

El recurso de apelación. Una visión práctica de la segunda instancia.

ANTONIO ALCALA NAVARRO.

Presidente de la Audiencia Provincial.

Esta ponencia no tiene como objeto el desarrollo del recurso de apelación desde una perspectiva teórica, sino una aproximación eminentemente práctica y, por ende, más útil para el profesional del Derecho, desde el prisma de los criterios de aplicación de las normas relativas a la segunda instancia por la Audiencia Provincial de Málaga.

Transcurridos ya quince años de la publicación y catorce años desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se van formando unos criterios, algunos de ellos muy controvertidos y otros más pacíficos, que en esta ponencia se quieren sistematizar.

1º Naturaleza del recurso de apelación.- su carácter ordinario y devolutivo:

Define el Profesor Prieto-Castro el recurso de apelación como aquél cuya finalidad es someter al examen de un tribunal superior el negocio decidido en primera instancia, cuando el recurrente estima que la resolución en la misma dictada le reporta un perjuicio (gravamen), por no haber estimado en absoluto o en parte las peticiones que en tal instancia hubiese formulado.

Nuestro sistema procesal se rige por el principio de la doble instancia, la evidencia de la falibilidad humana nos lleva a la determinación de una doble instancia en absolutamente toda clase de procedimientos, por lo que su admisibilidad sin ningún tipo de presupuesto o requisito previo le confiere el carácter de *ordinario*, y su desarrollo en una doble instancia el de *devolutivo*, posibilitando la corrección de errores en los que se hubiera podido incurrir en la función jurisdiccional, mediante la posibilidad en cualquier caso de una segunda instancia.

Es un problema clásico si el conocimiento de los asuntos por la jurisdicción ha de ser único o reiterado, esto es, si ha de existir unidad o pluralidad de instancias, habiéndose resuelto en la actualidad a favor de la pluralidad, pero reduciéndose ésta a una doble instancia en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos de las distintas naciones.

No obstante, dentro de este sistema de doble instancia podemos distinguir dos maneras distintas de entender la apelación:

- 1) Una apelación plena en la que el tribunal al que se le encomienda recibe, *ex novo*, todos los materiales probatorios y jurídicos de la primera instancia, más cuantos ulteriormente se pudieran aportar en la segunda, pudiendo contar el órgano superior con elementos para tomar su decisión con los que no contó el de primera instancia, siempre que no se modifique la causa de pedir que sirve para identificar el objeto del proceso.
- 2) Una apelación limitada al examen y crítica de la actividad ya desarrollada anteriormente por el inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas, salvo supuestos excepcionales, produciéndose en este caso, más que una segunda instancia, una “alzada” al órgano superior para que vuelva a ver (revisar) unos hechos, pruebas y motivación jurídica que no se han producido ante él, entendiendo el Profesor Prieto-Castro que realiza el órgano de apelación una actividad indirecta y mediata respecto del material de la otra instancia.

En nuestro Derecho positivo, la apelación asume este último carácter; es una apelación limitada o recurso de alzada con ciertas concesiones al llamado *ius novorum*; no es en absoluto un segundo juicio, ni siquiera teniendo en cuenta las posibilidades que el artículo 460 de la L.E.C. da a la prueba en la segunda instancia.

No obstante se conserva la denominación “**segunda instancia**”, por su rancia tradición en nuestra terminología jurídica, y aunque la apelación sea limitada, la función del tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen.

Como dice el Profesor Montero Aroca, citando a Gómez Orbaneja, el tribunal de apelación no comprueba un resultado como se comprueba una operación aritmética, sino que la hace otra vez con los mismos datos.

Este derecho a la doble instancia se reconoce con carácter general en nuestro Derecho positivo, con escasas excepciones a ese principio general como hasta la derogación de la vieja Ley de 1881, que mantuvo desde la reforma del artículo 732 de dicho texto legal producido por la Ley 10/92, de 30 de abril, que las sentencias dictadas

en los juicios verbales a los que se referían el artículo 715 del texto derogado, no serían susceptibles de recurso de apelación cuando hayan resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito, y la que introduce en la nueva Ley la reforma de 10-X-11, que exceptúa de ese carácter general las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3000 euros.

