

UN CASO DE HIPERACTIVIDAD LEGISLATIVA POCO ÚTIL. LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL: DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER A UNAS SUI GÉNERIS DILIGENCIAS FINALES

Eduardo Sánchez Álvarez

Doctor en Derecho.

Departamento de Derecho Procesal. UNED

EXTRACTO

La sucesiva regulación ritual con la que se ha dotado al orden jurisdiccional social en cuestión de un par de años demuestra tanto la necesidad de rejuvenecer a esta manifestación de la jurisdicción como los titubeos legislativos que dejan entrever una motorización en la que se esconde una deficiente técnica legislativa. En este trabajo se plantea un estudio respecto a la evolución histórica de la prueba de oficio en este sector jurisdiccional, desde las llamadas diligencias para mejor proveer hasta las denominadas diligencias finales. Ese análisis dejará entrever que los cambios que se proclaman, al menos en el supuesto seleccionado, quizás no son tantos.

Palabras claves: diligencias, proveer, finales, prueba y social.

Fecha de entrada: 06-02-2013 / Fecha de aceptación: 14-02-2013

A CASE OF UNHELPFUL LEGISLATIVE HYPERACTIVITY. THE RECENT DEVELOPMENTS OF THE REGULATION OF TRADE TEST IN SOCIAL JUDICIAL ORDER: FROM *DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER* TO *DILIGENCIAS FINALES SUI GENERIS*

Eduardo Sánchez Álvarez

ABSTRACT

The successive ritual regulation that has been endowed to the jurisdictional social order concerning a couple of years demonstrates so much the need to rejuvenate to this manifestation of the jurisdiction as the legislative hesitations that stop to guess a legislative speed in the one that hides a deficient legislative issue. In this work, we propose a study with regard to the historical evolution of the test of trade in this jurisdictional sector, from *diligencias para mejor proveer* to *diligencias finales*. This analysis will stop to guess that the changes that are proclaimed, at least in the selected supposition, maybe are not so intensive.

Keywords: diligencias, provide, final, test and social.

Sumario

1. Introducción
2. Apunte preliminar. La prueba de oficio: el orden jurisdiccional civil y sus diferencias con el proceso social
 - 2.1. Referencia al marco normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil
 - 2.2. Singularidades en el ámbito de la jurisdicción social
3. La institución tradicional del mejor proveer. Concepto y características. Rápido recordatorio
4. La situación previa a la reforma de 2009. Diligencias finales frente a diligencias para mejor proveer
 - 4.1. Las diligencias finales en la Ley de Enjuiciamiento Civil
 - 4.2. Mantenimiento de las diligencias para mejor proveer en el orden jurisdiccional social. El periodo 2001-2010
 - 4.3. La redacción del artículo 88 de la Ley de Procedimiento Laboral tras la reforma procesal de 2009
 - 4.4. El *status quaestionis* con la entrada en vigor de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
5. Colofón

1. INTRODUCCIÓN

Nos hemos acostumbrado a convivir con un armazón normativo que tiene por frontispicio la institucionalizada *motorización legislativa*, el cambio incesante de las normas jurídicas. Los ejemplos de ello son inagotables y afectan a la práctica integridad de las ramas del Derecho, a la totalidad del Ordenamiento jurídico¹.

El presente contexto de enorme crisis económica que estamos padeciendo incrementa con un ingrediente más esta tendencia. La necesidad perentoria de ir tomando decisiones constantes en aras de poder superar cada eslabón de la entrelazada cadena de elementos negativos conjurados en la articulación de esta tribulación económica –ya casi sistémica–, se propaga de inmediato al campo jurídico. No puede ser de otro modo, pues todas esas determinaciones políticas requieren formato jurídico, su normativización para la ganancia de coactividad ejecutiva. La rama social del Derecho es un luminoso puntal de esa utilización armamentística del Ordenamiento jurídico en la batalla contra la campante crisis económica.

El Derecho procesal no escapa de ese motorizado marco. Su subsector social, tampoco. En cuestión de tres años hemos vivido bajo el régimen jurídico de tres normas rituarías diferentes: la Ley de Procedimiento Laboral –LPL– de 1995, la LPL tras la reforma operada en ella por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial –LRIOJ– y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –LRJS–. A su vez, esta última norma ha experimentado una profunda reforma unos meses después de su entrada en vigor mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Nos proponemos seguidamente evaluar críticamente un ejemplo de esa compulsiva y acelerada técnica legislativa que la legislación nos ofrece ahora mismo. Se trata de la institución de las diligencias finales a la que alude el artículo 88 de la LRJS, en la línea que mantenía la ahora de-

¹ «No es de extrañar la falta de interés por el perfeccionamiento del Ordenamiento jurídico, cuando ni siquiera existe el necesario respeto hacia el texto de las leyes por parte de quienes intervienen en su elaboración. Estamos ya acostumbrados a que se mezclen referencias a normas muy diversas, es frecuente que en las disposiciones adicionales de una ley se modifiquen normas que nada tienen que ver con ella, y siempre se amontonan las reformas legales más heterogéneas en las leyes de acompañamiento; ni tan siquiera han sido escuchadas voces muy autorizadas que han reclamado que, al menos, en el título o al inicio de una ley se diga a qué materias afecta (...) Es necesario buscar una solución a los defectos del Ordenamiento jurídico; la perfección es inalcanzable, pero hemos llegado a un grado de deterioro insoportable, que vulnera el principio de seguridad jurídica» (RAMÓN FORS, I.: «Sobre la necesidad de perfeccionar el Ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, núm. 7.154, de 8 de abril de 2009).

rogada LPL tras la redacción que le había conferido la LRIOJ –*vid.* la disp. derog. única LRJS–. Buscaremos estudiar esta institución, considerando lógicamente el marco genérico que supone la supletoria regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC– (*vid.* art. 4 de la LEC y disp. final cuarta LRJS conjuntamente), si bien se matiza que para realizar esta técnica de heterointegración normativa habrá de salvaguardarse que se ejecute en lo que sea compatible con los principios propios del orden jurisdiccional social.

2. APUNTE PRELIMINAR. LA PRUEBA DE OFICIO: EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL Y SUS DIFERENCIAS CON EL PROCESO SOCIAL

2.1. REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La entrada en vigor de la LEC de 2000 supuso un trascendental hito en la historia jurídico-procesal española al superar el paradigma encarnado en su venerable antecesora de 1881, la cual bebía directamente de un modelo mixto (feudal en unos posicionamientos, liberal en otros) que acarreaba una concepción del juez como mero convidado de piedra a la litis que ante él se dirimía y, en correlato, dispensaba una justicia eminentemente formal, lenta, ineficaz y cara; trufada de demasiadas modalidades procedimentales entre las ordinarias y el inmenso plantel de procesos especiales y sumarios. Además, la coonestación de ese esquema de funcionamiento de la justicia civil con los cánones constitucionales de 1978 resultaba ardua, significativamente considerando la auténtica constitucionalización del Derecho procesal y de sus principios modulares consagrada en la norma suprema (por ejemplo, los arts. 24 o 117 Constitución, –CE–)².

De ese modo, la vigente LEC había de tener como una de sus esenciales aspiraciones su enjuague con esos postulados constitucionales que, simultáneamente, permitiera alcanzar una verdadera justicia material y eficaz. De ahí que del juez mero vigilante o espectador se pase a un juez comprometido en el proceso, que lo dirige desde la intermediación a lo largo y ancho de todas las etapas de su tramitación³.

² En proyección directa hacia el Derecho procesal, *vid.* GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal», *Cuadernos Civitas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009.

³ «La garantía de los derechos identifica lo que denominamos actualmente Estado Constitucional, pudiendo afirmarse que una Constitución que no asegura la garantía de los derechos y que no determina la separación de poderes, no es reconocible democráticamente, siendo pacífico que la garantía efectiva de los derechos es necesariamente la garantía judicial, ya que no hay derecho que no esté garantizado judicialmente (...) Se consagra de esta manera un derecho a la justicia, que se configura como un derecho de todos a que sus pretensiones sobre cualquier situación jurídica sean examinadas por un juez imparcial e independiente tras un proceso establecido legalmente que respete las garantías

En suma, el proceso civil ha de transitar bajo el umbral de la cláusula del Estado Social de Derecho consagrado ex artículo 1.1 de la CE, uno de cuyos valores supremos radica precisamente en la justicia⁴. He aquí uno de los eminentes logros de la LEC de 2000, que merece por sí solo valorarlo *prima facie* de forma altamente positiva aun cuando, sorprendentemente, la reforma operada por la LRIOJ acarree, a nuestro juicio, un retroceso en este avance nocivo para el mantenimiento de ese statu quo que parecía haberse consolidado de manera irreversible (por ejemplo, la transferencia al secretario judicial de múltiples funciones intraprocesales privará de eficacia a una integral intermediación judicial, únicamente supérstite en los jalones o hitos que el juzgador retenga conforme al diseño legal).

Una idea interconectada a esos objetivos generales apuntados habita en el instituto probatorio. El modelo por el que se decanta la vigente LEC tiene como uno de sus pilares la plena clarificación mediante el proceso de la relación jurídico material que es objeto de debate en el mismo. Así pues, la LEC se ve en la obligación, congruente a sus postulados generales, de incrementar las capacidades investigadoras del jurisdicente, teleológicamente orientadas a esa determinación lo más exacta posible de la verdad subyacente al pleito, las cuales se exteriorizan en fases dispares de las diferentes modalidades procedimentales erigidas –*vid.* arts. 429.1.II o 433.4 LEC–⁵. Visualizamos un proceso civil que pretende acercar la verdad material a la formal sin recluirse en la citada en segundo lugar. Por ello, las partes pueden disponer del objeto del proceso –a salvo de algunos límites– y el juez –igualmente con ciertas modulaciones– ha de buscar la verdad material que rodee al conflicto puesto a su consideración para satisfacer correctamente las pretensiones ejercitadas⁶.

de igualdad de las partes, de su eventual contradicción, de la plenitud de los medios de prueba y defensa y la duración razonable, proscribiéndose, de este modo, cualquier tipo de indefensión (...) Efectividad de la tutela judicial (...) tratándose de un derecho pòrtico que asegura la efectividad de los demás derechos fundamentales, llevando implícita una nueva ética en la función judicial y un modelo de juez constitucional (...) La disciplina constitucional del proceso comporta un cambio total de la función de juzgar, definiendo un nuevo paradigma en la actividad judicial, que ha supuesto que el juez del poder haya dado paso al juez de los derechos (...) El juez tiene un compromiso ético con el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (...) debiendo subrayarse que la garantía de los derechos constituyere, junto con la independencia judicial, el emblema de la ética profesional del juez» (BODAS MARTÍN, R.: «Las garantías éticas del proceso», en la obra *Ética del juez y garantías procesales*, Manuales de formación continuada, núm. 24, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 365 y ss.).

