

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016 / 2017

**CARGA DE LA PRUEBA Y JUSTICIA EN EL
PROCESO CIVIL. USO Y ABUSO DEL FIEL DE LA
BALANZA.**

(Burden of proof and justice in the civil process. Use and
abuse of the balance's faithful.)

Realizado por la alumna Dña. Desirée Villacorta Miguélez

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
RESUMEN/ABSTRACT	4
OBJETO	5
METODOLOGÍA.....	6
ABREVIATURAS	7
CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA CIVIL	8
1.1 Qué es prueba.....	8
1.2. Qué se prueba	10
1.3. Quién prueba.....	15
CAPÍTULO II. DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.....	18
2.1. Naturaleza jurídica.....	18
2.2. Contenido del derecho a la prueba.....	20
2.2.1. Derecho a la proposición de los medios de prueba.....	20
2.2.2. Derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a una inadmisión motivada	21
2.2.3. Derecho a la práctica de los medios de prueba admitidos	22
2.2.4. Derecho a la valoración de la prueba practicada que, implica, a su vez, el derecho a la motivación de todas las decisiones relativas a la admisibilidad de los medios de prueba	23
2.3. Mandatos al juez	23
2.4. Mandatos a las partes	28
CAPÍTULO III. DOS PERSPECTIVAS COMPLEMENTARIAS: DERECHO Y CARGA DE LA PRUEBA.....	30
CAPÍTULO IV. NOCIONES GENERALES SOBRE EL <i>ONUS PROBANDI</i> . 32	
4.1. Introducción.....	32
4.2. Concepto	32
4.3. Caracteres	35

4.4. Funciones de la carga de la prueba	37
4.4.1. Regla de juicio para el Juez	37
4.4.2. Regla de conducta para las partes	39
4.5. Carga de la prueba	40
4.5.1. Concepto	40
4.5.2. Naturaleza jurídica.....	42
4.6. Manifestaciones de la carga de la prueba y los diferentes supuestos de iniciativa probatoria de oficio previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil	43
4.6.1. Facultades judiciales establecidas en el artículo 429.1.II LEC	48
4.6.2. Las diligencias finales.....	50
4.6.3. La prueba de oficio en los procesos no dispositivos.....	53
4.7. La dimensión material de la carga de la prueba.....	54
4.7.1. Fundamento	55
4.7.2. Aplicación ante el supuesto de hecho incierto.....	56
4.8. La dimensión formal de la carga de la prueba.....	58
4.8.1. El artículo 429.1. II de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su relación con la carga de la prueba	60
4.8.2. Los mecanismos de intervención judicial en la práctica de la prueba, y las diligencias finales, desde la perspectiva de la carga de la prueba.....	63
CAPÍTULO V. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	65
5.1. De los hechos constitutivos	65
5.2. Hechos impeditivos, extintivos y enervatorios	65
5.3. Prueba de los hechos negativos	68
CAPÍTULO VI. PRINCIPIOS GENERALES Y SUPUESTOS EXCEPCIONALES.....	70
6.1. Norma y criterio general.....	70
6.2. Criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil	71
A) El hecho incierto para el supuesto de aplicación del art. 217 LEC ...	74

B) Alcance y fundamento de estos principios.....	78
C) Necesidad de evitar abusos en la aplicación de estos principios.....	79
6.3. Supuestos excepcionales.....	80
A) Modificación de la carga de la prueba.....	80
B) Exoneración de la carga de la prueba	82
C) Inversión de la carga de la prueba	93
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	102
ANEXO JURISPRUDENCIAL	107

RESUMEN/ABSTRACT

Encontrándonos ante una institución clásica como es la carga de la prueba, hemos de analizar lo que sucede cuando surge un litigio entre las partes procesales, derivado de unos hechos que han sido alegados por una de las partes y no reconocidos por la contraparte, surgiendo así un conflicto procesal, cuya finalidad es obtener la certeza sobre las afirmaciones de tales hechos alegados.

De este modo, y, en el momento en el que existe problemática al respecto, es cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la prueba, decidiendo el juez, como consecuencia de la ausencia de actividad probatoria sobre los hechos alegados, la forma de proceder, en ese caso, conforme a los mandatos legales. Sin embargo, hay supuestos, catalogados como excepcionales, en los cuales dichas reglas probatorias pueden sufrir modificaciones, exoneraciones o inversiones afectantes a la distribución de la carga de la prueba.

PALABRAS CLAVE

Prueba, partes procesales, Ley de Enjuiciamiento Civil, carga de la prueba, hechos, certeza, proceso, *onus probandi*.

ABSTRACT

As we are standing before a classic institution as it is the burden of proof, we are to analyse what occurs when a lawsuit arises between the parties to action, which originates from facts that are alleged by one of the parties and refused by the opposing party. Because of this, a process conflict arises so as to obtain the certainty of the statements of such alleged facts.

Thus, the moment difficulties appear thereon is the moment when the principles of the burden of proof take a leading role, being the judge the person in charge of the decision on how to proceed, pursuant to the legal mandate, as a consequence of the lack of the presentation of evidence of the alleged facts. However, there are certain assumptions, known as exceptional, in which such evidentiary principles can go through modifications, exonerations or reversals which will affect the distribution of the burden of proof.

KEY WORDS

Evidence, parties to action, Civil Procedure Act, burden of proof, facts, certainty, *onus probandi*

OBJETO

El objetivo principal que pretende alcanzar este Trabajo Fin de Grado es el de obtener una visión práctica, procesal y sucinta, pero, a la vez, enriquecedora, de los aspectos más generales y particulares de la institución clásica por excelencia del Derecho Procesal Civil, como es la carga de la prueba.

En primer lugar, nos detendremos en las cuestiones más generales y que adquieren una mayor relevancia en materia de prueba civil, tales como su concepto, siendo infinitas las definiciones vertidas por los más ilustres autores al respecto, el derecho a la prueba (reconocido en el art. 24 CE, cuyo contenido comprende el derecho a la proposición, admisión, práctica y valoración de los medios de prueba), y el objeto de la misma. El objeto de la prueba, de los tres aspectos más generales, es el que merece mayor atención, pues en virtud del mismo, el juez delimitará lo que puede ser alegado en un determinado conflicto procesal.

Por tanto, y, una vez anclados los conceptos matriz de la prueba, nos adentraremos en el más detallado estudio del fenómeno de la carga de la prueba y los diferentes supuestos excepcionales que la misma puede experimentar.

Inmersos en la carga de la prueba, en primer lugar haremos referencia a las diferentes manifestaciones existentes, tanto desde la perspectiva formal como desde la perspectiva material de la carga de la prueba; las funciones que corresponden al juzgador y a las partes respectivamente; la trascendencia del art. 429.1. II LEC en relación con la carga de la prueba y los mecanismos judiciales en la práctica de la prueba.

Al hilo de lo anterior, y una vez estudiada la carga de la prueba, aludiremos a la forma de distribuir la misma, donde recibirá una especial atención los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, haciendo hincapié en el alcance y fundamento de los mismos y en la situación de hecho incierto a la luz del art. 217 LEC.

En último lugar, haremos un breve estudio de los supuestos excepcionales que puede sufrir la carga de la prueba, poniendo toda nuestra atención en la modificación; en la exoneración, y en aquellos supuestos de competencia desleal y sobre la publicidad ilícita, en materia responsabilidad médica y en el ámbito de la discriminación, así como en el fenómeno de las presunciones que allí citamos, y, en la inversión de la carga de la prueba.

METODOLOGÍA

En primer lugar, a mediados del primer cuatrimestre del 4º curso de carrera, se inició un plazo en el cual todos los alumnos pudimos, en cierta medida, plasmar nuestras preferencias para poder optar, a la hora de realizar nuestro Trabajo Fin de Grado, por los tutores y el departamento con el que nos sentíamos más identificados, así como la afinidad con los mismos.

En mi caso, lo tuve claro desde el principio, quería que mi trabajo de investigación se centrara en el departamento de Derecho Procesal, pues, sobre todo, entendía que me iba a resultar muy útil no solamente en el ámbito académico, sino también después de la época universitaria, tanto para seguir formándome cursando máster, posgrado, etc., como si, finalmente, me decantaba por la preparación de cualquier oposición.

En cuanto a la elección del tema objeto de análisis, consideramos que es una pieza fundamental en el proceso civil, ya que, junto con otras instituciones, la carga de la prueba reviste especial interés, al resultar, en muchos aspectos, problemática.

Por tanto, y tras la elección del tema, procedimos a elaborar el índice que hemos seguido a lo largo de todo el trabajo, reflejando, en el mismo, aquellos aspectos que entendemos de mayor relevancia en la materia. Asimismo, lo dividimos en seis capítulos, con sus respectivos apartados, ordenándolos desde las cuestiones más generales de la carga de la prueba en el proceso civil, hasta, como cláusula de cierre, los supuestos más excepcionales que puede experimentar la citada institución.

Seguidamente, localizamos las fuentes que más se ajustaban a la elección del tema, abarcando no solamente monografías, manuales, artículos de revista, etc., sino también fue necesario acudir a la diferente jurisprudencia existente en nuestro país, y, relativa, a esta cuestión. A continuación, ya con el índice elaborado y las fuentes localizadas, comenzamos a escribir sobre aquellos aspectos principales que habíamos señalado con anterioridad; acudiendo, con cierta asiduidad, al Área de Derecho Procesal, para supervisar y controlar cuanto aquello íbamos haciendo.

Para concluir, agradezco al Prof. Dr. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, la labor y esfuerzo desarrollados en la tutorización del presente trabajo. Su constante dedicación y palabras de ánimo en los momentos difíciles, han sido fundamentales.

ABREVIATURAS

Art. /s	Artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cdo.	Considerando
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Ed.	Editorial
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EJEA	Ediciones Jurídicas Europa-América
EM	Exposición de Motivos
Etc.	Etcétera
F.J	Fundamento Jurídico
LEC	Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley de 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Nº	Número
Núm.	Número
Ob. Cit.	Obra citada
Pág. /s.	Página/s
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
Traduc.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

CIVIL

1.1 Qué es prueba

En primer lugar, debido a la constitucionalización que ha experimentado el derecho a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución Española), a través del reconocimiento del derecho a la utilización de los medios probatorios oportunos, se va a concretar su contenido o argumento en orden a los mandatos al legislador, al juez y a las partes.

Por tanto, se trata de un derecho, de carácter fundamental, que se define, dentro de los límites legales del ordenamiento jurídico y aplicable a cualesquiera procedimiento, como la “utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, garantizando a quién esté incurso en un conflicto la resolución jurisdiccional mediante el desarrollo de una actividad probatoria con arreglo a sus intereses”¹. Así pues, el Tribunal Constitucional entiende que este derecho conlleva, implícitamente, que la prueba haya sido solicitada en la forma y en el momento procesal legalmente establecido.

Ahora bien, al margen de esta minúscula introducción elocuente, que más adelante detallaremos, en su capítulo correspondiente, cabe decir en cuanto a la conceptualización de prueba, cita de SENTÍS MELENDO que “la prueba no consiste en averiguar sino en verificar”². Para este autor, averiguar y verificar son conceptos que difieren en su significado³. Otra definición, aportada a tal efecto, sería la de la prueba como uno de los pilares sobre los que se sustenta todo nuestro ordenamiento jurídico, de manera que la misma se constituye como un instrumento valiosísimo a disposición de las partes procesales⁴.

¹ STC nº 190/1997, de 10 de noviembre de 1997, F.J. 2º, (RTC 1997\190).

² SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 33. Es difícil, quizá imposible, llegar a entender una institución si la palabra tiene múltiples significados. En este sentido, prueba, llega a nuestro idioma procedente del latín, en el cual, *probatio*, *probationis*, vienen de *probus*, que quiere decir bueno, correcto, honrado.

³ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. ob. cit., págs. 55 y 76. En este ejemplar, SENTÍS MELENDO afirma que averiguar significa “tender, ir, caminar, hacia algo, en este caso la verdad”; mientras que verificar “se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto”.

⁴ SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. Ed. Reus, Madrid, 2010, págs. 21-24.

En este aspecto e, independientemente de si la pretensión de la prueba es obtener la verdad u otra de naturaleza distinta, autores como MONTERO AROCA⁵ o MUÑOZ SABATÉ⁶ se han pronunciado al respecto.

Una vez aclarados los conceptos de averiguación y verificación, el deber principal del juez es verificar los hechos que ya hayan sido aportados por las partes de tal manera que él mismo reconstruye el hito del proceso. En contrapartida, averiguar los hechos objeto de litigio y aportarlos al proceso, corresponde a las partes procesales, es decir, es carga de las partes.

Observando la distribución entre las cargas de las partes procesales y los deberes del operador jurídico, es decir, el juez, la actividad probatoria difiere. Mientras que “probar” para la parte procesal es examinar, investigar, indagar; para el juez, es probar, confirmar, tener por cierto.

A continuación, podemos afirmar con rotundidad, que son exhaustivas las definiciones doctrinales de prueba⁷, careciendo, por el contrario, la Ley de Enjuiciamiento Civil de una ingenua determinación de prueba. En los artículos generales sobre la prueba, encontramos, tan solo:

1. Objeto y necesidad de prueba (artículo 281 Ley de Enjuiciamiento Civil)

⁵ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el Proceso Civil*. 3ª edición. Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 38. Así, MONTERO AROCA, señala que “la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes”.

⁶ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 41 y 85. Así, MUÑOZ SABATÉ, defiende que “la investigación no es prueba” y que “la prueba es verificación de una afirmación”.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba Civil*. 2ª edición. Ed. Desalma, págs. 44 y 91. Según este mismo autor, prueba “es fijación formal de los hechos controvertidos”, entendiéndose por estos aquellos necesitados de prueba. Se trata de una definición de prueba cuya función es de “fijar hechos”, según MONTERO AROCA. Asimismo, SENTÍS MELENDO, Santiago., *La prueba*. ob. cit., pág. 22. Para este autor, la prueba “es la verificación de afirmaciones utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios con las garantías jurídicas establecidas y valoradas de acuerdo con las normas de la sana crítica”. Las reglas de la sana crítica se basan en máximas de experiencia y de la lógica que el juez tenga por convenientes, es decir, el juez debe resolver el conflicto jurídico con arreglo a sus criterios de convicción. Dichas máximas de experiencia no solo se obtienen, como su propio nombre indica, de la experiencia (personal, social...) sino también de la ciencia. En este sentido, constituyen ejemplos como el de “diligencia de un buen padre de familia”, “contrario a la moral” o el de “obra ruinosa”. Se trata de una definición de prueba cuya función es de “convencer al juez”, según MONTERO AROCA. Así, MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. ob. cit., pág. 39. Según este autor, prueba es “la actividad procesal tendente a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos”. Se trata, pues, de una definición del mismo autor de prueba cuya función es la de “la certeza respecto de las afirmaciones de los hechos de las partes”.

2. Reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria (artículo 282 Ley de Enjuiciamiento Civil)

3. Criterios sobre su (in)admisibilidad (artículo 283 Ley de Enjuiciamiento Civil)

Finalmente, por nuestra parte, la prueba es aquella actividad ejercida, principalmente, por las partes en conexión con los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso civil y, de manera excepcional, por el juez (de oficio), cuya finalidad es determinar los hechos controvertidos (es decir, son hechos necesitados de prueba) constituyendo así la *causa petendi* del proceso y su plasmación se refleja en la sentencia mediante la motivación, con arreglo a las reglas de la sana crítica o de libre valoración.

1.2. Qué se prueba

Previamente al análisis de este tema, es fundamental distinguir el objeto de la prueba del objeto pleito o tema de prueba, entre otros conceptos similares. Esta diferenciación obedece, en cierta medida, a la utilización discrecional y arbitraria que nuestro legislador ha efectuado a lo largo de los años ora al empleo de términos de distinto significado.

Aunque puede decirse que el objeto del pleito tiene relevancia en el objeto de la prueba, pues el primero determina lo que será objeto del segundo (objeto de la prueba), no debe confundirse objeto de la prueba con el concepto de objeto del pleito.

El objeto del pleito ha sido definido, cita de FERNÁNDEZ⁸, mientras que el objeto de la prueba son aquellos hechos alegados al proceso por las partes procesales. Por lo tanto, no puede decirse, en ninguno de los casos, que los hechos constituyen el objeto del pleito. Asimismo, el tema de prueba u objeto de pleito es un concepto más restringido que el primero, o, en otras palabras, más limitado, pues atiende a las singulares realidades que necesitan ser probadas en cada uno de los procesos que puedan ir sucediéndose en el tiempo, guardando una concreta relación con la acción procesal que se ventile⁹.

⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 21. Para FERNÁNDEZ, el objeto del pleito es “la tutela jurisdiccional concreta solicitada por el demandante en un proceso”.

⁹ SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. ob. cit., pág. 30.

Por otro lado, la terminología utilizada en la ley, al tratar el objeto de la prueba, con carácter general, se refiere a los hechos.

Dejando al margen la regulación sistemática citada, podemos afirmar, cita de SERRA DOMÍNGUEZ¹⁰, que el objeto de la prueba son “las afirmaciones que las partes procesales realizan sobre los hechos”; o, cita de TARUFFO¹¹, “los enunciados sobre hechos”. Entre los autores doctrinales españoles, GARCIMARTÍN MONTERO precisa que son objeto “los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos”.¹² Todo ello nos permite mencionar que los hechos existen en su verdad, así como dentro y fuera del proceso.

Son, por tanto, objeto de la prueba, las afirmaciones de los hechos que las partes introducen en el proceso y, por ende, alegan, en virtud del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (precepto donde se consagran los principios de justicia rogada y de aportación de parte), salvo dos matices:

Las normas jurídicas. Fundamentalmente, la costumbre y el derecho extranjero.

La costumbre española, a tenor del artículo 1.3 del Código Civil, para ser considerada fuente del ordenamiento jurídico español, necesita ser probada. Sin embargo, tras la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en concreto, el artículo 281.2, permite no efectuar actividad probatoria alguna de la costumbre (pero no significa que esté exenta de prueba) siempre que las partes estén de acuerdo en su existencia y contenido, con la condición de que tales normas no vulneren el orden público español.

Por lo que se refiere al derecho extranjero, éste también ha de ser probado. Al igual que en la costumbre se permitía no llevar a cabo actividad probatoria con la condición *sine qua non* de conformidad entre las partes en cuanto a su existencia y

¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 355-366.

¹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Ed. Trotta, Madrid, 2002, págs. 113-119. Para este autor “en el proceso –el hecho- es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho.

¹² GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*. 1ª edición. Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 49. En este sentido, según la misma autora, las afirmaciones adquieren valor desde el momento en que contienen hechos, siendo necesario, para ser incorporados al proceso, la alegación de los litigantes. Así, lo común será afirmar que son constitutivas del objeto de la prueba las afirmaciones que contienen unos hechos o, los hechos en la medida que son afirmados.

contenido, en el Derecho extranjero sucede lo mismo pero se requiere su contenido y vigencia (artículo 281.3 LEC).

Invocando de esta manera el principio *iura novit curia*, no se excluye éste en orden al entendimiento de las normas extranjeras, sino que las partes deben cooperar con el juez (artículo 281.2 LEC) en la búsqueda de la norma no nacional adecuada, a través de los medios de conocimiento, tratándose, *stricto sensu*, de una colaboración entre las partes y el órgano judicial. Así pues, no debemos olvidar, que, actualmente, un sector doctrinal minoritario sostiene la existencia de un deber de investigación de oficio por el juez del derecho extranjero¹³.

Los hechos controvertidos son los únicos que han de ser probados, no todos los hechos. Conceptualmente, el hecho controvertido es aquel que habiendo sido alegado o afirmado por una de las partes, es negado por la contraparte, o aquel sobre el cual no existe pronunciamiento expreso¹⁴ de la adversa, declarando, el legislador, el deber del demandado de pronunciarse de manera expresa sobre los hechos alegados por la contraparte (demandante) so pena de que el silencio conlleve la consideración de admisión de tales hechos.

En conclusión, la Ley de Enjuiciamiento Civil define el objeto de la prueba, por medio de una cláusula general (artículo 281.1 LEC), una cláusula particular (artículo 281.2 LEC), una dispensa absoluta de prueba (artículo 218.3 LEC) y una dispensa relativa de prueba (artículo 281.4 LEC).

En primer lugar, como cláusula general, en virtud del artículo 281.1 de la LEC, serán objeto de prueba “*los hechos que guarden relación con la concreta tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso*”. En relación con ello, cita de DEVIS ECHANDÍA

¹³ ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaume. *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 161-163. Este mismo autor afirma que “no existe carga de la prueba para las partes respecto de la existencia y contenido del derecho extranjero y sí, por el contrario, un auténtico deber oficial de investigación” y “con independencia del deber oficial de investigación, las partes tienen derecho a interesar que se practique actividad procesal tendente a obtener el conocimiento de la norma jurídica extranjera aplicable”.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba en el proceso civil*. ob. cit., pág. 15. Para CARNELUTTI, debe distinguirse, a efectos de prueba, entre: los hechos no afirmados por ninguna de las partes, y que por ende, no deben ser tenidos en cuenta por el juez; los hechos que han afirmado todas las partes, y que por ende, deben ser tenidos en cuenta por el juez; los hechos controvertidos, que comprenden el silencio y la declaración de no saber y los hechos discutidos, que son hechos negados de contrario.

que son requisitos para que pueda ser objeto de prueba la relevancia del hecho y su posibilidad de existencia.

Ejemplo de ello, citamos a pie, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8080).¹⁵

Es, en definitiva, una fórmula doctrinal que apenas aporta datos relativos sobre el objeto de la prueba, pudiéndose, en consecuencia, prescindir de ésta.

En segundo lugar, como cláusula particular, en virtud del artículo 281.2 de la LEC, serán objeto de prueba “*la costumbre, salvo conformidad de las partes en su contenido y vigencia, y será objeto de prueba el derecho extranjero, en su contenido y vigencia*”. Esta disposición vino a superar el silencio que a este respecto existía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Y, en tercer y último lugar, dispensas (absolutas y relativas) de prueba. Por un lado, una dispensa absoluta, que afecta a los hechos que hayan sido admitidos (artículo 281.3 de la LEC) a excepción del artículo 752.2 (procesos no dispositivos para las partes) y, por otro lado, una dispensa relativa¹⁶, que afecta a los hechos notorios, hechos que son públicamente conocidos, siempre que su notoriedad sea absoluta y general (artículo 281.4 de la LEC).

En lógica coherencia con todo lo anterior, debemos resolver el siguiente interrogante o incógnita: ¿con qué se prueba?

En este momento procedimental, una vez alegados los hechos correspondientes, tiene lugar en el proceso la introducción de los correspondientes medios de prueba. Autores como CARNELUTTI o MONTERO AROCA¹⁷, realizan una diferenciación entre la noción de fuentes de prueba y medios de prueba.

¹⁵ En virtud de la sentencia citada, se desestima el recurso de casación formulado, pues las pruebas que habían sido propuestas no guardaban relación con los hechos alegados por las partes.

¹⁶ Según Xavier Abel Lluch, la dispensa es relativa en cuanto se deduce del artículo 281.4 LEC que no es equivalente “*estar exento de prueba*” –hecho admitido– que “*no ser necesario probar*” –hecho notorio–. En otras palabras, se predica que sobre el hecho admitido no cabe prueba, de modo que si llegara a proponerse, el juez, de oficio, debería inadmitirla; mientras que sobre los hechos notorios se predica que si puede haber prueba, aun no siendo necesario.

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba civil*. ob. cit., págs. 108-109. Con mayor precisión apunta que la fuente de prueba es un concepto extrajurídico, que existe con independencia que llegue a realizarse o no en el proceso y son, por definición, ilimitadas; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico, que se forma en un proceso concreto y son los instrumentos de los que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador en virtud del artículo 299 LEC.

El artículo 299 LEC, bajo la rúbrica “*medios de prueba*”, estructura en sus tres apartados, los medios de prueba, que pueden calificarse como “clásicos” (interrogatorio de las partes, los documentos –públicos y privados-, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos), “modernos” (medios de reproducción técnicos –prueba por soportes informáticos- y la –firma electrónica- regulada por la 59/2003, de 19 de diciembre) y “futuros” (obedecen a una cuádruple condición, a continuación expuesta). De esta manera, el legislador trata de evitar un “*numerus clausus*” en cuanto a la determinación de los medios de prueba que las partes pueden utilizar, dejando paso al avance de los medios tecnológicos y técnicos, admitiendo, de la misma manera, futuros e innominados medios de prueba (artículo 299.3 LEC). Sin embargo, existe una excepción a esta libertad de utilización de cualquier medio de prueba, la denominada prueba ilícita, que encuentra su regulación en el artículo 11 Ley Orgánica del Poder Judicial y, en la jurisdicción civil, 287 LEC.

En lo que se refiere a medios de prueba futuros, debemos destacar lo siguiente:

-No debe tratarse de ninguno de los medios de prueba anteriores (ni clásicos ni modernos)

-Deben ser medios de prueba que permitan adquirir una certeza probatoria

-El medio de prueba debe ser propuesto a instancia de parte (en coherencia con la primera parte del artículo 282 LEC)

-Que sean medios de prueba que se lleven a cabo a través de la adopción de medidas *ad hoc*.

Con carácter previo al cierre de este subepígrafe, es positivo poner de relieve la exclusión de las presunciones (tanto legales como judiciales) por no considerarse, *stricto sensu*, un medio de prueba; así como el impulso realizado por el legislador de no establecer un principio *numerus clausus* en cuanto a la utilización de los medios de prueba por las partes, dejando abierta la posibilidad de nuevos medios de prueba al amparo del apartado tercero del artículo 299 LEC.

En conclusión, me parece un aspecto altamente positivo de valorar el hecho de que el legislador ordinario, a la luz del artículo 299.3 LEC, haya optado por no imponer un *numerus clausus* en cuanto a la determinación de los medios de prueba a utilizar por las partes, de suerte con la tecnología y avances técnicos y sistemáticos, permitiendo que,

a medida que avanza la ciencia y los medios tecnológicos, puedan incluirse diferentes y nuevos medios de prueba utilizables por las partes procesales.

1.3. Quién prueba

Antes de mencionar a los sujetos intervinientes en dicha actividad probatoria, es útil distinguir entre las cargas de las partes y los deberes o facultades del juez.

So pena de vulnerar el imprescindible deber de imparcialidad judicial, es carga de las partes la tarea de descubrir e introducir al proceso las fuentes de prueba pertinentes. Es decir, las partes gozan de una doble vertiente; por un lado, son aquellas que tienen la carga de probar y, por otro lado, son los sujetos pasivos de los daños que conlleva la falta o insuficiencia probatoria.

En esta dirección, ROSEMBERG apunta que “el problema de la carga de la prueba sólo se presenta cuando la prueba no se ha producido”¹⁸. Por el contrario, en el caso de existencia de prueba, resultarían, por esta vía, de aplicación, las normas sobre valoración de la prueba y, en consecuencia, se obviarían las reglas de distribución de la carga de la prueba¹⁹.

En el proceso civil y, debido sustancialmente al principio de aportación de parte (que, comparte artículo regulador -216 LEC- con el principio de justicia rogada) la carga probatoria de los hechos recae sobre las partes, encomendando así la carga de la alegación y de la prueba. En contraposición, el juez no solo tiene la facultad de (in)admitir los medios de prueba pertinentes, sino también el deber de valorar las pruebas introducidas al proceso para, con posterioridad, tal y como señala el artículo 218 LEC, motivar la sentencia. Este deber de motivación fáctica de la sentencia tiene rango constitucional, ello se deduce de los artículos 24.2 y 120.3 Constitución Española (en adelante CE), y

¹⁸ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª edición. Ed. B de F, Buenos Aires, 2002, pág. 37. Para este autor, solo importan los hechos que se han demostrado con independencia de quién los demostró. El problema de la carga de la prueba se presenta cuando la prueba no se ha efectuado, y ello se entiende vinculado con el peligro que constituye la no constancia de un hecho o la no comprobación de la afirmación de un hecho.

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 25-30. La carga de la prueba es una regla de juicio imperativa y de carácter subsidiario destinada al juzgador, cuya aplicación se producirá al término del proceso y cuando resulte acreditada “la falta de prueba sobre hechos controvertidos y relevantes para la decisión”. Así pues, que en alusión a las manifestaciones de la carga de la prueba” abunda en una distinción, entre la dimensión material y la dimensión formal.

múltiples sentencias del Tribunal Constitucional han hecho hincapié en la necesidad de motivación de toda resolución judicial²⁰.

