean reservadas con motivo de la delicadeza de las personas afectadas por el proceso (art. 754 LEC).

4) Las sentencias y demás resoluciones que se dicten en el proceso se comunican de oficio a los registros civiles para que se practiquen los asientos correspondientes, y, a instancia de parte, a cualquier registro de carácter público (art. 755 LEC).

5) Por último cabe la práctica de pruebas de oficio. Este es el motivo principal por el que se incluye este epígrafe en el presente Trabajo.

Como venimos indicando, en base al principio de igualdad de armas, la regla general es que la prueba sea propuesta por las partes (principio de aportación de parte), pero aquí cabe la posibilidad que el tribunal pueda “*decretar de oficio cuantas estime pertinentes*”⁴⁸. También se dispone de la posibilidad por parte del tribunal de “*designar perito cuando la pericial sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales*”⁴⁹.

En cuanto a la valoración de la prueba, el tribunal no está vinculado “*en materia de fuerza*

48 Art. 752.1 párrafo 2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

49 Art. 339.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos”⁵⁰.

En el apartado jurisprudencial cabe señalar sentencias como la del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, o 17 de julio de 2015, de las cuales puede extraerse lo siguiente: “*Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, RC n.º 1003/2010 ; 5 de octubre de 2011, RC n.º 185/2009 ; 13 de junio de 2011 , RCIP n.º 1255/2009 y 25 de abril de 2011, RC n.º 646/2008) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.”*

La importancia de estos procesos no dispositivos, en lo que nos concierne, radica en la quiebra del principio dispositivo y en la posibilidad de la práctica de pruebas de oficio. Todo ello debido al interés público que ostenta. Con esto podríamos preguntarnos el porqué tanta agitación en cuanto a la facultad de la práctica de pruebas de oficio en los procesos civiles ordinarios si aquí, en lo referido a estos procesos especiales, no se llegó nunca a producir. A continuación expondremos los argumentos tradicionales contrarios a la atribución de esta iniciativa probatoria para poder aclarar la cuestión.

VIII. ARGUMENTOS TRADICIONALES CONTRARIOS A LA ATRIBUCIÓN DE LA INICIATIVA PROBATORIA AL JUEZ CIVIL

Según indica Joan Picó I Junoy, existen diferentes argumentos y objeciones respecto de la atribución de la iniciativa probatoria del juez civil, entre ellos:⁵¹.

- 1) El “interés privado discutido en el proceso civil”: se sustentaría en la tesis de que el proceso civil se trata de “*un negocio particular y con un fin privado que sería el de la defensa de*

50 Art. 752.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

51 PICÓ I JUNOY, J. *El Juez y la Prueba*, BOSCH, (2007), ob. cit. pp. 104-117

*los intereses personales*⁵². Es cierto que no hay que olvidar el origen histórico de los procesos civiles, pero ello no debe ser obstáculo para su evolución y adaptación a las nuevas necesidades.

2) El “interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones”: las partes son las que mejor posición ostentan para conocer de las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones. No obstante lo indicado, en opinión de Jaime Guasp, que comparto, esto “no demuestra por qué además de las partes el Juez no puede desarrollar una actividad en el mismo sentido”⁵³.

3) La “incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez”: únicamente las partes, y de acuerdo con el principio de aportación de parte, pueden aportar al proceso pruebas. Sin embargo, y como Taruffo indica, no se trata de otorgar a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria⁵⁴, ni tampoco de otorgársela al juez. En mi opinión ha de existir un equilibrio entre todas las partes implicadas para adecuar los procesos a las necesidades de las partes basado en el derecho a la tutela judicial efectiva.

4) La “destrucción de la carga de la prueba”. Según José Becerra Bautista “cuando el juez estime necesarias pruebas distintas a las ofrecidas por las partes, se violará también el principio que obliga al juez a respetar la carga de la prueba”⁵⁵. Pero como bien recalca Joan Picó, “esto resultaría incorrecto, debido a que las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia” por lo que no tendría sentido y bien se podría dar también como superada esta tesis.