El carácter devolutivo del proceso se proclama en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dice que *“en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación.”*

En consecuencia, puede considerarse el recurso de apelación no tanto como un nuevo juicio sobre los hechos y el Derecho, como, fundamentalmente, un procedimiento revisorio destinado a verificar si ha existido error en esos dos aspectos de la resolución controvertida, y cuya finalidad no es sustituir una valoración probatoria por otra, sino comprobar si la ponderación realizada se aleja de las reglas de la lógica, de la experiencia o de los postulados científicos. En ese sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2003, que establece que por el recurso de apelación pasa al órgano superior ante el que se interpone la plena jurisdicción sobre el caso, no sólo en lo que se refiere a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba.

2º Las dos fases en la apelación.- ante el Juzgado y ante la Audiencia:

Una de las principales novedades de la vigente Ley procesal es que, frente a lo que ocurría en la regulación anterior en la que el Juzgado se limitaba a tener por interpuesto el recurso de apelación remitiendo las actuaciones a la Audiencia tras el simple anuncio de la apelación, en la actual existen dos fases, una ante el Juzgado de Primera Instancia, en la que el control del órgano se limita a aspectos puramente formales, y otra ante la Audiencia que es ante quien van dirigidos los escritos y quien habrá de valorar el contenido de los mismos.

La segunda instancia se inicia desde que el recurso de apelación se prepara mediante el escrito de preparación del recurso contra el auto o la sentencia dictada en la primera instancia, teniendo una doble fase, la primera ante el mismo órgano que dictó la resolución, y otra segunda ante el que he de resolver el recurso.

Tramitación del recurso:

Ante el Juzgado de Primera Instancia (o en su caso de Paz).

Aunque el tribunal competente sea el superior (Audiencia Provincial o, en su caso, el de Primera Instancia cuando la resolución recurrida procede del Juzgado de Paz), la nueva Ley atribuye aún más facultades al tribunal *a quo*, el que dictó la resolución, en la tramitación del recurso:

1º Preparación del recurso:

La antes citada . La reforma de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, dió sin contenido el artículo 457 de la L. E. C., que establecía un doble trámite en el recurso de apelación fijándose una fase de preparación ante el tribunal que hubiera dictado la resolución que se impugna, dentro de los **cinco días** contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (o, en su caso, desde la aclaración de la resolución o de la denegación de aclaración, según el artículo 448.2), escrito de preparación en el que el apelante se limitaba a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna, y el propio órgano que dictaba la resolución resolvía, atendiendo a la recurribilidad de la resolución y a su preparación dentro de plazo: a) admitía a trámite por providencia el recurso, teniéndolo por preparado y emplazando a la parte recurrente por **veinte días** para que lo interpusiera, conforme a lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes, o b) denegaba su admisión a trámite mediante auto, contra al que únicamente cabía recurso de queja.

2º Interposición del recurso:

Actualmente, tras la reforma citada de 10 de octubre de 2011, la preparación y la interposición se realizan en un solo acto.

- Lugar y plazo: Dispone el artículo 458.1 L.E.C., que el **recurso de apelación** se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne, dentro de los **veinte días** contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (o, en su caso, desde la aclaración de la resolución o de la denegación de aclaración, según el artículo 448.2).

- Requisitos del escrito de interposición: Dice el artículo 458.2 L.E.C., que en el escrito de interposición el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

3º Admisión del recurso: (artículo 458.3 L. E. B.)

El propio órgano que dicta la resolución resuelve, atendiendo a la recurribilidad de la resolución y a su interposición dentro de plazo:

- Si la resolución fuera apelable y el recurso se hubiera formulado dentro de plazo, en el plazo de tres días el Secretario judicial tendrá por interpuesto recurso. s artículos 458 y siguientes.

- En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso, que:

a) si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso.

b) caso contrario dictará auto declarando la inadmisión.

Contra la resolución en la que se tenga por preparada la apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 de la Ley.

El artículo 459 de la L.E.C. contiene algunos requisitos especiales que contendrá la fundamentación del recurso cuando la apelación lo sea por infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, y que son:

- Deberá citar el apelante en su escrito de interposición, las normas que considera infringidas, y alegará, en su caso, la indefensión sufrida.
- Deberá acreditar, asimismo en dicho escrito, que denunció oportunamente en aquella instancia, si hubiere tenido oportunidad para ello, la referida infracción.