A continuación, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 216, 217 y 218 de la LEC, las partes procesales tienen la obligación de aportar las diferentes fuentes de prueba de las que dispongan así como al juez, le corresponde realizar la cobertura a cerca de la admisión o, inadmisión, en su caso, de las mismas. Todo lo dicho inmediatamente anterior, ha de llevarse a cabo, según lo preceptuado en el artículo 285 LEC, en relación con cada una de las pruebas que hayan sido propuestas.

Asimismo podemos observar, ya en la Exposición de Motivos (en adelante EM) de la Ley 1/2007, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, como el legislador ordinario regula esta cuestión con respecto “a la iniciativa de la actividad probatoria y su admisibilidad” incorporando, de manera novedosa, un artículo, bajo la rúbrica expresa de la “iniciativa de la actividad probatoria”, siendo éste el artículo 282 inciso primero de la presente ley. Dicho precepto, con carácter general, otorga la iniciativa probatoria a las partes procesales sin perjuicio, tal y como prevé el artículo 282 in fine de la LEC de la iniciativa probatoria de oficio, con carácter restringido, es decir, cuando así lo establezca la ley.

Como garante de la nota fundamental de imparcialidad judicial, es preciso destacar, atendiendo a una serie de presupuestos²¹, como principales manifestaciones de la iniciativa probatoria de oficio, también conocida con la expresión *ex officio iudicis* las siguientes:

²⁰ SSTC nº 9/2015, de 2 de febrero de 2015, F.J. 3º, (RTC 2015\9), remarca que “el encuadramiento de la vulneración constitucional denunciada en el ámbito del derecho a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho (artículo 24.1 CE) exige recordar que, según reiterada doctrina constitucional, el deber de motivación que pesa sobre los órganos judiciales”; nº 177/2014, de 3 de noviembre de 2014, F.J. 2º, (RTC 2014\177).

²¹ ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa Probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 139-144 y 403. Según este autor, los presupuestos a los cuales debe estar sujeta la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* son, resumidamente, los siguientes: “la existencia de hechos controvertidos, pues en su defecto no se abre el período probatorio, la previa proposición de las partes, pues el juez no puede suplir la actividad probatoria de las partes, y (en aplicación de la normativa del artículo 429.I, II y III anteriormente mencionada de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la existencia de un juicio provisional sobre la insuficiencia probatoria. Son, pues, límites, de la iniciativa probatoria, la no introducción de hechos distintos de los alegados por las partes, con lo que se respeta el principio dispositivo (propio en el proceso civil), y la no utilización de fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, con lo que se respeta el deber de imparcialidad judicial imperante en nuestro país. Y es, finalmente, garantía, común a la práctica de toda prueba, sea a instancia de parte o de oficio, la intervención de las partes, con lo que se respeta el derecho de defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española”.

La facultad de indicación de insuficiencia probatoria, artículo 429.I.II y III LEC. Esto es, en el supuesto de que las partes procesales no alcanzasen un acuerdo respecto al litigio o mostrasen posturas discordantes sobre los hechos, el proceso continuará con normalidad para llevar a cabo la proposición y admisión (en su caso) de las pruebas propuestas. Ahora bien, cuando dichas pruebas propuestas se consideren por el órgano competente insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, en ese caso, las partes procesales tienen derecho a conocer a cerca de tal insuficiencia probatoria. A tal efecto, las partes procesales podrán modificar o completar las pruebas que hubiesen propuesto con anterioridad.

Las diligencias finales de oficio, artículo 435.2 LEC. Esto es, con carácter excepcional, de oficio, el tribunal puede acordar que se lleven a cabo, nuevamente, pruebas sobre aquellos hechos que resulten relevantes para el caso.

Las pruebas de oficio en los procesos no dispositivos, entre otros, artículo 339.5 LEC. Esto es, el tribunal, de oficio, podrá designar perito, en determinados procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, cuando la pericia se reputa pertinente.

La intervención judicial en la práctica de algunas pruebas, artículo 306.I.II LEC en relación con la facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de partes y, respecto de los testigos, artículo 372.2 LEC. Esto es, desde la perspectiva del interrogatorio de partes, el tribunal, de oficio, podrá interrogar a la parte llamada a declarar y, lo mismo sucede en la dimensión de los testigos que, el tribunal podrá interrogar al testigo en cuestión.

Mención positiva merece la labor del legislador que, como ya vimos recientemente en la EM de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) subrayó metódicamente y por primera vez, cuestión que no habían tratado tradicionalmente los Códigos procesales de 1851 y 1881, ciertas reglas de la iniciativa probatoria.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el modelo procesal civil español ha optado por conceder, generalmente, la iniciativa probatoria a las partes procesales, en consecuencia podemos afirmar que, en contadas ocasiones, la iniciativa probatoria se reconoce de oficio, pese a las manifestaciones señaladas anteriormente.

Por todo ello, en conclusión, es habitual, en base a los criterios de cautela y templanza o ponderación judicial, y las funciones propias judiciales de incorporar al ordenamiento jurídico procesal la doctrina jurisprudencial existente sin perjuicio de los estudios de la doctrina científica, conformar las potestades de las partes procesales y las facultades o poderes en materia probatoria²².

CAPÍTULO II. DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO

CIVIL

2.1. Naturaleza jurídica

Dejando en *stand by* a los sujetos intervinientes en la actividad probatoria anteriormente mencionados, es importante subrayar que, partiendo de la aplicabilidad en todos los procesos judiciales²³, el artículo 24.2, ubicado en el Título I, Capítulo II, Sección I de la CE, entre los derechos fundamentales, reconoce el derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

En relación con el derecho a la prueba, como ya dijimos, recogido y reconocido en el artículo 24.2 CE, los sujetos que ostentan su titularidad son aquellos intervinientes en el proceso, no limitándose de manera exclusiva al sujeto pasivo, es decir, el demandado, puesto que se estaría limitando el propio derecho, de rango fundamental, expresado en el mismo artículo pero, en su primer apartado, “el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos”. *Stricto sensu*, es indiscutible que, el derecho a la prueba para la defensa recae en aquellas personas que adquieren la condición de parte procesal en un proceso concreto.

²² PICÓ I JUNOY, Joan. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 139 y ss.

²³ Al hilo del asunto debatido y, recordando el debate constitucional acaecido en el Congreso de los Diputados, sesión 22 de mayo de 1978 –año de promulgación de la actual Constitución Española-, puede entenderse que los derechos reconocidos en el apartado segundo del artículo 24 de la Carta Magna resultan de aplicación exclusivamente en los procesos penales. A tal efecto y, observando la literalidad de la norma, un diputado subrayó que parecía evidente que tal aplicación tendría efecto, únicamente, en procesos de corte penal, excluyendo de tal manera su aplicación en los procesos civiles y contencioso-administrativo. Sin embargo, un audaz diputado, en particular, portavoz del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) replicó que efectivamente estos derechos tenían su razón de ser en el propio proceso penal, pues el bien jurídico protegido no era otro que el derecho a la libertad.

En consecuencia, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes ha sido definido por PICÓ I JUNOY²⁴, entre otros autores. Así pues, tal derecho, como cualquier derecho fundamental, opera en un doble sentido:

Como derecho subjetivo, otorgando al titular del mismo una serie de potestades tendentes a ser ejercitadas en determinados procesos, y, en contraposición, como derecho objetivo, concediendo garantías a aquellas instituciones protectoras y protagonistas de su aplicación, cuya finalidad primordial es velar y respetar dichas garantías en todo tipo de procedimientos.

Al amparo constitucional de las disposiciones 9.1 y 53.1 CE, ambas perspectivas del derecho a la prueba, subjetiva y objetiva, tienen el mandato legal de ser protegidas por los ciudadanos y los poderes públicos, en conexión con los derechos fundamentales, encontrándose con la limitación ambos sujetos de su sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico.

Además de las perspectivas subjetiva y objetiva de este derecho, de naturaleza fundamental, el derecho a la prueba también goza de una configuración legal, encuadrándose su alcance dentro de la legalidad²⁵. Es decir, con esta denominación, queremos definir este derecho como un derecho limitado, debido a que la formación de su contenido es función del legislador, figura que ha de tener en cuenta tanto los denominados requisitos intrínsecos de la prueba (criterios de (in)admisión de la misma, regulados en el artículo 283 LEC: pertinente, utilidad y licitud) como los llamados requisitos extrínsecos²⁶ (circunstancias de tiempo y de lugar).

²⁴ PICO I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. J.M Bosch, Barcelona, 1996, págs. 18-19. Según este mismo autor, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes es “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.

²⁵ STC nº 86/2016, de 28 de abril de 2016, F.J. 4º, (RTC 2016\86). En este mismo sentido, STC nº 236/2015, de 19 de noviembre de 2015, F.J. 8, (RTC 2015\236).

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, I. 5ª edición, Bogotá, 2002, págs. 319 y ss. Según DEVIS ECHANDÍA, son requisitos intrínsecos: a) la conducencia del medio, b) la pertinencia, c) la utilidad, d) la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho y, requisitos extrínsecos: a) no preclusión, b) formalidades procesales, c) legitimación y postulación, d) competencia del juez, e) capacidad de los sujetos de la prueba. Desde mi punto de vista, la relación entre requisitos intrínsecos y requisitos extrínsecos es íntima, pues la no concurrencia de los segundos conlleva a la ausencia de los primeros, no entrando ya en el análisis y resolución de los mismos.

Para concluir, es importante traer a colación la STS de 10 de febrero de 1992²⁷, resolución de la cual se desprenden una serie de consecuencias derivadas de la existencia de este derecho fundamental.

2.2. Contenido del derecho a la prueba

El derecho práctico a la prueba, sin perjuicio de ser tratado como un derecho fundamental, está conformado, principalmente, por cuatro manifestaciones, que pueden resumirse en las siguientes:

2.2.1. Derecho a la proposición de los medios de prueba

Esta primera manifestación del derecho a la prueba se relaciona con el hecho de que todas aquellas personas que ostenten la condición de parte en un proceso han de gozar de la posibilidad de proponer los medios de prueba pertinentes con arreglo a sus respectivas pretensiones. Es decir, cuando en un determinado proceso, si la cuestión debatida tan solo es una cuestión jurídica, no se podrá ejercitar el derecho a la prueba (artículos 428.3 y 429.1,I LEC); pero si, por el contrario, nos encontramos hechos necesitados de prueba, es decir, los denominados hechos controvertidos, se presume que las partes inmersas en el proceso no podrán ver desestimada su pretensión de prueba, debidamente propuesta, conforme, en todo caso, a los requisitos de tiempo y de lugar legalmente exigidos.

De conformidad con la redacción literal del artículo 24.2 CE, como ya sabemos, el derecho a la prueba, es, un derecho de configuración legal y, en consecuencia, limitado. Ello es así porque del tenor del apartado segundo de esta norma constitucional se desprende su primera limitación: es decir, los órganos judiciales tan solo admitirán aquellas pruebas que se reputen pertinentes, excluyendo, a su vez, aquellos medios de prueba que no guarden relación con el asunto debatido. Y, al mismo tiempo, se garantiza, en la misma disposición citada, la posibilidad de llevar a cabo una actividad probatoria con arreglo a sus propios intereses, con la condición *sine qua non* de que dicha actividad probatoria esté autorizada por el ordenamiento jurídico.

²⁷ En la STC nº 258/1992, 10 de febrero de 1992, F.J. 2º, (RJ 1992\1080), se señala la “nueva perspectiva y sensibilidad que impone la norma constitucional en relación con las normas procesales atinentes a ello, de manera que deben ser los Tribunales de justicia los que provean la satisfacción del derecho a la prueba, sin obstaculizarlo, siendo preferible incurrir en un exceso en la admisión de pruebas que el de su denegación”. En este sentido, es innegable que al denegar la admisión y posterior práctica de una prueba, se están vulnerando una serie de derechos fundamentales, entre los cuales, el propio derecho a la prueba y el derecho de defensa, ambos reconocidos en el artículo 24.2 CE.

En este sentido, podemos citar a modo ejemplificativo la STC 14 de enero de 2004²⁸.

Además de la primera limitación, recientemente explicada, del derecho a la prueba, reiterando; solo se admitirán aquellos medios de prueba que se estimen pertinentes, es común afirmar otras dos limitaciones de este derecho: en primer lugar, y debido a que se trata de un derecho de configuración legal, es oportuno que el medio de prueba propuesto cumpla con los requisitos de tiempo y lugar²⁹ exigidos por el ordenamiento jurídico; y en segundo lugar, es imprescindible que la contraparte sufra una indefensión, esto es, le corresponde la carga de probar que la prueba que no ha sido admitida era relevante para la decisión acaecida.

2.2.2. Derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a una inadmisión motivada

Propuestos los medios de prueba por las partes procesales, el órgano judicial competente deberá (in)admitir cada uno de los medios probatorios que han sido propuestos con anterioridad, respetando, en ambos casos, según DEVIS ECHANDÍA, los denominados requisitos intrínsecos y extrínsecos reguladores de la prueba. De esta manera, podemos afirmar el origen de este derecho como derecho de configuración legal.

Ahora bien, en caso de que el órgano judicial competente deba dictar resolución inadmitiendo alguno de los medios de prueba propuestos, la resolución recaída ha de ser motivada, es decir, debe obedecer al deber de motivación exigido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (218 LEC) y, no debe ser discrecional o arbitraria.

Un claro ejemplo de ello, como ya mencionados en el contenido anterior, es la STC de 14 de enero de 2004³⁰, relacionada con el derecho a la admisión de las pruebas

²⁸ STC 14 enero 2004, F.J. 2º, (RTC 2004/389). En esta resolución judicial, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por la demandada en la instancia (la madre) al entender vulnerado el citado derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (al hilo de la primera limitación del derecho a la prueba) ya que en el juicio de divorcio existía discordancia tanto en el régimen de visitas que pretendía ser objeto de modificación por el padre (en este caso, demandante) como en la forma en que debían efectuarse tales visitas. Para llevar a cabo tal modificación, se exigía un informe psicológico de ambos progenitores así como de la menor en cuestión. Sin embargo esta medida no tuvo efecto como consecuencia de la incomparecencia del padre, que se refutaría prueba fundamental para acordar el lugar de comunicación entre el progenitor y su hija.

²⁹ STC nº 71/2004, de 19 de abril de 2004, F.J. 3º, (RTC 2004/71).

³⁰ Según la STC 14 de enero de 2004, F.J. 2º, (RTC 2004/389), la denegación del medio de prueba no puede incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad. Además, la denegación efectuada en un momento no oportuno, podría afectar al derecho a la prueba en la medida en que existe el riesgo de perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso.

propuestas. En particular, la denegación de un medio de prueba propuesto debe llevarse a cabo en el momento procesal generalmente acordado. Por ello, se dice que el derecho a la prueba únicamente lo es respecto de aquellos medios de prueba pertinentes y útiles³¹ (para su defensa), -según el tenor literal del artículo 283 LEC- propuestos con sometimiento a los presupuestos de tiempo y de lugar legalmente establecidos.

Lo dispuesto con anterioridad ha sido criticado, en cierta medida, a la luz de la STC 1/2004, de 14 de enero, que manifiesta que aquellos autores que tengan una opinión contraria a lo afirmado en la sentencia anterior, supondría una vulneración del derecho recogido, igualmente, en el artículo 24.2 CE, a un proceso público sin dilaciones indebidas, cuando las partes enfrentadas propusieren medios de prueba indebidos o, cuando el objeto de debate se centrara en cuestiones jurídicas discordantes o, incluso, diferentes, a la finalidad pretendida.

2.2.3. Derecho a la práctica de los medios de prueba admitidos

Los medios de prueba pertinentes y útiles, como ya sabemos, una vez propuestos y admitidos, al cumplir los rigurosos requisitos de tiempo y de lugar legalmente establecidos, exigen la práctica de los mismos. De modo que, la falta de práctica de tales medios de prueba, supone, por un lado, la vulneración del derecho a la prueba y, por otro lado, da lugar a una inadmisión discrecional, arbitraria, es decir, no motivada.

En determinados supuestos, la doctrina y la jurisprudencia señalan que sólo se entenderá lesionado o vulnerado el derecho a la prueba del artículo 24.2 CE si la ausencia de la práctica del medio de prueba propuesto y, posteriormente admitido, es imputable al órgano judicial encargado de llevar a efecto la misma. Ello se vincula con la falta de colaboración que, algunas instituciones públicas, manifiestan cuando son o no parte en un conflicto. En consecuencia, la STC de 14 de febrero de 2000, ha dicho que *“cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito”*.

En este sentido y, a la vista de las exigencias citadas, puede entenderse la existencia de intereses contrapuestos. Me explico, no solo se exige que entre la práctica del medio de prueba propuesto y admitido y los hechos sobre los cuales se ejerce la misma

³¹ STC nº 133/2014, de 22 de julio de 2014, F.J. 4º, (RTC 2014\133).

exista una relación, sino que, a su vez, se exige otro requisito no previsto legalmente; indefensión constitucional.

Finalmente, el derecho a la práctica de los medios de prueba admitidos conlleva, implícitamente, una intervención efectiva en la práctica de los mismos. La práctica de los medios de prueba ha de respetar y llevarse a efecto según lo previsto en la Ley, cuyo requisito esencial es la efectiva intervención de ambas partes procesales, no solamente de la parte proponente.

2.2.4. Derecho a la valoración de la prueba practicada que, implica, a su vez, el derecho a la motivación de todas las decisiones relativas a la admisibilidad de los medios de prueba

De manera que, una vez que los medios de prueba han superado con éxito todas y cada una de las fases que conforman el exhaustivo proceso; la proposición, la admisión y la práctica, en la sentencia, el juez o magistrado ha de valorar y motivar su decisión, en virtud de los artículos 120.3 CE y 218 LEC.

Así pues, el TC ha declarado en reiteradas ocasiones, que no es su función controlar la valoración de los medios de prueba propuestos, admitidos y practicados, sino que, según el tenor literal del artículo 117.3 CE, se otorga a los Jueces y a los Tribunales de justicia dicha encomienda. Lo que al Tribunal Constitucional corresponde es verificar la discrecional o arbitrariedad en la toma de decisiones, evitando así, indefensión del derecho a la prueba.

Para concluir, en lo que a la motivación de las decisiones se refiere, es importante subrayar que el derecho fundamental a la prueba incluye la motivación razonada de la no admisión de los medios de prueba, entendiendo que este derecho puede verse vulnerado o en conflicto con otros derechos fundamentales (el derecho de defensa, recogido y reconocido en el artículo 24.2 CE) cuando la denegación de la prueba propuesta es imputable al propio órgano judicial competente para ello o, cuando, sin motivación aparente y razonada, no se ejecutan pruebas que resultan notables para el fallo del hecho litigioso.

2.3. Mandatos al juez

Como consecuencia de la constitucionalización del derecho a la prueba (artículo 24.2 de la CE), se deducen una serie de obligaciones y facultades del juez:

En primer lugar, con arreglo al artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), el juez o magistrado ha de tratar de garantizar el principio de interpretación conforme a la Constitución Española. Con carácter general y, partiendo de la supremacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, los Jueces y los Tribunales son los sujetos encargados de interpretar las normas y demás leyes en coherencia con los principios constitucionales y el manifiesto que estos tengan en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

En segundo término, tomando como referencia legal la STC de 13 de enero de 1992³², se exige al juez o magistrado una mayor sensibilidad respecto de las garantías y derechos fundamentales recogidos y reconocidos en el artículo 24.2 CE. Genéricamente hablando, esta encomienda al juez o magistrado resulta prácticamente imposible llevarla a la práctica, siendo, quizás, su manifestación más importante, la llamada “fuerza expansiva de los derechos fundamentales”³³. La sensibilidad mayor que se exige al operador jurídico, en relación a la actividad probatoria, podría resumirse de la siguiente manera:

- a) El juez ha de ser flexible en cuanto a la admisión de las pruebas.
- b) Asimismo, el juez ha de ser diligente en la práctica de los medios de prueba propuestos y admitidos, como ya sabemos, sobre todo en el caso de oficios o mandamientos, acogiendo en cada caso la resolución oportuna, cumpliendo de este modo en la remisión de los mismos, con los requisitos de tiempo legalmente establecidos.
- c) Partiendo de algunos supuestos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al juez o magistrado se encomienda una buena diligencia de sus actuaciones judiciales en el ejercicio de la práctica de la prueba (artículos 306.I.II –facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de partes, pudiendo el tribunal interrogar

³² La STC de 13 de enero de 1992, F.J .5º, (EDJ 1992/1986), al amparo de la derogada ley de 1881, el TC estimó el recurso de amparo interpuesto en su caso, y razona de forma literal que “la interpretación excesivamente formalista de los preceptos procesales que regulan el recibimiento a prueba en 2ª instancia para el declarado en rebeldía en la primera, y la inaplicación por el Tribunal del que, en todo caso, permitía la práctica de las pruebas que en el recurso de súplica se propusieron, vulneraron los derechos fundamentales garantizados para el recurrente en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española y exigen por ello su restablecimiento, mediante la estimación del recurso”.

³³ DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de los derechos fundamentales*. Ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2013, pág. 57. El art. 53 CE es el precepto clave en esta materia, distinguiendo tres categorías: A) Los derechos reconocidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I. B) Los demás derechos proclamados en el Capítulo II, del Título I. C) Los principios rectores de la política social y económica, recogidos en el Capítulo III, del Título I, que solo podrán ser invocados “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

a la parte llamada a declarar; 346 –facultad de acordar la comparecencia del perito a la vista o al juicio, a efectos de comprensión y valoración del dictamen emitido³⁴.

- d) Del mismo modo, el operador jurídico, cuando lo estime necesario, deberá llevar a cabo la práctica de diligencias finales.
- e) En relación con el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales (artículo 120.3 Constitución Española), debe destacarse el análisis pormenorizado y detallado de las concretas actuaciones judiciales que el juez o magistrado ha de efectuar con la finalidad de privar, así, al órgano judicial, de que en su razonamiento, opere la discrecionalidad o arbitrariedad. De ello, se deduce, como exigencia legal, que, en las sentencias, no solo haya constancia de los hechos que han quedado probados, sino también de los medios de prueba utilizados para probar tales hechos. A pesar de lo dispuesto recientemente, es innegable que el juez, a la hora de dictar sentencia, puede encontrarse con una serie de hechos dudosos que le impidan dictar sentencia en una u otra dirección, acto que da lugar a lo que se conoce por la doctrina como hecho incierto.

En tercer lugar, una vez iniciado el proceso, el juez o magistrado ha de garantizar el contenido del derecho a la prueba, recogido en el artículo 24.2 CE. Los órganos encargados de dar satisfacción a este derecho son los Tribunales de Justicia que, incluyen, de forma reiterada, en lo que a proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas se refiere, lo siguiente:

Proposición.

Dependiendo del proceso en el que nos encontremos, bien sea procedimiento ordinario (artículo 249 LEC), bien sea procedimiento verbal (artículo 250 LEC), las personas que ostenten la condición de parte han de ser citadas debidamente, ya sea en la audiencia previa, en caso de procedimiento ordinario, ya sea en la vista, en caso de procedimiento verbal, para la proposición de los medios de prueba pertinentes y útiles. Y, a la vez y, aunque las partes asistan a uno u otro acto, sin asistenta letrada para su defensa, tienen el derecho, así como el órgano judicial el correlativo deber, de ser informadas de tal facultad que le ha sido otorgada.

(In)Admisión motivada.

³⁴ STS nº 390/2015, de 26 de junio de 2015, F.J. 2º, (RJ 2015\2658).

En esta manifestación del derecho a la prueba, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, encontramos, debido a la exigencia legal del artículo 285.1 LEC, respecto de los órganos judiciales, el deber de resolver expresa y motivadamente cada uno de los medios de prueba que han sido propuestos por las partes en el proceso y, en intrínseca relación, incumbe a las partes, el derecho que ostentan respecto de su posibilidad de recurrir los medios de prueba inadmitidos, en virtud del artículo 285.2 LEC así como el dictado de las resoluciones adecuadas conforme a los medios de prueba propuestos. Todo ello sin olvidar que, en el orden jurisdiccional civil, la denominada **prueba ilícita** se encuentra excluida de esta garantía del derecho a la prueba, cuya regulación radica, en el artículo 11.1 LOPJ y 287 LEC.

Práctica de los medios de prueba propuestos y admitidos.

La práctica ordinaria de la prueba, regulada en el artículo 289.1 LEC, disposición que se rotula “forma de practicarse las pruebas” lleva a la conclusión de que los medios de prueba se practicarán en el acto de juicio. En este sentido, es indiscutible el derecho que tienen las partes procesales a ser llamadas, llegado el momento procesal oportuno, para la participación en la práctica de todos y diferentes medios de prueba (como ya dijimos en reiteradas ocasiones, propuestos y admitidos), subrayando también la forma de proceder en dicha práctica, bajo los principios imperantes propios sobre la práctica de la prueba (inmediación, contradicción y publicidad).

El principio de inmediación ha alcanzado su máxima importancia a raíz de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, encontrándose regulado en el artículo 137, de la citada ley. Exige, que todo tipo de práctica judicial, se desarrolle o celebre en presencia del Juez o Magistrado competente o, en su defecto, en aquellos supuestos en que la ley lo permita, en presencia del Letrado de la Administración de Justicia, los comúnmente conocidos como Secretarios Judiciales.

El principio de contradicción implica que, en la práctica de las pruebas, el órgano judicial competente y, también ambas partes, a través de sus representantes (letrados), tengan la posibilidad de efectuar preguntas a fin de esclarecer los hechos ocurridos. Este principio procesal se refleja en el propio artículo 24.2 CE cuando reconoce el derecho de todas las personas a un proceso público con todas las garantías procesales; principio que, a su vez, se completa con el principio de igualdad.

El principio de publicidad guarda relación con los dos principios anteriormente descritos, teniendo una ingente relevación, en los actos de vista. Sin embargo, el principio de publicidad encuentra importantes limitaciones legales en la práctica del mismo.

Me atrevería a decir, no obstante, que aunque algunos autores no lo consideran principio característico de la práctica de la prueba, cobra especial importancia en este momento el principio de unidad de acto. Se encuentra regulado, principalmente, en el artículo 290 LEC, que reza lo siguiente: “*todas las pruebas se practicarán en unidad de acto [...]*”

A tenor de la redacción literal de esta disposición, consideramos que la ley pretende facilitar la tarea judicial, con especial énfasis o hincapié en la valoración de las pruebas por parte del operador jurídico. Así, pues, se estaría “descorchando” de carga a los Juzgados y Tribunales de justicia, haciendo un reparto de asuntos adecuado.

Valoración de los medios de prueba propuestos, admitidos y, en su caso, practicados.

Tal y como nos exigen los artículos 120.3 CE y 218.2 LEC, la sentencia dictada por el juez o magistrado deberá expresar no solo la relación nominal existente entre aquellos hechos que se reputen probados y los medios de prueba empleados a tal fin, sino también que disposiciones legales o normas son de aplicación al supuesto de hecho en cuestión. Esto es, se exige que entre las respectivas pretensiones solicitadas por las partes procesales y el fallo emitido por el juez, se cumpla el principio de congruencia, pronunciándose de modo que ninguna de las pretensiones requeridas quede vacía de contenido.

En cuarto lugar, como concepto moderno y futurista, el juez o magistrado debe tratar de garantizar la denominada “prueba justificada”, que ha sido definida e interpretada, entre otros autores, por De URBANO CASTRILLO³⁵.

En este momento del proceso, bajo el principio de oportunidad y economía procesal, el legislador ordinario entiende que, si la práctica de una prueba, comporta un elevado nivel de exigencia, tanto intelectual como económico, por parte de la Administración de Justicia y sus miembros, a la hora de dictar sentencia motivada y

³⁵ De URBANO CASTRILLO, Eduardo. *El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*. CGPJ, Madrid 2005, pág. 582. Según las palabras de este mismo autor, la prueba justificada “pretende conjugar el derecho de defensa con la evitación de dilaciones indebidas y las pruebas redundantes”.

razonada, indudablemente el proceso se va a dilatar en el tiempo “más allá” del tiempo reglamentariamente previsto.

En último término, como cláusula de cierre, a la hora de la práctica ordinaria de las pruebas, en el momento procesal generalmente oportuno, el juez o magistrado ha de garantizar la existencia de contradicción aun en las pruebas que hayan sido acordadas de oficio por el propio órgano judicial (tal y como prevé la segunda parte del artículo 282 LEC).

Como ya dijimos con anterioridad, el principio de contradicción es una de las prerrogativas imperantes en la práctica de la prueba. En consecuencia, y como nota característica común, tanto de la facultad de oficio del órgano judicial como de la facultad a instancia de parte respecto de las partes procesales, el principio de contradicción permite intervenir en la práctica de la prueba a aquella parte procesal no proponente, es decir, en virtud de la garantía de la contradicción, en el momento de la práctica de los medios de prueba propuestos y, en su caso, admitidos, intervienen las personas que hayan adquirido la condición de parte en un proceso, con independencia de quién haya sido la parte proponente de la misma.