⁴ *Vid.* GIMENO SENDRA, V.: «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en la obra colectiva *Legislación civil (2000-2006): análisis crítico*, CGPJ, Escuela Judicial, núm. 116, Madrid, 2007, págs. 239 y ss. Igualmente, *vid.* LÓPEZ AGUILAR, J. F.: «La Justicia y sus problemas en la Constitución», Madrid: Tecnos, 1996.

⁵ A mayor abundamiento, puede consultarse la obra de ABEL LLUCH, X.: *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 2005; o HURTADO YELO, J. J.: «La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil. Reflexiones al amparo de la STS Sala Primera, rec. 627/2004, de 21 de mayo de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7.842, de 20 de abril de 2012. Igualmente, la interesantísima monografía del profesor A. DE LA OLIVA SANTOS: «El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2012.

⁶ FERRER GIL, J. E.: «Facultades del juez en la proposición de prueba en la audiencia previa», *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 53, Madrid, 2008.

La LEC se inclina por el mantenimiento de los típicos principios dispositivo y de aportación de parte, sin perjuicio de lo cual se introducen en su articulado modulaciones a su imperio incondicionado o absoluto⁷. La edificación de facultades probatorias de oficio no ha de verse con óptica recelosa, pues nos aproxima a las más vanguardistas tendencias del Derecho procesal civil hondamente emparentadas con las exigencias dimanantes del tenor de la CE⁸.

La armonización pacífica de ambos vectores tiene que pasar por un juego de equilibrios entre las dos formulaciones⁹. De la interacción de principios que a priori pueden parecer contrapuestos, amortiguadora de sus excesos, ha de nacer una elasticidad del proceso que le amolde a los fines que debe colmar. Sobre la premisa del no veto radical de las iniciativas probatorias del jurisdicente a fin de evitar lacerar principios y valores constitucionales, aquella precisa contar con algunas limitaciones que la encaucen y orienten en su justo sentido.

⁷ Sirva como ejemplo de lo que se enuncia el tenor del artículo 282 de la LEC, al preceptuar que «las pruebas se practicarán –imperativamente– a instancia de parte», añadiendo acto seguido que «el Tribunal podrá –facultativamente– acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas (...) cuando así lo establezca la ley –límite legal a la volición judicial integral–».

⁸ «La formulación atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del Ordenamiento jurídico: la justicia, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional (...) por lo que existe un interés público en que el resultado del proceso sea justo (...) En esa búsqueda de la verdad dentro del proceso –verdad mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes– y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra justificación la iniciativa probatoria del juez (...) Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el Ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los jueces o magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles de un modo absoluto la iniciativa probatoria supone (...) una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia (...) A la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales puedan otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto» (PICÓ I JUNOY, J.: «El juez civil y la prueba: una historia mal contada (1)», *Diario La Ley*, núm. 7.092, de 14 de enero de 2009).

⁹ Así es, pueden existir argumentos de peso tanto para defender la necesidad de que el juez civil adolezca de cualquier iniciativa probatoria *ex officio* como también para considerar lo contrario. Justamente por ello, parece aconsejable adoptar una postura ecléctica que huya de maximalismos, buscando más bien equilibrios, concesiones recíprocas entre estas alejadas posiciones. De nuevo con PICÓ I JUNOY («El juez civil y...», ob. cit.), cabe razonar que «no debe buscarse el garantismo procesal sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia procesal, olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez –con su deber de imparcialidad– y de las partes –con sus derechos a la defensa–. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes».

- En primer término, la prueba *ex officio* tiene que ceñirse a los hechos controvertidos e introducidos como objeto del pleito por las partes so pena de comisión de vicio de incongruencia, ya que han de ser los litigantes quienes corran con la carga de delimitar el espectro fáctico del proceso tanto en una óptica positiva (es decir, afirmando hechos no discutidos para que así se plasmen en la sentencia) como negativa (esto es, omitiendo conscientemente aquellos que no resulten favorables a sus posiciones procesales)¹⁰.
- En segundo lugar, los materiales sobre los que tenga lugar la actividad probatoria del jurisdicente han de constar en el proceso garantizando su imparcialidad, atajando un impulso inquisitivo o un conocimiento privado de quien ha de mantener su neutralidad sobre la litis que acabará por zanjar con su decisión fundada en Derecho.
- En tercera instancia, siempre ha de respetarse el principio de contradicción ligado al derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE) con la participación de las partes en estas diligencias de prueba acordadas por el juzgador. Todo ese entorno debe estar dirigido a la impartición de una justicia firme y adecuada al nivel cualitativo exigido por el artículo 24.1 de la CE, esto es, a satisfacer una tutela efectiva de los derechos e intereses en pugna.

Sin perjuicio de la persistencia del vigor de los principios dispositivo y de aportación de parte, entendemos que una aplicación lineal de los mismos deviene inoperativa por colisionar con superiores valores constitucionales. El Estado, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, irá abandonando su tradicional tarea como mero fiscalizador o supervisor de las relaciones interindividuales para adoptar un papel activo en cuanto verdadero garante de los derechos a través de la figura judicial. Siendo el juez fortín del ejercicio de esa jurisdicción, transida del rasgo prescricional de función pública dentro de su condición de poder estatal, parece insorteable dotarle de poderes dentro del proceso, entre los que resaltarán con vigorosa fuerza los concernientes a la conformación del material probatorio¹¹.

¹⁰ De ahí que CHAVES GARCÍA afirme que «el Derecho Procesal y su eje, el proceso, no constituye una limitación o lastre a la justicia, sino el instrumento para obtenerla que se apoya en la igualdad de partes y la imparcialidad del juez» (CHAVES GARCÍA, J. R.: *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*, Madrid: Universitas, 2007, págs. 37-38). Entonces, el proceso supone «la investigación de un caso litigioso, la aplicación del derecho al mismo y la obtención de una sentencia adecuada al Ordenamiento jurídico, por lo que es lógico que las soluciones coincidan y que, con frecuencia, sean consideraciones racionales, de técnica, las que conduzcan a soluciones análogas, cuando no idénticas» (MONTERO AROCA, J.: «Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución», en la obra *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, 1988, pág. 230).

¹¹ *Vid.* CÁMARA RUIZ, J.: «Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad», disponible *on-line*.

2.2. SINGULARIDADES EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Las fuertes peculiaridades que caracterizan al proceso laboral, desde su misma génesis sustentada en unas razones específicas que motivaron su secesión del tronco del proceso común, plasmadas de manera incontrovertible en su propia regulación constituida por la LRJS, van a afectar a esa lucha entre la pureza de los principios dispositivo y de aportación de parte y el impulso *ex officio*.

La doctrina ha discutido reiteradamente si el proceso laboral es autónomo o si simplemente se trata de un proceso civil especial. La entrada en vigor de la LEC de 2000 ha agudizado esa polémica al acercarse el texto común a muchos de los postulados que históricamente eran reducto de la LPL (simplificación, oralidad –especialmente adecuada para la búsqueda de la verdad material que subyace al pleito–, celeridad, intermediación... *vid.* art. 74.1 LRJS) hasta el punto de provocar una crisis existencial del propio proceso social¹², implicando una inversión calificable como revolucionaria al socializar el proceso civil (al igual que hace ya casi un siglo había sucedido a la inversa al nacer el proceso social).

Ha de partirse de la premisa categórica que conlleva la meta nuclear del proceso del trabajo consistente en la búsqueda de la verdad material que lo motiva¹³, haciendo prever razonablemente la necesidad de la implementación de mecanismos activos que permitan al juez de lo social cumplimentar solventemente semejante misión, superando una actitud pasiva y transformándole en un agente más participante de la actividad procesal, aun cuando aquella deba recaer de forma prioritariamente notable sobre las partes litigantes que acuden al órgano jurisdiccional impetrando justicia, ejercitando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (supra)¹⁴.

En realidad, esas potestades se cosen a la perfección con un paradigma procesal construido sobre la oralidad y la inmediatez (de nuevo, art. 74.1 LRJS), pues al hallarse el juez en contacto frontal y directo con las pruebas se coloca en verosímil situación de apreciarlas conforme a la sana crítica y no según un poco dúctil sistema de valoración legal asociado al proceso típicamente escrito.

En línea con el rasgo socializador amarrado al proceso laboral, en él se produce la relevante circunstancia (connatural a su esencia) consistente en la gran importancia de su impulso judicial, exteriorizado en vastos poderes de dirección formal relacionados con su carácter especialmente

¹² *Vid.* TASCÓN LÓPEZ, R.: *La renovación de la Justicia social. El éxito del proceso social, su envejecimiento prematuro y la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Pamplona: Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

¹³ *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *Derecho del Trabajo y proceso*, Estudios Sociales, Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, 1972, pág. 12.

¹⁴ En este sentido, APARICIO TOVAR, J. y RENTERO JOVER, J.: «El Juez laboral: imparcial, pero no neutrab», *Revista de Derecho Social*, núm. 4, Albacete: Bomarzo, 1998, págs. 53 y ss.

tuitivo, sin perjuicio de que sean las partes sus promotoras últimas. Y es en la práctica de pruebas donde esas capacidades se demuestran de manera más señera aplicadas a la búsqueda de la anhelada verdad material «no garantizada mediante la dirección probatoria de las partes»¹⁵. En la consecución de esta verdad material se respalda el contenido axiológico de la justicia referida por el artículo 1.1 de la CE.