En este mismo escrito el apelante deberá pedir la prueba en segunda instancia, cuando lo considere procedente, y se aportarán con él los documentos que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 270 de la Ley y que no se hayan podido aportar en la primera instancia. (Artículo 460.1)

4º Oposición al recurso e impugnación de la sentencia:

Dice el artículo 461.1 L.E.C. que del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por **diez días** para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso, o en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

El plazo es el mismo, **diez días** desde el traslado del escrito de interposición, tanto si se limita a oponerse al recurso como si impugna también la resolución apelada, lo que técnicamente comporta la adhesión al recurso.

Los requisitos para el escrito de oposición, con o sin adhesión, son los mismos que se exigían para el escrito de interposición, fundamentación, acompañamiento de documentos y petición de prueba, además de las alegaciones que se estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por la parte apelante (artículo 461.2 y 3 L.E.C.).

5º Traslado al apelante y eventual oposición a la adhesión:

Es novedad de la Ley 1/2000, recogido en el artículo 461.4, que el escrito de impugnación por adhesión se da traslado al apelante principal para que, en idéntico plazo de **diez días** que se había dado para la oposición al recurso, manifieste lo que estime conveniente sobre la adhesión realizada, que constituye una verdadera apelación.

Es perfectamente posible que más de una de las partes interponga el recurso de apelación en los veinte días desde la notificación de la sentencia. En ese caso se trata de apelaciones todas ellas principales, y así se habrán de tramitar, pues en caso contrario la inadmisión del recurso interpuesto por el primer apelante produciría el perecimiento del recurso.

6º Remisión de las actuaciones al tribunal que habrá de resolverlo:

Dispone el artículo 463.1 de la L.E.C., que interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación (y eventual contestación a la impugnación), el tribunal que hubiere dictado la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación.

No es preciso esperar un plazo determinado para que la parte apelada que obtuvo una sentencia de condena a su favor, susceptible de ser ejecutada provisionalmente, pueda instar esta ejecución, pero si ya lo hubiera hecho, dado que el plazo para ello comienza desde que le sea notificada la providencia en que se tenga por interpuesto el recurso de apelación, quedará en primera instancia testimonio de lo necesario para llevar a cabo

dicha ejecución.

El principio devolutivo del proceso, que desplaza la competencia hacia el tribunal superior privando de ella al que dictó la resolución, no es óbice para que pueda en cualquier momento hasta que devenga firme la resolución, pedir la ejecución provisional ante el Juzgado, después de haberse remitido las actuaciones al tribunal competente para resolver la apelación, debiendo obtener previamente para ello el solicitante los testimonios de lo que fuera preciso para ello, tanto si se encuentran los autos en la Audiencia Provincial, como si lo estuvieran en el competente para un posterior recurso extraordinario por infracción procesal o de casación (artículo 463.2 de la L.E.C.).

B) Ante la Audiencia Provincial (o en su caso el Juzgado de Primera Instancia si el recurso proviniera del Juzgado de Paz (artículo 464 L.E.C.).

1º Recepción de los autos y admisión de pruebas y documentos:

En la nueva regulación de la apelación, el trámite de admisión del recurso y la formalización con la posibilidad de declararlo desierto, ha pasado al tribunal que dictó la resolución.

La actuación procesal del tribunal *ad quem* habrá de limitarse a decidir en el plazo de **diez días** sobre la admisión de nuevos documentos, si éstos se hubieran aportado, o sobre la proposición de prueba, si unos u otra se hubieran acompañado o solicitado en el escrito de interposición del recurso.

3º Legitimación para interponerlo:

Dispone el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *las partes* podrán interponer los recursos previstos en la ley, contra *las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente*, de lo que se deducen los dos requisitos necesarios para que exista legitimación para ello:

- *uno*, que sea parte, aunque no haya estado personado en la primera instancia, puede personarse precisamente para recurrir,

- y *otro*, que la resolución le afecte desfavorablemente en su parte dispositiva.