Las órdenes al juez o magistrado no es la única proyección que el derecho a la prueba conlleva implícitamente, las partes también tienen una serie de deberes o de garantías que conviene mencionar.

2.4. Mandatos a las partes

Del derecho a la prueba, reconocido y recogido en el artículo 24.2 CE, es obligación del mandante destacar las siguientes potestades a las partes encomendadas:

Tal y como se desprende, de la ya comentada y citada STC de 14 de enero de 2004³⁶, sobre las partes recae el deber o la facultad de solicitar la “admisión y la práctica de las pruebas pertinentes”. Partiendo del principio de aportación de parte, al que se refiere la propia Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su propia Exposición de Motivos, puede afirmarse que la carga probatoria corresponde a la parte proponente de los concretos medios de prueba. Sin embargo, no se trata de un deber ilimitado, absoluto, sino que, del propio artículo 24.2 CE se desprenden una serie de límites (algunos de los cuales anteriormente explicados), que han de ser respetados en todo tipo de procedimientos. En lo que en este momento nos atañe, podemos afirmar con

³⁶ STC de 14 de enero de 2004, F.J. 2º, (RTC 2004/389).

rotundidad que los medios de prueba propuestos por las respectivas partes no serán todos ellos admitidos, sino tan solo aquellos que se refuten *pertinentes* para su defensa en juicio y guarden conexión con el objeto de debate. Pues la principal consecuencia de la proposición de medios de prueba “impertinentes o indebidos”, es la dilación excesiva del proceso así como la práctica de pruebas *ad hoc* que no tienen nada que ver con el objeto litigioso.

De la primera facultad de las partes se deduce la segunda que, se resume en el deber que tienen las mismas para reclamar y exigir la efectividad de la práctica de los medios de prueba pertinentes. Este segundo deber implica que, las partes, una vez que han propuestos los medios de prueba pertinentes y estos han sido admitidos de forma debida y procedente por el órgano judicial, las partes procesales tienen la facultad de exigir que esos medios de prueba propuestos sean practicados y valorados razonada y motivadamente en la sentencia y, que la prueba que haya sido propuesta y, de manera indebida o improcedente denegada, vulnerando así derechos fundamentales tales como el propio derecho a la prueba o el derecho de defensa, ambos recogidos y reconocidos en el artículo 24 CE, pueda ser revisada y resulta por el órgano jurisdiccional correspondiente; pudiendo, incluso, llegar al máximo órgano interprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, para que en su caso, llegue a ser admitida, y por tanto practicada y valorada. Para conseguir, por tanto, la efectividad de la práctica pretendida por las partes, estas deberán dirigir sus correspondientes escritos de alegaciones a los órganos judiciales correspondientes, así como, en su caso, interponer los recursos legalmente previstos.

De las dos primeras manifestaciones, es fácil llegar a la conclusión de que para que las pruebas sean debidamente practicadas y valoradas por el órgano judicial correspondiente, los medios de prueba de los cuales intentan valerse en juicio las partes procesales para su defensa, deben ser propuestos cumpliendo con los requisitos formales y temporales exigidos por la ley, siendo propuestos medios de prueba permitidos por nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, se excluyen tanto las pruebas ilegales como las pruebas ilícitas, es decir, aquellas pruebas que se configuran vulnerando derechos fundamentales. Todo lo dispuesto en este párrafo se expresa en las siguientes disposiciones: 284, 414.1, 429.1, 435.1 de la LEC.

De esta última manifestación, es deber implícito de las partes procesales, en palabras del Tribunal Constitucional, mantener una actividad probatoria colaborativa a la

hora de desarrollar la práctica de los medios de prueba pertinentes propuestos por las partes.

CAPÍTULO III. DOS PERSPECTIVAS COMPLEMENTARIAS: DERECHO Y CARGA DE LA PRUEBA

En este nuevo epígrafe, y resueltos los interrogantes de qué es prueba, qué se prueba y quién prueba, a la luz de las respuestas dadas con anterioridad podemos dar respuesta a sobre quién recae el derecho de probar, quién es el sujeto pasivo de la carga de la prueba y cuál es el destinatario de la prueba. Es decir, el derecho de probar recae principalmente sobre las partes y el destinatario último de la prueba es el juez o magistrado en cuestión. Sin embargo, tales fugaces respuestas no son suficiente para considerar debidamente verificadas estas incógnitas.

Tradicionalmente, se entiende que, desde la dimensión de la carga de la prueba y no desde la dimensión del derecho probatorio, se ha interrogado sobre quién es el sujeto o parte procesal que ha llevado a cabo la actividad probatoria. Sin embargo, debemos tener claro que se trata de dos perspectivas diferenciadas, por un lado la dimensión del derecho a probar y, por otra parte, la dimensión de la carga de la prueba, de modo que ambas perspectivas no deben tratarse de manera separada.

Nuevamente adquiere relevancia particular el, ya conocido, principio de aportación de parte, recogido y reconocido en el artículo 216 LEC, junto al principio de justicia rogada, principio éste primero esencial para comprender el contenido de los interrogantes y de sus respectivas réplicas que ahora nos conciernen: sobre quién recae el derecho probatorio, quién es el sujeto pasivo de la carga de la prueba y quién es el destinatario último de la prueba.

Como consecuencia de la naturaleza del proceso civil, es derecho de las partes procesales y a ellas incumbe la carga probatoria respecto de los hechos alegados en el proceso. Por ello, se dice que puede considerarse obra de las partes las consecuencias derivadas de la ejecución de los hechos o de las afirmaciones sobre determinados hechos del proceso.

También, por el mismo motivo, podemos señalar que también corresponde a las partes procesales el derecho de probar aquellos hechos que hayan sido declarados por las

mismas, de modo que, implícitamente, la teoría de la carga de la prueba se considera un apremio u obstáculo para las partes. Por tanto, aquí también entraría en juego la perspectiva del derecho y, la perspectiva de la carga de la prueba, de modo que en la hipótesis de que el juez o magistrado asuma la obligación probatoria, se estaría vulnerando la naturaleza misma del proceso civil.

La proposición de los medios de prueba de los cuales las partes procesales intentan valerse para su defensa en juicio y la práctica de tales medios de prueba es, exclusivamente, un derecho de las partes.

Por lo que respecta al segundo contenido del principio de aportación de parte, apartado b, se ha intentado, en los últimos tiempos, empañar u oscurecer su aplicación y, a partir de la distinción de los presupuestos del principio de aportación de parte, decimos lo siguiente:

La elección o determinación de los medios de prueba que van a utilizarse y, por ende, incorporarse al proceso judicial incumbe a las partes procesales. En contrapartida, el juez o magistrado competente en orden a los hechos alegados en el proceso por las partes no puede hacer uso de su propio conocimiento o experiencia práctica para recabar información sobre los mismos.

A lo dispuesto con anterioridad, debe realizarse la oportuna matización o diferenciación entre fuente y medio de prueba, que más adelante detallaré.

Por el contrario, se ha dicho que la determinación de los medios de prueba que van a utilizarse para incorporar las fuentes al proceso corresponda a las partes en exclusiva no pertenece a la esencia del proceso civil, pues desde un punto de vista teórico, se ha sostenido que nada se opone a que esa, se atribuya al juzgador³⁷.

³⁷ Una de las curiosidades del actual mundo procesal es la diferencia entre los procesos penal y civil. En el siglo XX, se ha asistido a una disminución de los poderes del juez en el juicio oral penal, en aras del llamado proceso acusatorio, pero en el proceso civil ha sucedido lo contrario, los poderes del juez civil se han pretendido aumentar. Las diferencias carecen de base, sobre todo cuando se constata que en el proceso penal, donde está en juego la libertad, se suprimen los poderes del juez para “la búsqueda de la verdad”, mientras que en el proceso civil donde se debate dinero, los poderes del juez se aumentan, pues se trata de “lograr la verdad”.

CAPÍTULO IV. NOCIONES GENERALES SOBRE EL *ONUS*

PROBANDI

4.1. Introducción

En el presente análisis se va a tratar el ya mencionado tema de la carga de la prueba tanto desde una perspectiva teórica como jurisprudencial a partir del estudio que de ésta llevan a cabo los tribunales.

Asimismo, se va a llevar a cabo la investigación de una figura del llamado *onus probandi* conocida como la causa de la carga de la prueba poniendo especial énfasis y entusiasmo en la libertad que se concede a los operadores jurídicos (y muy en particular, a los jueces y magistrados) a la hora de aplicar y estudiar las reglas de la carga de la prueba, partiendo de la dolencia de seguridad jurídica que, desde este punto de vista, ostentan aquellas personas que pueden o deben someterse a la acción de los tribunales de justicia.

4.2. Concepto

Tradicionalmente y, partiendo del contenido y los valores superiores propugnados por el artículo 1.1 de la CE puede decirse y afirmarse que, desde el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, el derecho fundamental y primordial del reconocido derecho a la tutela judicial efectiva coronado en el artículo 24 CE es la proclamación del “Estado de Derecho”.

Ahora bien, la definición del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se remonta a la STC 102/84, de 12 de noviembre (Caso Leggio)³⁸.

Así pues, en relación con ello, nuestro ordenamiento jurídico consagra la prohibición *non liquet*, en los preceptos 11.3 LOPJ y 1.7 CC, imponiendo a los jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver siempre de los asuntos que conozcan so pena de incurrir, a tenor del artículo 448 del Código Penal, en un delito de prevaricación, aquellos jueces o magistrados que no resolvieran con los instrumentos jurídicos de que dispusieran de aquellos litigios que ante ellos se expongan, con las excepciones que en el mismo precepto se señalan (oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley).

³⁸ STC nº102/1984, de 12 de noviembre de 1984, F.J. 2º, (RTC 1984\102). En virtud de la misma, se trata de un derecho que no debe ser denegado por la mera existencia de una serie de defectos de tipo formal (tales como la ausencia de indicación de la fecha, entre otros) al no considerarse así quebrantada la propia Ley de Enjuiciamiento Civil así como el derecho a obtener una resolución judicial conforme a Derecho, no infundada.

En identidad o equiparación de la prohibición *non liquet* y, en estrecha relación con el principio *iura novit curia*, las partes procesales deberán aportar aquellos hechos controvertidos y las pruebas de los mismos que permitan al juez llegar a su convencimiento y certeza para resolver el conflicto en cuestión.

Por todo lo anterior, es preciso decir que el juez que conozca de en un proceso está sometido a dos principios fundamentales: el primero de ellos, el principio de sumisión del juez a la ley, que, a su vez, opera en un doble sentido; por un lado, como mecanismo garante del principio de igualdad de todos los ciudadanos que litigan con identidad de objeto y, por otro lado, como factor de fijeza y previsibilidad de las resoluciones judiciales y, el segundo, el principio de aportación de parte cuya regulación radica en los artículos 216³⁹ y 282 LEC.

Por tanto, el llamado principio de adquisición procesal quiere decir que los hechos han sido aportados al proceso y, por ende, aprobados. A este principio se refirió por vez primera CHIOVENDA⁴⁰ al afirmar lo siguiente: “del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única, derivase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal).

En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos éstos pueden ser utilizados por la otra parte”. Esta parábola despliega plena efectividad en el campo de la prueba, lo cual quiere decir que si se considera probado un hecho, el juez deberá tenerlo en cuenta y valorarlo a la hora de dictar sentencia, con independencia de la parte que lo haya probado.

Igualmente, y con la misma lógica racional, podemos destacar, el art. 1229.III CC, relativo a la indivisibilidad del documento. De modo que, en virtud de este precepto, “el deudor que quiera de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique”.

³⁹ ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 56. Dispone la rúbrica del precepto 216 LEC es “*principio de justicia rogada*”. Sin embargo, en este artículo no tan solo se recoge el principio de justicia rogada, también el principio de aportación de parte, encontrando así elementos característicos tanto del principio de justicia rogada –como la aportación de pretensiones- como del principio de aportación de parte –como la aportación de las pruebas-.

⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. II (traduc. de Casáis y Santaló), Madrid, 1925, pág. 205, y en *Instituciones de derecho procesal civil*. III (traduc. de Gómez Orbaneja), Madrid, 1940, pág. 84.

El origen del principio de adquisición procesal es necesario ubicarlo en una sentencia del Tribunal Supremo, que data del 20 de marzo de 1945⁴¹ (RJ 1945\287) a tenor de la cual (y, entre otras, así pues STSS de 2 y 15 de julio de 1992) una vez, independientemente de la parte que haya aportado el material probatorio, que los hechos han sido verificados y comprobados, las pruebas pertenecen al proceso.

En este mismo sentido, podemos señalar, además de CHIOVENDA, otros autores al respecto y, entre ellos, CORBAL FERNÁNDEZ, el cual afirma que la adquisición probatoria es conjunta y constituye un acervo común y contribuye a reducir la operatividad de la carga de la prueba⁴². También pues, otros autores se han manifestado al respecto, como MICHELI⁴³.

Ya, desde tiempos inmemoriales, es común afirmar que este principio produce sus efectos en materia de prueba, tanto de prueba propuesta como de prueba practicada excluyendo así la prueba propuesta y admitida. Sin embargo, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en su precepto 288.1, pretende que se lleve a cabo el abandono del determinado medio de prueba propuesto por alguna de las partes procesales, implicando ello una serie de consecuencias jurídicas, pues:

1.- Tomando como referencia la STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9221), aquello a lo que puede rehusar el litigante ejerciente es a la prueba que hubiere sido propuesta y per sé admitida.

2.- Partiendo de la base legal de la STS 24 de julio de 1992 (RJ 1992, 6451), el mismo litigante no puede desertar de la prueba cuya práctica se ha visto proyectada ni de la prueba ya ejercida, es decir, practicada.

3.- Por último, supone una vulneración de nuestro ordenamiento jurídico el hecho de impedir a la parte proponente de un determinado medio de prueba (de entre los permitidos jurídicamente en nuestro país) abandonar la práctica del mismo.

⁴¹ Recientemente, es mantenida por la jurisprudencia española dicha doctrina, destacando, entre otras, la siguiente sentencia: STS nº 103/2005, de 16 de diciembre de 2005, F.J. 1º, (RJ 2006\153), que explicita: *“por ello, no puede darse la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomando en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba”*.

⁴² CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio. “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 34, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 144.

⁴³ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Ed. EJE, Buenos Aires, 1961, pág. 145. En el citado libro, MICHELI afirmó que el juez puede utilizar las resultancias probatorias aun para fines diferentes que aquellos que contemplan las partes que los producen.

Recientemente, es posible diferenciar, por un lado, un contenido limitado del principio de adquisición procesal, es decir, los hechos han sido aportados al proceso y, por ende, aprobados y, por otro lado, un contenido holgado, extenso, acreditado en el artículo 24 de la Constitución Española, en los artículos 247 de la LEC y 11 apartados 1º y 3º LOPJ referidos ambos a la buena fe procesal así como en la doctrina de los actos propios, a la luz de los cuales, la acreditación por una de las partes en el proceso del elemento probatorio proyecta en la contraparte la probabilidad de su práctica.

No obstante, existe el problema de la llamada laguna probatoria para lo que debe dotarse al juzgador de las herramientas esenciales que le permitan resolver el conflicto de manera efectiva surgiendo, en consecuencia, el concepto de carga de la prueba.

Desde el punto de vista doctrinal, la teoría de la carga de la prueba, según ROSENBERG es la que “determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar”. Acerca de este asunto, también se han pronunciado autores tales como DEVIS ECHANDÍA⁴⁴ O CARNELUTTI⁴⁵.

Para concluir este apartado, en cuanto a su regulación, la teoría de la carga de la prueba se corona, en nuestro ordenamiento jurídico, en el precepto 217 de la LEC, antiguo y derogado precepto 1214 del Código Civil.

4.3. Caracteres

Las notas fundamentales del concepto de la carga de la prueba se resumen en dos: imperatividad y subsidiariedad.

En primer lugar, imperatividad, debemos aludir a las secuelas que acarrea el carácter procesal de las normas del *onus probandi* entre ellas:

- a) En el Derecho transitorio o intertemporal (reconocido en los artículos 9.3 CE y 2.3 CC) prima la regla general de *lex temporis*.

⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*. Tomo II, 9ª edición. Ed. ABC, Bogotá, 1988, pág. 149. Para este autor, la carga de la prueba es la “noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte”.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Buenos Aires, 1997, pág. 345. Para Francesco Carnelutti, en cambio, la carga de la prueba atañe a la búsqueda de las pruebas, no a la inspección ni a la valoración de ellas.

- b) En el Derecho especial, prima la *lex fori*.
- c) Finalmente, las normas del *onus probandi* tienen carácter público, siendo así obligatorias, es decir, de carácter imperativo impidiendo su transformación o modificación vía autonomía de la voluntad, atendiendo para ello a las STSS nº 81, de 27 de junio de 1910 y de 18 de octubre de 1941⁴⁶.

Sin embargo y, teniendo en cuenta el carácter imperativo de las normas del *onus probandi*, la doctrina actual es permisible en cuanto a la admisión de pactar, siempre que se trate de materias objeto de disponibilidad, aquellos requisitos de la norma a tratar⁴⁷. Si bien, y, observando tal posibilidad, la doctrina toma postura teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley. Al reputar su contenido, debemos entender que los pactos en materia de consumo serán efectivos siempre y en todo caso sean en beneficio del consumidor o usuario, atendiendo a la teoría de las cláusulas abusivas.

Finalmente, en lo que a imperatividad se refiere, MUÑOZ SABATÉ⁴⁸ también entiende que esta cuestión deberá estar enfocada en tanto los acuerdos de voluntad de las partes procesales deben guiar al juez en el esclarecimiento del obstáculo existente.

Y, en segundo lugar, subsidiariedad, es oportuno citar el primer apartado del artículo 217 de la LEC, apartado donde se encuadra la llamada regla de juicio, cuando “al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión”.

Por tanto, la nota de subsidiariedad, además de no ser lo mismo que la valoración de la prueba, quiere decir que, aun siendo claras las normas jurídicas materiales que se han de aplicar en el procedimiento, el juez al final del proceso se encuentre con lo que la doctrina ha llamado el hecho incierto; es decir, puede ocurrir que el juez no encuentre suficientes elementos de prueba para dictar sentencia condenatoria o absolutoria.

⁴⁶ STS de 18 de octubre de 1941, Cdo. 2º, (RJ 1941\1085) que establece: “*doctrinalmente recusable la inversión convencional de la prueba, porque cohibe la actividad judicial, que ha de ejercitarse con arreglo a las reglas legales y según los principios rectores de un determinado sistema procesal y no según la voluntad de las partes*”.

⁴⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *De la prueba de las obligaciones* en: ALBADALEJO, Manuel (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Edersa, Madrid, 2003, pág. 32. SERRA DOMÍNGUEZ afirma la admisibilidad de tales pactos en otros ordenamientos jurídicos y, ellos son, el italiano y francés.

⁴⁸ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de prueba judicial civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 191.

Por consiguiente, el juez tan solo debe acudir a distribuir la carga de la prueba cuando los hechos relevantes para la resolución de los procedimientos carezcan de eficacia probatoria.

4.4. Funciones de la carga de la prueba

4.4.1. Regla de juicio para el Juez

Para dar comienzo a este subepígrafe, en la actualidad, cobra una especial importancia o proyección la teoría de la carga de la prueba. Esta teoría puede desglosarse, a su vez, en dos reglas: una de ellas, directamente dirigida al juez, que le ayuda en su labor jurídica, diciéndole como ha de proceder cuando, al final del proceso y, teniendo claro las normas jurídicas materiales aplicables al caso, se encuentra con hechos que no han sido acreditados en su prueba, y otra regla, podría decirse, de carácter complementario, de conducta para las partes procesales, una carga procesal en aquellos procesos presididos por el principio dispositivo y de aportación de parte⁴⁹.

Así, la regla de juicio, como norma que el ordenamiento jurídico impone al Juez para solucionar los supuestos de hecho incierto, existe en todo tipo de procesos⁵⁰, pero ocurre que esta regla no impone cargas probatorias sino sólo en los procesos que están presididos por los principios anteriormente mencionados.

Por tanto, y, en palabras de GONZÁLEZ GRANDA, la regla de juicio se identifica con lo que habitualmente se denomina carga material de la prueba, en tanto que las reglas para la distribución de la carga de la prueba, comúnmente se confunden con la denominada carga formal de la prueba⁵¹.

Una vez que han sido propuestas, admitidas y, en su caso, practicas las pruebas solicitadas y requeridas por las partes, el proceso llega a su fin. En ese momento, el juez tiene la obligación, según el artículo 1.7 CC, obligación non liquet, de resolver todos y cada uno de los asuntos cuantos conozca, de forma que no puede quedar ninguna

⁴⁹ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, págs. 29 y 30.

⁵⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, 2ª edición. Ed. B de F, Buenos Aires, 2002, pág. 122. Según este autor, la cuestión de saber qué parte debe soportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida, necesita una contestación basada en una regla de derecho fija y abstracta, y cómo la ciencia no puede ni debe renunciar a buscar esta regla, ya que la práctica tiene necesidad de ella y exige de la ciencia que se le procure.

⁵¹ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, ob. cit., pág. 31.

pretensión sin resolver. Dicho esto, el operador jurídico, ante los hechos que respecto de él se consideran afirmados por las respectivas partes procesales, puede suceder que:

- a) La actividad probatoria ejercida sobre el hecho alegado y afirmado por la parte procesal proponente, en realidad existió, en cuyo caso, el juez o magistrado, a tenor de lo previsto en la norma jurídica aplicable al supuesto de hecho en cuestión, considerará el hecho como un hecho probado.
- b) La actividad probatoria ejercida sobre el hecho alegado y afirmado por la parte procesal proponente, en realidad no existió. En la resolución judicial, el juez o magistrado, a tenor de lo previsto en la norma jurídica aplicable al supuesto de hecho en cuestión, afirmará la no existencia del hecho (que, la parte procesal había afirmado con anterioridad) y no tendrá efecto la consecuencia jurídica requerida.
- c) La parte proponente que afirmó el hecho alegado no ha llegado a resultar probado puesto que no existe en torno a él certeza⁵² contundente. Llegado el momento procesal generalmente oportuno, el juez o magistrado tiene la obligación de dictar sentencia resolviendo así el objeto de debate, la cual tendrá naturaleza estimatoria o desestimatoria respecto de la pretensión solicitada, sin entrar a resolver acerca de la vacilación del hecho no probado.

En definitiva, la función principal del juez es la interpretación y aplicación del derecho actual, tangible, palpable en cada caso. En este sentido y tomando como referencia legal el propio artículo 1.7 CC, podemos decir que existe un matiz o una excepción a la obligación de *non liquet* que recae sobre el juez. Esto es, el juez no llega a resolver aquellos asuntos cuya cuestión de hecho es dudosa, incierta. Sin embargo y, en cualquier caso, el juez o magistrado a la hora de dictar sentencia deberá pronunciarse sobre la pretensión requerida, ya sea estimando o desestimando la misma, siempre y cuando, previamente, se consideren cumplidos los presupuestos procesales inherentes a todo proceso (competencia y jurisdicción, entre otros).

⁵² Posiblemente debería realizarse una distinción respecto de hecho incierto y hecho no probado, incluso a los efectos de precisar que el hecho incierto se resuelve por la regla de la carga de la prueba y el hecho no probado por el principio de que el juez debe dictar sentencia conforme a los hechos alegados y probados, pero la consecuencia a día de hoy es la misma. Más complejo es determinar cuándo un hecho es incierto, pues con ello se atiende a lo que podría denominarse grado de certeza. A mi juicio, ello se relaciona con lo que se conoce, doctrinalmente hablando, como la “regla de juicio”, patente en el artículo 217.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual sólo es posible y necesario aplicarla en aquellos supuestos en lo que, llevada a cabo una labor probatoria, por ínfima que sea, los hechos objeto de litigio han quedado inciertos, no probados, dudosos.

Después de esta profunda y larga introducción, podemos afirmar que es aquí donde encuentra su origen las reglas de la carga de la prueba, que ofrecen una respuesta a todos los interrogantes que nos acompañan en este arduo camino. Permiten que el juez o magistrado vaya conformando un juicio relativo a la pretensión o pretensiones requeridas por las partes, de modo que la inseguridad latente en las circunstancias objetivas del hecho tengan una solución.

Ahora bien, las reglas de la carga de la prueba en determinados supuestos se invierten, de manera que deben distribuirse las mismas conforme a la ley. Esto es, las reglas de la carga de la prueba son los presupuestos que en todo proceso han de seguirse por el juez o magistrado, a causa de un supuesto de hecho no probado, ya que le dirá como ha de proceder al efecto, sin que previamente determinen qué hechos litigiosos han de ser probados por las respectivas partes del proceso.

En honor a la denominación que recibe “la regla de juicio para el Juez”, debemos subrayar que las reglas de la carga de la prueba no están orientadas a afirmar a cuál de las partes procesales le corresponde probar los hechos alegados, sino que, una vez que el proceso llega a su fin, el juez o magistrado tiene la obligación inexcusable de dictar sentencia, de modo que, si el juzgador se encuentra que los hechos alegados o las afirmaciones sobre tales hechos no han quedado probados lo suficiente, el juez debe decidir quién de las partes será la perjudicada a causa de la ausencia de prueba practicada.

Así pues, podemos finalizar afirmando que el artículo 217 LEC es el núcleo del proceso civil, donde adquieren su verdadera esencia las reglas de la carga de la prueba.

4.4.2. Regla de conducta para las partes

La teoría de la carga de la prueba respecto de las partes procesales es útil para determinar cuál de las partes debe llevar a cabo una actividad probatoria en relación con un concreto supuesto de hecho antes de poner en funcionamiento la respectiva consecuencia jurídica que recaerá sobre la parte perjudicada.

Debemos afirmar, en esta dirección, que no existen, por un lado, reglas de juicio para el juez y, por otro lado, reglas de conducta para las partes. La existencia de unas reglas en la jurisdicción civil es única, no existen bifurcaciones por razón del destinatario.

Esta segunda facultad de las normas de la carga de la prueba ya se pudo vislumbrar de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican

judicialmente cuando no se ha logrado la certeza de los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento [...]”.

En el nuevo régimen de recursos, como las normas sobre la carga de la prueba son normas de naturaleza procesal, la vulneración o infracción del artículo 217 LEC debe denunciarse por la vía de los recursos extraordinarios, en concreto, el recurso extraordinario por infracción procesal, y no recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁵³.

4.5. Carga de la prueba

4.5.1. Concepto

Tradicionalmente, y antes de ahondar en la conceptualización de carga de la prueba, es preciso traer al hilo una serie de disposiciones que nos recuerdan, en este momento, las garantías y los derechos que tienen las partes inmersas en un proceso.

En primer lugar, el derecho fundamental de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, proclamada en el artículo 24.1 CE; en segundo lugar, el deber de los Jueces y de los Tribunales y el derecho de los ciudadanos que decidan pleitear, de resolver cuantos asuntos de que conozcan, reconocido tanto en el artículo 1.7 CC como, de forma reiterada, en el artículo 11.3 LOPJ; y, para concluir, el artículo 218.1 LEC, que exige a los jueces o magistrados el deber de motivación de todas sus resoluciones.

Ahora bien, respecto a la carga de la prueba, cuando en un determinado proceso, no se ha efectuado prueba a cerca de los hechos alegados por una de las partes, subyace un interrogante en el juez o magistrado, relativo a la forma de proceder.

Por tanto, la teoría de la carga de la prueba se encuentra relacionada con uno de los aspectos fundamentales inspiradores del ordenamiento jurídico procesal, exigiéndose que todas y cada una de las pretensiones y cuestiones solicitadas por las partes ante los Juzgados y los Tribunales, obtengan un pronunciamiento, excepto en aquellos supuestos en lo que surja un obstáculo, impidiendo, de tal manera, el oportuno pronunciamiento judicial. En conclusión, en la sentencia dictada por el juez o magistrado habrá tantos

⁵³ STSS, nº 563/2009 de 16 de julio de 2009, FF. JJ. 2º y 3º, (RJ 2009\6472) y nº 646/2009, de 1 de octubre de 2009, FF. JJ. 3º y 4º, (RJ 2009\5500).

pronunciamientos como pretensiones hayan sido solicitadas por las partes. Vinculado todo ello con el principio de congruencia, recogido y reconocido en el artículo 218 LEC.

Ardua tarea es la que se nos encomienda a continuación.