Bien parece que la especialidad del proceso laboral justifica sobradamente la concesión a los jurisdicentes de capacidades en lo que a la prueba atañe.

3. LA INSTITUCIÓN TRADICIONAL DEL MEJOR PROVEER. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. RÁPIDO RECORDATORIO

En sede procesal civil, este instituto se regulaba en los artículos 340 a 342, ambos inclusive, de la en su mayor parte derogada LEC de 1881¹⁶. Con un alcance marcadamente flexible, se establecía la facultad jurisdiccional –potestativa– de proceder a su práctica («podrán los jueces y Tribunales acordar para mejor proveer») en el momento procesal que venía delimitado por que ya se estuviera cronológicamente «después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo»¹⁷.

Esta decisión judicial adoptaba la forma de providencia contra la cual, dado ese pleno carácter discrecional, no era posible entablar recurso de ninguna clase sin que de ello tampoco fuera posible extraer causalmente la arbitrariedad judicial, lógicamente proscrita *ope Constitutione* dado que los jurisdicentes se hallan reciamente sujetos a la CE y a las leyes (arts. 117.1 y 9.1 CE o 5.1 LOPJ, de consuno)¹⁸.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 81, Madrid, 1969, pág. 48.

¹⁶ Para un recorrido histórico de la institución, puede consultarse a PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos», *Diario La Ley*, núm. 6.554, de 21 de septiembre de 2006.

¹⁷ En definición jurisprudencial, sirva la comprendida en la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– (Sala Primera) de 4 de abril de 2008, al indicar que las diligencias para mejor proveer «no son formalidades esenciales del juicio, puesto que su práctica (...) es facultad exclusiva del juez (...) Son, por tanto, un instrumento que el proceso pone al alcance del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre la materia del proceso, por lo que son ajenas al impulso de parte y al principio dispositivo (SSTS de 29 de marzo y 29 de diciembre de 2005)».

¹⁸ «Conocida es la doctrina jurisprudencial constante referente a los poderes del órgano jurisdiccional para acordar libremente las diligencias para mejor proveer, si bien, una vez acordadas, en su desarrollo y ejecución han de ajustarse a las normas reguladoras de las mismas (...) de manera que, acordada una diligencia, su práctica se convierte en obligatoria para el juzgador y su incumplimiento determina nulidad de actuaciones» (STS de 23 de abril de 1998). En conexión a esta posición jurisprudencial, no se «exime al órgano jurisdiccional de notificar a las partes la providencia en la que las diligencias para mejor proveer se acuerden (...) además (...) las reglas sobre la intervención que las partes hayan de tener en la práctica de las diligencias han de ser interpretadas de acuerdo con las normas de la

Se preceptuaba que en su realización «se dará intervención a las partes» (art. 340 *in fine* LEC derogada), debiendo practicarse «dentro de un plazo no superior al establecido, en el proceso en el que se acuerden, para la práctica de prueba. En todo caso, el juez o la Sala cuidará de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptarán de oficio las medidas necesarias para ello» (art. 341 LEC anterior).

La consecuencia directa que conllevaba la adopción de esta decisión judicial radicaba en que «quedará en suspenso el término para dictar sentencia, desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer hasta que sea ejecutada o transcurra el plazo para ello y tres días más, durante los que se pondrá de manifiesto a las partes los resultados de las diligencias, las cuales podrán alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia» (art. 342 LEC). Por consiguiente, la redacción de estos preceptos era minuciosamente respetuosa con las prevenciones y garantías constitucionales¹⁹.

Constitución española que establecen los derechos fundamentales y libertades públicas y con la jurisprudencia de este Tribunal que determina el contenido constitucional de tales derechos, pues así resulta, ante todo, de la vinculación directa que a los derechos fundamentales y a las libertades públicas para todos los poderes públicos establece el artículo 53 de la CE y se desprende, más en concreto, de las normas establecidas en los artículos 5 y 7» de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–, por lo cual «la preservación de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 24 de la CE, y en especial la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por preservar los medios de defensa de ambas partes en el proceso, lo que se agudiza en aquellos casos en que puedan resultar introducidos en el proceso hechos nuevos, de suerte que el desconocimiento y la falta de audiencia determine indefensión de la otra parte. Debe además el órgano jurisdiccional (...) observar escrupulosamente el principio de contradicción y el principio de igualdad de las partes en el proceso o de la igualdad de armas en él, como también se le ha llamado, pues este principio (...) forma parte del conjunto de derechos que el artículo 24 de la CE establece» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 226/1988, de 28 de noviembre).

¹⁹ El TC define la indefensión como «el impedimento del derecho de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses por la parte, para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias (...). Cuando se sitúa a las partes en posición de desigualdad o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción (...) no puede afirmarse que se haya producido indefensión si ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar alguna limitación no trascendente de las facultades de defensa» (STC 98/1987, de 10 de junio. Fundamento tercero). Perfilando entonces los contornos del concepto de indefensión, resulta que, primordialmente, debe entenderse por tal «tan solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional» (STC 260/1998, de 28 de septiembre). Justamente con base en ello, conforme indica la STS de 6 de marzo de 2009, «es muy reiterada la doctrina del TC que rechaza la apreciación de indefensión cuando esta se deba a pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representen o defiendan (SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994, 262/1994, 18/1996, 137/1996, 99/1997, 140/1997 y 82/1999)».

Partiendo de esas exigencias constitucionales, en los términos conjugados por el propio TC, resulta imposible considerar que el régimen normativo que se contenía en los artículos 340 a 342 de la extinta LEC conlleva alguna clase de indefensión. Por dos veces se declaraba de manera expresa que se otorgaba a las partes participación en el desarrollo de los medios de prueba decretados de oficio para mejor proveer (arts. 340 *in fine* y, muy significativamente, 342 LEC de 1881).

Esta figura quedaba catalogada como una facultad discrecional del jurisdicente y no como un derecho subjetivo de las partes en el proceso, sin que esta conclusión afectara o comprometiera la constitucionalidad de la institución, dado que la participación de los contendientes en su desarrollo abortaba la concurrencia de potencial indefensión prohibida ex artículo 24 de la CE²⁰.

El presupuesto habilitante de la utilización de esta institución no era otro que la consideración particular y libre del juzgador, en el sentido de estimar la existencia de puntos no clarificados respecto a la certeza de los hechos que las partes habían traído al proceso, o bien la apreciación de la insuficiencia de los medios de prueba practicados por iniciativa de aquellas. De ahí que para poder sentenciar correctamente (mejor proveer), delimitando con rigurosidad los hechos subyacentes a la litis, el juez acordara de oficio y de forma unilateral la práctica de algunas diligencias probatorias. La autoridad judicial no introducía en el pleito material fáctico, solamente procedía a un mayor esclarecimiento del aportado por los litigantes.

4. LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA DE 2009. DILIGENCIAS FINALES FRENTE A DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Con anterioridad a la entrada en vigor de las previsiones de la LRIOJ, el nacimiento de la LEC de 2000 ya había supuesto un primer cambio destacable en la regulación preexistente en materia de prueba de oficio al instaurar *de iure* sobre un mismo sector dos regímenes jurídicos ciertamente antitéticos.

4.1. LAS DILIGENCIAS FINALES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La LEC de 2000 implicó el destierro del instituto del mejor proveer en sede común sustituyéndolo por las denominadas «diligencias finales», las cuales en absoluto son catalogables como legítimas sucesoras de aquel, sino como una verdadera ruptura de raíz, un género distinto, una óptica dispar de conceputar la prueba de oficio. Las diligencias finales partían de presupuestos diferentes y perseguían asimismo una teleología claramente diversa al mejor proveer. El legislador no introdujo una innovación nominativa, sino que procedió a erradicar un régimen institucional cambiándolo por otro que dista notablemente del suprimido.

²⁰ Así, se señala en la STS de 11 de diciembre de 2002 que «la facultad de los Juzgados y Tribunales para acordar diligencias para mejor proveer, como ha señalado el TC, no puede fundar un recurso de amparo, por no derivarse del artículo 340 de la LEC derecho alguno subjetivo para las partes». Añádase que, conforme a la STS de 11 de marzo de 2002, «la práctica de las diligencias para mejor proveer (...) es facultad exclusiva y propia de los juzgadores de instancia (...) por lo que el uso o no uso de la misma por los referidos órganos jurisdiccionales no es susceptible de recurso alguno».

La justificación a semejante conclusión quedaba de manifiesto en la Exposición de Motivos de la norma procesal común. Literalmente, se razonaba que la LEC «suprime las denominadas diligencias para mejor proveer, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos a los de aquellas». La locución reproducida es tajante. No se busca modificar el mejor proveer en su concepción tradicional sino su supresión, fortificando esta determinación alternativa en que debe mantenerse «coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio –buen exponente de los principios de inmediación y concentración, cuya viveza es un objetivo irrenunciable de este texto normativo–, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales solo serán admisibles las diligencias de prueba, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado» (apartado XII *in fine*)²¹.

La filosofía informadora del proceso civil en su actual opción, entonces, devino tremendamente restrictiva en lo que toca a la prueba practicada de oficio²². El carácter del proceso civil lleva irremisiblemente a esa conclusión. En él se ventilarán abrumadoramente conflictos exclusivamente *inter privatos*, en igualdad de condiciones y armas procesales, sin que los efectos del proceso excedan a los contendientes... Eso hará que la tarea de proponer medios de prueba que ratifiquen sus legítimas pretensiones sea *onus* de las partes, en plena conectividad con el principio dispositivo²³. Conforme al artículo 216 de la LEC, «los Tribunales civiles decidirán los asun-

²¹ Pese a esa nítida y quirúrgica diferenciación, en algunas resoluciones judiciales parece estimarse que ambas instituciones resultan análogas, con palpable error en nuestra opinión. *Vid.* en el razonamiento jurídico primero del Auto del TS (Sala Cuarta) de fecha 13 de marzo de 2007, donde podemos leer extractos como los que siguen: «Alegaba que el juez había acordado en el acto de juicio y para mejor proveer oficiar al INSS (...) cuando se le dio traslado de la diligencia final, calificando el motivo (...) Y que las diligencias finales o para mejor proveer, una vez acordadas, han de practicarse en sus propios términos». La colocación de ambas instituciones unidas por esa conjunción disyuntiva «o», conllevando alternatividad, nos parece una equivocación.