No cabe la apelación sobre pronunciamientos que se realicen con simple valor de

obiter dicta en los fundamentos de derecho o en la relación de hechos, aunque en ellos se contengan razonamientos que determinen el fallo que ha de dictarse. Si el litigante ha vencido en la contienda no puede apelar, aunque lo haya sido por argumentos distintos a los argüidos por el interesado, y en ese sentido es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992, que dice que “*si el actor venció en la instancia entonces no puede apelar, dado que carece de gravamen o perjuicio.*”

4º Delimitación del objeto del recurso:

A diferencia de la anterior Ley de 1881, en la que bastaba la invocación genérica de que *la sentencia no era ajustada a derecho y resultaba perjudicial para los intereses del apelante*, en el sistema de la nueva Ley se exige que se interponga ante el órgano inferior, fundamentando ante él los motivos de disconformidad con la resolución apelada, solución que ya se había adoptado con anterioridad para el trámite escrito que se daba a los recursos de apelación en los Juicios Verbales y de Cognición. La consecuencia es que se trae el principio dispositivo al recurso, quedando firmes todos aquellos pronunciamientos que no hayan sido cuestionados en los recursos o, en su caso, en las impugnaciones que se hagan a la sentencia en los escritos de contestación al recurso, y en ese sentido dice el artículo 465.4 de la Ley de enjuiciamiento Civil, que la sentencia que se dicte en la apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos planteados en el recurso y en los escritos de impugnación.

5º Consecuencias de no observar los requisitos en la interposición del recurso:

Decíamos que es el artículo 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que marca dichos requisitos, que son, además del plazo de *veinte días* desde la notificación de la resolución apelada, tres:

- a) citar la resolución apelada,
- b) exponer las alegaciones en que se basa la impugnación, y
- c) expresar los pronunciamientos que impugna.

La sanción por el incumplimiento de estos requisitos viene en el apartado 3 del propio artículo 458, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso.

Además de estos requisitos, el artículo 449 del mismo texto legal establece el depósito o consignación de lo adeudado en tres casos especiales, a saber:

- los desahucios arrendaticios,
- la responsabilidad civil en la circulación,
- las cuotas impagadas a las comunidades de propietarios.

Si, no obstante faltar algún requisito, se admitiese a trámite el recurso teniéndolo por preparado el mismo, podrá ser objeto de impugnación en el trámite de oposición al recurso tras la interposición, pues contra la providencia teniéndolo por interpuesto no cabe recurso alguno, según el apartado 3 del referido artículo 458.

Los trámites procesales son de orden público y, por tanto, sustraídos a la facultad dispositiva de la parte, por lo que puede el órgano de alzada, incluso de oficio, declarar mal admitido el recurso por ausencia de los requisitos exigidos para ello por la ley procesal, no obstante los criterios de las Audiencias Provinciales no han sido pacíficos en ese extremo, pudiendo sintetizarse las posturas en las tres siguientes:

- a) Un primer sector entiende que, aunque en el escrito de interposición del recurso no se recojan los requisitos indicados, deberá ser admitida a trámite la apelación por ser irrelevante, ya que se van a concretar después en el mismo escrito, bastando su anuncio de una forma genérica.
- b) Un segundo sector que permite, en base al principio *pro actione* reconocido en materia de recursos por la jurisprudencia constitucional, la subsanación del defecto cometido en la formulación del escrito de interposición del recurso de apelación, y
- c) Un tercer sector partidario de la inadmisibilidad del recurso sin posibilidad de subsanación. Este último criterio es el que se sigue en la Audiencia de Málaga en base a que las otras interpretaciones irían en contra de la norma procesal cuando exige la necesidad de la interposición con unos determinados requisitos, siendo el artículo 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tajante en cuanto a su exigencia.

El escrito de interposición debe ajustarse a los puntos que se propusieron en el mismo escrito, no admitiéndose ninguna alegación que no obedezca exactamente al objeto del recurso, concretado después en el mismo escrito, debiendo existir una exacta correlación entre los pronunciamientos que se citen como recurribles en el escrito de recurso y los que posteriormente sean desarrollados en el escrito de interposición, siendo inadmisibles que en este último se amplíen los señalados como objeto del recurso en el anterior.

6º Emplazamiento y personación:

Si el apelante no en el plazo señalado de **diez días**, se declarará por el Juzgado *desierto* el recurso de apelación, firme la resolución recurrida, e impondrá el apelante las costas de los recursos si las hubiere.