Una vez inmersos en un proceso judicial, cada una de las partes procesales tiene el deber y, por consiguiente, derecho, de introducir al proceso todas y cada una de las pretensiones que desee, pretensiones que, a su vez, pueden resultar debidamente acreditadas y, por ende, probadas; o, por el contrario, también puede suceder que esas respectivas pretensiones solicitadas por las partes procesales no resulten acreditadas de manera irrefutable, o bien su inexistencia⁵⁴, en cuyo caso, a las partes procesales, de forma individual, les corresponderá cargar con las consecuencias derivadas de la ausencia de prueba practicada.

Así, es como aparece la noción de carga de la prueba, correspondiente a GOLDSCHMIDT⁵⁵, en el sentido que, pese a que las partes procesales se encuentran libres de cargas, de obligaciones, sin ningún tipo de violencia o intimidación, las mismas van a sufrir una serie de consecuencias jurídicas derivadas de su falta de práctica de prueba, como es la desestimación de sus pretensiones en el proceso⁵⁶. Por su parte, CARNELUTTI⁵⁷, al tratar de ofrecer un concepto de carga procesal, primero entendió preciso realizar una diferenciación entre carga y obligación, y posteriormente, interés.

⁵⁴ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de prueba judicial civil. Ley 1/2000*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 166-167. Este autor considera que la carga de la prueba operaría sólo en los casos en que la prueba practicada sea insuficiente, ya que en los casos en que existiera una ausencia total de prueba, no resultaría de aplicación la regla del juicio, de forma que debería considerarse que no existe lo que no ha sido objeto de prueba, aunque este mismo autor acaba por apuntar que, en la práctica, actualmente, recibe el mismo tratamiento el hecho no probado, que el probado insuficientemente. Por otra parte, autores como CABEZUDO RODRÍGUEZ, afirman la existencia de la carga de la prueba, no solamente en los casos de incertidumbre acerca de los hechos, sino en todos y en cada uno de los supuestos que son objeto de resolución judicial, con independencia de que se haya constatado la certeza de los hechos, de forma que la carga de la prueba se aplicaría siempre que se procediese a una valoración de la prueba.

⁵⁵ Según este mismo autor, es definida la carga procesal como un imperativo del propio interés, que tiene como fin evitar una desventaja procesal.

⁵⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La carga de la prueba. Teoría y práctica del proceso*. Vol. III. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, págs. 87 y ss. Este mismo autor lleva a cabo un análisis de la definición de carga procesal, previamente al estudio de las denominadas cargas procesales. A tal efecto, sigue la siguiente trayectoria en base a una serie de criterios para fijar el ansiado concepto. Por tanto y, aunque manifiesta participar del agnosticismo científico con relación a la carga que define CARNELUTTI, no renuncia a dar una definición de la carga, en la medida en que considera que se trata de una construcción de la que no se puede prescindir, aunque la califique, no obstante, de insegura e inestable, de manera que ese concepto se caracteriza principalmente por la idea de libertad, frente a la de necesidad, en cuanto que se establece en interés del propio sujeto, y su incumplimiento no se encuentra sujeto a sanción. Así pues, este mismo autor, ha afirmado que la “carga es el precio de la libertad”.

⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. II. Ed. La Litotipo, Padua, 1923, pág. 317. Este autor empezó diciendo que la distinción entre carga y obligación se fundaba en “la diversa

4.5.2. Naturaleza jurídica

En relación con lo anterior es obvia la importancia que el principio de adquisición procesal⁵⁸ ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico, a partir del año 1945⁵⁹. De este modo, puede ocurrir que, en concretas situaciones, la prueba oportuna para probar un hecho o una afirmación sobre un determinado hecho pueda ser aportada al proceso por una persona, independientemente de quién sea su beneficiario.

Por lo tanto y, parte de la doctrina, principalmente alemana, entre ellos, ROSENBERG, ha realizado una acertada diferenciación entre lo que se entiende por perspectiva formal y perspectiva material de la carga de la prueba, que en el subepígrafe correspondiente, analizaremos con detalle.

Sin embargo, existen autores que centran el estudio de la carga de la prueba, no en las partes, sino en el juez, pues es el único que tiene, según dichos autores, obligaciones en el procedimiento y es considerado destinatario final de la considerada regla del juicio, que viene realizada por la labor de enjuiciamiento realizada por el juez o magistrado, aplicándose debidamente en aquellos supuestos en los cuales los hechos o afirmaciones de determinados hechos introducidos por una de las partes procesales no han sido verificados, so pena de que dicha resolución judicial pueda ser objeto de revocación con arreglo a los recursos legalmente previstos.

Esta previsión guarda conexión con la diferenciación realizada anteriormente por ROSENBERG, entre otros autores, respecto de la perspectiva material y formal de la carga de la prueba, suponiendo un rechazo de dichas concepciones al

conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga". Con posterioridad, acabó refiriéndose a la distinción de interés: "obligación y carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 205. Según este mismo autor, la referencia al principio de adquisición procesal se encuentra en que "el hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única, derivase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes". En otras palabras, una vez aportada la prueba al proceso, sus resultados dejan de pertenecer al sujeto que la ha propuesto, de forma que se valora con independencia de la parte a la que pueda beneficiar o perjudicar su aportación, y, por tanto, esto supone que pueda aprovechar a la parte contraria a la que ha propuesto su práctica.

⁵⁹ El principio de adquisición procesal ha sido asumido a partir de la STS 20 de marzo de 1945, en virtud de la cual, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación interpuesto, se encontró ante la situación absurda de que, en un juicio de pobreza, se había dictado una sentencia desestimatoria de la demanda, porque la insuficiencia de recursos económicos para litigar no había sido acreditada por el actor, pese a que su indigencia constaba procesalmente en virtud de la prueba practicada a instancia del Abogado del Estado.

considerarse repetitiva, pues dicha práctica, en la realidad, es innecesaria, cuyo objeto a realizar nada aporta⁶⁰. En consecuencia, sería sancionable decir que la teoría de la carga de la prueba no se refiere a una parte procesal, pues lo único que, en este momento, se afirma, es que la parte perjudicada o titular de dicha carga no es el juzgador.

Con el único objetivo de llegar a una noción de carga procesal verídica y clarificadora, autores como MONTERO AROCA o FERNÁNDEZ LÓPEZ, han optado por la vía de la diferenciación entre la dimensión formal y material de la carga de la prueba, en contraposición a aquella que prefiere, indudablemente, la visión del juzgador en base a la regla del juicio, recogida y regulada en el artículo 217.1 LEC.

4.6. Manifestaciones de la carga de la prueba y los diferentes supuestos de iniciativa probatoria de oficio previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Primeramente, empleando el término “carga de la prueba” y entendiendo el mismo, nos damos cuenta de que bajo este título, existen dos figuras que, aunque presentan puntos de conexión entre sí, son independientes la una de la otra en lo que a sujetos intervinientes y afectados y momentos procesales importantes se refiere, pues son diferentes⁶¹ en una u otra figura.

Por un lado, en cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso, son las partes procesales los sujetos pasivos de las reglas⁶² en la fase probatoria, pues estas reglas informan a las mismas de que son ellas, las partes, las obligadas a aportar las distintas pruebas como exigencia del principio de aportación [de parte], reconocido y recogido en el artículo 216 de la LEC, junto al principio de justicia rogada y, además, han de informar, con la finalidad de que el órgano judicial competente dicte una sentencia favorable, cuáles son los hechos que cada una de las partes debe probar.

⁶⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”. *Revista de derecho procesal iberoamericana*. 1972, nº 2-3, Madrid, pág. 582. En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ afirma la inutilidad de las divisiones convencionales dentro de la carga de la prueba, para indicar “que la carga de la prueba no es sino el principio propio del Juez, que le sirve para los casos que, en derecho antiguo, se resolvían con un *non liquet*. La división de la carga de la prueba, en una objetiva y otra subjetiva, es completamente inútil, en cuanto ambas responden a un único principio: la regla de juicio que tiene el Juez”.

⁶¹ FERNÁNDEZ SEIJOO, José María. *El proceso civil*. Vol. II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1594.

⁶² TARUFFO, Michele. “Onere della prova”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche* Padova, 1979, págs. 65-78. Desde este punto de vista, dado que su función es la de distribuir la incumbencia probatoria entre las partes procesales, reciben la denominación de *reglas de distribución* de la carga de la prueba o también, reglas de la carga de la prueba en sentido objetivo.

Por otro lado, por lo que se refiere al momento procesal, no nos encontramos ya en la fase probatoria, sino en una fase ulterior, la llamada *fase de decisión*⁶³, cuyo destinatario es el juez o magistrado y no las partes procesales. Por ello, el ordenamiento jurídico procesal ofrece al operador jurídico, es decir, al juez o magistrado (destinatario) una serie de normas o pautas para que pueda adoptar una decisión en caso de que los hechos relevantes para resolver el caso en cuestión resulten inciertos como consecuencia de la insuficiente probatoria.

Estas normas o pautas obedecen, en aplicación del artículo 1.7 del CC, al deber inexcusable del juez o magistrado de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozca, pues en nuestro ordenamiento jurídico, por razones como la seguridad jurídica y el ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional, existe la prohibición de non liquet (no dejar un asunto sin resolución).

Por tanto, y por alusión a este objetivo jurisdiccional, esta manifestación de la carga de la prueba se denomina *regla de juicio*⁶⁴. En esta materia, se ha pronunciado al respecto GARBERÍ LLOBREGAT⁶⁵, realizando una diferenciación entre la dimensión formal y la dimensión material de la carga de la prueba. Así, el artículo 217 LEC, refleja con exactitud ambas funciones de las reglas de la carga de la prueba:

El apartado primero, en su redacción literal, [*“cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actos o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponde a unos u a otros la carga de probar los*

⁶³ La denominada *fase de decisión*, también conocida como fase de conclusiones y de sentencia, encuentra su regulación en los artículos 433 y 434 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos relativos al desarrollo del acto de juicio y a la sentencia, respectivamente. Ahora bien, en esta fase, se llevan a cabo las conclusiones, las cuales solo tienen razón de ser si se han practicado pruebas, pues las conclusiones son afirmaciones sobre la práctica de las pruebas, con las que se determina la afirmación de los hechos que se pretenden en la demanda. Es decir, las conclusiones pretenden influir en el juez para que tome una decisión, una vez desarrollado el proceso y practicado todas las pruebas propuestas y, en su caso, admitidas.

⁶⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 13ª Edición, 2004, págs. 259-260. Según este autor, el art. 1.7 CC impone al juez el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca (y de hacerlo conforme al sistema de fuentes establecido), lo que corrobora el art. 11.3 LOPJ, este último con referencia al principio de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. El deber de dictar sentencia, es el básico del juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, al mismo tiempo, integra correlativamente el derecho de acción. Por ello, el art. 448 CP tipifica el delito de denegación de justicia.

⁶⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*. Tomo II. Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 441. En palabras de este autor, mientras la carga de la prueba formal hace referencia a la prueba como actividad que las partes tienen que desarrollar, la carga de la prueba material, también llamada regla de juicio, alude a la prueba como resultado, esto es, como conclusión a la que el juez llega tras la valoración del material probatorio.

hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”] hace referencia a la dimensión material de la carga de la prueba o regla de juicio.

Los apartados segundo y tercero, del mismo artículo, hacen referencia a las reglas de distribución ordinaria (no entramos en supuestos de inversión) de la carga de la prueba, esto es, las reglas que han de respetar las partes procesales y tener en cuenta para determinar cuáles son los hechos que cada parte procesal debe probar.

[“2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”].

Sin embargo y, pese a la exactitud y claridad de las dimensiones sobre la carga de la prueba, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en destacar la importancia de estas reglas sobre la carga de la prueba pero, especialmente, la de una de ellas, la dimensión formal o regla de juicio de la carga de la prueba. La misma adquiere relevancia desde el mismo momento en que se alude a la carga de la prueba, recibiendo la denominación de *teoría de las consecuencias de la falta de prueba*, pues esta regla tan sólo resulta de aplicación cuando los hechos no resultan probados⁶⁶.

No obstante, como ya mencionamos con anterioridad, las tareas o funciones que llevan a cabo las reglas sobre la carga de la prueba son dos, sin obviar la relevancia que cada una de ellas asume, afirmación que ya aparece reflejada, tal y como ha observado el legislador ordinario, en la Exposición de Motivos⁶⁷ de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente.

⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 13ª Edición, 2004, pág. 260. Según este autor, la pregunta que debe hacerse el tribunal, partiendo de que un hecho no ha sido probado, es a quién perjudicará esa circunstancia y, consiguientemente, quién debió probarlo. Con relación al tribunal, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decidirá cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba.

⁶⁷ Según los términos literales empleados en la EM de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalamos que: “las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos”.

Ahora bien, no debemos olvidar que, aunque ambas figuras están incluidas en el fenómeno de la carga de la prueba, una y otra figura obedecen a fines discordantes: mientras que las reglas de la carga de prueba formal o también llamada regla de juicio atienden al principio de aportación de parte (artículo 216 LEC), las reglas de distribución de la carga de la prueba material encuentran su fundamento en la obligación de obtener una resolución sobre el fondo del asunto.

Pero, a pesar de las diferentes finalidades de una y otra figura, debemos mencionar la existencia común respecto de estos dos fenómenos, pues su determinación hace alusión, en efecto, al juego de dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, las consecuencias derivadas de la prohibición de la autotutela⁶⁸, y, en segundo lugar, el establecimiento en el proceso civil de los principios informadores, dispositivo y de aportación de parte.

Así, por lo que respecta a la prohibición de acudir para solucionar los litigios al método de solución de conflictos conocido como la autotutela, este mecanismo lleva implícito que la Administración central, y, más concretamente el Estado, una vez titular del monopolio de la Justicia, se vea obligado a constituir un sistema judicial, compuesto por jueces y magistrados, siendo éstos, tal y como prevé el artículo 117.3 CE, los únicos titulares del ejercicio de la potestad jurisdiccional⁶⁹.

Por tanto y, en contrapartida, a la obligación de acudir a los órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos, el Estado debe asegurar al ciudadano, por medio del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, que va a obtener una respuesta en relación con la controversia planteada⁷⁰.

Ahora bien, en relación con la instauración en el proceso civil informado por los principios dispositivo y de aportación, es importante prever, por parte del legislador, las

⁶⁸ La autotutela, también denominada *autodefensa*, es el modo más primitivo y simple de resolución de conflictos. Consiste en que una de las partes del conflicto, “el más fuerte”, impone a la contraparte la solución (siendo, de este modo, notorio, el carácter coactivo de tal actuación). Coloquialmente, este método de solución de conflictos, significa “tomarse la justicia por su mano”. Ahora bien, podemos decir que resolver de este modo el conflicto, es la forma más inestable de solucionarlo, pues basta que se altere el orden de fuerzas para que surja de nuevo. Podemos destacar, igualmente, algunas manifestaciones de este método, acudiendo al Código Civil, artículos 592 y 612, relativos a las ramas de algunos árboles que sobrepasan la finca ajena y al fundo ajeno de abejas, respectivamente; así como situaciones de guerra.

⁶⁹ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 26. En la medida en que el Estado se fortalece, consciente de los peligros que encierra la autodefensa, asumirá el monopolio de la Justicia, produciéndose no solo la revisión de la naturaleza, sino también la prohibición expresa para los ciudadanos de tomarse la justicia por su mano.

⁷⁰ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 247.

hipotéticas posibilidades o comportamientos que tienen los sujetos intervinientes en el mismo. El principio dispositivo permite, grosso modo, que las partes procesales puedan decidir, tanto incorporarse al proceso como poner fin al mismo.

Teniendo en cuenta la ya mencionada prohibición non liquet, reconocida en el artículo 1.7 CC, y en consecuencia, la obligación de resolver cuantos asuntos de que conozcan, es preciso fijar una serie de normas para los casos en que aunque los hechos permanezcan inciertos, sea posible que el órgano judicial competente dicte una resolución sobre el fondo del asunto, decidiendo a qué parte procesal desmerece o afecta la insuficiencia o inexistencia probatoria. Dichas normas actúan como expediente formal de decisión.

Finalmente y, desde un punto de vista teórico, el principal objetivo de ambas dimensiones sobre la carga de la prueba, es que las funciones de una y otra no se solapen, conduciendo, a una confusión, por lo que ambas tienden a la máxima exactitud posible. No obstante, desde una perspectiva práctica, ambas manifestaciones de la carga de la prueba se conjugan, es decir, se entiende una insoslayable unión, no pudiendo llevar a cabo una separación estricta; pues es un mismo fenómeno pero la realidad social obliga a entender esta figura desde visiones diferentes⁷¹.

Una vez analizadas y agotadas todas y cada una de las manifestaciones sobre la carga de la prueba, debemos proceder al estudio exhaustivo de los diferentes supuestos de iniciativa probatoria de oficio previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es preciso recordar que, aunque y con carácter general, tomando como apoyatura legal, lo dispuesto en los artículos 216 y 282 LEC, la incorporación de las distintas fuentes de prueba al proceso civil es una obligación de parte, es decir, de las partes intervinientes en el proceso, no debemos olvidar que es la propia ley la que otorga a los jueces y magistrados determinadas potestades en materia probatoria.

En efecto, la tarea judicial de dictar una sentencia al término del proceso, hace necesaria, en supuestos concretos y con sujeción a determinados requisitos, la

⁷¹ ORDOÑO ARTES, Carmen. *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*. Ed. Comares, Granada, 1988, págs. 107-108. Según esta autora, al hablar de carga forma y de carga material no nos referimos a dos fenómenos o a dos cargas diferentes, sino a dos aspectos diversos desde los que podemos contemplar al fenómeno de la carga de la prueba. En el primer supuesto el planteamiento gira en torno a las partes, y desde este punto de vista, se trata de una norma de conducta que les advierte que han de aportar la prueba de los hechos que constituyen el fundamento de sus respectivas pretensiones. En el supuesto de la carga material, la atención se centra en torno a los hechos que no han resultado probados y, en definitiva, en cómo ha de fallar el juzgador en esos supuestos.

prerrogativa de que al juez o al magistrado le esté permitido llevar a cabo una serie de actividades probatorias cuya finalidad sea conseguir una mayor exactitud, certeza, a cerca de la existencia, o en su caso, inexistencia, de los hechos alegados.

A tal efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que hace, prácticamente, es reproducir lo que en su caso, expresa el artículo 216 de la citada ley respecto del principio de aportación de parte, sin otorgar demasiados privilegios al principio de investigación oficial, principal contrario de éste. Así pues, deben excluirse las grandiosas facultades que se conceden al órgano judicial en materia no dispositiva⁷².

En cuanto a los supuestos de iniciativa probatoria de oficio previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, son:

4.6.1. Facultades judiciales establecidas en el artículo 429.1.II LEC

El artículo 429.1.II LEC, tras las discusiones protagonizadas por la doctrina jurisprudencial y la doctrina científica, puede considerarse como uno de los preceptos más relevantes existentes en materia probatoria. En consecuencia, tradicionalmente no se tenía en cuenta al no existir ni siquiera reseñas al respecto, y las expresiones equívocas sobre el mismo han conducido a la existencia de diversas interpretaciones⁷³.

A la luz de lo dispuesto en este artículo, las partes procesales propondrán que se practiquen una serie de pruebas relevantes para el caso y, a continuación, el órgano jurisdiccional competente, una vez practicadas las pruebas propuestas, si entiende que tras la misma podría llegarse a una situación de insuficiencia probatoria, deberá hacérselo saber a las partes intervinientes en el proceso con mención especial del hecho u hechos afectados por tal insuficiencia.

⁷² GARBERÍ LLOBREGAT, José. *La prueba civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 68-69. En este sentido se ha pronunciado GARBERÍ LLOBREGAT, señalando que también tienen carácter excepcional las facultades judiciales de iniciativa probatoria previstas en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativas a la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero cuya aplicación se solicita para la resolución del fondo del asunto. No obstante, estas facultades derivan claramente del especial status probatorio que se ha conferido a las normas de Derecho extranjero, a caballo entre el hecho y el Derecho, lo que se manifiesta, entre otras circunstancias, en la posibilidad de considerar que su aplicación no sólo depende de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes procesales, sino también de la existencia de una norma de conflicto que haga imperativo su empleo al margen del cumplimiento de la carga de la prueba y, por tanto, exija la actuación del órgano jurisdiccional para determinar su vigencia y contenido.

⁷³ FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes. “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el artículo 429.1 II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal y Mercantil*. 2005, nº 21, págs. 22 y ss.

Por tanto, el precepto 429.1 II LEC no supone una “llamada de atención” a la actividad probatoria de oficio que, implique, a su vez, una ruptura del principio de aportación de parte. En contrapartida, la propia ley continúa siendo una ferviente defensora de sus principios y confiere estas facultades con el objetivo de preservar la eficacia del principio de aportación.

En este sentido, se ha pronunciado ORTELLS RAMOS⁷⁴. Ahora bien, la problemática que ha surgido a raíz de la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de informar a las partes procesales de los hechos afectados por la insuficiencia probatoria, es la de delimitar si tal posibilidad el legislador la ha previsto como una potestad (en su caso, ejercitable o no) o, en contra, como un deber judicial (teniendo la obligación de ser ejercitado en todo caso).

A pesar de la consideración como facultad por parte de la doctrina mayoritaria, no faltan autores que entienden que se trata de un deber judicial⁷⁵ que, en caso de producirse un incumplimiento, podría conducir, si se declara la situación de insuficiencia probatoria⁷⁶, a la nulidad de las actuaciones realizadas.

No obstante, y pese a que lo conveniente es que el juez haga uso de la posibilidad reconocida en el artículo 429.1.II LEC, la realidad social es muy diferente, pues resulta costoso entender que el juez o magistrado esté obligado imperativamente a ejercer dicha posibilidad, ni cuando siquiera existe una sanción al respecto en caso de incumplimiento⁷⁷, al margen de la declaración de nulidad de actuaciones.

⁷⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 5ª edición. Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 349. Según este mismo autor, tanto las facultades previstas en el artículo 429.1.II LEC cuanto las diligencias finales (artículo 435 LEC), constituyen funciones de colaboración con las partes para evitarles perjuicios derivados del defectuoso modo de asumir iniciativa. Esos perjuicios no son otros que los que se derivarían de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba para la parte que no haya logrado probar suficientemente sus pretensiones. Por tanto, el uso de estas facultades puede resultar especialmente adecuado en los casos en los que, por aplicación del artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez realiza una inversión de la carga de la prueba, puesto que gracias a ellas las partes podrán saber que la insuficiencia de pruebas relativa a un determinado hecho les puede resultar desfavorable.

⁷⁵ En la jurisprudencia, la SAP de Ciudad Real nº 205/2002, de 28 de mayo de 2002, FF JJ 5º y 8º (JUR 2002\178917).

⁷⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Ed. J.M Bosch, Barcelona, 2003, pág. 160. La literalidad del artículo 429.1.II LEC conduce a sostener que en dicha norma encontramos, en cuanto a la indicación de insuficiencia de la prueba solicitada, un deber, en función del cual el juez ha de advertir a las partes la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos litigiosos; y respecto a la indicación de la concreta prueba para acreditar tales hechos, una facultad, que se atribuye al juez, después de obligarle a efectuar la mencionada advertencia de insuficiencia probatoria, además le permite que pueda indicar a las partes aquella prueba que considera que puede colmar dicha insuficiencia.

⁷⁷ De acuerdo con lo previsto en los artículos 238 y ss. LOPJ, quienes consideran que la posibilidad prevista en el artículo 429.1 II LEC se trata de una obligación para el órgano jurisdiccional, entienden que la

Asimismo no debemos obviar, tal y como expresa el párrafo tercero, del propio artículo 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que continúan siendo las partes procesales las encargadas de proponer las pruebas pertinentes para el caso, de manera que cuando estas lo consideren oportuno, procederán a proponer, por mediación de las indicaciones del tribunal, medios de prueba complementarios a los anteriores, los cuales pueden ser coincidentes o no, con aquellos que haya invitado a practicar el órgano jurisdiccional⁷⁸.

En conclusión y, como consecuencia de una violenta interpretación del artículo (en adelante art.) 429.1 II de la LEC, la doctrina mayoritaria considera que la LEC no otorga al órgano jurisdiccional facultad alguna para llevar a cabo de oficio actividad probatoria, sino que le encomienda una tarea simplemente de sugerencia, en aquellos supuestos en que lo considere oportuno.

4.6.2. Las diligencias finales

Además de la posibilidad concedida y explicada anteriormente al órgano jurisdiccional, con carácter excepcional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 435.2, confiere otra facultad, con sujeción a dos presupuestos⁷⁹, consistente en la ordenación, por parte del juez, de oficio, de la práctica de diferentes medios de prueba como diligencias finales.

consecuencia de su incumplimiento es la posible declaración de nulidad de actuaciones. No obstante, hay que tener en cuenta que la nulidad de actuaciones no es una sanción propiamente dicha, sino que tiende a proteger otro tipo de intereses y, como es sabido por todos, se produce ante un incumplimiento de reglas esenciales del procedimiento.

⁷⁸ En consonancia con lo establecido en la SAP de Valencia nº 634/2002, de 22 de octubre, F.J. 3º, (JUR 2003\11917), se ha sugerido la posibilidad de exigir responsabilidad al abogado que, por negligencia profesional, no siga las indicaciones realizadas por el tribunal de acuerdo con el artículo 429.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, esto resulta bastante difícil, puesto que puede suceder que el abogado no haya ampliado su proposición de pruebas porque considere que las planteadas sean suficientes o porque las sugeridas por el órgano jurisdiccional, en su caso, no son las adecuadas para probar los hechos controvertidos. En todo caso, dicha responsabilidad podría plantearse en el supuesto de que el abogado haya provocado un vacío absoluto probatorio.

⁷⁹ En primer lugar, que su finalidad sea el esclarecimiento de los hechos alegados con carácter previo por las partes procesales y que éstas hayan propuesto pruebas que, por causas ajenas a su voluntad, no hayan logrado el resultado esperado. Con estas palabras, Mercedes Fernández López, se refiere con exclusividad a las diligencias finales previstas en el apartado segundo, ya que las expresadas en el apartado primero del artículo 435 LEC, además de ser diligencias que exclusivamente pueden adoptarse a instancia de parte, no tienen como finalidad hacer frente a situaciones de insuficiencia probatoria. Por el contrario, a través de ellas se permite a las partes procesales solventar los problemas derivados de lo que se conoce como *crisis o incidentes probatorios*, según ASENSIO MELLADO, motivados por la imposibilidad de practicar determinados medios de prueba propuestos en tiempo y forma por las partes intervinientes o por la aparición de hechos nuevos o de nueva noticia.

Las diligencias finales recogidas en el art. 435.2 LEC⁸⁰ constituyen claramente un ejemplo de la importancia que suponía para el legislador ordinario el establecimiento de instituciones orientadas a solventar con éxito las situaciones de insuficiencia probatoria que condujeran a la estricta aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba y, en consecuencia, dirigidas a obtener certeza sobre aquellos hechos que resulten dudosos.

Por tanto, cabe destacar dos características principales de las diligencias finales del art. 435.2 LEC, que son una reminiscencia de las diligencias de mejor proveer⁸¹: por un lado, la complementariedad y, por otro lado, la excepcionalidad.

Por lo que respecta al carácter complementario, se dice que es así porque para su adopción (diligencias finales) es necesario que, al menos, una de las partes procesales, haya llevado a cabo, esto es, practicado o, en su caso, propuesto, aquellos medios de prueba pertinentes u oportunos. De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, se dice que son excepcionales por cuanto el juez solo estaría autorizado a ordenar de oficio la práctica de diligencias probatorias cuando de las pruebas ya practicadas a instancia de parte no pueda vislumbrarse con certeza la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos relevantes para la resolución del asunto⁸².

De conformidad con las notas esenciales de estas diligencias finales, la influencia de las mismas sobre el principio de aportación de parte, recogido y reconocido en el art.

⁸⁰ Cabe mencionar que si bien los artículos reguladores de las diligencias finales se encuentran entre las disposiciones relativas al juicio ordinario, no existen obstáculos que impidan entender que también pueden tener aplicación (aunque en este más limitado) en el juicio verbal, pues en la regulación de éste, en materia probatoria, se produce una remisión genérica al juicio ordinario. En este sentido, el autor CARBONELL TABENI aduce otras adicionales a favor de la operatividad de las diligencias finales en el juicio verbal: a) no se oponen a la naturaleza del juicio verbal; b) lo contrario sería convertir a los órganos de segunda instancia, de facto, en órganos de primera instancia, puesto que sería prácticamente inevitable la admisión de pruebas del artículo 460.2.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, aquellas que por cualquier causa no imputable al solicitante, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales; c) tradicionalmente, en el juicio de cognición o juicio de inferior cuantía era usual la práctica de diligencias para mejor proveer y d) La Ley de Enjuiciamiento civil no lo prohíbe expresamente.