²² Del principio dispositivo hay que extraer algunas consecuencias esenciales. Naciendo los procesos por él regidos a la búsqueda de la tutela de derechos e intereses legítimos particulares, ese principio se proyectará en que la iniciativa procesal, la conformación del objeto del proceso, sus correlativas cargas y la diligencia en su desenvolvimiento afectarán a la llevanza del pleito por el órgano jurisdiccional. Es a quien impetra justicia civil, a quien ejercita su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al que ha de corresponder la *onus* de instarla, determinarla con precisión, alegar y probar los hechos litigiosos y aducir la fundamentación jurídica aplicable para la consecución de esa tutela. Con NOYA FERREIRO cabe afirmar que «hacer valer un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo, y es una lógica consecuencia del respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos de naturaleza privada» (NOYA FERREIRO, M.^a L.: *Las diligencias finales en el proceso civil*, monografía núm. 503, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pág. 30).

²³ Aunque convenga matizar que resulte muy conveniente disociar la naturaleza privada del conflicto que permite habilitar la activación del derecho de los contendientes a acudir a los órganos jurisdiccionales en busca de una solución al mismo con que, arrancada la actividad jurisdiccional, solamente sean las partes quienes tengan ese interés solventador de sus diferencias. No en vano se actúa conforme a la ley desde un entramado radicalmente estatal dotado de enorme fuerza jurídica, esto es, sin que quepa desconocer que se está ante el ejercicio de la jurisdicción (en tanto

tos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». Dicho de otra manera, el conjunto de las cargas fundamentales del proceso civil compete a los litigantes (regla general) y, cuando la ley lo disponga (excepción), al órgano jurisdiccional (*vid.* igualmente los apartados 2 y 3 art. 217 LEC).

En lo que concretamente atañe a la materia probatoria, el artículo 282 de la LEC viene a entroncar directamente con esa declaración genérica²⁴. Por consiguiente, las diligencias finales, como exponentes de la prueba de oficio en la LEC, van a verse sujetas a unos rígidos límites que reflejen en su medida exacta el diseño general que la misma LEC ha dibujado. Del tenor de los artículos 435 y 436 de la LEC²⁵ se desprende una buena muestra de lo que ha de ser actualmente la prueba *ex officio* en el proceso civil²⁶.

privativa del Estado) a través de los órganos al efecto estatuidos, aplicando leyes preestablecidas a tal fin y sirviéndose del proceso como apero instrumental esencial. Así las cosas, «el proceso debe configurarse de tal forma que la combinación de los principios procesales que lo inspiran dé como resultado un procedimiento en que se garantice tanto el interés privado como el interés público, dando predominio a aquel que, según el carácter del interés jurídico que se discuta, merezca más atención para la sociedad» (FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 1948, tomo I, fasc. IV, pág. 1.358). Consiguientemente, hay que modular en debida forma la conceptualización del proceso civil entrelazado a un interés exclusivamente privado, pues siendo el proceso el instrumento estatal por antonomasia para la salvaguarda y realización jurisdiccional de su Ordenamiento jurídico siempre va a contar con mimbres públicos.

²⁴ El principio rector en la materia es que a las partes corresponde casi de forma privativa y plena la *onus probandi*. La marginación de la prueba *ex officio* es tal que, prácticamente, queda extirpada de la LEC. Dado el condicionamiento que se introduce para que pueda tener virtualidad, no resulta muy plausible otra conclusión. Única y exclusivamente podrá desplegarse «cuando así lo establezca la Ley», y de un vistazo general al articulado de la LEC no aparecen numéricamente muchos casos en los que esto ocurra (*vid.* existirá posibilidad de decretarse de oficio la prueba que se considere oportuna en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, «sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio fiscal y de las demás partes» –art. 752.1.II LEC– aunque, lógicamente, en estos supuestos la contienda suscitada encierra un interés *supra partes*, criterio que habilita la introducción de esta excepción a la regla general). En estas modalidades procedimentales, el principio de oficialidad cobra fuerza desplazando al dispositivo, razón por la cual, *ratione materiae*, «en los procesos civiles no dispositivos, no juegan las limitaciones legales para la adopción y práctica de cualquier medio probatorio con el carácter de diligencia final» (PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos», *ob. cit.*).

²⁵ *Vid.* la glosa que a ambos preceptos practica MARTÍN OSTOS en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida por A. M.^a LORCA NAVARRETE, Valladolid: Lex Nova, 2000, tomo II, págs. 2.184-2.195.

²⁶ Conectando con la matización antes apuntada en relación con la naturaleza última del proceso civil, y sus atisbos públicos pese a encauzar primordialmente pretensiones privadas, conviene trazar una divisoria entre principio dispositivo y principio de aportación de parte, dado que «las partes ostentan la disposición sobre el derecho subjetivo que se discute en el proceso, y por esta razón son dueñas también del derecho a la prueba, pero esto no significa que el juez vea restringida toda su actuación dentro del ámbito probatorio. En el proceso civil (...) coexisten dos intereses distintos, pero no contrapuestos; de un lado, el interés del Estado que ofrece un instrumento jurídico para la tutela del Derecho objetivo y de los derechos subjetivos; de otro, el interés de los particulares en utilizar dicho instrumento como el único medio para satisfacer sus pretensiones. Ambos intereses tienen que coexistir y ambos deben ser tutelados por la resolución judicial (...) No cabe reconocer al juez ninguna clase de poderes respecto del ejercicio de la acción y la determinación del objeto del proceso, puesto que tal posición resultaría incompatible con la naturaleza

Destaquemos velozmente sus principales características, especialmente por confrontarlas con la visión tradicional de la institución del mejor proveer recogida con anterioridad²⁷:

- En lo que a su ubicación cronológica en el proceso se refiere, comparten momento procesal con las diligencias para mejor proveer. Tienen virtualidad en el instante en el que el pleito está pendiente de ser resuelto a través de la sentencia. El artículo 434.2 de la LEC señala cuándo cabe acordar su práctica («dentro del plazo para dictar sentencia») y el efecto inmediato de esa decisión («quedará en suspenso el plazo para dictar aquella»). Bien es cierto que cabe cuestionar la colocación procesal en la que este instituto aparece, pues probablemente resultaría más eficaz que se trasladasen al jurisdicente capacidades probatorias de la índole que se considerara conveniente en la fase de prueba del proceso, lógicamente sin solaparla con las que dimanen de la iniciativa de las partes litigantes²⁸, agrupando toda la actividad probatoria en un único *tempus* procesal y no en dos.
- Mantienen el carácter de potestad jurisdiccional («podrá el Tribunal acordar»). Pero, de practicarse en el caso de autos, eso sucederá «solo a instancia de parte» –art. 435.1 LEC–. Ha de remarcarse el agudizado alcance restrictivo que se les confiere. La discrecionalidad de la decisión judicial que las decreta queda constreñida a que las partes así lo soliciten previamente. Solamente si los contendientes hicie-

misma de los derechos privados discutidos en el proceso civil; sin embargo, no se puede decir lo mismo en lo que respecta a la ampliación de sus facultades en materia probatoria (...) Los jueces y Tribunales encargados de la Administración de Justicia deben tener en el proceso civil moderno una intervención más activa (...) Se tratará de conjugar la actividad de las partes y del juez», dentro del reconocimiento de los dos principios indicados al comienzo (NOYA FERREIRO, M.^a L.: *Las diligencias finales en el proceso civil*, ob. cit., págs. 34-39). La materia probatoria, como demuestra el tenor legal, es terreno propicio para alcanzar semejante conjunción.

²⁷ Siguiendo nuevamente a NOYA FERREIRO (ob. cit., pág. 77), «las diferencias que separan a unas y otras son tan evidentes que las razones que llevaron a acudir a las diligencias para mejor proveer no pueden ahora argumentarse para las diligencias finales, aunque es necesario precisar que la regulación actual resulta mucho más coherente con los principios que inspiran a nuestro proceso civil (...) No puede obviarse que el sentido de las diligencias para mejor proveer era proporcionar al juez el instrumento necesario para la práctica de aquellos medios de prueba que reputase indispensables para dictar sentencia; medios que en muchos casos no habían sido propuestos por las partes y eran por tanto acordados de oficio (...) Por el contrario, las diligencias finales, condicionadas por lo general a la previa petición de parte, únicamente pretenden solucionar ciertos problemas probatorios que pueden tener lugar en la práctica de la prueba y que pueden evitar su reproducción en la segunda instancia». Nótese la diversidad del alcance de ambas instituciones: las diligencias finales son un remedio puntual, tasado. Mientras, el instituto del mejor proveer se presenta sistémico, orientado sin cortapisas a la averiguación de la verdad material, relegando en este instante procesal a los principios inspiradores del proceso civil tradicionalmente asentados.

²⁸ «Un juez que dirigiera no solo formal sino materialmente el proceso no necesitaría al final del mismo acudir a estos expedientes probatorios, pues la mecánica de los distintos medios probatorios facilitaría el examen de los testigos, la práctica de peritajes o de reconocimientos no pedidos por las partes y la inclusión en el proceso de todo tipo de documentos» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Colex, 1997, pág. 295).

ran petición ad hoc cobraría sentido que entrara a jugar la volición jurisdiccional pero, de no ser así, ninguna voluntad unilateral otorgaría la ley al jurisdicente que se vería privado de cualquier derecho en ese sentido sin que cupiese diligencia final alguna. La fricción con el histórico sentido del mejor proveer es absoluta.