El artículo 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contemplaba en su redacción original el emplazamiento de las partes ante la Audiencia Provincial, siendo introducida esta modificación por la Disposición Final Tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, que establece que el Juzgado de Primera Instancia ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por término de treinta días, planteándose a partir de entonces qué consecuencia acarrearía la falta de personación ante la Audiencia en el referido plazo, si carecería de trascendencia, como hasta entonces venía sucediendo, o si debería declararse desierto el recurso, siendo ésta última la tesis que va prevaleciendo a partir del Auto del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2004, que deniega el amparo frente a un Auto de la Audiencia de Badajoz que declara desierto un recurso de apelación por la no personación de la parte apelante en el plazo de 30 días, lo que es seguido por la Sala Primera del Tribunal para el recurso de casación en Autos de 17 de mayo y 7 de junio de 2005, deduciéndose este efecto de la literalidad del precepto, del contexto normativo del mismo y del hecho de ser tradicional en nuestro ordenamiento jurídico procesal la declaración de desierto el recurso caso de no personarse la parte recurrente en el plazo predeterminado legalmente ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo.

El problema, como siempre, se plantea en el plano eminentemente práctico pues, si bien cuando el Procurador es de la capital y puede actuar tanto ante el Juzgado como ante la Audiencia por estar en la misma sede donde el Procurador tiene su residencia, bastará con presentar escrito de personación ante la Sala, si el Procurador tiene su residencia en un partido judicial distinto del de la sede de la Audiencia, obliga la personación a requerir los servicios de un nuevo Procurador distinto del que actuó en la primera instancia, a otorgarle poder notarial pues el apoderamiento *apud acta* obligaría al litigante a desplazarse a la sede de la Audiencia para realizarlo ante el Secretario de la Sala, todo para no realizar otra actuación que la simple personación notificándosele el día de la votación y fallo y luego la sentencia, teniendo que compartir sus honorarios en las costas de la alzada con el Procurador que ante el Juzgado realizara la preparación del recurso y su interposición.

7º Impago de la tasa judicial:

Otro problema es el que plantea, en virtud de lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, con arreglo al que en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, constituye hecho imponible de la tasa la interposición del recurso de apelación, devengándose la misma en el momento de la preparación del recurso, y como en el propio artículo 35 se previene como sanción a su incumplimiento el que el Secretario Judicial no dé trámite al recurso, salvo que dicha omisión fuese subsanada en diez días, el problema se plantea cuando la Audiencia, tras remitirle el Juzgado las actuaciones para resolver el recurso, detecta la ausencia del pago de la tasa, existiendo dos posibilidades:

- a) Declarar mal admitido el recurso y firme la sentencia, por vulneración de dicha normativa reguladora que, por su naturaleza pública, es de derecho necesario.
- b) Ante el enfrentamiento entre el deber de pago de la tasa y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, optar por este último como principal que es, en base a la doctrina del Tribunal Constitucional que se pronuncia denunciando la falta de proporcionalidad entre el objetivo que persigue la norma tributaria, el cobro de un impuesto, y el modo como éste opera, de manera que no puede afectar a la relación jurídico-privada controvertida en el proceso el deber estrictamente tributario, que vincula al ciudadano con el Estado, de pagar una tasa, de manera que la única consecuencia del impago será que el órgano jurisdiccional comunicará a la Administración Tributaria la existencia del documento sin liquidar.

Esta segunda posibilidad es la que se ha venido a imponer, apoyada en la propia Orden de 24 de marzo de 2003, que aprueba el modelo de autoliquidación de esta tasa, y que tras prever un trámite de subsanación, establece en su artículo 6.4, que si no subsanare la omisión del pago de la tasa, el Secretario Judicial lo comunicará en el plazo de cinco días a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya demarcación radique la sede del órgano judicial, teniendo este organismo administrativo los medios adecuados para hacer que la obligación fiscal se cumpla sin comprometer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

8º Solicitud del recibimiento a prueba:

Analizaremos seguidamente, de forma separada, la prueba en la apelación, que viene regulada en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Casos en que pueden incrementarse el material probatorio en la segunda

instancia:

3) Podrá acompañarse al escrito de interposición del recurso, así como al escrito de oposición y a los de impugnación y eventual oposición a la misma, sin necesidad de pedir el recibimiento a prueba, los escritos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 de la L.E.C. y que no hayan podido aportarse en la primera instancia, a saber:

1º Los que sean de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubieran podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.