5) La “vulneración de la debida imparcialidad”: la iniciativa probatoria de oficio podría afectar a la imparcialidad en la figura del juez, lo que podría acabar en prejuzgar su decisión final. Solamente cabría decir que la base de esta objeción “no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador”, como bien señala este autor. En mi opinión lo que se otorga al juez, con esta facultad, es poder seguir con un proceso hasta el final y que las partes puedan gozar de mismas posibilidades de alegar lo que estimen pertinente y si precisan de un pequeño

52 DEVIS ECHANDÍA, H. *La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo*, RODP, ob. cit. p. 68

53 GUASP, JAIME: *El juez y los hechos en el proceso civil*, BOSCH, (1943), ob. cit. p. 104

54 TARUFFO, MICHELE: *Il diritto alla prova nel processo civile*, (1984), ob. cit. p. 90

55 BECERRA BAUTISTA, J. *El proceso civil en México*, Porrúa, (1965), ob. cit. p. 76

“empujón”, que se les pueda dar.

6) El “carácter autoritario de la iniciativa probatoria del juez”: este poder probatorio del juez civil es de carácter inquisitivo o autoritario, y como bien señala Joan Picó, “*provenido de una manifestación de una ideología política totalitaria, fascista o comunista*”. Lo que aquí se trata es de que el juez civil tiene una cierta iniciativa probatoria, no estamos hablando en este caso de otorgarle una absoluta iniciativa probatoria.

IX. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL EN DIFERENTES ORDENAMIENTOS EUROPEOS: MAYOR HINCAPIÉ EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS Y PORTUGUÉS

Previamente se ha analizado esta iniciativa probatoria en el ordenamiento jurídico español y para completar este Trabajo resulta de importancia realizar una comparativa con algunos de los diferentes ordenamientos en la Unión Europea. Vamos a centrarnos en tres países “vecinos” al nuestro: Francia, Portugal e Italia, especialmente en los dos primeros.

Conviene destacar que antes de realizar el siguiente análisis, nos centraremos exclusivamente en lo que nos compete, es decir, no se va a realizar un análisis exhaustivo de cada ordenamiento jurídico.

El primer ordenamiento jurídico a analizar es el de Francia.

Hemos de partir del art. 10 del *Code de Procédure Civil*, donde se estipula que el juez tiene la facultad de ordenar de oficio todas las medidas de investigación legalmente admisibles. Se observa que el juez también tiene los medios para apoyar los esfuerzos de los demandantes al dar vida a su derecho a la prueba. Igualmente en el art. 8 del mismo texto legal dispone que corresponde a cada parte probar conforme a derecho los hechos necesarios para el éxito de su reclamación, es decir, igual que sucede en nuestro ordenamiento, la carga de la prueba reside en las partes. No se trata de una facultad de la que pueda hacer uso del juez a la ligera; de acuerdo con establecido en el art. 11, el juez no puede aportar pruebas por intervención personal, puede escuchar a los testigos, organizar las diligencias del perito y citar a comunicar. Es decir, la carga de la prueba requiere establecer la existencia de los tres elementos constitutivos de la infracción: el elemento legal, el elemento material y el elemento moral. De acuerdo con lo dispuesto parece ser de gran utilidad que el juez

pueda decidir sobre las medidas adecuadas para mejorar su información de cara a la futura sentencia.

Nos encontramos ante un ordenamiento en el que el juzgador dispone de la facultad de adquisición de material probatorio que las partes no hubieran deducido y que éste estime de gran utilidad para la posterior comprobación de hechos. Se trata de una facultad general de carácter discrecional y no un mandato. Como nota destacable de la figura del juez francés es que puede hacer uso de todo el catálogo de medios de prueba legalmente admitidos que crea oportuno para poder esclarecer la verdad de los hechos, incluso puede “ir más allá de las deducciones de parte”⁵⁶.

El derecho a la prueba se consagra en los artículos 1315 a 1368 del *Code Civil* e incluye todas las facetas de la administración de la prueba en los tribunales.

Se sostiene la idea de que la evolución del derecho de la prueba concierne tanto a la búsqueda de la certeza como a la búsqueda de la verdad por parte del juez, en el espíritu de una verdad aportada por cada parte y de la que es necesario resolver.