- De poderse acordar la práctica de alguna diligencia final previa petición de las partes, esa decisión debería adoptar la forma de auto (art. 435.1 LEC), esto es, resolución forzosamente motivada. Se subraya de esta manera la excepcionalidad de lo que se resuelva, precisamente al exigirse razonamiento en derecho de la determinación tomada. También es subrayable este requisito por contraposición a la resolución utilizada para la adopción de la decisión estimativa de la práctica de las antiguas diligencias para mejor proveer. El mejor proveer se acordaba mediante providencia (supra, esto es, sin exigencia de motivación), que constituye la especie de resolución judicial típicamente fusionada con la tramitación impulsiva material de los procedimientos (art. 206.1.1.ª LEC). La exigencia del auto para acordar una diligencia final realza la singularidad de esta institución, y el *animus* legal de su no utilización masiva o injustificada²⁹.
- Aun con esas dos exigencias activadas (previa petición de parte, auto), se vuelve a condicionar nuevamente su potencial adopción a la satisfacción de las reglas que, tasadamente, contiene el artículo 435.1 de la LEC, con lo que ni siquiera en este instante, superados esos previos controles, existe discrecionalidad judicial. El principio de oportunidad no tiene cabida en la materia, pues el juzgador deberá ponderar e inferir la concurrencia al caso de alguna de esas razones y plasmarla debidamente en la fundamentación del auto que se le exige redactar.
- En el artículo 435.2 de la LEC se contienen unas prevenciones que bien pudieran llevar a pensar en la pervivencia de algunos resquicios de libre disponibilidad del juez o tribunal en la prueba practicada de oficio en sede procesal civil, pero el propio encabezamiento del apartado debe acarrear el destierro de esa tentación argumental («excepcionalmente»). Se permitiría, en su caso, acordar «de oficio o a instancia de parte» —es decir, conviviendo en este preciso instante la petición de parte que en el artículo 435.1 de la LEC era *conditio sine qua non* para poder desarrollar alguna diligencia final con la unilateral volición jurisdiccional— la práctica de nuevos medios de prueba que, en esta ocasión, afecten a hechos sobre los que ya se hubiera practicado prueba anteriormente («se practiquen de nuevo», a diferencia de lo previsto por el artículo 435.1 LEC en el que no se había llegado a probar lo que se proponía como diligencia final por las causas en el mismo explicitadas), siempre que sean «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

²⁹ Ahondando en esta cuestión, *vid.* MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, Madrid: Civitas, 2005.

fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirían adquirir certeza sobre aquellos hechos». Aunque prima facie parezca que se está ante una facultad otorgada con palpable laxitud al juez o tribunal, lo cierto es que en realidad se trata de una extensión del régimen trazado por el artículo 435.1 de la LEC. Ello es así no solo porque deba acudir a esta previsión «excepcionalmente», sino también por sentarse un buen número de condicionantes y presupuestos habilitantes de su eventual desarrollo que, indefectiblemente, requerirán una previa consideración y análisis judicial que, por otro lado, exige expresamente la propia *littera legis* en virtud del apartado segundo de este artículo 435.2 de la LEC, quien reitera que la adopción de este tipo de decisión deberá plasmarse en un auto en el que «habrán de expresarse detalladamente –sic– aquellas circunstancias y motivos».

- Si en su caso, y con todas esas previas condiciones legales debidamente cumplimentadas, se acordara la práctica de alguna diligencia final, deberá llevarse a cabo «dentro del plazo de veinte días, y en la fecha que señale a tal efecto, de resultar necesario, el secretario judicial en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase» (art. 436.1 LEC) –hágase notar la similitud con el art. 88 LRJS, infra–, por lo que habría que remitirse a lo que en relación con cada medio de prueba de los catalogados por el artículo 299 de la LEC se dispusiera, pudiendo –facultativamente– las partes, una vez efectivamente practicadas esas diligencias y «dentro del quinto día, presentar escrito en el que resuma y valore el resultado».

La esencia más individualizante del mejor proveer, su carácter discrecional, constituir un derecho exclusivo de los jurisdicentes llamados a resolver el pleito, ha sido erradicada con el régimen establecido para las diligencias finales. Como colofón, las partes sí que ostentarán un relativo derecho subjetivo en relación con ellas, dado que les compete privativamente solicitar su práctica (art. 435.1 LEC), y si «excepcionalmente» el juez o tribunal las acordara de oficio (art. 435.2 LEC), deberá ser con la concurrencia de unos exigentes supuestos habilitantes y en relación con hechos «relevantes, oportunamente alegados» sobre los que no se hubiera llegado a resultados concluyentes previamente, tras la fase de prueba, a causa de circunstancias ajenas a las partes ya desaparecidas.

Ambas instituciones participan de la incardinación a un proceso regido indeleblemente por los principios dispositivo y de aportación de parte, existiendo cierta permisividad a la atribución de algunas potestades probatorias al órgano jurisdiccional, lo cual no ha de significar en ningún supuesto extralimitación, desapoderamiento o intromisión del juzgador en la posición, deberes y diligencia procesal de los contendientes so pena de contrariar su ineludible imparcialidad y neutralidad, profundamente ligada a la misma independencia judicial en cuanto catalogación de la figura del juez como garante objetivo de los derechos de todas las partes en liza³⁰.

³⁰ De hecho, PICÓ I JUNOY concluyó que el marco normativo de los extintos artículos 340-342 de la LEC de 1881 fue rotundamente recortado por la jurisprudencia del TS, acotando la aparente discrecionalidad que el legislador confería

Por tanto, las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales comparten un mismo objetivo consistente en la dación al juzgador de la suficiente información para el atinente dictado de la sentencia. Sin embargo, se distancian en que el mejor proveer confería directamente al juez esta capacidad de manera poco limitada en la *littera legis* mientras que las diligencias finales quedan supeditadas, sin perjuicio de ciertas matizaciones, a la previa iniciativa de parte. Las diligencias finales se expresan en la LEC como facultad extraordinaria del jurisdicente, complementando la ordinaria que compete a los litigantes.

Además, esta institución resulta decisivamente condicionada por la exigencia de previa petición de parte, aunque una vez cumplimentado este requisito habilitante bien parece que desaparece la influencia de los contendientes sobre las capacidades del órgano jurisdiccional, pues de no ser así se estatuiría que la mera solicitud de un contendiente en el pleito permitiera la realización de nuevas pruebas de manera extemporánea, esto es, fuera del periodo nitidamente pautado por la ley para su realización, ninguneando el efecto preclusivo que la tramitación de todo procedimiento acarrea (*vid.* arts. 136 y 207.4 LEC). Así, esta institución parece seguir participando del rasgo genérico de facultad jurisdiccional, aunque severamente modulada en función de que provenga de la petición de las partes o de la misma iniciativa volitiva del juzgador en los márgenes de permisividad antedichos.

En última instancia, recordemos que el destinatario final y primordial de la prueba es el juez o tribunal que dirime en derecho la contienda surgida³¹, habida cuenta de que la teleología de esta institución radica en el contraste de los hechos controvertidos que los litigantes afirman. Entonces, si en el proceso civil las partes han de aportar los hechos y el material probatorio sobre ellos proyectable pero quien tiene que zanjar ese conflicto y fijar los aspectos discutidos es el juzgador, parece lógico dotarle de alguna iniciativa en ese sentido ya que el corolario de la adopción de una postura contraria significaría la potencialidad del mantenimiento de ámbitos afóticos, que impedirían la recta determinación de este material fáctico no pacífico subyacente en la litis.

En suma, el principio dispositivo impera indudablemente en el proceso civil, pero no ha de tener como inevitable correlato el monopolio de los contendientes para las potencialidades en

en este aspecto a jueces y magistrados y realizando que las diligencias para mejor proveer habrían de ostentar un rol complementador y puntual, que no supletorio o sustitutivo de la inacción probatoria de las partes. *Vid.* PICÓ I JUNOY, J.: «Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser. Completa revisión crítica de la jurisprudencia creada sobre las diligencias para mejor proveer en el proceso civil», *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1998, tomo IV, pág. 1.478.

³¹ «No cabe ninguna duda de la transcendencia e importancia de la prueba en todo procedimiento judicial, constituyendo de ordinario el núcleo o fase central del proceso, pues para que las partes puedan lograr el éxito de sus pretensiones, es necesario que logren la convicción psicológica del juez o Tribunal sobre la existencia o inexistencia, la veracidad o falsedad de los hechos o de un dato procesal determinado» (COLLADO CASTAÑO, I. M.^a: «La prueba en el proceso contencioso-administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/98», *Estudios jurídicos del Cuerpo de Secretarios judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, tomo III). Si la prueba va dirigida a lograr el pleno convencimiento del jurisdicente sobre la certeza, existencia o inexistencia de los hechos aportados al proceso, no parece prima facie lógico sustraerle capacidades que coadyuven, eventualmente de modo definitivo, a formar su convicción íntegra.

materia de prueba: los poderes de las partes deben centrarse en el señalamiento (y acotación) del objeto del proceso (*ergo* del objeto de la prueba); pero, una vez verificado este extremo, tiene que ser inevitable conceder al órgano jurisdiccional algunas capacidades probatorias sobre ese sector predeterminado por aquellas, pues las mismas reflejan un sentido eminentemente técnico-jurídico, una premisa ineludible para la atinada resolución del pleito que, lógicamente, desborda sobradamente las preocupaciones particulares de los litigantes al engarzarse con el ejercicio de la jurisdicción integrado en el interés público del Estado.

De ahí que la doctrina no estime que las diligencias finales, como tampoco lo hacían las antiguas diligencias para mejor proveer, supongan una quiebra del principio dispositivo al no afectar «ni al inicio del proceso, ni a su objeto, ni a su conclusión por las partes»³², ligándose a un aspecto de pura aportación *ex parte* a la litis, el del material fáctico. El principio dispositivo quedaría lesionado si la introducción de nuevos hechos en el pleito supusiera una novación o mutación de su objeto. Si la finalidad de estas diligencias probatorias finales estriba en aclarar hechos ya presentes en el proceso sobre los que aún flota alguna nebulosa, no se está produciendo esa eventualidad, razón por la cual la vigencia pacífica e integral del principio dispositivo no se ve ultrajada.