⁸¹ Son el antecedente legislativo inmediato de las diligencias finales del apartado segundo del artículo 435 LEC y, fueron objeto de múltiples comentarios y, sobre todo, de importantes críticas, precisamente por incidir directamente sobre el principio de aportación de parte, puesto que mientras las diligencias finales sólo se acuerdan a instancia de parte y, de forma muy excepcional, de oficio, las diligencias para mejor proveer se acordaban exclusivamente de oficio. Lo problemático en relación con las diligencias de mejor proveer era el momento en que podían practicarse, que, a juicio de la doctrina mayoritaria, era del todo inadecuado por cuanto en la fase de decisión las partes procesales ya habían realizado sus respectivas actividades probatorias.

⁸² Sobra decir que no merece ser olvidada la siguiente apreciación: el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla distintas modalidades de diligencias finales, siendo la regla general su adopción a instancia de parte y sólo con carácter excepcional, su práctica de oficio. Aquí nos referimos exclusivamente a esta segunda posibilidad (de oficio), puesto que es la que incide más directamente sobre la iniciativa probatoria de las partes procesales intervinientes en el proceso.

216 LEC, es visiblemente limitada, fundamentalmente, porque la carga probatoria de las afirmaciones sobre los hechos que las partes procesales han incorporado al proceso le corresponde a estas.

En cuanto a los límites de estas, se refieren, prácticamente en su totalidad, a la introducción de oficio de hechos en el proceso. Así pues, en el campo de los límites de las diligencias finales está fuertemente vigente el principio de aportación de parte, en virtud del cual, el juez o magistrado tiene la obligación de resolver las cuestiones planteadas pero sólo con arreglo al material fáctico y probatorio introducido por las partes procesales.

Tras el estudio realizado a cerca de tales actuaciones, podemos afirmar que las diligencias finales contenidas en el art. 453.2 LEC se constituyen como un instrumento tendente a soslayar que el juez o magistrado dicte una resolución sobre el fondo del asunto sin ni si quiera haber tenido la certeza sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos alegadas por partes procesales. Situación tal que lleva a la aplicación de la regla de juicio, contenida en el apartado 1º del art. 217 LEC.

Por tanto, la aplicación de la regla de juicio a través del expediente formal se configura como última posibilidad para aquellos casos problemáticos en los que, una vez practicadas, incluso, las diligencias finales, y tras culminar la fase probatoria, los hechos objeto de debate continúan siendo inciertos a ojos del juez o magistrado.

A este respecto se ha pronunciado DÍAZ CABIALE⁸³, en relación con el carácter complementario que adquieren las diligencias finales.

En cuanto a su regulación vigente es común observar cierta reticencia hacia esta modalidad de iniciativa probatoria, es decir, iniciativa probatoria de oficio. Sin embargo, autores como PICO Y JUNOY⁸⁴, se muestran contrarios a esta apreciación.

⁸³ Para este autor, el carácter complementario que la doctrina ha atribuido tradicionalmente a las diligencias para mejor proveer no puede ser justificado si se tiene en cuenta que las facultades probatorias del juez en el proceso civil se configuran como un elemento distorsionador que quiebra el binomio aportación de parte-carga de la prueba. Se trata de una figura que no encaja, no tiene cabida, en un proceso de corte liberal como es el nuestro, siendo la voluntad de hacerla compatible con él la que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a dotarle de un carácter complementario que, en realidad, no posee.

⁸⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. “La prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”. En *La Ley*, nº 3, 1999, pág. 1827. Según este autor, en realidad, la única finalidad que el juez ha de tener presente es la de dictar una resolución lo más acertada posible, lo que, en ocasiones, determina la necesidad de acudir a este tipo de diligencias. Sin embargo, podemos no obstante, observar esta reticencia o desconfianza (no defendida por PICO Y JUNOY) en el mismo artículo 435.2. II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que el juez, en el auto que en su momento dicte, exponga con exactitud y detalle las circunstancias y motivos que le han llevado a acordar las diligencias finales.

4.6.3. La prueba de oficio en los procesos no dispositivos

Para comenzar debemos hacer una breve alusión a la principal diferencia entre un proceso dispositivo, que es aquel informado por el principio dispositivo, y, un proceso no dispositivo, tal como capacidad, filiación, matrimonio y menores (donde se vislumbra cierto interés público), donde el legislador restringe con severidad la eficacia de los principios de aportación de parte y dispositivo.

En el caso de los procesos presididos por el principio dispositivo, el legislador hace una vaga labor de conceder minúsculas facultades al juez o magistrado en materia probatoria, mientras que, por el contrario, la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de los procesos no dispositivos, otorga al órgano jurisdiccional civil importantísimas facultades probatorias.

De todo ello se desprende, desde el punto de vista de la carga de la prueba, una serie de decisiones sumamente importantes. En primer lugar, en lo que a los hechos se refiere, se permite, a través de las alegaciones efectuadas por las partes procesales que los hechos se incorporen al proceso con el requisito de que pueda mantenerse una discusión sobre los mismos, y, en segundo lugar, en cuanto a la prueba, del mismo modo, se permite que el juez o magistrado, acuerde *de officio iudicis* cuanta prueba como considere necesaria e, incluso, por mandato legis, se practiquen concretas diligencias probatorias.

Nos encontramos, en definitiva, ante un amplio otorgamiento de facultades y poderes al juez o magistrado, no sólo desde la perspectiva de la aportación de los hechos⁸⁵, sino también desde la óptica probatoria.

Junto con otras especialidades, con lo dispuesto a continuación, se concreta una de las excepciones legales a las que alude el art. 282 LEC, el precepto 752 LEC, en su apartado 1.º párrafo II⁸⁶.

⁸⁵ Conviene aquí matizar que se ha subrayado por la doctrina que el precepto no autoriza la introducción de oficio de hechos fundamentales, sino que permite atender a los hechos introducidos a partir de la práctica de la prueba, así como a los hechos nuevos.

⁸⁶ Este artículo señala claramente que sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes. Del mismo modo, frente a lo que sucede en los procesos dispositivos, todos los hechos tienen la naturaleza de controvertidos, por lo que la admisión de los mismos por la parte contraria no surte los efectos que provoca en éstos.

En este sentido, cabe señalar de forma positiva el pronunciamiento que la doctrina ha manifestado al respecto sobre este tipo de procedimientos⁸⁷. Si bien en ellos no existe la carga de la prueba formal, debido a que como consecuencia del principio de investigación oficial, el principio de aportación se ha visto sensiblemente aminorado.

Ahora bien, en los procesos no dispositivos configurados por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el órgano jurisdiccional no adquiere el monopolio de la aportación de pruebas, sino que son las propias partes procesales las que mantienen la posibilidad de practicar determinadas pruebas y el juez o magistrado, en virtud del art. 752 LEC, ostenta la facultad de ejercitarlas o no.

Al margen de las mencionadas posibilidades de prueba de oficio, también debemos tener presente ciertas intervenciones concretas que se imponen al juez o magistrado, tal y como prevén los arts. 759 y 761.3 LEC, constituyendo, ambos preceptos, la traslación procesal del art. 208 CC, artículo actualmente derogado, relativos a los procesos sobre capacidad civil de las personas, para oír a los parientes más próximos al afectado, examinar a éste y acordar dictámenes periciales; de oficio.

4.7. La dimensión material de la carga de la prueba

En primer lugar, y, antes de adentrarnos de forma exhaustiva en la óptica material de la carga de la prueba, no debemos olvidar la enorme relevancia que, a tal efecto, tiene el principio de adquisición procesal⁸⁸ en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, parte de la doctrina germánica⁸⁹ ha realizado una diferenciación entre la carga de prueba formal y material.

⁸⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 160 y ss. En particular, sobre la eficacia probatoria de la negativa a someterse a la prueba biológica para determinar la filiación. Este supuesto, en el cual se presentan las siguientes circunstancias: la fuente de prueba se halla en poder de la parte contraria a la que tiene que probar el hecho y, en consecuencia, que a ésta se le provoque una situación de indefensión, conduce a la aplicación del principio de disponibilidad, pero el caso por antonomasia es el de la práctica de la prueba biológica y, en concreto, el de las consecuencias que han de derivarse de la negativa injustificada a someterse a ella en los procesos de filiación.

⁸⁸ La paternidad de esta expresión, como ya dijimos en su momento, se atribuye a CHIOVENDA, y este principio supone que una vez aportada la prueba al proceso, sus resultados dejan de pertenecer al sujeto que la ha propuesto, de forma que se valora con independencia de la parte a la que pueda beneficiar o perjudicar su aportación, y, por tanto, esto supone que pueda aprovechar a la parte contraria a la que ha propuesto su práctica.

⁸⁹ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª edición, Ed. Montevideo-Buenos aires, 2002, págs. 34 y 40. Según este autor, el concepto de la carga subjetiva (o formal) de la prueba fue quizá el único concepto conocido y reconocido hasta los trabajos realizados por el austriaco JULIUS GLASER, de 1883, en los cuales, por primera vez, pues no se tienen noticias más atrás del año citado, aparecieron los

Por tanto, la carga de la prueba desde la dimensión formal o subjetiva, quiere decir que la parte a la que, en un determinado procedimiento, le corresponda aportar la prueba sobre un hecho concreto, en caso de no llevarla a cabo, sufriría una serie de consecuencias negativas derivadas de su falta de aportación probatoria y, en consecuencia, sus alegaciones se verían irrefutablemente desestimadas.

Por el contrario, la carga de la prueba, desde un punto de vista material u objetivo, vendría determinada, exclusivamente, por los hechos que deben ser probados en el procedimiento, a fin de que puedan sostenerse las afirmaciones de una u otra parte⁹⁰.

4.7.1. Fundamento

Para comenzar, es preciso determinar la existencia de la carga de la prueba material. Es decir, mientras que la carga de la prueba formal o subjetiva conecta directamente con el principio de aportación de parte, la carga de la prueba material.

Es por ello que la obligación de los ciudadanos de acudir al proceso para resolver los conflictos jurídicos supone, a su vez, la necesidad de que el Estado garantice que jueces y magistrados ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, siempre que se den los presupuestos para ello⁹¹ y evitando así resoluciones que vulneren el *non liquet*.

dos conceptos de la carga material y de la carga formal de la prueba en el sentido en que aquí los tratamos. La exposición más lograda y prestigiosa de esa época, sobre la carga de la prueba, lleva en su título las palabras características y desde entonces muchas veces repetidas: “Sobre la obligación de suministrar la prueba en el proceso civil”, de ADOLPH WEBBER. En cambio, la carga de la certeza prescinde de toda actividad de las partes iniciada con el fin de hacer constar los hechos discutidos.

⁹⁰ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad médico-sanitaria*. Artículo nº 165, Barcelona, 2003. En cuanto a esta teoría, hace referencia a la distinción, que se elabora en la doctrina anglosajona, entre carga de la producción y carga de la persuasión, que, sin embargo, según subraya, se trata de una dualidad de conceptos que no se elabora con nitidez en los ordenamientos jurídicos continentales salvo el alemán, en el que sí se acoge la distinción entre carga objetiva de la prueba (carga de la persuasión) y carga subjetiva de la prueba (carga de la producción), por lo que puede decirse que incorpora la teoría expuesta, atribuible, como anteriormente mencionamos a ROSENBERG.

⁹¹ La principal diferencia entre una sentencia absolutoria en la instancia o procesal, provocada por la falta de presupuestos necesarios para el enjuiciamiento, y una sentencia de non liquet, provocada por la ausencia de convencimiento o insuficiencia de pruebas acerca de cómo sucedieron los hechos, aparece reflejada claramente en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mientras lo primero (sentencia absoluta en la instancia) es una excepción justificada a la obligación judicial de resolver sobre el fondo del asunto, la segunda está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, que se aparta de ese modo de la tradición romana clásica, en la que la insuficiencia de pruebas permitía que la cuestión quedase imprejuzgada.

Esta obligación judicial anteriormente citada encuentra su regulación en los arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ y 218.1 LEC⁹². Todos ellos comparten la siguiente idea: la obligatoriedad de la potestad jurisdiccional, cuya principal finalidad es la resolución satisfactoria de las pretensiones alegadas por las partes procesales ante los órganos jurisdiccionales competentes.

No obstante, en caso de incumplimiento de esta obligación judicial, se desprenden una serie de consecuencias o sanciones previstas en la propia LOPJ. De modo que, el incumplimiento de esta obligación se encuentra sancionado de diversos modos de acuerdo con el art. 16 LOPJ:

-Responsabilidad civil: en virtud de los arts.411 a 413 LOPJ, se podrá exigir al juez o magistrado que se negase a resolver una indemnización por daños y perjuicios.

-Responsabilidad penal: a tenor de lo previsto en el artículo 448 CP, se podrá castigar al juez o magistrado por la comisión de un delito de denegación de justicia, siempre que su actuación sea dolosa, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

-Responsabilidad disciplinaria: según el artículo 417.9 LOPJ⁹³, el juez o magistrado podrá ser sancionado por la comisión de una falta muy grave de desatención de procesos.

4.7.2. Aplicación ante el supuesto de hecho incierto

En este supuesto, en el momento en el que el juez valora las pruebas que han sido aportadas al proceso por las partes procesales puede llegar a alguna de las siguientes decisiones: o bien, verificar que los hechos realmente existieron o, por el contrario, considerar su inexistencia.

En estos casos, cuando el juzgador tiene total certeza tanto de la existencia como de la inexistencia de los hechos, no tiene importancia la carga de la prueba material⁹⁴,

⁹² De la misma manera cabe entender que esta obligación judicial deriva de una lectura *a sensu contrario* de los artículos 36 y 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los cuales se indican los únicos casos en los que, por falta de competencia internacional, los tribunales civiles pueden dejar de conocer de un asunto.

⁹³ Estas dos últimas sanciones sólo podrán imponerse de forma simultánea si se observan los requisitos previstos en el artículo 415 LOPJ, es decir, cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido, pues en caso contrario se produciría una infracción del principio non bis in ídem.

⁹⁴ Según la STS nº 665/2005, de 21 de septiembre, F.J. 3º, (RJ 2005\6739).

pues directamente va a dictar una resolución en forma de sentencia sobre lo obtenido al valorar las pruebas, ni tampoco delimitar quién probó tales hechos.

Concretamente, respecto de su eficacia en relación con la actividad probatoria, el Tribunal Supremo ha señalado que “sólo cuando el órgano jurisdiccional, en términos que puedan establecerse concretamente, ante las dudas que sugieren unos determinados hechos para tenerlos por probados, atribuyó las consecuencias negativas de la falta de prueba a quien no tenía la carga de soportarla, cabe entender la impugnación; no cuando, como ocurre en el presente caso, la prueba se consigue, mediante el principio de adquisición procesal, conforme a la valoración motivada de toda la practicada”⁹⁵.

Sin embargo, también es común que el juez o magistrado entienda que la existencia o, en su caso, inexistencia de los hechos discutidos no ha quedado suficientemente demostrada, y, ello debido, a que las partes procesales no han incorporado pruebas a tal fin o incorporadas las pruebas, éstas son insuficientes⁹⁶ para demostrar su existencia.

En el segundo supuesto en el que las pruebas aportadas al procedimiento por las partes procesales son insuficientes, en que se justifica la necesidad de resolver sobre el fondo del asunto conduce a la obligatoriedad en la fijación de unos criterios que orienten al juez en la dirección correcta a la hora de dictar la sentencia. Así pues, existe una regla de juicio (paralela a la regla de juicio en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente deberá rechazar aquellas pretensiones alegadas que no se ajusten a Derecho) que impone al juez o magistrado la obligación de impugnar las pretensiones alegadas por las partes cuyos hechos no han quedado debidamente acreditados.

Por su parte, la situación de hecho incierto es, pues, la condición de aplicación de la regla de juicio fáctica. En efecto, las reglas sobre la carga de la prueba nos dan la

⁹⁵ Según la STS nº 544/2005, de 27 de junio, F.J. 1º, (RJ 2005\9689). En este sentido, entiende el recurrente que no se ha respetado el principio de inversión de la carga de la prueba, pues es a los demandados a quienes correspondía probar haber obrado con la diligencia requerida y la prudencia necesaria para prevenir el evento dañoso que se produjo, alternándose así el *onus probandi*.

⁹⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Fundamentos de prueba judicial civil. Ley 1/2000*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 166-167. Algunos autores, como MUÑOZ SABATÉ, consideran que sólo la situación de duda justifica la aplicación de la regla de juicio. Señala este autor que en los supuestos en los que no se ha aportado prueba alguna sería de aplicación el principio según el cual *iuxta allegata et probata, iudex iudicare debet*, de modo que lo que no ha sido probado, no existe. En cualquier caso, la consecuencia que se deriva de ambos supuestos en la práctica es la misma (a efectos de resolver, el hecho es inexistente), por lo que los dos casos han de recibir el mismo tratamiento. De hecho, el propio autor señala que “hoy en día el hecho no probado y el hecho insuficientemente probado son lo mismo”.

solución a la situación de hecho incierto, pero no nos informan, sin embargo, acerca de cuándo cabe considerar que un hecho es incierto⁹⁷.

Sin ofrecer una explicación minuciosa, de manera sucinta, es importante diferenciar dos tipos⁹⁸ de prueba que, ocasionalmente, se utilizan en el sistema español⁹⁹. Por un lado, el de la prueba más allá de toda duda razonable y el de la prueba preponderante o prevaleciente¹⁰⁰.

Así pues, mientras que el primer tipo de prueba es el utilizado por el juez o magistrado para dictar una sentencia condenatoria, el segundo estándar de prueba es el típico del orden jurisdiccional civil, pues los jueces o magistrados exigen un inferior nivel de prueba respecto del proceso penal a la hora de declarar probado un hecho.

Finalmente, y, con el fin de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, en aquellos supuestos en los que el juez o magistrado no pueda alcanzar cierto nivel de convencimiento acerca de la existencia o inexistencia del hecho, estaremos ante una situación de hecho incierto en la que, y, por aplicación de la regla de juicio, la decisión final no estaría “contra las cuerdas” amparada en el arbitrio judicial.

4.8. La dimensión formal de la carga de la prueba

Partiendo de la diferenciación que, en la dimensión material de la carga de la prueba efectuamos, afirmamos que la carga de la prueba es una de las exhibiciones más importantes del estándar de las cargas procesales¹⁰¹ existente en el proceso civil español.

En primer lugar, por ende, debemos señalar la distinción que se ha llevado a cabo de los aspectos más característicos del término carga de la prueba, con la finalidad de

⁹⁷ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la ley de Enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 258.

⁹⁸ Existe un tercer nivel de prueba, denominado prueba clara y convincente, exigido en algunos supuestos puntuales, tal es el caso, por ejemplo, para la prueba de la negligencia profesional o del fraude.

⁹⁹ Tal y como ha señalado DE PAUL VELASCO, se trata de una idea implícita en el razonamiento de los jueces españoles, que alcanzan sus decisiones tomando como referencia estos dos tipos o estándares.

¹⁰⁰ A grandes rasgos, la probabilidad preponderante o prevaleciente consiste en que, tras la prueba de un hecho, su existencia ha de aparecer a los ojos de juez como más probable que su inexistencia. O, como señala TARUFFO, implica que ha de referirse la hipótesis de hecho que cuente con un grado de probabilidad más elevado respecto del resto, siempre que se produzca un grado mínimo de confirmación de la misma. En el caso de que solamente exista una hipótesis, la regla se concreta en la necesidad de acoger dicha hipótesis si su existencia es más probable que su inexistencia o de rechazarla si, por el contrario, es más probable su inexistencia que su existencia.

¹⁰¹ La relevancia conceptual de la figura de la carga como mecanismo explicativo de multitud de normas jurídicas condujo a la doctrina civilista a extender su configuración al ámbito del Derecho Privado, dejando, pues, de ser una categoría exclusivamente procesal.

delimitar por un lado, un carácter formal y, por otro lado, un carácter material, actividad que condujo a algunos a dotar a dicha diferenciación de una gran importancia práctica, de modo que es controvertido o discutible decir que la carga subjetiva o formal de la prueba está presente en los procedimientos sometidos por el principio inquisitivo.

En esta misma dirección, el autor ROSENBERG¹⁰², afirma que en estos procedimientos sometidos al principio inquisitivo, con carácter único, existe la regla de juicio, y, en consecuencia, no puede subsistir con claridad la carga de la prueba, desde la dimensión de aportación de parte¹⁰³. Sin embargo, y, en relación con este supuesto, también se han pronunciado al respecto LLUCH Y PICÓ I JUNOY¹⁰⁴.

Ahora bien, en cuanto al problema que plantea la cuestión relativa a qué debe ser probado, SENTÍS MELENDO¹⁰⁵ ha afirmado “que si bien no puede hablarse de la existencia de una carga para la parte, en el momento en que el acto de ésta deja de ser necesario, para la consecución del fin que la subyace, resulta, sin embargo, difícil, determinar cuándo deja de existir esa necesidad”.

¹⁰² ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba...* ob. cit., págs. 45-61. Según este autor, el dominio de la máxima inquisitiva no impide absolutamente la existencia y la eficacia de las normas sobre la carga de la prueba; pues también en un procedimiento así estructurado puede ocurrir que un hecho importante no se compruebe como verdadero. Por consiguiente, el juez necesita también aquí alguna indicación sobre la manera cómo debe decidir. Es cierto que esta opinión encuentra una fuerte oposición, inclusive por parte de autores que han hecho suyo el concepto de la carga objetiva de la prueba.

¹⁰³ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba...* ob. cit., pág. 47. Este autor cita a Wach, que, según afirma, sostiene que no existe una carga de la prueba allí donde predomina o impera la máxima oficial o el principio inquisitivo. Sin embargo, a continuación, el propio ROSENBERG efectúa una reinterpretación de las posiciones de Wach, para terminar concluyendo que, en realidad, dicho autor, se aproxima a los planteamientos del propio ROSENBERG, ya que, cuando hace esa mención, se está refiriendo, de manera exclusiva, a la carga subjetiva o formal de la prueba, según la interpretación hecha por ROSENBERG.

¹⁰⁴ LLUCH ABEL, Xavier/PICÓ Y JUNOY, Joan. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. J.M. Bosch Procesal, Barcelona, 2007, pág. 137. Para estos autores, para poder aplicar la regla del juicio, el órgano jurisdiccional va a tener que determinar a quién correspondería la prueba de una determinada alegación, a fin de que pueda ser estimada en el proceso, con el objeto de imputar las consecuencias negativas de su falta de prueba a la parte que corresponda.

¹⁰⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La carga de la prueba. Teoría y práctica del proceso*. Vol. III. Ed. EJE, Buenos Aires, 1959, pág. 107. Según este autor, en la medida en que entiende que el concepto de carga se encuentra presidido por la idea de libertad, hace referencia a que no cabría entender que existe una carga en los casos en que el acto de la parte dejase de ser necesario para la consecución del fin. Respecto a esta última cuestión, este autor, llega a la conclusión, de que la carga de la parte terminará precisamente allí donde comienza el deber del juez.

En este mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ¹⁰⁶ utiliza la distinción, efectuada por el autor GOLDSCHMIDT¹⁰⁷, entre cargas perfectas y menos perfectas, para afirmar que en los procedimientos, ya explicados anteriormente, en los que es posible la iniciativa probatoria de oficio, desde una dimensión subjetiva o formal, podría llegarse a la conclusión exclusivamente de la no existencia de la carga de la prueba, en el supuesto de que el tribunal fuese el sujeto obligado a aportar al proceso la prueba, al tener éste el monopolio de la misma.

No obstante, y, para concluir, esta distinción también se emplea por MICHELI¹⁰⁸, al analizar el significado de los poderes instructores del juez para una construcción de la doctrina de la carga de la prueba y también al detenerse en el examen de la estructura del proceso penal y su influencia sobre la cuestión de la decisión, momento en el cual hace referencia a que “GOLDSCHMIDT define la carga de la prueba en lo penal como “menos perfecta”, en cuanto la actividad de parte puede ser integrada por la actividad instructora del juez”.

4.8.1. El artículo 429.1. II de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su relación con la carga de la prueba

A modo de síntesis, desde la perspectiva de la carga de la prueba y, con el ánimo de indagar en una disposición normativa¹⁰⁹, previamente, es necesario poner de relieve la extrema dificultad existente para determinar el modo en el que operan las normas referentes a la apreciación de la carga de la prueba, como enclave para resolver un concreto litigio.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 55. En este sentido, la diferencia fundamental entre las cargas perfectas e imperfectas reside en que, mientras en el caso de las cargas perfectas las consecuencias del no ejercicio están perfectamente delimitadas y concretadas, en el caso de las cargas imperfectas, las consecuencias se muestran como previsibles o probables, pero no se derivan necesariamente del no ejercicio de la carga, puesto que existen otros mecanismos que permiten suplir la inactividad de la parte o, en su caso, completar una actividad insuficiente.

¹⁰⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso. I. Teoría general del proceso*. 2ª Edición. Ed. EJEA, Buenos Aires, 1961, págs. 109-110. GOLDSCHMIDT distingue entre cargas perfectas, que supone que se deje a la parte, a la que se grava con ella, su cumplimiento, de manera exclusiva, como única forma de alcanzar el fin a cuyo logro se supedita su ejercicio, y cargas menos perfectas o imperfectas, tal y como se conocen en la actualidad, cuando su ejercicio supone un medio para llegar a este fin, que, sin embargo, puede alcanzarse por otras vías.

¹⁰⁸ MICHELI, Giovanni. *La carga de la prueba*. (Traducción: SENTÍS MELENDO, Santiago) Ed. EJEA, Buenos Aires, 1961, págs. 63-75.

¹⁰⁹ Artículo 429.1. II LEC.

Así pues, las reglas o los criterios que, en este tipo de procedimientos, deben aplicarse, en relación a determinar a qué parte procesal desfavorece o perjudica la falta de ánimo probatorio, son, en multitud de ocasiones, borrosos, y, al mismo tiempo, este problema está relacionado a la inexorable necesidad de sugerir o señalar, por parte del órgano jurisdiccional competente, cuál es la parte procesal que, en su momento, podría verse perjudicada por dicho vacío probatorio así como cuáles son los medios de prueba oportunos para su acreditación.

A continuación, y, ubicándonos en la actual vigente LEC¹¹⁰, el art. 217, en sus tres primeros apartados¹¹¹, aguarda la regla general de la carga de la prueba, una vez que en el mismo se ha hecho alusión a la carga de la prueba de los hechos en el procedimiento.

Aunque no podemos, por falta de tiempo, aunar con profundidad en el estudio de la problemática de la regulación de la carga de la prueba, la cuestión se presenta especialmente problemática, vinculada al principio de seguridad jurídica (en este caso, ligado a la inseguridad jurídica), en la medida en que surge en un campo de excesiva trascendencia práctica, pues las reglas de la carga de la prueba actúan una vez efectuada la valoración probatoria.

De ahí la importancia que adquiere el art. 429.1.II LEC, ya que, con carácter previo al dictado de la sentencia, permite conocer el sentido de la resolución judicial, clarificando a qué parte procesal, desde una perspectiva judicial, corresponde la actividad probatoria de un concreto hecho controvertido.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. ob. cit., pág. 104. En primer lugar, según esta autora, se debe destacar que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha realizado una unificación normativa del régimen legal de la prueba, en el texto normativo, que es objeto de elogio por la doctrina, en la medida en que permite superar las disputas existentes en cuanto a la naturaleza de estas normas, que se habían visto fomentadas por el hecho de que su ubicación se realizase en diferentes textos legales.

¹¹¹ 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

En este sentido, la doctrina¹¹² ha apuntado como mecanismo correccional el previsto en el art. 429 LEC, configurándose como un instrumento que permita determinar, de forma anticipada, cuál será el criterio a seguir por el órgano jurisdiccional, a la hora de limitar la obligación probatoria de cada una de las partes procesales, y, en su caso, las posibles consecuencias derivadas de su falta de actividad probatoria¹¹³.

Por tanto, y, tras la aplicación de esta regla, el juez o tribunal no incorpora al procedimiento ningún efecto probatorio, limitándose únicamente a indicar los siguientes aspectos:

-La insuficiencia probatoria que vislumbra en el procedimiento por parte de la parte procesal a que incumbe la actividad probatoria

-Al litigante que, en su caso, pueda verse afectado por la circunstancia anterior (insuficiencia probatoria).

-El medio probatorio que se considera lícito o idóneo para cubrir la no existencia de prueba.

Y, como consecuencia de todo lo anterior, y, por aplicación de este precepto, el tribunal que ostenta la potestad jurisdiccional, en ningún caso, podrá traer al procedimiento¹¹⁴ la prueba.