Esta facultad del juez, según Normand, surge de una tendencia generalizada y de carácter histórica, emergente en Francia para acentuar el rol de la figura del juzgador en los procesos civiles⁵⁷.

Aunque a simple vista podamos equiparar el ordenamiento jurídico francés al de un sistema autoritario, más bien se asemeja a algo “indispensable para realizar una gestión eficiente del proceso civil”⁵⁸. Ejemplo claro de ello es la sentencia del 5 de abril de 2012 donde el Tribunal de Casación, en el caso de una donación de sucesión, excluyó del secreto de correspondencia la carta de la madre reconociendo una donación, pero reconoció la existencia de este derecho a la prueba.

Pero como sucede en nuestro ordenamiento, a la hora de llegar a aplicar la teoría en la práctica ésta no responde de la misma manera. Los jueces franceses hacen un uso escaso de esta facultad aún sin tener las limitaciones que podemos encontrar en nuestro ordenamiento. Aunque aquí se disponga de tal facultad discrecional y encontremos un pequeño número de sentencias como la anteriormente señalada, al final impera que la carga de la prueba reside en las partes.

El segundo ordenamiento jurídico a comentar es el de Portugal.

Nos encontramos ante una situación similar a la de Francia. En el *Código de Processo Civil*, en su artículo 411 se dispone que corresponde al juez realizar u ordenar, incluso de oficio, todas las

56 TARUFFO, M. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2, 2006, pp. 95 - 122

57 NORMAND, *Le jugo et le litige*, Paris, 1965, pp. 385 y ss.

58 FERRAND, *The Respective Role of the judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, en *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, pp. 30 y ss.

diligencias necesarias para esclarecer la verdad y la justa composición del litigio respecto de los hechos de los que le sea lícito conocer. En consonancia con lo indicado, el art. 452.1 de este mismo texto legal permite al juez convocar, en cualquier momento a la parte para prestar testimonio, información o esclarecimiento.

No obstante, también existen diferencias con Francia, entre ellas destaca que los juzgadores de este último país hacen mayor uso de ella, dado que la doctrina mayoritaria considera que esta ampliación de las facultades de los jueces y la garantía de los derechos de las partes están demostrando ser un instrumento más que válido para lograr una mayor calidad en las decisiones, ya que un juez más “estático” probablemente tendrá más dificultades para dictaminar una sentencia justa.

Es importante señalar los respectivos límites para su gestión procesal: el principio contradictorio, el respeto a la igualdad de las partes y la necesidad de aseguramiento de la debida imparcialidad del juzgador. Éstos son límites para la actuación de oficio, pero también auxilian al magistrado en el desempeño efectivo de su actividad. El respeto de estos límites le otorgará al juez los instrumentos para la aplicación de poderes más amplios en la búsqueda de una sentencia justa⁵⁹.

Aunque en ocasiones se sospeche que pueden derivarse “peligros” por cierto activismo judicial; el remedio para ello no es privar al juzgador de toda facultad de instrucción, sino procurar que existan instrumentos para el debido control de estas facultades. Aquí es donde se verifica la garantía esencial de los derechos de las partes y donde el principio contradictorio juega un papel importante, a fin de constituir una regla esencial para el control racional sobre el uso que el juez hace de sus poderes⁶⁰.

En cuanto el alcance de esta facultad, hay que recordar que, en primer lugar, son las partes las que deben aportar los medios de prueba ya que son las interesadas en la búsqueda de la verdad y las más capaces para la aportación de ese material probatorio. Solamente y con carácter supletorio podrá el juez determinar el material probatorio necesario para la instrucción del proceso⁶¹.