Análoga situación se produciría en relación con el principio de congruencia, dado que la aportación de nuevos hechos en el objeto del proceso supondría una alteración o adulteración originada en semejante *extra petita*. Se insiste: si las diligencias finales únicamente tienen alcance probatorio a proyectar sobre los hechos ya traídos al proceso abortando la introducción de otros nuevos en ese estado de tramitación en el que únicamente pende la sentencia, no se erigen en un cauce que permita violentar la armónica viveza de los principios procesales civiles estructurales.

Visto en perspectiva inversa, el juez civil cuenta con límites en su meta de obtención determinante de la verdad de los hechos subyacentes al pleito, expresados en principios tradicionales como el dispositivo, la aportación de parte o la congruencia que atajan sus capacidades volitivas motu proprio. El juez ha de tener prohibida la introducción de hechos en el proceso pero no la constatación fiel de los que las partes trasladen a su consideración. De vetársele estas capacidades se estará poniendo en serio riesgo la veraz satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado *ex* artículo 24.1 de la CE.

Sintetizando, en general la prueba de oficio tiene que quedar limitada por los hechos que las partes privativamente hayan introducido en el proceso, de tal modo que se refiera a aspectos obrantes en autos y que sea rectamente respetuosa con el derecho de defensa y el mantenimiento de la contradicción *inter partes*³³.

³² MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, ob. cit. Igualmente, puede consultarse el estudio «La prueba. Disposiciones generales. Análisis de los artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000», de M.^a del C. CALVO SÁNCHEZ, *Revista del Poder Judicial*, Madrid: CGPJ, núm. 64, 2001, págs. 167-204.

³³ Extremadamente clarificadora resulta la STS de 4 de abril de 2008, al trazar los límites de la actividad probatoria de oficio y definir con propedéutico valor esta institución que constituyen las diligencias finales. Transcribimos parte de su fundamento de derecho segundo: «Una cosa es que los Tribunales tengan un cierto margen de libertad para tomar

4.2. MANTENIMIENTO DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL. EL PERIODO 2001-2010

La implantación en la LEC de 2000 de la institución de las diligencias finales no hubo de suponer mayores dificultades en el ámbito jurisdiccional social, al contar entonces con una herramienta específica –la LPL– en la que la prueba de oficio se exteriorizaba en una regulación privativa y eventualmente excluyente, el artículo 88 de la LPL³⁴. Los problemas podrían surgir únicamente si, en inexistencia de plenitud de esa prevención propia y en aras del mantenimiento de la integridad del sistema procesal rubricada con la ausencia de lagunas normativas, debiera entrar en juego la supletoriedad de la norma procesal común (*vid.* art. 4 LEC y disp. adic. primera, apartado primero, de la derogada LPL). Cabe razonablemente esperar que resultaría tarea de dudoso éxito conjugar o completar una institución con las regulaciones previstas para otra con la que comparte pocos planteamientos –supra–³⁵.

la iniciativa probatoria que le permita adquirir un conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo para fundamentar el fallo, estiman que han quedado confusos o poco determinados por las pruebas aportadas por las partes y que es necesario esclarecer para dictar la sentencia procedente, lo que no vulnera el principio dispositivo, singularmente en su manifestación de rogación de parte, una de cuyas manifestaciones es la de dejar a su iniciativa la aportación de las pruebas que consideren necesarias a su derecho, y otra distinta que a través de tal actuación procesal se dedique a investigar la realidad procesal –sea subjetiva u objetiva– supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, descuido, error o impericia de las partes –de una, o de ambas–, pues en tal caso se incurriría en un ejercicio abusivo de un medio procesal que aparte de instrumento para atender a situaciones puntuales (...) responde esencialmente a una finalidad complementaria, que si se desvirtúa pone en riesgo el propio sistema procesal (...). Es razón por la que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil suprime estas diligencias» para mejor proveer «sustituyéndolas –nótese, se corrobora la apreciación formulada en el sentido de afirmar la disparidad de ambos institutos jurídicos– por unas diligencias finales, con las que viene a restringir de forma sustancial las facultades del juez en coherencia con los principios fundamentales que rigen el proceso civil en el sentido de que mantienen un adecuado equilibrio en lo relativo a la carga de la prueba, impiden suplir la inactividad o negligencia de una parte y propician la igualdad de todas ellas en el proceso, impidiendo que puedan practicarse nuevas pruebas o distintas de las que fueron objeto de proposición en el proceso y restringiendo la actuación del órgano jurisdiccional para que pueda acordarlas de oficio (...) desde la idea de que no hay un interés público, sino privado, en la disputa –matizaríamos el sentido público del proceso per se, en cuanto exteriorización canalizada del ejercicio privativamente estatal de la Jurisdicción, supra– y de que es a la parte a quien compete la reclamación, así como su activa colaboración para que la prueba se admita y se practique dentro de los actos ordinarios del proceso. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Lo contrario supondría eliminar la carga probatoria, que en la actualidad establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de una falta de prueba».

³⁴ *Vid.* DESDENTADO BONETE, A.: «Diligencias para mejor proveer», en la obra compartida con CEA AYALA, B. y PALOMO BALDA, E.: *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso social*, Madrid: La Ley, 2001, págs. 130 y ss., también BOTANA LÓPEZ, J. M.^a: «Prueba y diligencias para mejor proveer», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, Madrid, 2001, págs. 94 y ss.

³⁵ *Vid.* ARIAS RODRÍGUEZ, A.: «La nueva regulación de las diligencias finales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y su incidencia en el procedimiento laboral», en la obra colectiva *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Pamplona: Aranzadi, 2001, págs. 353 y ss.

La normación introducida por la LRJS no altera este esquema de interacciones normativas (*vid.* art. 88 LRJS y también su disp. final cuarta, *supra* de nuevo).

En el lapso cronológico en que han coincidido en vigor la LPL de 1995 y la LEC de 2000 (antes de la sacudida que en el Ordenamiento procesal ha supuesto la LRIOJ), el precepto clave en el tema que se aborda radicaba en el tenor del artículo 88 del texto procesal social, el cual literalmente reproducido disponía que «terminado el juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con intervención de las partes. En la misma providencia se fijará el plazo dentro del que haya de practicarse la prueba, durante el cual se pondrá de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias a fin de que las mismas puedan alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia. Transcurrido ese plazo sin haberse podido llevar a efecto, el órgano judicial dictará un nuevo proveído, fijando otro plazo para la ejecución del acuerdo, librando las comunicaciones oportunas. Si dentro de este tampoco se hubiera podido practicar la prueba, el juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, acordará que los autos queden definitivamente conclusos para sentencia».

Ha de destacarse la integral sintonía de esta conformación jurídica con el tenor de la LEC de 1881 anteriormente dibujado, entroncando de lleno con la catalogación tradicional del mejor proveer.

Así las cosas, habría que plantearse si el bloque normativo integrado nuclearmente por el artículo 88 de la LPL implicaba un sistema completo, autosuficiente, a la hora de determinar una regulación integral de la prueba de oficio en el orden laboral o si, por el contrario, subsistían en él resquicios que coartaran la precisa y anhelable plenitud de aquel, activando ipso facto la necesidad de acudir a normativa supletoria para rellenar esas oquedades.

Insistimos: como se comprenderá a la vista de cuanto se ha venido exponiendo, de generarse esta situación nos colocamos ante la complejamente sorteable dificultad de no hallar una normativa supletoria armónica al mejor proveer, considerando el alejamiento de las diligencias finales respecto de tal instituto, con lo que ese vacío normativo podría no ser cubierto por el simple argumento de ausencia de norma jurídica a la que acogerse. La remisión o reenvío a la LEC sería ineficaz, dado que no existiría en su articulado prevención supletoria para el artículo 88 de la LPL³⁶.

Afortunadamente, a la vista del tenor de los preceptos en cuestión de la LPL no se estimaría precisa la articulación en este punto de instrumentos típicos de la heterointegración normativa: las previsiones de la especial y prioritaria LPL serían autosuficientes. El artículo 88 de la LPL

³⁶ «La remisión a la LEC en lo relativo a la prueba ha de interpretarse moderadamente, en el sentido de que, aun existiendo laguna legal en la regulación del proceso laboral –que no parece ser el caso, a nuestro entender–, no podrá ser esta cubierta por los preceptos de la ley supletoria si el acto que ha de realizarse se rige por principios contrarios a los que inspiran la ley procesal civil –aunque algunos de ellos se hayan asimilado también por la LEC vigente, lo que modularía esta afirmación–, siendo por ello por lo que (...) no podrá hacerse uso de los preceptos de la LEC» (JUANES FRAGA, E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Artículo 90. Del proceso ordinario», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo I, Granada: Comares, 2001, pág. 613).

configuraba un sistema normativo completo para superar todos los avatares ligados a la prueba de oficio inmediatamente previa a la sentencia en el orden jurisdiccional social, eliminando la necesidad de acudir, por innecesaria, a ninguna clase de regulación complementaria. La convivencia de las diligencias para mejor proveer en el orden social con las diligencias finales en el civil resultó absolutamente pacífica en el periodo comprendido entre 2001 y 2010 por la simple razón de la perfecta y estanca compartimentalización de ambas, por la ausencia de conexiones sinalagmáticas entre las dos instituciones procesales de las que, realmente, no precisaban al constituir dos sistemas dispares, escindibles y sin exigencia de maridaje, respondiendo a principios jurídicos informadores igualmente propios, privativos de cada orden jurisdiccional³⁷.

De paso, el mantenimiento especial en el sector social del mejor proveer apuntalaba la especificidad de este orden jurisdiccional, de su etiología y motivación existencial, tuitiva y reparadora, relajando con base en la teleología por él perseguida principios propios del proceso civil que probablemente no admiten proyección directa e incondicional a la jurisdicción social (supra).