Ahora bien, que esto sea así, no significa que la única finalidad del precepto sea la citada anteriormente, en la medida que su aplicación no se limita, exclusivamente, a la

¹¹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. ob. cit., pág. 148. Según esta autora, sería conveniente que, en los casos en los que el órgano jurisdiccional aprecia una posible insuficiencia de prueba, haga uso de las facultades previstas en el art. 429.1.II LEC y, advierta a la parte a la que vaya a perjudicar la carencia de pruebas de cuáles serán las consecuencias de su falta de colaboración, evitando así futuros recursos contra la sentencia.

¹¹³ En este sentido, el autor Marcelo López Mesa, hace un análisis de la aplicación de la doctrina, en la jurisprudencia argentina y española, de las cargas probatorias dinámicas, y tras examinar su virtualidad, llega a la conclusión de que debe ser examinada con reservas, en los foros en que no existe una audiencia preliminar, en la medida en que la parte que se ve perjudicada por su aplicación, toma conocimiento de la aplicación de esta regla, en el momento mismo de la sentencia y no con carácter previo, lo que puede perjudicar, como ya dijimos, la seguridad jurídica. De ahí que abogue por la audiencia previa, en los ordenamientos en que existe, como el momento idóneo para que el juez indique a las partes lo que se espera de ellas en el procedimiento probatorio y para que defina las posibles consecuencias de la falta de colaboración en la fijación de los hechos controvertidos.

¹¹⁴ Según la magistrada del Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, Yolanda Ríos López, “*la función directa del juez en la determinación de la certeza de los hechos*”. Se trata ésta, de la tesis mayoritaria de la doctrina, sin perjuicio de que hayan surgido posicionamientos concretos, que hayan admitido la posibilidad de que, por esta vía, pueda el juez acordar prueba de oficio.

existencia de conjeturas o hipótesis en que puedan existir dudas sobre la flexibilidad de la carga de la prueba.

Finalmente y, desde la perspectiva del art. 429.1.II LEC, puede decirse que la finalidad de este precepto, no es solo garantizar la debida estimación de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, sino que persigue evadir o limitar su campo de aplicación. De modo, que por más que esta actividad se realice sin perjudicar o afectar al principio de aportación de parte¹¹⁵, al obligar al afectado a la corrección de su prevista pericia probatoria, bajo las afirmaciones del juzgador¹¹⁶.

4.8.2. Los mecanismos de intervención judicial en la práctica de la prueba, y las diligencias finales, desde la perspectiva de la carga de la prueba

En primer lugar y, por lo que se refiere a las cuestiones fundamentales que subyacen en este epígrafe, debemos clasificar, por un lado, el análisis de las potestades judiciales a la hora de intervenir en la práctica de las diligencias probatorias que hayan sido admitidas previamente, y, por otro lado, las diligencias finales.

Así, a ABEL LLUCH¹¹⁷, el hecho de mantener una amplia noción de iniciativa probatoria le permite, a través de tales instrumentos, vislumbrar una efímera manifestación de la iniciativa probatoria de oficio. En sentido contrario, FERNÁNDEZ LÓPEZ¹¹⁸, afirma con rotundidad que, “las facultades de intervención judicial en la práctica de la prueba propuesta a instancia de parte, no conllevan, en realidad iniciativa probatoria alguna”.

Ahora bien, independientemente de la consideración que se siga por el tribunal acerca de lo que debe entenderse por iniciativa probatoria, es común afirmar que la

¹¹⁵ ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Ed. Diario la ley, 2001, págs. 369 y ss. Según este autor, la voluntad, por parte del legislador, por respetar ese principio, se destaca por los autores, al detenerse en la nueva configuración de las diligencias finales, y también se encuentra presente en esta opción legislativa, en la que, no puede decirse que se confiera al juez facultad probatoria de oficio alguna.

¹¹⁶ ABEL LLUCH, Xavier. *Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil. Problemas actuales de la prueba civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 75.

¹¹⁷ ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 361 y ss.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 81. En este sentido, cuando el juez ordena de oficio la práctica de pruebas respectivas, lo que realmente está provocando es el efecto de intentar evitar una aplicación de la regla de juicio. Ciertamente, con ello la regla de juicio se superpone a un segundo plano, de modo tal que sólo se aplicará en el caso de que la prueba practicada a instancia del propio órgano jurisdiccional o la propuesta complementaria por las partes tampoco resulte satisfactoria.

actuación del juez se ha visto incrementada en los últimos años, en relación con los diferentes medios de prueba propuestos por las partes, configurándose de esta manera una nueva posibilidad en indagar en la averiguación de los hechos¹¹⁹, sin que dicha actividad pueda entenderse que conculca el principio de aportación de parte.

A continuación y, en lo referente al segundo aspecto, las diligencias finales, debemos destacar que, en el acto de la decisión por parte del juez o magistrado, cuando éste dispone de todo el material fáctico y probatorio introducido por las partes, el ámbito de sus decisiones judiciales incrementa por la aplicación de la regla de la carga de la prueba, y, en consecuencia, el juez o magistrado ve mermada su capacidad a la hora de subsanar la falta de claridad acerca de los hechos alegados por las partes, debiendo, por ende, dirigirse, a la vía de las diligencias finales¹²⁰.

En cuanto a este aspecto, y, dentro de la argumentación existente al respecto, tendente a la liberalización y socialización del proceso¹²¹, pese a que se ha sostenido que, para el orden civil, prevalece la figura del juez-árbitro¹²², lo cierto es que, se usurpa al juez de tales instrumentos con la única finalidad de evitar que llegue a una conclusión del litigio judicial, conforme a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

Ahora bien, incluso superando los recursos interpretativos¹²³, previamente a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, se ha privado al juez de su instrumento

¹¹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. “La iniciativa probatoria de oficio del juez civil y sus límites”. *Revista del Poder Judicial*. 1998, nº 5, págs. 269 y ss. Nuevamente, resulta conveniente, en este sentido, precisar que, sin embargo, estas facultades encuentran su límite en la posibilidad de traer al procedimiento hechos distintos a los aportados por las partes.

¹²⁰ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la ley de Enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 189. En ese sentido, no deberá perderse de vista que, en la nueva regulación de las diligencias finales, la norma general es que se soliciten a instancia de parte, de tal manera que los supuestos en que se autoriza que puedan practicarse de oficio, se encuentran muy limitados.

¹²¹ MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 123.

¹²² MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ob. cit., pág. 123. En cuanto al modelo procesal de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, este autor ha sostenido que aparece un compromiso entre la concepción liberal, presente en el proyecto, y la concepción autoritaria, de las enmiendas formuladas.

¹²³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 74. En ese sentido, dicha autora realiza una lectura amplia de los preceptos legales, aunque admite “que las diligencias finales se encuentran sometidas a importantes límites, que hacen de ellas unas facultades difícilmente utilizables en la práctica”, a la par que reconoce que esa nota se deriva claramente del tenor literal del artículo 435.2 LEC, esto es, “excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos”.

más eficaz para conseguir dicha finalidad, restringiendo, pues, la posibilidad de adoptar diligencias finales, caracterizadas, entre otras por la aparición de hechos nuevos o de nueva noticia, según el artículo 435 párrafo primero LEC.

CAPÍTULO V. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

5.1. De los hechos constitutivos

En primer lugar y, con carácter previo al estudio de cada uno de los hechos que es necesario probar en el proceso civil, debemos decir que quizás, entre todas las clasificaciones existentes en esta materia, la más dilatada de ellas sea la que distingue entre hechos constitutivos, impeditivos, modificativos, extintivos y excluyentes¹²⁴, distribución que ha sido más comúnmente acogida por la jurisprudencia¹²⁵ y, actualmente, por el legislador en la LEC de 2000.

Por tanto y, por lo que se refiere a los hechos constitutivos, son aquellos que fundamentan fácticamente la pretensión del actor o, en otras palabras, los que constituyen el presupuesto del derecho que reclama¹²⁶. En este sentido, los hechos constitutivos son los que configuran el supuesto fáctico de la norma que corresponde a la parte demandante, pues su aplicación es solicitada por ésta.

5.2. Hechos impeditivos, extintivos y enervatorios

En segundo lugar y, por su parte, los hechos impeditivos son los que, como su denominación indica, impiden o imposibilitan el nacimiento de la relación jurídica o del derecho cuya existencia alega el demandado¹²⁷. Son hechos impeditivos los vicios del consentimiento, la falta de causa, el término, el modo, etc¹²⁸.

¹²⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Ed. Trotta, Madrid, 2002, págs. 159 y ss. Según este autor, todos estos tipos de hechos pueden, a su vez, dividirse, en hecho externos, son aquellos que conforman la conducta materia, y hechos internos o psíquicos, son los relativos al estado mental del sujeto que lleva a cabo la conducta material. Ambos tipos de hechos requieren ser probados, aunque, como puede imaginarse, los hechos internos o psíquicos plantean una problemática especial.

¹²⁵ SSTS nº 404/2003, de 15 de abril de 2003, F.J. 5º, (RJ 2003\3714); nº 120/2003, de 13 de febrero de 2003, F.J. 2º, (RJ 2003\1045), entre muchas otras.

¹²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 5ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 251.

¹²⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 5ª edición, ob. cit., pág. 251. CORTÉS DOMÍNGUEZ los define diciendo que “son la expresión positiva de circunstancias fácticas cuya inexistencia es necesaria para que nazca válidamente el derecho”.

¹²⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios...* ob. cit., pág. 55.

Por ello, la prueba de los hechos impeditivos corresponde a la parte demandada, siendo esta la parte interesada en verificar que, dándose por válidos los hechos constitutivos, éstos no pueden por sí mismos surtir sus efectos.

Por su lado, los hechos extintivos, evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo¹²⁹. Esto significa que, los hechos extintivos no impiden que, la relación jurídica nazca con normalidad pero, alcanzado un momento determinado del proceso hacen que ésta, aun teniendo plena vigencia durante cierto tiempo, deje de producir sus efectos.

Por tanto, y haciendo referencia a los hechos impeditivos, los hechos extintivos igualmente han de ser probados por la parte demandada. Ahora bien, algunos autores, dentro de la categoría de los hechos extintivos, incluyen una especie de subcategoría denominada hechos modificativos, es decir, son aquellos hechos que, sin privar el nacimiento de la relación jurídica o del derecho alegado por la parte demandante, suponen una alteración en las circunstancias de dicha relación, por lo que afectan, de manera sustancial, a los extremos en los que está manifestada la pretensión del actor.

Dichos hechos, al igual que lo que sucede con los hechos extintivos, surgen a posteriori del perfeccionamiento de la relación jurídica. Sin embargo, no la extinguen, pero sí definen la pretensión del actor sobre la base de unos extremos diferentes a los alegados por aquél, de forma que, realmente, podemos considerar que los hechos modificativos son una categoría autónoma e independiente¹³⁰ de los extintivos.

Por ello, su prueba puede corresponder tanto a éste (actor), si se dan las circunstancias que actúan como fundamento de la pretensión alegada por el mismo, como al demandado, si dichas circunstancias actúan como excepciones¹³¹. A continuación,

¹²⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio/HERCÉ QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Ed. Artes Gráficas y ediciones, Madrid, 1975, pág. 219.

¹³⁰ Frente al silencio legislativo existente en nuestro ordenamiento jurídico acerca de los hechos modificativos, el CC italiano se refiere expresamente a ellos en su art. 2697, que reza “quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento. Quien excepciona la ineficacia de tales hechos, o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido, debe probar los hechos en los que se funda la excepción”.

¹³¹ SAP de Madrid nº 647/2004, de 25 de mayo de 2004, F.J. 9º, (JUR 2004\227293). En el caso enjuiciado, el actor reclama una determinada cantidad de dinero como contraprestación por el trabajado realizado y, el demandado alega que, posteriormente a la perfección del contrato, acordaron realizar el pago en especie. En ningún caso, el demandado niega la existencia o nacimiento de la relación jurídica, pero sí una circunstancia que obliga a cambiar los términos del contrato convenido. Es decir, se produjo un cambio en el modo de pago que, a juicio de la Audiencia Provincial, debió probar el demandante (actor) por ser un hecho constitutivo de su pretensión. Esta misma postura también se mantiene a nivel doctrinal (CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio. “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 34, 1993, pág. 188. Este autor señala que quien alega un hecho modificativo de la relación jurídica, tiene la carga de acreditarlo).

debemos referirnos a los llamados hechos excluyentes, que son hechos que en virtud de ciertas normas apoyan un derecho del demandado que le permite oponerse a la pretensión alegada por el actor¹³²; denominados “enervantes”¹³³ según la terminología de la propia LEC.

Algunos autores, haciendo especialmente referencia a esta circunstancia, los denominan contraderechos¹³⁴. El ejemplo por excelencia, según CORTÉS DOMÍNGUEZ, es la prescripción del derecho del actor alegado por el demandado.

En la práctica, la distinción entre hechos impositivos y hechos extintivos, por otro lado, no es tan clara, y la sentencia de la AP de Madrid, anteriormente citada, se ha pronunciado al respecto (SAP Madrid 647/2004, de 25 de mayo, F.J 9º)¹³⁵. En este sentido, también se ha pronunciado, MUÑOZ SABATÉ¹³⁶.

Después de este análisis sistemático de la distribución de la carga de la prueba, es importante advertir del carácter relativo de esta clasificación.

Dos de los primeros autores que pusieron de relieve dicho carácter relativo fueron CHIOVENDA¹³⁷ y GUASP¹³⁸. En síntesis, no es fácil diferenciar todos y cada uno de los

¹³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 5ª edición, ob. cit., pág. 321. Para este autor, estos hechos constituyen “el supuesto de hecho de una contranorma que sustenta un derecho potestativo del demandado a oponerse a la prestación válida, existente y exigida por el actor”.

¹³³ DAMIÁN MORENO, Juan, *Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, pág. 19.

¹³⁴ ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal... 2ª edición*, ob. cit., pág. 200. Los denominados contraderechos también se han denominado excepciones en sentido estricto.

¹³⁵ En primer lugar y, “cuando concurre un hecho impositivo o extintivo la acción que el actor afirma tener no existe, en realidad, bien porque nunca existió, o bien porque ha dejado de existir; por el contrario, cuando concurre un hecho excluyente, la acción que el actor afirma existe realmente y el derecho a la tutela jurídica también, de modo que, si aun concurriendo un hecho excluyente por no haberse ejercitado por el demandante el Juez otorga la tutela pedida, la sentencia que dicte no es injusta”. Y, por otro lado, “los hechos impositivos y extintivos deber ser apreciados de oficio por el Juez cuando su existencia conste en autor y cualquier que sea la parte que los ha introducido en el proceso, rigiendo aquí el principio de adquisición procesal”.

¹³⁶ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos...* ob. cit., pág. 174. Este autor considera que los hechos excluyentes son hechos extintivos cuya especialidad es que sólo pueden ser alegados por el demandado.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Tomo II. Ed. Reus, Madrid, 1977, págs. 268-269. Este autor, por mediación de un ejemplo, dio claridad a este carácter. Es el siguiente: “si el actor afirma que el demandado se ha obligado a darle 100€, y el demandado afirma que lo ha hecho por broma, ¿Quién tendrá la carga de la prueba?, ¿deberá probar el actor únicamente que el demandado se ha obligado, o también que se ha obligado en serio, de verdad?, ¿debe considerarse como un hecho constitutivo del derecho hablar en serio, de verdad, o como hecho impositivo de hablar en broma?”.

¹³⁸ GUASP DELGADO, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Aguilar, Madrid, 1947, pág. 370. Este autor también aludió de forma ejemplificativa a esta idea: “si A pide frente a B la declaración de nulidad de un contrato por falta de consentimiento, A, actor, tendrá que probar dicha falta a pesar de tratarse típicamente de una circunstancia impositiva. Lo mismo ocurre si A pretende que se declare haber

hechos invocados con anterioridad únicamente por la naturaleza de los mismos independientemente del proceso en el que se introduzcan, sino que, la última ratio, se trata de una clasificación que ha de atender a la pretensión alegada por el actor.

CABEZUDO RODRÍGUEZ¹³⁹ entiende que “se trata únicamente de una distinción terminológica, que solo puede establecerse atendiendo a la posición que ocupa el litigante que tiene la carga de alegarlos y probarlos; esto es, cuando dicha carga pese sobre el demandante, se tratará de hechos constitutivos, mientras que cuando sea el demandado el que tenga la carga de probarlos, estaremos ante hechos impeditivos, extintivos o excluyentes”.

Finalmente, y, para concluir, debemos decir de forma sucinta que, aunque la clasificación analizada entre hechos constitutivos, modificativos, impeditivos, extintivos y excluyentes es la más ampliamente acogida por la doctrina y la jurisprudencia moderna, no es la única. En este sentido, se han configurado otras clasificaciones como, la que distingue entre las condiciones o circunstancias generales o comunes y específicas o esenciales¹⁴⁰, por ejemplo.

Así, las condiciones generales son aquellas que, por necesidad, han de existir en todos las relaciones jurídicas para que tengan plena eficacia; mientras que, las condiciones específicas o esenciales serían las que han de concurrir necesariamente en la relación jurídica de que se trata, pues constituyen las notas individualizadoras de la misma¹⁴¹.

5.3. Prueba de los hechos negativos

Finalmente y, por lo que respecta a la prueba de los hechos negativos, resultan inquietantes las siguientes máximas: “*negativa non sunt probanda*” o, lo que es lo mismo, los hechos negativos no hay que probarlos; *incumbit qui dicit, non quit negat*, es decir, la prueba incumbe a quien afirma y no a quien niega.

cumplido una obligación mediante el pago, a pesar de ser el pago una circunstancia típica extintiva. Por tanto, se dirá que, en estos casos, menor edad y pago se convierten en circunstancias constitutivas”.

¹³⁹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”. *Revista del Poder Judicial*. 1998, nº 52, pág. 255.

¹⁴⁰ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*, ob. cit., pág. 267.

¹⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. ob. cit., pág. 269. Este autor ilustra la definición con la siguiente cita: “las condiciones específicas son los que hechos que, según la idea misma, el concepto de un cierto derecho, producen su existencia; las otras circunstancias no derivan automáticamente del concepto de aquel derecho”.

Por tanto, cuando en esta materia nos referimos a la prueba de los hechos negativos, en realidad, estamos aludiendo a los casos en los que el hecho fundamentador de la pretensión de la parte es negativo¹⁴². Ahora bien, cuando nos encontramos con hechos delimitados casualmente, en ese caso, sí es posible efectuar prueba de ellos, pero de forma indirecta a través de una serie de hechos positivos contrarios a los negativos.

Por tanto, y, sin olvidar lo expuesto con anterior, si a la parte, desde una perspectiva objetiva, le resulta imposible demostrar el concreto hecho negativo, en ese caso, estaremos ante un supuesto de dificultades probatorias, supuesto que determinará que las consecuencias de la falta de prueba las deba sufrir la otra parte a la que le era más fácil probar el hecho positivo contrario¹⁴³. En este sentido, también ha manifestado su opinión MUÑOZ SABATÉ¹⁴⁴.

Para concluir, y, como ejemplo de lo anteriormente explicado, debemos señalar una sentencia particular del Tribunal Supremo relativa a la prueba del consentimiento informado¹⁴⁵ en materia de responsabilidad médica¹⁴⁶.

¹⁴² SAP de Valencia nº 372/2005, de 13 de junio de 2005, F.J. 3º, (JUR 2005\198052). De ese carácter es la pretensión ejercitada en el litigio siguiente. En este supuesto, el actor había instado la nulidad del acuerdo adoptado por la junta de propietarios de su comunidad, por no haber sido citado. La Audiencia, asumiendo la jurisprudencia emanada del TS, consideró que “la alegación de la falta de citación implica un hecho negativo, que, al no poder ser probado mediante un hecho positivo del mismo significado, produce el efecto de desplazar el llamado *onus probandi* a la parte que sostiene que la citación ha tenido lugar”. De la misma manera, STS nº 89/2017, de 15 febrero de 2017, F.J. 2º, (RJ 2017\583).

¹⁴³ DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2002, págs. 31 a 37.

¹⁴⁴ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial civil*. ob. cit., pág. 182. Este autor señala al respecto: “cuando al actor le pesa una dificultad objetiva de satisfacer la carga primaria de su afirmación y el demandado, en cambio, se halla en inmejorable situación para rendir la prueba en contra de dicha afirmación, y no la rinde, está desplegando una conducta que, permite sentar la inferencia de que la afirmación del actor es verdadera”.

¹⁴⁵ TSJ Navarra nº 22/2001, de 27 de octubre de 2001, F.J. 3º, (RJ 2002\1079)

¹⁴⁶ STS nº 956/1998, de 16 de octubre de 1998, F.J. 2º, (RJ 1998\7565). El TS viene considerando, desde la citada sentencia, que corresponde al médico probar el consentimiento informado del paciente, ante la dificultad que para este último entrañaría demostrar un hecho negativo como es el no haber sido debidamente informado. También, STS nº 698/2016, de 24 de noviembre de 2016, F.J. 1º, (RJ 2016\5649); STS nº 566/2015, de 23 octubre de 2015, F.J. 2º, (RJ 2015\4901).

CAPÍTULO VI. PRINCIPIOS GENERALES Y SUPUESTOS

EXCEPCIONALES

6.1. Norma y criterio general

Toda la evolución de las ideas descritas con anterioridad ha puesto de relieve que la existencia de una única y extraordinaria regla para distribución de la carga de la prueba no ha sido desarrollada de manera exitosa. Por esta razón, la senda que ha de seguirse debe partir, principalmente, de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, en nuestro derecho positivo configurado por normas de diferente trascendencia.

Por ello, y, en primer lugar, la generalidad de la carga de la prueba radica en los apartados segundo y tercero del art. 217 LEC¹⁴⁷. El art. 1214 del CC, reflejaba la época de su promulgación, el año 1889, teniendo, de forma general, un contenido prácticamente idéntico otros códigos vigentes en el mismo momento histórico¹⁴⁸.

Así pues, una vez que se ha advertido de las insuficiencias de este artículo, al obviar tanto los hechos impositivos como los excluyentes, se llegó a la conclusión de que el artículo no contemplaba una regla general acerca del fenómeno de la carga de la prueba sino, simple y llanamente, un burdo enunciado general. Consecuencia de ello, el Tribunal Supremo, en ocasiones, afirmaba, que la distribución de la carga de la prueba no era inflexible o absoluta¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Artículo que ha venido a sustituir al derogado art. 1214 del CC.

¹⁴⁸ La norma del CC español no era más que una reproducción del artículo 1315 del Código de Napoleón de 1804, en el que se disponía que “el que reclama la ejecución de una obligación debe probar su existencia y, recíprocamente, el que pretenda estar liberado de su cumplimiento debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”. En la misma línea, decía el artículo 1312 del Código Civil italiano de 1865: “quien demanda el cumplimiento de una obligación debe probarla, y quien pretende estar libre de ella debe, por su parte, probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”. Todas estas disposiciones de normas extranjeras, entre muchas otras, ponen de manifiesto, que si las leyes de Enjuiciamiento Civil, tanto de la 1855 como la de 1881, no copiaron otras leyes extranjeras, no sucedió lo mismo con el CC de 1889, en el cual tuvo mucha influencia el CC francés de 1804.

¹⁴⁹ Un ejemplo clásico de la aplicación del viejo y derogado artículo 1214 CC en la STS de 24 de junio de 1974: “El artículo 1214 CC resolvía la carga de la prueba con arreglo a la teoría clásica basándose en un doble principio: el de que al actor incumbe la prueba de los hechos que sean fundamento de su demanda, sea cualquiera la naturaleza positiva o negativa de los mismos, y el de que el demandado que oponga excepciones ha de probar los hechos en que ellas se fundan, y si bien es cierto que la doctrina científica moderna y la jurisprudencia han dado mayor flexibilidad a este concepto precisando su alcance, no se apartan de su concepto legal, en el sentido de atribuir al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de los hechos impositivos, por oponerse a la constitución válida del derecho, y los extintivos”.

A continuación, el art. 217 LEC en su apartado primero hace alusión, como ya hemos explicado en otros epígrafes anteriores, a la carga material de la prueba, mientras que, en sus apartados segundo y tercero alude o configura las reglas de la carga formal de la prueba, realizando la siguiente diferenciación:

Según lo dispuesto en el segundo apartado del citado precepto, se está haciendo referencia a los hechos que, en el supuesto concreto, se enuncian como hechos constitutivos. Del tercer apartado se desprende que, a la parte demandada se le atribuye la carga de probar¹⁵⁰ los hechos que, en el caso concreto, se configuren como hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. Por tanto, al fijar estas reglas como generales también, es necesario hacer referencia a una serie de límites¹⁵¹ cuya naturaleza es constitucional a la aplicación de éstas, referidos a los siguientes extremos.

- A) Con carácter general, no puede exigirse a una de las partes procesales realizar una prueba diabólica o imposible que, provoque indefensión, al no poder acreditar, de manera procesal, sus derechos e intereses legítimos a través del ejercicio de los medios probatorios pertinentes de los que intente valerse para su defensa¹⁵².
- B) Tampoco pueden adoptarse reglas sobre la distribución de la carga de la prueba que conduzcan a situaciones de privilegio o supremacía de alguna de las partes procesales en el momento de la introducción de los hechos al proceso¹⁵³.

6.2. Criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil

En primer lugar y, como consecuencia del reemplazo del defectuoso art. 1214 CC¹⁵⁴, actualmente, la regulación de las reglas sobre la carga de la prueba se recoge en el

¹⁵⁰ STS nº 789/2009, de 11 de diciembre de 2009, F.J. 5º, (RJ 2010\282). Según esta resolución, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba “es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el llamado *onus probandi* según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba”.

¹⁵¹ STC nº 37/2000, de 14 de febrero de 2000, F.J. 3º, (RTC 2000\37).

¹⁵² STC nº 14/1992, de 10 de febrero de 1992, F.J. 2º, (RTC 1992\14).

¹⁵³ STC nº 227/1991, de 28 de noviembre de 1991, F.J. 5º, (RTC 1991\227).

¹⁵⁴ El derogado precepto del CC establecía lo siguiente: “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”.

art. 217 LEC, precepto que, a la luz de su apartado sexto¹⁵⁵, contiene los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria.

Así, y tomando como apoyo legal, por parte del legislador, la doctrina jurisprudencial, y, sin obviar la vigencia del ya derogado art. 1214 CC, el mismo señaló que los criterios reguladores de las reglas sobre la carga de la prueba no eran en absoluto, imperativos, sino que debían adecuarse al caso concreto, en virtud de la naturaleza de los hechos y la facilidad o disponibilidad concreta de cada parte¹⁵⁶.

Ahora bien y, de forma más detallada, procedemos a analizar las teorías de la disponibilidad y facilidad probatoria. Por tanto, y, de forma cautelar, es posible derivarse por la aplicación de la teoría de la disponibilidad y facilidad probatoria cuando, las reglas sobre la carga de la prueba no se muestren imperativas, sino adaptativas al caso concreto, a la luz de, efectivamente, la disponibilidad de cada una de las partes procesales en relación con las diferentes medios de prueba y, la facilidad que acreditan cada una de ellas para demostrar el hecho controvertido con trascendencia procesal a los solos efectos resolutorios del litigio.

En ese sentido, MUÑOZ SABATÉ alude a dichas reglas de facilidad y disponibilidad probatoria, e, indica, que, la relación de proximidad entre el litigante y el concreto medio de prueba se debe al principio de disponibilidad probatoria. Sin embargo, el principio de facilidad tiene un carácter más genérico, ya que obviamente comprende al de disponibilidad¹⁵⁷.

Por otro lado y, por lo que se refiere a la teoría de la “*in re ipsa*” o “*res ipsa loquitur*”, esta máxima significa, según su tenor literal, que los “hechos hablan por sí mismos”. Ello quiere decir que, cuando nos encontramos ante determinadas circunstancias extraordinarias, por el propio devenir humano y como consecuencia del desarrollo de nuestras máximas de experiencia, nos derivan a otros hechos resultado de

¹⁵⁵ Dicho apartado dispone: “las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”.

¹⁵⁶ SAP de Cáceres nº 28/2003, de 14 de enero de 2003, F.J 2º, (JUR 2003\122444).

¹⁵⁷ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial civil. LECiv 1/2000*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 178 y 179. En este sentido se ha pronunciado MUÑOZ SABATÉ, destacando, como supuesto idiosincrásico, en donde el principio de dificultad brilla con luz propia. Es aquél que a veces se da por causa de una negativa genérica del demandado, que si bien técnicamente obliga al actor a probar su afirmación.

aquellos como algo natural, permitiéndonos, de este modo, presuponer, por ejemplo, la existencia de culpa o la realidad del daño¹⁵⁸.

En este sentido, en un supuesto de responsabilidad médica, por colocarnos en un supuesto cotidiano, aplica la citada doctrina en la sentencia más reciente en este asunto, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001\6204)¹⁵⁹.