Sobre los límites a esta facultad hay que señalar primero lo dispuesto en el art. 5.1 de este mismo texto legal: “Corresponde a las partes alegar los hechos esenciales que constituyen la causa de la solicitud y aquellos en los que se basan las excepciones invocadas”. Lo dispuesto en este artículo es

59 MOREIRA, V., “Os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil: Um contraponto entre a nova realidade brasileira e o direito já existente em Portugal”, 2016 (disponible en <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>)

60 TARUFFO, M. “Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 201

61 SANTOS, M. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 20. ed., São Paulo, 1999, pp. 349-350

una clara manifestación del principio dispositivo que establece que no hay que considerar un obstáculo la participación activa del juez en la investigación, simplemente se trata de una limitación impuesta al juez por la disponibilidad del derecho de las partes⁶². Otro límite reside en el principio contradictorio, por lo que en cada determinación judicial que otorgue o rechace la presentación de material probatorio o se haya aportado de oficio, las partes deben tener la oportunidad de manifestarse sobre las mismas⁶³.

Para finalizar, cabría enunciar los principios procesales que rigen la actividad instructora del juez y destacar la gran importancia que presenta uno de ellos para el tema tratado. Estos principios son: el principio dispositivo, el principio inquisitivo, el principio del debido proceso legal, el principio contradictorio y el principio de gestión procesal. Éste último cobra una gran importancia respecto a los demás puesto que el juzgador y los litigantes deben de cooperar entre sí para que el proceso no se extienda en el tiempo más de lo necesario. Este proceso solo podrá llegar a su fin si las partes cooperan para descubrir la verdad, permitiendo al juez que dicte una sentencia justa. La duración razonable del proceso proporciona condiciones para que el juez dictamine en el momento adecuado de cada proceso, de acuerdo con las particularidades que éstos tengan⁶⁴.

Y el último ordenamiento jurídico a comentar es el de Italia.

En Italia el juzgador está provisto de iniciativa de instrucción en situaciones específicas. Cabe destacar que este sería el modelo que podemos encontrar en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actualmente, aunque algunas de estas facultades pueden aumentar o disminuir en número en cada ordenamiento. En el caso de Italia nos encontramos ante una “atribución de algunos poderes de instrucción modesta, limitada, y ciertamente no como para hacer al juez *dominus* absoluto y autoritario”⁶⁵.

Como ejemplos de esta facultad del juez civil en Italia: puede disponer libremente del interrogatorio de las partes (art. 117 *Codice di Procedura Civile*); puede organizar inspecciones de personas y cosas, formando parte de la facultad de investigación judicial (art. 118 *Codice di Procedura Civile*); puede designar perito en determinados casos con la formulación de preguntas y el establecimiento de la audiencia a la que tendrá que comparecer el perito (art. 191 *Codice di Procedura Civile*); además en los procesos ante tribunales compuestos por un solo magistrado, podrá disponer de la

62 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., São Paulo, 2000, p. 102

63 CASTRO, D. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*, São Paulo, 2013, p. 196

64 FREITAS, J., “Introdução ao Processo Civil: Conceitos e princípios gerais”, 2.ed., Coimbra, 2009, pp. 163-164

65 TARUFFO, M. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2, 2006, pp. 95 - 122

prueba testimonial de oficio formulando los capítulos cuando las partes en la exposición de los hechos se refieran a personas que parezcan poder conocer la verdad (art. 281 *ter Codice di Procedura Civile*).

Tras la exposición de la información necesaria sobre el tema que nos ocupa, en estos tres ordenamientos jurídicos vecinos, podemos deducir que en nuestro país nos encontramos ante un modelo muy diferente y limitado en comparación. Pero ello tampoco nos sitúa en “un estado de total pasividad por cuanto concierne la adquisición de pruebas”⁶⁶; disponemos de medios e instrumentos y además, es opinión generalizada que aunque un ordenamiento jurídico de un país disponga de estos poderes luego en la práctica su uso suele ser cuanto menos insuficiente salvo excepciones.

Es el momento de responder a la cuestión planteada en la Introducción sobre el planteamiento de nuevas posibilidades para nuestro ordenamiento jurídico para mejorar esta iniciativa probatoria del juez en los procesos civiles. Tras lo expuesto durante este Trabajo, y en especial lo relativo a este último epígrafe, puedo concluir que, en mi opinión, nuestro sistema debería realizar ciertos cambios para poder alcanzar una mejor situación en la materia; entre ellos, propondría cuatro posibles modificaciones:

1º Adoptar lo establecido en Francia o Portugal: la mejor solución sería disponer de una facultad para el juez civil como la existente en estos países. Por supuesto con sus limitaciones y con su debido alcance como se dispone en estos ordenamientos jurídicos. Teóricamente sería la mejor opción para nuestro país, pero puede que en la práctica pudiera resultar fatídica para las partes puesto que para nuestro sistema supondría un cambio importante y las partes podrían pensar que se está socavando su papel en el proceso.