2º Cuando se trate de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que se hubiese hecho la designación o el anuncio a que se refiere el artículo 265 de la L.E.C.

4) Se podrá pedir en el escrito de interposición del recurso la práctica de las pruebas siguientes:

1º Las indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiera intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista. En estos supuestos existe una diferencia sustancial según si se trata de un juicio verbal o un ordinario, pues en el primer caso dispone el artículo 446 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contra la resolución por la que se deniegue un medio probatorio sólo cabe formular protesta, mientras que en el segundo deberá interponerse contra dicha denegación recurso de reposición, y si es desestimado se formulará la oportuna protesta.

2º Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiese solicitado, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales. Es importante destacar como la jurisprudencia viene pronunciándose en el sentido de que la pasividad o

negligencia de la parte en el cumplimiento de la prueba no puede ser recompensado con una nueva oportunidad en la segunda instancia, siendo preciso que, si se trata de un juicio ordinario, la parte haya instado, como requisito necesario para que el tribunal la pueda acordar según el artículo 435.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su práctica como diligencia final.

Estos dos supuestos constituyen realmente una subsanación de los defectos sufridos en la actividad probatoria de la primera instancia, bien a causa del Juez que se equivoca al resolver sobre su admisión, bien por cualquier error en su tramitación imputable a alguien distinto del propio solicitante.

3º Las que se refieren a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

No se trata aquí de documentos nuevos sobre hechos antiguos, ni de subsanar defectos del proceso ocurridos en primera instancia, sino de hechos que ocurren con posterioridad al trámite probatorio y ha de ponerse en relación con lo dispuesto con el artículo 286 de la L.E.C., sobre la existencia de hechos nuevos o de nueva noticia y el escrito de ampliación de hechos, que puede tener lugar también en la segunda instancia por medio de la apelación.

4º Por último, recoge este mismo artículo 460, que el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no la sea imputable, se hubiera personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.

Es la característica propia de este último caso que la nueva Ley, a diferencia de la anterior, no le basta que el demandado haya permanecido rebelde hasta quedar precluido el trámite de prueba, sino que su situación de rebeldía se deba a una causa que no le sea imputable, y no a una decisión libérrima entre las distintas actitudes que podía adoptar frente a la demanda.

En este caso la posibilidad que se abre para el apelante es muy amplia, pues abarca cualquier medio probatorio conducente a acreditar cualquier hecho que guarde relación con la tutela judicial que pretenda obtener en el proceso, sin que se vea constreñida a

prueba concreta o hecho determinado, siendo una verdadera continuación del proceso en segunda instancia ante la imposibilidad de haberse realizado en la primera.

Si el órgano de alzada acordara recibir el procedimiento a prueba, señalará día para la vista que se celebrará por las normas previstas para el juicio verbal, esto es, a presencia del tribunal y quedando registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del Secretario Judicial.

Fuera del caso en que proponga prueba y sea declarada pertinente, el tribunal no viene obligado a convocar a las partes a vista, aunque éstas se lo soliciten si no lo considera necesario.

Se plantea el caso dudoso de si debe celebrarse vista en aquellos casos previstos en el artículo 460.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que el tribunal declare pertinente la aportación de prueba documental, lo que debe resolverse en sentido de la innecesidad en este caso si no se ha propuesto y admitido otra prueba, según se deduce del artículo 464.1 del mismo texto legal en el que se recoge la disyuntiva entre *si se hubiere aportado nuevos documentos o propuesto prueba*, estableciendo la obligación de señalar día para la vista cuando hubiere de practicarse prueba, pero no si únicamente se hubieran aportado nuevos documentos.

9º Disfunciones en la grabación:

La necesidad de que se documenten las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, a que se refiere el artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, provoca un nuevo problema cuando por problemas técnicos no pueden ser vistas ni oídas por el tribunal que ha de resolver el recurso, y el acta levantada por el Secretario no recoge datos suficientes sobre el contenido del acto en cuanto a las alegaciones de las partes y el resultado probatorio, limitándose a consignar únicamente las circunstancias identificativas de los intervinientes en el acto, remitiéndose a la grabación realizada.