Igualmente, se aplica dicha regla en la STS de 7 de octubre de 2004 (RJ 2004\6229)¹⁶⁰, en un supuesto en el que la parte demandante, es decir, la parte actora, como consecuencia de un corte por cristales en la palma de su mano derecha y la deficiente atención y cuidado prestado una vez en el complejo hospitalario, reclama una indemnización, pues había sido declarada para su profesión de ATS, en concreto, matrona, inválida permanente.

A continuación y, por aplicación de la misma regla, podemos mencionar la STS de 26 de mayo de 1990 (RJ 1990\4852)¹⁶¹, acerca de la acreditación del daño proveniente

¹⁵⁸ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Cuadernos de probática I y II*. Ed. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999, pág. 222. Esta máxima, según MUÑOZ SABATÉ, goza de una larga tradición en el derecho inglés que se remonta al año 1865, en el caso *Scott vs The London Docks*, en el que al dictar sentencia el juez Erle dijo: “cuando alguna cosa está bajo el cuidado del demandado o de sus criados y ocurre un accidente, siendo éste de tal naturaleza que en el curso normal de los acontecimientos no hubiese tenido que ocurrir, si quienes tenían su manejo lo hubiesen tratado con cuidado, entonces puede o debe presumirse en ausencia de suficiente prueba en contrario, que el accidente fue causado por negligencia del demandado”.

¹⁵⁹ Indica que “ha sido reiterada jurisprudencia de esta Sala estableciendo con carácter general que en el ejercicio de la medicina no puede exigirse al profesional de la misma la obligación de obtener un resultado de recuperación del enfermo porque aquella no es una ciencia de garantía de resultados dado que el riesgo, es un mayor o menor porcentaje, según el caso, no suele ser ajeno siquiera no excluya la presunción de mal uso cuando el resultado producido sea desproporcionado con lo que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar en cuyo caso la desproporción permite la inversión de la carga de la prueba... la desmesura del resultado ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el bien hacen que ha de suponerse como norma desde el título profesional que se le ha otorgado...”.

¹⁶⁰ STS n° 917/2004, de 7 de octubre de 2004, F.J. 7°, (RJ 2004\6229). Dicha resolución señaló que: “en tales supuestos la entidad deberá indemnizar, abstracción hecha de que se hubiese acreditado la culpa de algún profesional sanitario concreto de los que hubiese intervenido en la asistencia al enfermo en aplicación del principio “res ipsa loquitur” pues un evento dañoso de dicha gravedad, con carácter general, no se produce sino por razón de una conducta negligente, según las reglas de la experiencia y del sentido común.

¹⁶¹ STS de 26 de mayo de 1990, F.J. 5°, (RJ 1990\4852). Dicha resolución señaló que: “y de otra parte, también razonó con pleno acierto la pertinente jurisprudencia, que en los casos en que de los hechos demostrados se deduzca necesaria existencia del daño, no es preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente lo han causado, “sin que se excluya la idea de que el incumplimiento constituya, per sé, un perjuicio, un daño, en la economía de la otra parte, sobre todo si se tiene en cuenta que en los casos de incumplimiento contractual no ha de exorbitarse la prueba de los daños cuando los mismos se pueden apreciar como necesariamente derivados de los hechos base del incumplimiento y de la propia naturaleza de la expectativa que se ha visto frustrada”, invocando que hay casos en los que el mero incumplimiento constituye un daño “in re ipsa”.

de la culpa contractual, y no de naturaleza extracontractual. O, en la STS de 12 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5063)¹⁶².

Finalmente, y una vez explicados de forma sucinta los diferentes criterios probatorios de la carga de la prueba, es común afirmar que todo ello no implica su inoperatividad para toda clase de supuestos enjuiciados, sino que a veces constituyen la propia norma decisoria, es decir, aquella a la que el juez debe acudir, a los efectos de determinar contra cuál de los litigantes ha de operar dicha consecuencia judicial sobre un hecho esencial a la hora de dictar la sentencia que resuelve la controversia que constituye el objeto del proceso¹⁶³.

A) El hecho incierto para el supuesto de aplicación del art. 217 LEC

Con carácter previo a la regulación legal de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, el legislador menciona que, en virtud de las reglas recogidas en el art. 217 LEC, puede afirmarse que el carácter de los ya mencionados criterios es accesorio, residual, subsidiario. Todo ello significa que, tales criterios, únicamente resultan aplicables sí, una vez llegada la ocasión de dictar sentencia, el juez o magistrado entiende que los hechos base de las peticiones de las partes procesales son inciertos.

Todo lo anterior deriva de la exactitud literaria del citado art. 217 LEC, apartado primero¹⁶⁴. Así pues, ROSEMBERG, de manera muy intuitiva, señala: “el dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó”¹⁶⁵. Del mismo modo, MONTERO AROCA, también en el momento de dictar sentencia, se ha pronunciado al respecto, de modo que el juez puede observar alguna posibilidad o situación¹⁶⁶ adversa.

¹⁶² STS nº 609/2015, de 12 de noviembre de 2015, FF. JJ. 2º y 3º, (RJ 2015\5063).

¹⁶³ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial civil. LECiv 1/2000*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 175.

¹⁶⁴ Según este artículo: “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión... “.

¹⁶⁵ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. ob. cit., pág. 61.

¹⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Ed. Civitas, 3ª edición, Madrid, 2002, pág. 87. Según el mismo autor, tales situaciones son las siguientes:

1.- El hecho afirmado por la parte existió, en el sentido de que la actividad probatoria desplegada en el proceso ha producido sobre él certeza, en cuyo caso, extraerá la consecuencia jurídica prevista.

2.- El hecho afirmado por la parte no ha existido, en cuyo caso no habrá lugar a aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.

Por tanto, en los supuestos expuestos no existe ninguna discrepancia, de manera que no es necesario acudir a las reglas sobre la carga de la prueba pues el juez ya ha alcanzado la solución al respecto a través de la libre apreciación o valoración de la prueba. En contrapartida, puede suceder que, el juez, tras la valoración de la prueba practicada, entienda que los hechos, afirmados por una parte y, negados por la contraria, no han sido probados, ni positiva ni negativamente.

De modo que, llegados a este punto, el problema radica en que, a pesar de la incertidumbre que recae sobre el juez acerca de la certeza de los hechos, nuestro ordenamiento jurídico le obliga, de manera imperativa, a resolver todo aquello que se le plantea. Es decir, la prohibición del *non liquet*¹⁶⁷, es la fuente, la matriz de las reglas sobre la carga de la prueba y, así se manifiesta MICHELI¹⁶⁸.

En cualquier caso, ASECIO MELLADO ya ha advertido de la excepcional importancia que el mencionado artículo va a alcanzar en el nuevo proceso civil, debido a las efímeras posibilidades que el tribunal tiene de eludir las situaciones de hecho incierto¹⁶⁹.

Y, para concluir, antes de abordar la regulación legal de estos principios, debemos reflexionar respecto de las escasas posibilidades que, en la práctica, existen, para abordar la cuestión de la práctica de la prueba de oficio¹⁷⁰, a excepción de los procesos no dispositivos, en virtud del art. 752.1.II LEC¹⁷¹.

¹⁶⁷ Esta prohibición se encuentra regulada en el art. 1.7 CC: “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

¹⁶⁸ MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, pág. 200. En relación con la prohibición del *non liquet*, MICHELI señala: “su función principal es, precisamente, la de dar al juez un criterio de juicio allí donde dicho juez no está en situación de pronunciarse por no haberse formado una convicción (o una convicción suficiente) para acoger la una o la otra pretensión de las partes”.

¹⁶⁹ ASECIO MELLADO, José María. *Comentario al art. 217, t. III, en Proceso Civil Práctico*. Ed. La Ley, Madrid, 2001, pág. 158.

¹⁷⁰ ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 299-308. Para este autor, la disminución de las facultades del juez en el ámbito de las diligencias finales es patente a partir de su carácter excepcional, de los límites legalmente previstos y de la necesidad de reforzar especialmente su adopción. Así pues, su carácter excepcional se deduce del propio adverbio que encabeza el apartado segundo del art. 435 LEC: “Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte...”. Y, los límites legalmente previstos son cinco: 1º Que la prueba “verse sobre hechos relevantes, oportunamente alegados”; 2º Que las anteriores diligencias de prueba hayan resultado frustradas; 3º Que la frustración en el resultado de la prueba sea independiente “de la voluntad y diligencia de las partes”; 4º Que las circunstancias que impedían la práctica de la prueba hayan desaparecido; 5º Necesidad de que “existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos”.

¹⁷¹ Permite al juez “decretar de oficio cuantas estime oportunas”.

Ahora bien, y en cuanto a la regulación de estos criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, el legislador, con el objeto de promocionar la seguridad jurídica en las resoluciones judiciales, en el art. 217 LEC, ha establecido una serie de reglas para la distribución de la carga de la prueba.

Recientemente, el legislador español ha efectuado tal distribución, a la luz del apartado primero del mencionado artículo¹⁷², tomando como punto de partida de que es a esa parte, ya sea parte demandante o parte demandada, la que goza de una mayor disponibilidad para probar sus afirmaciones de hecho. En consecuencia, la imperatividad y no adecuación de estas reglas al caso concreto, podría provocar, en circunstancias extraordinarias, verdaderas situaciones de indefensión, al encontrarse con evidentes dificultades la parte a quien corresponde la carga de probar las afirmaciones de sus hechos. Por ello, el legislador ha incorporado en el apartado sexto¹⁷³ una nueva regla de juicio, con el objeto de adaptar y flexibilizar las normas reguladoras del, ya explicado, *onus probandi*, permitiendo así la adecuación de las mismas a las especificidades de cada supuesto enjuiciado¹⁷⁴ de modo que, si no se ha pretendido aglutinar todas ellas en el citado precepto¹⁷⁵, tal y como reconoce de forma expresa el legislador, no existe explicación racional para entender el por qué a dicha derogación e inclusión de las mentadas reglas en el art. 217 LEC.

La aplicación de estos principios de facilidad y disponibilidad probatoria produce como consecuencia que la ausencia de prueba de ese hecho no va a perjudicar a aquella

¹⁷² Así, en este apartado, se prescribe al juez, que si al tiempo de dictar sentencia, considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestime las pretensiones del actor o reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. En este sentido, corresponde al actor o demandado reconviniendo la prueba de los hechos constitutivos, mientras que al demandado o acto reconvenido corresponde la de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, eso sí, siempre que una disposición legal expresa no distribuya la carga de la prueba con criterios distintos (apartados 2 a 5 del art. 217).

¹⁷³ Así, dispone este apartado: “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores (cita a pie anterior) el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”.

¹⁷⁴ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de prueba judicial civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 175. Este autor señala que “la dinámica de cada proceso delinea su regla de juicio, lo cual en definitiva conduce a tener que pronunciarse por un ponderado casuismo como único instrumento de definitiva viabilidad, aunque sin renunciar a la exigencia de algunas pautas”.

¹⁷⁵ Como normas relativas a la distribución del llamado *onus probandi*, bien por vía directa o por la de presunciones, podemos mencionar las previstas en los arts. 850 (de la prueba en materia de desheredación), 1183 (de la prueba en el supuesto de pérdida de la cosa debida), entre otros del CC; 5.4 del Reglamento CE nº 261/2004, del Parlamento Europeo por el que se establecen normas comunes sobre la compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de vuelos, que señala que: “la carga de la prueba de haber informado corresponderá al transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo”. (*DOUE* núm. 46, de 17 de febrero de 2004).

parte que tenía la carga de acreditarlo con arreglo a las reglas generales pero que, no tenía la disponibilidad o facilidad para hacerlo. El hecho en cuestión no pasa a formar parte de los elementos fácticos sobre los que la parte contraria ha de asumir la carga de la prueba, sino que lo que se hace es, eliminar el hecho cuya prueba resulta muy difícil para la parte, del elenco de aquellos hechos cuya carga de la prueba corresponde a la misma¹⁷⁶.

Ahora bien, en relación con el ámbito iberoamericano, los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria se han venido denominando cargas dinámicas de la prueba. Ejemplo de ello es el art. 129¹⁷⁷ del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica relativo a la carga de la prueba (1988).

Con esta doctrina de las cargas dinámicas de la prueba propia del mundo iberoamericano, se consigue renunciar a la rigidez característica de nuestro sistema sobre las reglas de la carga de la prueba, teniendo en cuenta los elementos del caso y la situación de las partes procesales. Por tanto, podemos afirmar que la carga de la prueba no depende únicamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba¹⁷⁸.

Finalmente, en la legislación española interna, estos criterios de facilidad y disponibilidad probatoria se contemplan en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁷⁹.

¹⁷⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *La prueba civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 60 y 61.

¹⁷⁷ “Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impositivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba”.

¹⁷⁸ VALLESPÍN PÉREZ, David. “Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español”. *Revista Justicia*. 1999, nº 2, pág. 302. Este autor señala que la construcción teórica de las llamadas cargas dinámicas de la prueba, ha sido objeto de un notable análisis en el ámbito iberoamericano por parte de PEYRANO, para quien cabe concluir: “el esquema del proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad, de tal forma que moderadamente se indica que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa, según corresponda.”

¹⁷⁹ Esta normativa ha venido a derogar la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

B) Alcance y fundamento de estos principios

En primer lugar, el fundamento jurídico de estos criterios lo encontramos, como máximo exponente, en el art. 24.1 CE¹⁸⁰, referente a la prohibición de indefensión. Magnífico modelo de lo dispuesto es la STC 7/1994, de 17 de enero¹⁸¹.

En todo caso, esto supone que los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria son inoperantes si la parte contraria se halla en la misma situación de disponibilidad y facilidad¹⁸².

Por lo que se refiere al alcance de estos criterios, comenzaremos por la facilidad probatoria. Primeramente, la facilidad probatoria supone un criterio más fácil de comprender que la disponibilidad probatoria. Este criterio¹⁸³ trata de dar explicación a esos supuestos en que, si bien la parte procesal podría llevar perfectamente prueba de aquellos hechos que le corresponden, de manera que, en contrapartida, la parte contraria se halla en una posición procesal ventajosa a efectos de aportar la prueba a los autos. El fundamento de este criterio, podríamos decir, que, además de consagrarse en el art. 24.1 CE, se encuentra, también, en el principio de la buena fe procesal.

En consecuencia, el Estado social español se opone a que la sociedad haya de asumir cualquier gasto que favorezca maniobras obstruccionistas o dilatorias¹⁸⁴ en el tiempo. Se trata, pues, en definitiva, de un criterio correctivo, junto al de disponibilidad probatoria, principio de normalidad¹⁸⁵ y, doctrina, ya explicada, de la res ipsa loquitur.

¹⁸⁰ Según el cual: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

¹⁸¹ STC nº 7/1994, de 17 de enero de 1994, F.J. 6º, (RTC 1994\7). Cuando señala: “los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión, contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa, sin que los obstáculos y las dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza”.

¹⁸² MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial civil*. LECiv 1/2000. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 178 y ss.

¹⁸³ STS nº 588/2015, de 10 de noviembre de 2015, FF.JJ. 2º y 3º, (RJ 2015\5159).

¹⁸⁴ ASENCIO MELLADO, José María. *Comentario al art. 217, t. III, en Proceso Civil Práctico*. Ed. La Ley, Madrid, 2001, pág. 169.

¹⁸⁵ STS nº 925/1998, de 13 de octubre de 1998, F.J. 3º, (RJ 1998\8253). Se trata de un supuesto de ruina funcional en el sótano de una comunidad de propietarios. Señala: “quien actúa frente al estado normal de las cosas y de las situaciones de hecho ya producidas y reconocidas como corrientes, debe probar el hecho impediendo de su válida constitución, existencia y producción de efectos normales”.

Por otro lado y, respecto del criterio de disponibilidad probatoria, debemos decir que se trata de otro criterio probatorio que, supone, que, en este caso, la parte contraria es la que dispone de los medios probatorios pertinentes, en el sentido de, aun si la parte tiene igualmente medios probatorios, estos gozan de una menor entidad probatoria respecto de los de la contraparte.

El caso enjuiciado en la citada sentencia tiene como supuesto fáctico un contrato de alquiler de cajas de seguridad celebrado por dos familiares, en concreto, dos hermanos, en el Banco X. Fallecido uno de los dos hermanos, el Banco decidió autorizar a su heredero para sustraer del interior de la caja los objetos en ella depositados, sin la presencia del hermano co-arrendatario del contrato de alquiler. Este último interpuso demanda exigiendo una indemnización por los perjuicios causados, perjuicios que no pudo acreditar en su integridad.

C) Necesidad de evitar abusos en la aplicación de estos principios

En esta materia, el autor SERRA DOMÍNGUEZ¹⁸⁶, instruye de la necesidad de, que en la aplicación de estos criterios correctivos, se actúe con el máximo cuidado posible, pues estos criterios son tendentes de elevados abusos.

Ahora bien, hasta este momento, hemos hablado de las reglas sobre la carga de la prueba como reglas de juicio, cuya finalidad era aportar al juzgador los criterios probatorios pertinentes cuando éste tuviese dudas a la hora de resolver un conflicto judicial¹⁸⁷. Sin embargo, no debemos olvidar que estas reglas probatorias no solo cumplen la función señalada con anterioridad, sino que, además, tienen una función de distribución de los hechos a probar, informando a las partes, en la fase probatoria, de qué hecho ha de probar cada una de ellas con el fin de evitar que la falta de prueba de un hecho le pueda perjudicar¹⁸⁸.

¹⁸⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *De la prueba de las obligaciones*, en: ALBADALEJO VIVERO, Manuel (coord.), *Comentarios al Código Civil, Tomo XVI, Vol. II*. Ed. Edersa, Madrid, 1991, pág. 68. Este autor señala que las reglas legales de la carga de la prueba, dado su carácter general y abstracto, constituyen una garantía de objetividad, lo que no ocurre con las reglas judiciales de la carga de la prueba, que pueden venir influenciadas excesivamente por las características del caso concreto.

¹⁸⁷ STC 6 de marzo de 2013, F.J. 6º, (RJ 2013\5013), obliga a que el Juez, “en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ámbito del juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficia al acusado”.

¹⁸⁸ La EM de la LEC, en su apartado IX, señala: “las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en casa proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico...”.

Por todo ello, estos criterios de facilidad y disponibilidad probatoria se configuran como un instrumento de carácter extraordinario, cuya interpretación ha de ser restrictiva y, en todo caso, dirigida, como su propio fundamento jurídico recoge, a evitar situaciones de indefensión o de escasa posibilidad probatoria (art. 24.1 CE). Como consecuencia, en cualquier caso, no debemos obviar la posibilidad que ofrece la LEC, en su art. 433.2, a las partes procesales, para que, una vez practicadas las pruebas propuestas, puedan éstas, en sus conclusiones, alegar lo que entiendan de las reglas de la carga de la prueba acerca de los hechos que permanezcan dudosos. Por tanto, la LEC ofrece a las partes procesales la posibilidad de informar al tribunal, no solo de las valoraciones referentes a los hechos que, éstas, entiendan que han quedado dudosos sino, también, poner de relieve su situación de indisponibilidad o dificultad probatoria, a la luz del art. 217 LEC.

Per sé, estas manifestaciones no vinculan en modo alguno al juez, sin perjuicio de que pueden ayudar a ilustrarle sobre la posición que cada una de las partes ocupa respecto de la prueba de un hecho¹⁸⁹.

6.3. Supuestos excepcionales

A) Modificación de la carga de la prueba

A modo de introducción, son múltiples y de diferente alcance las modificaciones que puede sufrir la carga de la prueba. En efecto, todas las alteraciones o modificaciones que pueden llegar a incidir en la distribución de la carga de la prueba, con exclusión de la regla general prevista en el art. 217.2 y 217.3 LEC, obedecen a la exigencia de hacer prevalecer los criterios anteriormente explicados respecto de la firmeza que singulariza a estas reglas.

Estos criterios invocados en el párrafo anterior son la manifestación más exclusiva de un principio que resulta aplicable a esta materia y, con carácter general, son, los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, en virtud de los cuales es necesario evaluar las distintas posiciones que ocupa cada una de las partes respecto de los hechos necesitados de prueba, de modo que no recaiga sobre una parte litigante la carga de probar

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. “La carga de la prueba y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista la Ley*. 2001, n°5362, pág.1865.

un hecho que, dada su posición respecto a él le sea imposible o, cuando menos, muy difícil de acreditar¹⁹⁰.

El Tribunal Supremo no se ha mostrado extraño a esta nueva dimensión del estudio del fenómeno del reparto de la carga de la prueba ya que, tal y como muestran muchas de sus resoluciones más modernas, a pesar de mantener el viejo criterio de distinción entre categorías de hechos, entiende que los criterios en esta materia no deben configurarse como criterios rígidos, ajenos al caso concreto a enjuiciar.

A continuación, y tal y como explicaremos en los epígrafes venideros, en virtud del principio de facilidad probatoria, la distribución de la carga de la prueba puede verse modificada por medio de diferentes instrumentos, ya sean legales, judiciales, o, convencionales. Así pues, las modificaciones que la carga de la prueba puede sufrir son de diferentes tipos. Por un lado, puede producirse una alteración en el *thema probandi* que, a su vez, ocasione una exoneración parcial de la carga de la prueba, y, por otro lado, los mecanismos legales, judiciales y convencionales pueden trasladar de una a otra parte procesal la carga de la prueba de un hecho concreto, es decir, pueden provocar una exoneración total de la carga de la prueba.

Por tanto, y, con carácter general, no puede cargarse al actor con la prueba de la inexistencia de los hechos que impiden, extinguen o excluyen la relación jurídica que aduce como base de su pretensión. Por ello, se dice que la prueba de todos estos extremos descritos haría prácticamente imposible que cualquier pretensión fuera estimada, pues la experiencia indica que su prueba la resulta más fácil al demandado¹⁹¹.

En definitiva, como se ha puesto de relieve en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo de investigación, es prácticamente imposible determinar, con carácter previo, el carácter de un hecho, es decir, constitutivo, impeditivo, etc. CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁹² se opone a este pensamiento, mediante la aplicación del mecanismo convencional.

¹⁹⁰ GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil. Crítica a una jurisprudencia equivocada”. *Revista la Ley*. 1999, nº 4947, pág. 3.

¹⁹¹ DE LA OLIVA, Andrés / FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel. *Lecciones de Derecho Procesal*, Vol. II. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, pág. 239.

¹⁹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Algunos aspectos...* ob. cit., pág. 624. Este autor señala que “en conclusión, las partes lo único que hacen es dar entrada a un proceso de etiquetación de los hechos de la relación sustancial; etiquetación que es distinta a la legal. Así, puede suceder que un hecho que era impeditivo del demandado, con el pacto pase a ser constitutivo del actor (eso sí, en sentido negativo)”.

B) Exoneración de la carga de la prueba

Como ya invocamos en el epígrafe anterior: modificación de la carga de la prueba, la exoneración probatoria es un supuesto excepcional de la carga de la prueba. De modo que ambos fenómenos tienen una relación muy estrecha.

Las modificaciones que puede sufrir la carga de la prueba conducen a dos tipos de exoneración, parcial y total. Por tanto, mientras la exoneración parcial consiste en una variación procesal probatoria, al producirse una alteración en el *thema probandi*, de modo que la variación se produce en los hechos que deben ser probados, tal y como sucede en las presunciones *iuris tantum*; la exoneración total implica una exhortación completa de probar los hechos invocados de acuerdo con las reglas generales relativas a la distribución de la carga de la prueba cuya consecuencia es, que la contraparte, deberá probar el hecho contrario¹⁹³.

En efecto, la exoneración de la carga de la prueba se da en aquellos supuestos en los que una de las partes está exenta de probar los hechos que, como ya es sabido, conforme a la regla general, le correspondería probar para obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.

a) Para los casos de competencia desleal y publicidad ilícita

En estos casos, de inversión legal directa, el legislador apunta qué hechos debe demostrar una de las partes procesales para que su alegada pretensión pueda verse estimada, técnica que se realiza diferente respecto de la aplicación del art. 217.2 y 217.3 LEC.

Este mismo procedimiento ha sido empleado también en la actual LEC, y así se ha puesto de relieve en el apartado cuatro del ya mencionado artículo¹⁹⁴, configurando una regla especial sobre la carga de la prueba relativa a la competencia desleal y sobre la publicidad ilícita, en virtud del cual, “el demandante no está obligado a probar los hechos constitutivos o de la competencia desleal, mientras que el demandado sí conserva la carga

¹⁹³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. ob. cit., pág. 117 y ss. Según esta autora, este último efecto puede producirse a través de diferentes instrumentos: mediante el establecimiento de reglas en los textos legales que realizan una distribución especial de la carga de la prueba en supuestos específicos (de modo directo o por medio de presunciones); mediante la aplicación de los principios o criterios de facilidad o disponibilidad probatoria en el momento de dictar sentencia; a través de pactos alcanzados por las partes de una relación jurídica con repercusión sobre la carga de la prueba.

¹⁹⁴ La disposición derogatoria única de la LEC dejó sin efecto el art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal y el art. 29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, precedentes inmediatos de este precepto que, en buena técnica legislativa, se debería haber incardinado en dichas leyes. (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988).

de probar que las actividades realizadas no constituyen competencia desleal ya que en caso contrario la sentencia será condenatoria”.

En cuanto a las cuestiones más relevantes en este asunto, en primer lugar, debe ponerse el acento en la ubicación de esta regla especial, pues, pese a su particularidad, se encuentra incluida dentro de un precepto que, a su vez, intenta crear con carácter general una regla sobre la carga de la prueba¹⁹⁵.

No obstante, MUÑOZ SABATÉ, considera que de esta regla tan particular puede extraerse o derivarse un principio general aplicable cuando el objeto del proceso sea declarar la falsedad de determinadas manifestaciones vertidas extrajudicialmente por el demandado y que tienen una específica trascendencia jurídica desde el punto de vista del Derecho sustantivo. Así, la máxima de experiencia subyacente a esta regla es que quien sostiene determinada calificación, estado o atributo se encuentra generalmente en mejores condiciones para demostrar su veracidad que su oponente para negarlos; máxima denominada *incumbit probatorio qui affirmat*¹⁹⁶.

En definitiva, la regla específica explicada respecto de la competencia desleal y sobre la publicidad ilícita, más que una regla extraída del propio art. 217.4 LEC, es el resultado derivado de la regla general prevista en el art. 217.2 y 217.3, con diversas aplicaciones.

b) Carga de la prueba por omisión de información al paciente¹⁹⁷

En primer lugar, el derecho a ser informado o, lo que es lo mismo, el deber del médico de informar al paciente, se convierte en necesaria concreción del derecho de respeto a la integridad física y psíquica, derecho derivado, a su vez, de principios constitucionales¹⁹⁸.

¹⁹⁵ LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”. *Actualidad jurídica Aranzadi*. 2001, n° 48, pág. 5. Tal y como señala este autor, su ubicación es ciertamente desacertada.

¹⁹⁶ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos...* ob. cit., págs. 176-177. No obstante, aunque en determinados casos se aplique esta regla específica, el aforismo latino mencionado no se corresponde con ella, puesto que éste se refiere a quien afirma dentro del proceso, es decir, a las afirmaciones alegadas por cada una de las partes, mientras que la regla enunciada por este autor, impone la carga de la prueba a quien, extrajudicialmente, realiza determinadas declaraciones que, con posterioridad, son impugnadas en juicio.

¹⁹⁷ STS n° 948/2011, de 16 de enero de 2011, F.J. 3º, (RJ 2011\1784).

¹⁹⁸ Arts. 4, 18.1, 10, entre otros, de la CE, afectantes a la protección de los datos relativos a la salud de las personas.

Esta materia goza de su propia normativa reguladora, Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹⁹⁹, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en virtud de la cual, podemos extraer dos principios fundamentales: el derecho de todo paciente a ser informado y la exigencia del consentimiento que debe prestar tras haber recibido dicha información²⁰⁰.

En este punto, y, debido a las crecientes intervenciones quirúrgicas cuya finalidad, no era, en absoluto, curativa o asistencial, sino voluntaria o satisfactiva, el legislador entiende que en este último tipo de medicina, el paciente requiere de una información mayor, exigente. En último extremo, el paciente ha de ser informado²⁰¹, sea cual fuere el sentido de la intervención.

A continuación, y de manera muy sucinta, debemos manifestar que la naturaleza del contrato que vincula al médico con el paciente es una obligación de medios²⁰² y no de resultados, puesto que el profesional debe procurar la salud del enfermo mediante el uso de los medios idóneos de que disponga para ello, pero sin considerar la curación como un resultado innegable y de obligado cumplimiento²⁰³.