2º Disponer de situaciones específicas en las que se provea al juez de cierta iniciativa probatoria como en Italia. Esta sería otra solución que no provocaría un cambio tan brusco en nuestro ordenamiento jurídico como la anterior. Pero igualmente, la teoría sigue siendo algo muy separado de la realidad práctica que podría darse. En esta posibilidad seguramente nos volveríamos a encontrar con que las partes se podrían volver a sentir nuevamente socavadas.

66 TARUFFO, M. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2, 2006, pp. 95 - 122

3º Proceder a realizar una reforma en los preceptos que actualmente regulan esta facultad del juez en los procesos ordinarios. Es innegable que estos preceptos no establecen de forma clara y concisa esta facultad del juez y ello podemos extraerlo de las sucesivas sentencias en las que al ser recurridas la parte recurrente alega como uno de los motivos de recurso la falta de empleo de esta facultad. Han pasado 21 años desde que se estableció esta facultad del juez y no ha habido un solo año que no pueda encontrarse sentencias en tal sentido. Desde mi punto de vista la opción más viable es ésta, puesto que una nueva redacción en las estructuras de los preceptos sería lo más lógico y lo menos arriesgado en comparación con las otras opciones.

4º Refundir las anteriores: es decir, desarrollar un plan a largo plazo para poder ir ampliando esta facultad y a su vez proceder a una investigación sobre su funcionalidad y adaptación en el ordenamiento jurídico que comenzaría con lo propuesto en la tercera opción: realizando una reforma en los preceptos reguladores de esta facultad; después se procedería a lo expuesto en la segunda opción: establecer situaciones específicas en las cuales el juez pudiera hacer uso de esta facultad; y finalmente llegar a la meta establecida en la primera opción: disponer al juez la facultad de ordenar de oficio todas las medidas de investigación legalmente admisibles. Esta última opción es de lo más ambiciosa e incluso podríamos calificarla de fantasiosa en la actualidad, pero mi creencia es que en un futuro nos encontraremos con esta facultad del juez mayormente ampliada.

X. CONCLUSIONES FINALES

1. La iniciativa probatoria que se le otorga a la figura del juez fue una introducción “novedosa” de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, sin embargo ya se había manifestado en anteriores disposiciones aunque al final éstas acabaran derogadas.
2. Entre los principios regidores del proceso civil destacan el principio de aportación de parte y el dispositivo y aunque podamos pensar que la iniciativa probatoria contradice estos principios, puede coexistir en el mismo proceso puesto que se trata de una excepción que encuentra un gran fundamento para su existencia.
3. El art. 429.1 II y III de la LEC establece la facultad del juez de que en caso de advertir insuficiencia probatoria, éste podrá sugerir a las partes las pruebas que considere oportunas. Pero se trata de una facultad de la que puede hacer uso o no, no está obligado a ello.
4. Dentro de las diligencias finales, sucesoras de las diligencias de mejor proveer, nos

encontramos con el art. 435.2 de la LEC que alberga esta iniciativa probatoria de nuevo por parte del juez, pero en este caso nos situamos en unas diligencias finales excepcionales.

5. El fundamento de la iniciativa probatoria en los procesos no dispositivos reside en que nos hallamos ante una serie de procesos en los que existe un gran interés público, por lo que se observa una menor discusión doctrinal al respecto, dada la sensibilidad de la materia en que se aplica.
6. Existe una gran discusión en cuanto a lo dispuesto en el art. 429.1 II y III de la LEC. Pero, tras 21 años de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, el precepto no ha sido modificado ni derogado, lo que evidencia que cumple con su función de disposición normativa.
7. Realizando una comparativa con diferentes ordenamientos jurídicos de otros países podría deducirse que en nuestro ordenamiento jurídico no dispone de un gran campo de maniobra al respecto, pero compartimos con muchos otros su casi inadvertencia.