El problema no es tanto la validez o no del acto de la vista, celebrado con la intermediación del Juez y la intervención de las partes con una contradicción plena, de lo que da fe el Secretario, sino la imposibilidad de que la Audiencia Provincial pueda conocer del contenido de las alegaciones y del resultado de las pruebas, recogidas en un soporte que ha fallado técnicamente de manera que no se puede reproducir, problema que se agudiza según se acentúa el carácter verbal del contenido del proceso, pues no es igual un juicio ordinario con demanda y contestación por escrito y sobre todo si, además, sus argumentos se apoyan en una prueba esencialmente documental, que si se trata de un juicio verbal en el que la contestación se realiza oralmente en el acto del juicio, y si además la prueba se realiza a través de testigos y del interrogatorio de las partes, pues en

el primer caso no es esencial la visión del soporte y en el segundo sí, incluso para la determinación del objeto del proceso; y tampoco es indiferente el planteamiento que se haga en el recurso, pues si las partes están esencialmente de acuerdo con los hechos y lo que plantean a la Sala es una cuestión jurídica, no es lo mismo que si lo que se debate en la alzada es una cuestión de valoración de la prueba y ésta no obra en las actuaciones por haberse practicado en el acto de la vista.

A la Sala no le cabe en ocasiones otra alternativa que declarar nulidad de actuaciones para poder tener conocimiento de lo actuado, y si no puede hacerse con una copia válida de la grabación, y tampoco le resulta posible dictar sentencia resolviendo lo que le piden las partes en el recurso, habrá de remitir las actuaciones al Juzgado para que la provea de una vista que pueda ser visualizada por el órgano de alzada y son dos las decisiones que los Juzgados suelen adoptar, entendiendo las dos igualmente válidas dependiendo su elección de la que resulte más operativa:

- a) Celebrar una nueva vista, que es lo que suele ser más usual; el inconveniente es la falta de espontaneidad de parte, testigos y peritos, haciendo sus manifestaciones sabiendo cual fue la resolución que el Juez adoptó valorando sus intervenciones.
- b) Convocar a las partes a una comparecencia y tratar de reconstruir con intervención de todos, lo ocurrido en la vista cuya grabación se ha perdido.

En cualquier caso, este problema se podría evitar si el Secretario recogiera en el acta, aunque fuera de modo sucinto, el resultado de lo que fuera sucediendo en el transcurso del juicio.

10º Consignaciones:

Este requisito adicional, al que antes nos hemos referido, y que es exigido por la Ley en casos especiales, no constituye realmente un formalismo desproporcionado ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues trata de tutelar los derechos del que ha visto reconocido su derecho frente a los intentos de contrario de dilatar la satisfacción de su derecho con recursos cuya finalidad es meramente dilatoria.

El primero de los supuestos que contempla la Ley procesal en su artículo 449.1, son los procedimientos que lleven aparejado el lanzamiento, si al preparar el recurso no acredita cumplidamente tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadamente. Su finalidad es la de asegurar el derecho del arrendador frente a la tentación del arrendatario de utilizar la vía del recurso para

seguir disfrutando del inmueble arrendado sin abonar renta o merced.

Los términos del artículo 449.2 de dicha Ley son claros, debiéndose ante la falta de pago de las rentas que se vayan devengando durante la tramitación del recurso, declarar desierto el mismo en el estado en que se hallaren.

Esta obligación abarca incluso al beneficiario de justicia gratuita, pues la exención de pagos para recurrir se refiere a las que se imponen a favor del Estado, pero no a los que afectan al derecho privado del arrendador.

Otro de los supuestos en los que se exige consignación son los procedimientos de determinación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, siendo en estos casos regulados por el artículo 449.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la totalidad de los conceptos que determina la norma, el importe de la condena, los intereses y las costas, y de no hacerse en su integridad deberá inadmitirse el recurso con carácter insubsanable, dado el carácter material y no formal del requisito, pues si se permitiese su cumplimiento posterior infringiría la ley que lo establece como un requisito simultáneo y no posterior a la presentación del recurso.

El tercero de los supuestos es cuando se trate de reclamaciones de cuotas comunitarias, no se admitirá el recurso si al acreditarlo no acredita el condenado tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia objeto del recurso de apelación.

Queda claro que en este caso la cantidad a consignar es solamente por la cantidad líquida que se exprese en la sentencia condenatoria, no por las cuotas devengadas con posterioridad a la presentación de la demanda.