4.3. LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 88 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL TRAS LA REFORMA PROCESAL DE 2009

Tras la reforma operada por la LRIOJ, pasó a disponer el remozado tenor del artículo 88.1 de la LPL que «terminado el juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes. En la misma providencia se fijará el plazo dentro del que haya de practicarse la prueba, durante el cual se pondrá de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias a fin de que las mismas puedan alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia. Transcurrido ese plazo sin haberse podido llevar a efecto, el órgano judicial dictará nuevo proveído, fijando otro plazo para la ejecución del acuerdo, librando las comunicaciones oportunas. Si dentro de este tampoco se hubiera podido practicar la prueba, el juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, acordará que los autos queden definitivamente conclusos para sentencia».

Ante todo, quiere sugerirse una contraposición o comparación lo más literalista posible con el texto que presentaba la redacción del artículo 88 de la LPL antes de la modificación en la misma practicada por la LRIOJ, como pide el criterio hermenéutico del artículo 3.1 del Código Civil. Esa confrontación sosegadamente realizada denota una identidad prácticamente absoluta,

³⁷ Una postura algo dispar, sostenida por ejemplo por TASCÓN LÓPEZ, apunta a que la regulación contenida en la LEC «podía servir como una orientación interpretativa para moderar la discrecionalidad judicial en la materia, atendiendo a criterios tales como los siguientes: no han de practicarse pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes (aunque sí, quizá, pueden volver a practicarse aquellas pruebas ya realizadas que no hubieran arrojado un resultado concluyente); han de practicarse, por el contrario, todas aquellas que, siendo necesarias a criterio judicial, no hubieran podido practicarse en el acto de juicio por causas ajenas a las partes; el órgano judicial puede también acordar por esta vía las pruebas relativas a hechos nuevos» (TASCÓN LÓPEZ, R: «La renovación de la Justicia...», ob. cit. pág. 74).

con la única matización –no por ello menos llamativa– de la sustitución de la expresión «para mejor proveer» por «como diligencias finales». El salto cualitativo es considerable, pues a priori todo parecía indicar en una perspectiva eminentemente nominalista que se había pretendido erradicar del orden jurisdiccional social el instituto del mejor proveer, implantando en su lugar a las diligencias finales de manera análoga a lo acaecido en el ámbito normativo regido por la LEC, con la subsiguiente modificación (presupuestos, alcance,...) comentada en su momento en este mismo trabajo (*vid. supra*).

Ahora bien, analizando el tenor sistémico del retocado artículo 88 de la LPL, las consecuencias a extraer son bien distintas a las que nacerían de la consideración puramente nominal de la transformación realizada. La innovación en cuestión se ciñe a las expresiones arriba transcritas, pero no llega más allá. Entresaquemos algunas previsiones específicas concernientes a las diligencias finales que seguían ancladas a la *littera* del artículo 88 de la LPL en su presentación de 2009 cuya presencia parecía haberse bendecido en el orden social, convirtiéndose en aparentemente pretéritas a las diligencias para mejor proveer:

- «Terminado el juicio y dentro del plazo para dictar sentencia». El momento cronológico en que este instrumento procesal podía ser activado continuaba encarnado en el que tradicionalmente había ocupado.
- «El juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias (...) con intervención de las partes». De la locución recién subrayada, resulta imprevisible concluir que estas diligencias finales en el orden social se erigen incuestionablemente en una facultad discrecional del juzgador, persisten como un derecho del jurisdicente y no de las partes, a las cuales, obviamente, se da intervención en su desenvolvimiento a fin de asegurar simultáneamente su derecho de defensa y la proscripción de indefensión de cualquier tipo (*vid. supra*). El dato apuntado nos resulta fundamental: si este tipo de diligencias finales sigue participando del histórico rasgo, prácticamente definitorio de las diligencias para mejor proveer, consistente en su catalogación como facultad del juzgador, de inmediato se produce una quiebra o alejamiento de los cimientos del instituto de las diligencias finales tal cual se halla concebido y reglado en los artículos 435 y 436 de la LEC, donde sí se tuvo ocasión de contrastar y argumentar que las partes en liza puedan ostentar algún tipo de derecho sobre esta figura procesal.
- «En la misma providencia (...) Transcurrido ese plazo (...) el órgano judicial dictará un nuevo proveído». Por dos ocasiones el tenor legal se refería a que la plasmación jurisdiccional de las diligencias finales en el orden social, de entre el elenco de resoluciones de esa naturaleza posibles, se practicaría en la especie que constituye la providencia, esto es, la que tiene por objeto «la ordenación material del proceso» [arts. 245.1 a) LOPJ y 206.1.1.ª LEC]. Interesa retener esta idea por contraste a la exigencia de auto para la adopción de diligencias finales en el ámbito propio de la LEC, es decir, fundamentando y justificando jurídicamente la toma de esa decisión [arts. 245.1 b) LOPJ y 206.1.2.ª LEC].

Así las cosas, la pregunta que cabe formular consiste en si se instauró una duplicidad abiertamente contradictoria en el instituto de las diligencias finales. Mejor aún, ¿el artículo 88 de la LPL en su redacción insertada por la LRIOJ amparaba de veras una manifestación de esa institución procesal?

El planteamiento legislativo insinúa pretender la eliminación de la conceptualización tradicional del mejor proveer en el orden jurisdiccional social, pero en realidad lo único que se hizo fue una modificación nominativa que, por contra, no alteró el régimen jurídico preexistente: permanecía intacta la institución del mejor proveer aunque fuera adjuntándole un nombre que, por otra parte, no resultaba mantenible bajo ningún concepto al referirse a un instrumento totalmente diferente y en tantas ocasiones incompatible con esa peculiar ordenación jurídica.

Por diligencias finales hay que entender, privativamente, las definidas y regladas por los artículos 435-436 de la LEC en la diáfana exégesis de la que les dota la Exposición de Motivos del texto procesal común. Fuera de ese recinto, intentar exportar la institución a unos parámetros contradictorios, a un molde en el que no encajan mientras resisten fielmente mantenidas en las antecedentes diligencias para mejor proveer, supone una equivocación por mezclar lo que no es conjuntable.

La lectura detenida del ahora suprimido artículo 88 de la LPL no puede llevarnos a otra conclusión que a defender que nos hallábamos ante exactamente la misma figura jurídica, a la que solamente se la había maquillado con un cambio nominativo que, obviamente, resultaba totalmente inviable. Ni siquiera cabe postular que se haya producido una mera adecuación terminológica desde el justo instante en que tendríamos en presencia dos regulaciones dispares en materia probatoria de oficio, a pesar de haber adoptado el legislador sin razón jurídica el mero detalle estético de su asimilación denominativa. Se habría añadido un problema que hubiera sido perfectamente evitable manteniendo la pureza distintiva entre ambas figuras que, por otro lado, se había dejado expeditamente bendecida en el periodo 2001-2010³⁸ sin mayores contrariedades en la praxis.

4.4. EL STATUS QUAESTIONIS CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Ahora mismo, contamos con un nuevo cuerpo legislativo rector de este sector de la única jurisdicción, la LRJS. En el Preámbulo de esta norma se indica la pervivencia de la naturaleza singular de las relaciones laborales y sus específicas necesidades de tutela, que continúan justi-

³⁸ «Las diligencias finales a que se refiere la LPL no son más que las diligencias para mejor proveer con diferente denominación, mientras que las diligencias finales de la LEC suplieron y sustituyeron completamente a las anteriores diligencias para mejor proveer (...) Siguen coexistiendo dos regulaciones que parten de principios y de formas distintas de entender el proceso pero con el problema añadido que ahora se llaman igual dos cosas que no son lo mismo» (ÁLVARO MONTERO, Á. de: «Incidencia general de las reformas en el proceso laboral», en la obra colectiva *Las reformas en el Ordenamiento procesal. Análisis de la LO 1/2009 y de la Ley 13/2009*, Pamplona: Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010, págs. 606-607).

ficando la especial configuración de la rama social del Derecho tanto sustantiva como procesalmente. Semejante acentuada identidad queda «reconocida en nuestro país desde antiguo a través de las normas de procedimiento laboral, caracterizadas por su agilidad, flexibilidad y capacidad de adaptación, y también por posibilitar una más rápida y eficaz resolución de conflictos, así como por las amplias potestades del juez o Tribunal de dirección del proceso –nótese– y la proximidad e intermediación de aquellos respecto de las partes y del objeto litigioso, normas que han inspirado en uno u otro grado la mayoría de las reformas procesales adoptadas en otros órdenes jurisdiccionales a partir de la Constitución» –supra–. De ahí que el legislador proclame que la LRJS desarrolla los mandatos constitucionales de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica para reforzarlos y adaptarlos a las particularidades de esta esfera del Derecho, por cuanto «toda disposición ritual está estrechamente vinculada con el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la CE», luego «su aplicación efectiva en el orden jurisdiccional laboral es la razón de ser de esta Ley».

Simultáneamente, la LRJS persigue dotar a los órganos jurisdiccionales de lo social de instrumentos que agilicen los procedimientos de esta índole, consiguiendo una respuesta más eficaz y rápida a los litigios que se pueden suscitar en las relaciones de trabajo y Seguridad Social.

El legislador opta por mantener la estructura de la precedente LPL. Se anhela con esa estabilidad consolidar los principios rectores, distribución de reglas y organización interna de la extinta norma procesal social, con capacidad históricamente probada para la resolución de conflictos en un tiempo menor al requerido en los restantes órdenes jurisdiccionales. La continuidad en un genérico diseño procesal-social permite, a su entender, asegurar el respeto de la evolución cronológica de este ramo de la jurisdicción evitando una reforma eventualmente distorsionante, por mínimamente que fuera, para el funcionamiento del mercado de trabajo. Con todo, se busca aunar esta estaticidad con una inequívoca voluntad modernizadora del procedimiento, de tal modo que «la presente Ley completa la modernización procesal en ese orden, racionalizando y fijando un nuevo texto normativo consolidado y actualizado a la realidad de la organización actual del trabajo».