Para finalizar que me gustaría señalar que el mundo se encuentra en constante evolución y cuando el mundo avanza, el derecho va detrás de él y viceversa. Por ello esta iniciativa probatoria podría modificarse, ampliarse o incluso acabar eliminada en el futuro. En mi opinión sigue siendo un medio para asegurar el derecho a una tutela judicial efectiva, que no vulnera los principios por los que se rige el proceso civil y que su función primordial es siempre velar por las partes, por el proceso y, en definitiva, por la búsqueda de la verdad.

XI. BIBLIOGRAFÍA

1. MANUALES

- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. *El papel del juez en el proceso civil un año después de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000.*
- ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, BOSCH, (2005).
- LAFUENTE TORRALBA, ALBERTO J. *Apuntes de Derecho Procesal I*, (2015-16).
- PICÓ I JUNOY, J: *El Juez y la Prueba*, BOSCH, (2007).
- ABEL LLUCH, X & PICÓ I JUNOY, J. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, BOSCH, (2003).
- DAMIÁN MORENO, J. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LEX NOVA,

(2002).

- PICÓ I JUNOY, J. *Los principios del proceso civil.*
- ETXEBERRÍA GURIDI, JOSÉ F: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, TIRANT LO BLANCH, (2003).
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración.*
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. & BUITRÓN RAMÍREZ, G. *La prueba civil.*
- MARRERO FRANCÉS, I. *Ánalysis del art. 429.I II y III LEC.*
- ASENCIO MELLADO, J. M^a. *Proceso Civil Práctico.*
- SANCHÍS CRESPO, C. *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, TIRANT LO BLANCH, (2002).
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- BARBOSA MOREIRA, PEDRO F. *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, COMARES, (1984).
- DEVIS ECHANDÍA, H. *La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo*, RODP.
- GUASP, JAIME: *El juez y los hechos en el proceso civil*, BOSCH, (1943).
- TARUFFO, M. *Il diritto alla prova nel processo civile*, (1984).
- BECERRA BAUTISTA, J. *El proceso civil en México*, PORRUA, (1965).
- ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, MARTIAL PONS, (2017).
- NORMAND, *Le jugo et le litige*, Paris (1965).
- FERRAND, *The Respective Role of the judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, en *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino (2005).
- TARUFFO, M. “Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos”, Marcial Pons, Madrid (2010).
- SANTOS, M. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 20. ed., São Paulo, 1999.
- CASTRO, D. *Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*, São Paulo, 2013.
- FREITAS, J., “Introdução ao Processo Civil: Conceitos e princípios gerais”, 2.ed., Coimbra (2009).

2. ARTÍCULOS

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Las Facultades Probatorias del Juez Civil previstas en el artículo 429.1 II LEC*, Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 21, noviembre 2005.
- SACRISTÁN REPRESA, G. *Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Revista Jueces para la Democracia, núm. 40, marzo de 2001.
- PICÓ I JUNOY, JOAN “Revista Oficial del Poder Judicial”, R2/1 (2008).
- TARUFFO, M. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2 (2006).

3. JURISPRUDENCIA

- SAP de Murcia de la Sección 5^a, del 27 de diciembre de 2007, núm. 402/2007.
- SAP de Barcelona de la Sección 4^a, del 5 de junio, núm. 404/2018.
- SAP de Madrid de la Sección 8^a, del 11 de junio de 2019, núm. 130/2019.
- SAP de Madrid de la Sección 8^a, del 22 de mayo de 2018, núm. 217/2018.
- SAP de Madrid de la Sección 11^a, del 10 de noviembre de 2020, núm. 364/2020.
- STS de 4 de diciembre de 2012.
- STS de 17 de julio de 2015.

4. TEXTOS NORMATIVOS

- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
- Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.
- Code de Procédure Civil* de Francia.
- Código de Processo Civil* de Portugal.
- Codice di Procedura Civile* de Italia.

5. ARTÍCULOS DE PÁGINAS WEB

-MOREIRA, V., “Os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil: Um contraponto entre a nova realidade brasileira e o direito já existente em Portugal”, 2016 (disponible en <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>)