El legislador también propugna la añadidura de otras mejoras y adaptaciones técnicas a la normativa vigente que, en su opinión, justifican la iniciativa legislativa en cuestión. En resumen, el eje que el legislador atribuye a la LRJS pasa por establecer, ampliar, racionalizar y definir con afinada claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, con fundamento en su mayor especialización, sistematicidad de la materia social y marco procesal singularmente adecuado a los específicos intereses objeto de tutela en aquel.

Ítem más, en consonancia con el tenor de la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, también de 10 de octubre, se endosa igualmente a la LRJS la necesidad normativizada de propender a una agilización de la tramitación procesal³⁹; por lo que «en la consecución de un procedimiento

³⁹ Vid. ASENSIO MELLADO, J. M.^a: «Los anteproyectos de Ley de Medidas de Agilización Procesal y de Creación de los Tribunales de Instancia», *Diario La Ley*, núm. 7.586, de 10 de marzo de 2011; o GIMENO SENDRA, V.: «Oficina judicial, Tribunales de Instancia y agilización procesal», *Diario La Ley*, núm. 7.665, de 4 de julio de 2011.

más ágil y eficaz, se ha realizado un ajuste íntegro de la normativa procesal social a las previsiones de la supletoria Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como a la interpretación efectuada de la normativa procesal social por la jurisprudencia social y constitucional»⁴⁰.

En comunión con la línea general recién expuesta, como perfecto exponente del desbocado ritmo legislativo reinante, el artículo 88 de la LRJS sufre una nueva modificación tras la ya experimentada mediante la LRIOJ por el extinto artículo 88 de la LPL.

Transcribiendo sus dos primeros apartados, nos encontramos con que se dispone que «terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase. En la misma providencia se fijará el plazo dentro del cual haya de practicarse la prueba, que no excederá de veinte días, o se señalará comparecencia para la práctica de la misma y valoración por las partes del resultado. De no haber señalado comparecencia, el resultado de la diligencia final se pondrá de manifiesto durante tres días a las partes en la Oficina judicial para alegaciones sobre su alcance e importancia, salvo que pueda darse traslado por vía telemática a los mismos fines y por igual plazo. Transcurrido el plazo inicial de práctica sin haberse podido llevar a efecto, el órgano judicial dictará un nuevo proveído, fijando nuevo plazo no superior a diez días para la ejecución del acuerdo y librando las comunicaciones oportunas. Si dentro de este tampoco se hubiera podido practicar la prueba, el juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, acordará que los autos queden definitivamente conclusos para sentencia». Como es sencillamente contrastable, la redacción del artículo 88 de la LRJS presenta matices diferenciados en parangón con el ahora suprimido artículo 88 de la LPL.

Si procedemos a desglosarlos, resultan los siguientes rasgos destacables:

- Se añade que las distintas diligencias probatorias acordadas se practiquen «en la forma establecida para las pruebas de su clase», esto es, se ejecuta un insoslayable

⁴⁰ Aunque esta norma ha recibido sonoras críticas. «En qué medida las modificaciones propuestas conseguirán esos objetivos, o en qué estudios científicos o técnicos se basan para poder sostener que estos se alcanzarán con la reforma, o por qué los cambios anteriores no resultaron a la postre satisfactorios (...) Las explicaciones que se incluyen en la Exposición de Motivos (...) o son claramente insuficientes para justificar el cambio o no son de recibo por lo pedestre y apodítico de su razonamiento. Y cuando el propio legislador no tiene claras las razones por las que introduce una modificación normativa, lo más normal es que esta termine fracasando, dado que suele ser el fruto de una ocurrencia que no solo no contribuye a remediar la situación de retraso que pretende enmendar, sino que acaba por empeorarla» (BANACLOCHE PALAO, J.: «Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de Agilización Procesal», *Diario La Ley*, núm. 7.764, de 28 de diciembre de 2011). A mayor abundamiento, la ley referida se convierte en «otro paquete más de variadas modificaciones procesales, fragmentarias, descoordinadas entre sí y sin sistemática alguna, muchas de las cuales ni siquiera tenían como finalidad una verdadera agilización de los procesos (...) producto de una aprobación precipitada, sin la necesaria reflexión, prudencia y consenso entre todos los operadores jurídicos, y que por ello, carecen de una coordinación (...) común, constituyendo una amalgama –parche–» (VILLARRUBIA MARTOS, F. J.: «Los efectos de las medidas de agilización procesal», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 840, Pamplona, 2012).

y vinculante reenvío a las disposiciones propias de cada medio probatorio en cuestión –*vid.* art. 436.1 LEC, supra–.

- Se normativiza un itinerario procedimental que ataja una libre volición judicial en la tramitación de las diligencias finales una vez adoptada la decisión de su realización, con implantación de plazos indisponibles y de momentos procesales que habrán de respetarse y tramitarse, respectivamente. Así, el plazo de práctica de estas pruebas «no excederá de veinte días»; o «se señalará comparecencia para la práctica de la misma y valoración por las partes del resultado». En caso de no señalarse esa comparecencia, se pondrá de manifiesto a las partes «durante tres días». Más aún, transcurrido el plazo inicial de práctica sin haberse podido llevar a efecto, el nuevo a fijar no podrá ser superior a diez días para la ejecución del acuerdo adoptado. La LRJS extirpa posibles prórrogas, pues si en este segundo plazo tampoco se hubiera podido practicar la prueba, previa audiencia de las partes, los autos habrán de quedar imperativamente vistos para sentencia.

En nuestra opinión, no resulta negativo acotar y normativizar el desarrollo de estas sui generis diligencias finales una vez dispuestas. Se consigue eliminar un arbitrio judicial exacerbado que podría generar disfuncionalidades e inseguridad, así como se blinda el imperio del siempre crucial principio de legalidad procesal (genéricamente, art. 1 LEC)⁴¹.

Ahora bien, a pesar de esas limitaciones, la letra del nuevo artículo 88 de la LRJS no reconduce el categórico fallo conceptual que conlleva denominar a lo que en verdad siguen siendo diligencias para mejor proveer como diligencias finales. Los indicadores en los que nos apoyábamos antes a modo de bastones para obtener semejante conclusión permanecen incólumes (supra), no afectados por la LRJS y siendo perfectamente viable darlos nuevamente por reproducidos aquí. A pesar de cambiar lo cambiado, de perfilar lo retocado, la LRJS mantiene el mismo error de concepción formal y nominal que la LRIOJ había insertado en la ahora extinta LPL.

5. COLOFÓN

Comenzábamos estas páginas haciendo mención al desasosegante fenómeno de la motorización legislativa que, a pesar de suponer un exponente claro de técnica legislativa deficiente, pasa por erigir uno de los criterios axiales que infunden en estos tiempos a nuestro Ordenamiento jurídico. A su vez, con independencia de una valoración sobre la justificación de su concurrencia que quizás se halle debidamente cimentada, la normación adjetiva apegada al orden social de la jurisdicción se ha convertido en un ejemplo práctico muy diáfano de esa tendencia general. La veloz sucesión en cuestión de un par de años entre la LPL, la LRIOJ afectando a la LPL y la LRJS, aderezada con otras muchas reformas o parcheos más puntuales, es paradigmática en ese sentido.

⁴¹ CALAZA LÓPEZ, S.: *Garantías constitucionales del proceso judicial español*, Madrid: Colex, 2011.

Cuando se analiza más sosegadamente qué consigue el desaforado empeño legislativo, las conclusiones que se obtienen son más moderadas, los cambios resultan eventualmente menos trascendentes de lo que el legislador proclama con solemnidad o provocan disfunciones que no existían con anterioridad.

Ciñéndonos a la prueba de oficio en el orden jurisdiccional social, resulta que el legislador procede a mantenerla cambiando nominalmente una concreta institución procesal: de diligencias para mejor proveer se pasa a diligencias finales. El influjo de la LEC rezuma en el ánimo legislativo. Es tangible una voluntad legislativa asimiladora, unificadora entre toda la legislación procesal y el anhelo de una homogeneidad entre las distintas normas rituales. Sin embargo, no se consigue ese objetivo que tal vez ni sea necesario.

Las diligencias finales en la LEC nada tienen que ver con las reguladas por la LRJS, que solamente podrán serlo de manera *sui géneris* o asumiendo, cosa que probablemente no sea posible, que la institución de las diligencias finales comprenda en sí dos especies notablemente distantes entre ellas. Por tanto, ¿por qué se produce este cambio de denominación? Únicamente por dotar a la legislación procesal de una aparente uniformidad o monolitismo interno irrelevante desde el momento en que el orden jurisdiccional social sigue existiendo con individualidad plena, dotado de sus específicos principios estructurales y sustentadores, sin precisar en todo caso una remisión incondicional a la norma común habida cuenta de que la LRJS sostiene por sí misma un sistema rituario bastante completo, sin perjuicio de la conveniencia de mantener un fondo común que asevere la plenitud del Ordenamiento jurídico-procesal. Al menos, el legislador ha mantenido el espíritu de las precedentes diligencias para mejor proveer, mucho más amplias en su alcance y exactamente ajustadas al paradigma que supone el orden jurisdiccional social y los intereses que su pervivencia ha de servir.

Por eso, la idea clave a retener tras estas páginas estriba, en nuestra opinión, en el toque de atención que ha de darse al legislador para que su compulsión creativa sea sólida, que se dote del mínimo sosiego que impida *a limine* la implantación de conflictos normativos. En el supuesto estudiado, se sale con sencillez de eventuales problemas dado que la cuestión no deja de radicar en un error nominal de concepto. Pero cabe prever que en otros extremos de estas regulaciones la superación de estas encrucijadas no sea tan liviana. Conviene encarecidamente recordar al legislador que realice su cometido con sensatez y corrección técnica.

Demasiadas dificultades nos rodean ya como para que se añadan otras por el legislador, una pieza clave en la ordenación de la convivencia social, la única capaz de crear las superiores expresiones adoptables por las normas jurídicas, es decir, las leyes. Si siempre surgen dificultades interpretativas alrededor de las normas legislativas, es aconsejable evitar problemas y confusiones injustificadas desde en el primigenio momento de su formulación.