Respecto de la contextualización de la obligación de medios, se ha pronunciado LOBATO GÓMEZ²⁰⁴. Y, por lo que respecta, a la carga de la prueba de la información, en este sentido, se plantean una serie de interrogantes²⁰⁵.

¹⁹⁹ La finalidad de esta Ley es la adaptación de nuestro Derecho interno al Derecho europeo y, concretamente, al contenido del Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000, conocido como Convenio de Oviedo. (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).

²⁰⁰ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 13 y ss. Se regula, por tanto, una información autónoma o información terapéutica y una información como requisito del consentimiento en su fase de adhesión al tratamiento prescrito o consentimiento informado.

²⁰¹ Art. 4 de la Ley 41/2002, cuando establece que: “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley”.

²⁰² SAP Zaragoza nº 574/2015, de 29 de diciembre de 2015, F.J. 9º, (AC 2016\62).

²⁰³ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Ed. Edilex, Madrid, 1985, pág. 60.

²⁰⁴ LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. “Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado”. *Anuario de Derecho Civil*. 1992, nº 2, págs. 651 y ss. Según este autor, se entiende por obligación de medios aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor, dirigida a proporcionar la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar.

²⁰⁵ BLANCO PÉREZ RUBIO, Lourdes. *La carga de la prueba...* ob. cit., pág. 75. Sobre esta cuestión, ¿a quién corresponde probar el cumplimiento del deber de información en la relación médico-paciente?, ¿será el médico por hallarse en una posición más ventajosa, o será el paciente?

En primer lugar, la principal consecuencia derivada de la carga de la prueba que conlleva, la ya citada, obligación de medios del profesional, significa, simplemente, la obligación del paciente de aportar todo aquel material que, llegado el caso, en materia probatoria, resulte de utilidad para demostrar la falta de información, y, en contrapartida, pueda acreditar que el incumplimiento del deber de información es imputable al facultativo.

Es interesante señalar que, en esta materia, los tribunales norteamericanos emplean la ya explicada regla, *res ipsa loquitur*²⁰⁶, es decir, las cosas hablan por sí mismas, para acreditar la negligencia médica respecto de la falta de información.

Finalmente, acerca de la inversión de la carga de la prueba, es unánime la doctrina y la jurisprudencia, al entender que los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria no pueden aplicarse como regla general, es decir, tales criterios deben adecuarse al caso concreto.

En definitiva, se habla del fenómeno de inversión de la carga de la prueba cuando tiene lugar la modificación de las reglas de distribución impuestas por la ley. Esto es, en esta materia existen unos principios generales, ya comentados, el de facilidad y disponibilidad probatoria, en virtud de los cuales, se precisa evaluar las distintas posiciones que ocupa cada una de las partes respecto de los hechos necesitados de prueba, de manera que no recaiga sobre una parte litigante la carga de probar un hecho que, le sea imposible o muy difícil de acreditar²⁰⁷.

**c) Carga de la prueba en materia de no discriminación en razón del sexo²⁰⁸:
art. 217.5 de la LEC**

En primer lugar, el llamado Derecho antidiscriminatorio, goza de una fuerte naturaleza transversal, ya que se configura tanto desde una perspectiva de Derecho

²⁰⁶ Esta regla se aplicó por vez primera en el año 1963, en el caso inglés *Byrne vs. Boadle*, en el que el demandante había sido golpeado en la cabeza por un barril de harina que había caído por la ventana de un almacén mientras pasaba por allí. En la resolución, el Tribunal invocó dicha doctrina y sostuvo que, en ausencia de negligencia no caen barriles de harina de las ventanas.

²⁰⁷ CORBELLA DUCH, Josep. *Manual de derecho sanitario*. Ed. S.A. ATELIER LIBROS, Barcelona, 2006, págs. 75-85. Con un criterio distinto al que tienen parte de la doctrina y la jurisprudencia, sostiene que en el ámbito sanitario no opera la inversión de la carga de la prueba. Según este autor, no le corresponde al profesional sanitario demostrar que actuó con toda la diligencia debida y exigible, sino que es el paciente (demandante) quien tiene la carga procesal de demostrar la culpa, el actuar negligente o imprudente del que derivan los daños.

²⁰⁸ STC nº 31/2014, de 24 de febrero de 2014, F.J. 3º, (RTC 2014\31).

privado, como desde una perspectiva de Derecho público; denominación cuyo origen se remonta al término norteamericano Antidiscrimination Law²⁰⁹.

El concepto de discriminación que vamos a emplear a lo largo de este breve análisis consiste en adherir a determinadas personas o colectividades un trato discriminatorio, en el sentido de inferioridad, aludiendo a una determinada cualidad de las mismas, ya sea la raza, la edad, el sexo, la religión, la discapacidad, etc. Implica, por tanto, una connotación negativa²¹⁰, y, en todo caso, contrario a Derecho.

Por otra parte, debemos destacar la íntima relación entre el Derecho antidiscriminatorio y la protección de las minorías, aludiendo, principalmente, a la protección del derecho fundamental del libre desarrollo a la personalidad de cada individuo, tal y como reza el art. 10 CE. En cuanto a su regulación, a través de la incorporación del art. 217.5 LEC, se llevó a cabo la transposición en nuestro Derecho interno de la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/202/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales.

La literalidad de este precepto no permite, sin embargo, ninguna interpretación arbitraria ni favorable a la mínima onerosidad de imponer al actor una cierta carga, sino que parece absolver al actor de cualquier esfuerzo de acreditación, siendo suficiente, con tan solo acreditar aquellos hechos que induzcan a una conducta antidiscriminatoria del demandado²¹¹.

Por tanto, y, como consecuencia de la interpretación tan ajustada de dicho precepto, el corolario es evidentemente ilícito e indeseable. Es decir, a pesar de que las directivas europeas se limitan a establecer una serie de mínimos, los cuales han de ser

²⁰⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Ed. Marcial Pons, 2011, Madrid, pág. 15. La adaptación entre la terminología utilizada en casi todos los países europeos pone de manifiesto de modo inequívoco el origen norteamericano de la expresión: Diritto Antidiscriminatorio, Droit Antidiscriminatoire, etc.

²¹⁰ Art. 6 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, define discriminación directa en razón del sexo como “la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”. (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

²¹¹ PÉREZ GIL, Julio. *Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la ley de igualdad*. Ed. Universitat de València, Madrid, 2008, pág. 5. Este autor también ha reparado y valorado, de forma negativa, la referida ausencia de alusión a la prueba de indicios sobre la discriminación, a diferencia de lo que disponen las anteriores reglas probatorias. En concreto, el autor critica la tesis “parcelación de la tutela antidiscriminatoria” según la cual, mientras en el orden social se mantendría la traslación de la carga de la prueba probatoria condicionada a la aportación de indicios por el demandante, en la jurisdicción civil y contenciosa se habría incorporado una regla de inversión total y automática.

respetados por todos y cada una de los Estados partes, nuestro legislador va un paso más allá, y, permite imponer al actor (demandante) una mínima actividad probatoria.

En el ámbito social, la jurisprudencia ha venido ordenando años atrás la necesidad de efectuar una prueba indiciaria de la naturaleza discriminatoria del despido, para que, en ese caso, pueda producirse una alteración de la carga probatoria²¹². Por tanto, y, observando las especificidades descritas, el art. 217. 5º LEC, dispone, literalmente, “que la referida inversión de la carga de la prueba tendrá lugar de acuerdo con las leyes procesales”. Por tanto, la posibilidad aquí prevista de la inversión de la carga de la prueba, debe entenderse mimetizada con todas las leyes procesales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que la realización de un acto discriminatorio sólo podría existir cuando así lo permitiese el ordenamiento²¹³.

De modo que, la alteración de la carga probatoria, tal y como está prevista en el art. 217.5 LEC, no podría pretender aumentar el papel de la mujer en el ámbito jurídico laboral pero, tampoco, compensar en cierto modo, las discriminaciones que pudieran darse.

Ahora bien, en relación con la presencia femenina anteriormente citada, las llamadas acciones positivas²¹⁴ suelen tender a que, introduciendo un cierto trato desigual en ámbitos concretos de la vida social, se logre, con el tiempo, una mayor presencia o representación del colectivo femenino en dicho ámbitos²¹⁵, en los que actualmente está

²¹² STC nº 49/2003, de 17 de marzo de 2003, F.J. 4º, (RTC 2003\49). Afirmaba que “cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal ha reiterado en otras ocasiones, que atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”.

²¹³ PÉREZ GIL, Julio. *Probar la discriminación...* ob. cit., pág. 2. Así, este autor, señala que un adecuado entendimiento de los principios de disponibilidad y facilidad probatorias, a los cuales sin duda habrá que acudir a pesar de todo para integrar las parcas previsiones de la ley, hubiera podido ser otra de las fórmulas para incorporar medidas de lucha contra la discriminación.

²¹⁴ Art 11. Anteproyecto de la Ley Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación define como medidas de acción positiva “las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social.” Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo, los objetivos que persigan y los plazos para su consecución.

²¹⁵ Art. 14.6 LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece que “la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres emigrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viuda y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva”; art. 43, cuando

escasamente presente o posee una influencia desproporcionadamente baja respecto del colectivo de varones.

Un ejemplo de lo dispuesto con anterioridad, sería exigir un determinado volumen de mujeres en las listas electorales, de modo que su presencia conduzca a un aumento de la gestión pública, esforzándose y preocupándose en esta materia, puesto que, históricamente, el colectivo varón presidía, mayoritariamente, respecto de las mujeres. En este sentido puede afirmarse que la medida, sin embargo, parece nacer con una vocación de temporalidad y aspirar a quedar superada y a expirar cuando la realidad social cambie²¹⁶.

d) La inversión legal

En primer lugar, no sería justo cuestionar que en nuestro ordenamiento jurídico no existen normas relativas a la carga de la prueba que prevén una distribución diferente a la establecida en el art. 217.2 y 217.3 LEC, pues son numerosas las existentes en esta materia. Sin embargo, hay ciertos autores, como CORTÉS DOMÍNGUEZ²¹⁷, que entienden que no es posible una modalidad de inversión de la carga de la prueba cuando su origen sea legal. Así lo pone de manifiesto este autor en reiteradas ocasiones.

Ahora bien, el art. 850 CC²¹⁸ actúa de dos formas diferentes: Por un lado, puede entenderse que se produce una inversión de la regla general del art. 217.2 LEC, pues la ausencia de causa²¹⁹ alguna de desheredación supone un hecho constitutivo de la pretensión del propio desheredado, de modo que, según el artículo mentado, corresponde a éste acreditarlo. Por tanto, al corresponder a los beneficiarios de la desheredación la

dispone que “de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y a la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

²¹⁶ Art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuando se refiere a las acciones positivas (o, discriminación positiva o inversa), señala que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de trato entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas”.

²¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, nº 2-3, pág. 446. Este autor afirma que la inversión de la carga de la prueba es la especificación de la misma “de manera diversa a la legal”, concretando a continuación que “parece que no cabe más modificación de una norma que la de aquella que viene del exterior; aquélla proveniente de los sujetos particulares, o aquella que venga impuesta por la práctica judicial. La modificación de la norma proveniente del legislador es sustitución”.

²¹⁸ Según este art. CC: “la prueba de ser cierta la causa de desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”.

²¹⁹ Arts. 756 (1º, 2º, 3º, 5º, 6º), 853, 854, 855 CC.

prueba de la causa que ha provocado la misma, los afines de la verdadera existencia de la inversión de la carga de la prueba entienden que nos encontramos ante un claro ejemplo de inversión, y, por el contrario, los que rehúsan del origen legal de la inversión, dirán que, precisamente, es una simple regla legal excluyente de la regla general prevista en el art. 217.2 LEC, y, consecuentemente, no implica, para ellos, ningún tipo de inversión.

En definitiva, se considere como fuere dicho fenómeno, inversión o sustitución (en palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ) de la regla prevista en el artículo citado, el efecto que tratan de alcanzar estas reglas legales es el de eludir la aplicación de la regla general y, al mismo tiempo, llevar a cabo una distribución diferente de la carga de la prueba.

Así pues, en esta dirección se ha manifestado LÓPEZ FRAGOSO²²⁰, señalando con claridad que “la regla especial consiste en que el demandante no debe probar el hecho constitutivo del derecho pretendido, mientras que al demandado se le grava con la carga de la prueba de la negación de los hechos constitutivos del derecho del actor, lo que constituye claramente una regla especial sobre distribución de la carga de la prueba entre las partes”.

De modo que, podemos decir, que el problema entre una u otra acepción de inversión, se reduce en su totalidad a una cuestión meramente nominal.

Ahora bien, lo dispuesto con anterioridad no debe conducirnos a pensar que todas las reglas especiales existentes en esta materia puede invertir la regla general; en contrapartida, es común encontrarnos con normas²²¹ que únicamente se dedican a delimitar la regla del art. 217 LEC.

De este modo, encontramos numerosos ejemplos de disposiciones relativos a la inversión de la carga de la prueba en supuestos específicos, y, concretamente, en la propia LEC, el art. 217.5, en la redacción de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²²², entre otros que a continuación detallaremos.

²²⁰ LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”. ob. cit., pág. 4.

²²¹ Es el caso del art. 1900 CC, que señala que “el demandante tiene que probar la entrega de la cosa (el hecho constitutivo de la pretensión) y al demandado le corresponde, por su parte, probar que el pago era debido (el hecho impeditivo). Ello no supone, por tanto, modificación alguna de la regla recogida en el art. 217 LEC.

²²² ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011. Según este autor, esta norma es claramente imperfecta desde una perspectiva técnica. La norma lo que quiere decir es que siempre que el actor haya afirmado y probado hechos desde

Antes de explicar tales ejemplos, SERRA DOMÍNGUEZ²²³, ha intentado realizar una distinción en virtud de la cual el legislador efectúa la inversión de la carga de la prueba de dos formas contrapuestas.

A continuación, y, en lo referente a la inversión legal directa, existe un tipo de normas que indican, directa y expresamente, el modo de distribuir la carga de la prueba cuando nos encontramos ante una determinada relación jurídica²²⁴. Sin embargo, este primer tipo de normas²²⁵ no siempre están dirigidas a producir una inversión de la carga de la prueba. Por otro lado, algunas de estas reglas sobre la carga de la prueba sí son tendentes a fijar una distribución especial, en cuyo caso, hablamos del fenómeno de inversión legal de la carga de la prueba.

Tal sería el caso de ciertos arts., ubicados en el CC²²⁶, pues es un texto normativo sustantivo. Y, junto al CC, existen otros textos legales²²⁷ que del mismo modo contienen reglas de inversión directa de la carga de la prueba.

los que pudiera entenderse, por lo menos indiciariamente, que ha existido trato discriminatorio, corresponde al demandado probar que en esos hechos no son discriminatorios, lo que es cosa muy diferente.

²²³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *De la prueba de las obligaciones...* ob. cit., págs. 52-53. En primer lugar, de modo directo, este autor realiza una clarificadora distinción, a través de normas dirigidas a invertir de manera expresa la carga de la prueba, y, en segundo lugar, de modo indirecto, por medio del establecimiento de presunciones y de las llamadas presunciones aparentes o verdades interinas que, producen igualmente el efecto de invertir la carga de la prueba, aunque con diferente alcance.

²²⁴ Especial referencia se debe hacer al novísimo art. 283 bis LEC referente a la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Es un régimen legal especial sobre la carga de la prueba. Es muy complejo, una “obligación procesal” similar, en parte, a las diligencias preliminares.

²²⁵ Ejemplo de estas normas es, entre otros, el art. 16 párrafo 2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, en la que se establece que el asegurador no podrá reclamar indemnización por daños cuando, a pesar de que se le haya comunicado el siniestro en el plazo previsto, se pruebe que tuvo conocimiento de él por otros medios. (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980).

²²⁶ Art. 686 párrafo 2º, relativo a la forma de los testamentos; art. 861 párrafo 2º, en materia de Derecho testamentario, art. 1900, relativo al cobro de lo indebido. Todos estos preceptos citados distribuyen la carga de la prueba de forma peculiar.

²²⁷ Art. 38 párrafo 2º de la Ley del contrato de seguro, antes citada, que establece que, en caso de siniestro, corresponde al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos que han sufrido el daño; art. 58 de la Ley 17/2001, de 7 diciembre, de Marcas, que señala, sobre la base del principio de facilidad probatoria, que cuando se interponga una acción de caducidad por falta de uso de la marca, corresponde a su titular (el demandado) probar que ésta ha sido usada o que, en su caso, existen causas justificadas en el no uso. (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001); art. 18.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual, ante la solicitud de que se declare el concurso, el deudor podrá oponerse alegando la inexistencia del hecho en el que hecho se basa la solicitud o bien que, aun existiendo tal hecho, no se encuentra en estado de insolvencia. (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003).

e) **Creando falsas presunciones**²²⁸

Echando la vista atrás, ya nos hemos referido de forma sucinta a la inversión de la carga de la prueba de un modo indirecto, esto es, mediante el empleo de presunciones que encubren una distribución especial²²⁹.

Por tanto, según el Tribunal Supremo²³⁰, las presunciones son reglas de la carga de la prueba en sí mismas consideradas, por lo que no debería hablarse de ellas en términos complementarios de las verdaderas reglas de la carga de la prueba.

También, MONTERO AROCA, señala que “las presunciones, en el momento actual, pueden definirse como un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado (hecho indicio), se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo lógico existente entre los dos hechos”²³¹.

En este sentido se ha manifestado, nuevamente, SERRA DOMÍNGUEZ, al señalar que “las denominadas falsas presunciones, verdades interinas o presunciones aparentes tienen como finalidad atribuir la carga de la prueba de un determinado hecho a una de las partes²³². Sin embargo, para este autor, “las presunciones en sentido estricto no producirían efecto alguno sobre la carga de la prueba pues, mientras esta última se aplica cuando los hechos han quedado inciertos, la presunción entraría en juego en la fase de fijación de los hechos, de modo que si éstos han quedado probados, no tiene sentido hablar de la carga de la prueba”.

Ahora bien, en cuanto a los efectos derivados de la carga de la prueba, debemos delimitar, a priori, las clases de presunciones existentes. En primer lugar, podemos decir que el fundamento de la existencia de las presunciones obedece al principio de facilidad probatoria. En efecto, y aunque no siempre se produce una exoneración total de la carga de la prueba, las presunciones suponen, al menos, y, en virtud del art. 385.1 LEC, una

²²⁸ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Ed. Comares, Granada, 2007.

²²⁹ FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 41 y ss. Según esta autora, la presunción es uno de los mecanismos de fijación de hechos en el proceso, y consiste en considerar probado un hecho a partir de la prueba de otro hecho gracias a la existencia entre ambos de una relación tal que nos permite que, probado el segundo, ha de considerarse probado el primero. Esta caracterización se entiende referida tanto a las presunciones iuris et de iure como a las presunciones iuris tantum.

²³⁰ STS de 15 de junio de 1988, F.J. 3º, (RJ 1988\4931).

²³¹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. ob. cit., pág. 128.

²³² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios...* ob. cit., págs. 52 y ss.

clara facilitación de la prueba, puesto que la parte a la que beneficia la presunción tendrá que acreditar un hecho cuya prueba es claramente más fácil que la del hecho que tendría que demostrar si no existiese dicha presunción.

En lo referente a las clases de presunciones, primeramente, nos encontramos con las llamadas presunciones en sentido estricto, compuestas por tres elementos fundamentales: el hecho base o indicio, el hecho presunto o presumido y la relación o nexo causal entre éstos²³³.

En relación al hecho base o indicio, debe tenerse en cuenta que opera o rige una limitación llevada a la práctica por la jurisprudencia. Es decir, se entiende que no es admisible la presunción basada en otra presunción, ello quiere decir el aforismo latino *praesumptio de praesumptionis non admittitur*²³⁴.

Por ello, por medio del uso de máximas de experiencia, el legislador establece un nexo de unión en virtud del cual un hecho cuya prueba es difícil de efectuar se entiende, de un modo indirecto, acreditado, mediante la prueba del llamado hecho base, ya que, según la aplicación de tales máximas de experiencia, existe una relación causal entre uno y otro hecho²³⁵. Así, el nexo lógico, dentro del mismo, guarda el fundamento de la propia presunción.

De nuevo, el CC²³⁶ es uno de los principales textos normativos que nos aporta un mayor número de ejemplos acerca de este tipo de normas. Estas presunciones son, con carácter general, presunciones *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario.

Una vez analizados los efectos que produce la distribución de la carga de la prueba en las presunciones *iuris tantum*, un efecto diferente producen las presunciones *iuris et de iure*, es decir, no admiten prueba en contrario.

²³³ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 7ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, pág. 318. Según este autor, se exige la concurrencia de pruebas directas para acreditar el hecho base, lo que se ha justificado en la escasa fiabilidad de una resolución judicial dictada únicamente sobre la base de indicios obtenidos a partir de otros indicios.

²³⁴ ÁLVAREZ SANCHÉZ DE MOVELLÁN, Pedro, *Las presunciones en la ley de Enjuiciamiento Civil*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, págs. 78 y ss. y 82.

²³⁵ FUENTES SORIANO, Olga. *Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales*. Ed. Defensoría del pueblo, Perú, 2000. Según esta autora, tal nexo ha de ser susceptible de ser racionalmente comprendido y compartido por todas las personas.

²³⁶ Art. 1210.2 CC que establece una presunción de subrogación en el crédito cuando, entre otras posibles circunstancias, un tercero pague la deuda con aprobación del deudor (este último sería el hecho base); art. 1183 CC, relativo a la pérdida de la cosa debida; según el cual si la cosa se perdió estando en poder del deudor (hecho base a probar), se presume que la pérdida se produjo por su culpa y no por caso fortuito.

En segundo lugar, junto a las presunciones legales (*iuris* también e *iuris et de iure*) subyacen otro tipo de presunciones, las llamadas presunciones aparentes, falsas presunciones o verdaderas interinas, cuyo vigencia sobre la carga de la prueba es más contundente respecto de las anteriormente explicadas. La principal diferencia entre unas y otras radica en que las segundas implican que el beneficiario por la presunción no tiene que demostrar el hecho base, sino que, en este sentido, el hecho presumido existe como tal sin necesidad de que exista vigencia del hecho base o indicio alguno.

Ello produce un efecto distinto al de las presunciones propiamente dichas, pues en éstas la prueba del indicio resulta esencial para que la presunción pueda ser aplicada, mientras que en las presunciones aparentes la parte favorecida por ella queda totalmente exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presumido²³⁷.

Finalmente, autores como, SERRA DOMÍNGUEZ²³⁸, han criticado el uso abusivo de este tipo de presunciones aparentes para tratar de invertir la carga de la prueba y, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ²³⁹, por el contrario, ha tratado de defender esta técnica de presunciones.

C) Inversión de la carga de la prueba

a) Concepto

En este epígrafe, trataremos de estudiar, lo más exhaustivamente posible la cuestión de la inversión de la carga de la prueba²⁴⁰, analizando, primero, su concepto y naturaleza y, en segundo lugar, los diferentes supuestos existentes al respecto.

Por tanto, y con carácter general, esta cuestión de la inversión de la carga²⁴¹ de la prueba se presenta como una excepción a la reglas sobre la carga de la prueba, cuya

²³⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”. *Revista del poder judicial*. 1998, n° 52, pág. 273.

²³⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios...* ob. cit., pág. 52. Este autor afirma que con el establecimiento de presunciones aparentes se da “un rodeo innecesario y doctrinalmente perturbador”. En efecto, las reglas que establecen de modo indirecto una inversión de la carga de la prueba pueden formularse de la misma forma en que lo están las reglas que lo hacen directamente.

²³⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba...* ob. cit., pág. 138. Sin embargo, para este autor, es desproporcionado y peligroso acudir indiscriminadamente a la inversión directa de la carga de la prueba, siendo preferible utilizar la técnica de las presunciones, a través de las cuales se facilita la prueba, pero no se invierte la carga de la prueba. Por tanto, este autor, se refiere a las presunciones únicamente *iuris tantum*, no a las aparentes, cuyo efecto es el mismo que el de la inversión de la carga de la prueba.

²⁴⁰ STS n° 609/2015, de 12 de noviembre de 2015, F.J. 3°, (RTC 2015\5063).

²⁴¹ STS n° 312/2017, de 18 de mayo, de 2017, F.J. 2°, (RJ 2017\2225).

finalidad es solventar los conflictos existentes en un proceso concreto, cuando los hechos relevantes y controvertidos del caso no se prueban.

Es, por tanto, tal y como destaca CARNELUTTI²⁴², en una obra de un autor diferente, de, en primer lugar, prohibir al juez la búsqueda por sí de la prueba no suministrada por las partes; y, en segundo lugar y de manera esencial, de obligar a éste a resolver el litigio en todo caso. En esta dirección, se configura, la ya citada prohibición de *non liquet*²⁴³. Igualmente, ROSEMBERG²⁴⁴, se ha pronunciado acerca de la prohibición de *non liquet*.

No debemos obviar, antes de ahondar en el concepto y naturaleza jurídica de este fenómeno, que la doctrina de la carga de la prueba se encuentra en concordancia con los principios de adquisición procesal y de subsidiariedad. Al hilo, y, como ya se ha explicado, desde una perspectiva óptima, las normas relativas a la inversión de la carga de la prueba son aquellas tendentes a modificar las reglas generales existentes en esta materia, recogidas, en el apartado segundo y tercero del art. 217 LEC.

Esta actuación se pone de relieve, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ²⁴⁵, también citado por un autor diferente, de forma directa, mediante la exoneración a un litigante de la carga de probar el hecho que normalmente le hubiese correspondido, o bien de forma indirecta, estableciendo presunciones que facilitan el objeto de la prueba, sin alterar la atribución general. Del mismo modo se manifiesta MUÑOZ SABATÉ²⁴⁶.

²⁴² CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio. “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 1993, CGPJ, págs. 179 y 180.

²⁴³ Art. 1.7 CC.

²⁴⁴ CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio. *La prueba en el proceso civil, la adquisición procesal y la carga de la prueba*. ob. cit. Para ROSEMBERG, un *non liquet* en las cuestiones de hecho no puede conducir a un *non liquet* en las cuestiones de derecho.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 117-146.

²⁴⁶ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 180-189. Este autor distingue entre inversión (sin perjuicio de que se considere que la misma es improcedente), desplazamiento (la parte normalmente gravada con la carga prueba un hecho mínimo, considerado como carga primaria suficiente, y desplaza ese gravamen al otro litigante, quien debe articular la contraprueba), y basculación (como repetición del anterior fenómeno entre partes, de forma recíproca, según se va desarrollando el proceso).

Sin embargo esta cuestión no es unánime, en el sentido de pacífica, sino que existe un potente sector doctrinal, MUÑOZ SABATÉ²⁴⁷, SEOANE SPIELBERG²⁴⁸, entre otros, quienes entienden que el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba en realidad no existe por sí mismo, sino que es el propio legislador quien, ante determinados supuestos, lleva a cabo una ligera alteración de la norma, pese a la inexistencia de un precepto que permita al juzgador la inversión de la carga de la prueba.

Por tanto, y en líneas generales, algunos, al hablar de inversión de la carga de la prueba, parecen estar pensando en una modificación del criterio general establecido en el apartado segundo y tercero del art. 217 LEC, otros, en cambio, en una modificación de cualquier criterio general, otros, por su lado, en la modificación de los criterios siempre que conlleve, a su vez, una modificación en la iniciativa probatoria, o en una alteración que implique que los hechos que normalmente han de ser probados por una de las partes procesales se inviertan y pasen a ser responsabilidad de la otra parte²⁴⁹.

b) Carga de la prueba y sociedad de riesgo

Para culminar este minúsculo pero, a la vez, trabajado, estudio de investigación, debemos hacer referencia al problema probatorio que se plantea en nuestra sociedad. Recientemente, y, cuando nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza extracontractual, se pone de relieve por la jurisprudencia española la existencia de lo que, en algunas ocasiones se denomina inversión de la carga de la prueba y, otras veces, simplemente presunción, respecto de lo que adquiere la denominación de sociedad de riesgo²⁵⁰.

²⁴⁷ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial civil*. ob. cit., págs. 180 y ss. En este sentido, MUÑOZ SABATÉ entiende que el concepto de inversión de carga de la prueba carece de sentido. Es decir, si la inversión es aquello que hace el legislador cuando promulga una norma especial atributiva de onus, en ese caso, estaremos, por tanto, en la situación prevista en el art. 217. 5 LEC. De todo ello, surge como resultado la afirmación de que la inversión de la carga no existe.

²⁴⁸ SEOANE SPIELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, disposiciones generales y presunciones*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 282 y 283.

²⁴⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005, pág. 65. Según este autor, la existencia de una verdadera inversión de la carga de la prueba depende de que se produzca una divergencia entre la parte que tiene la carga de la alegación y la parte que tiene la carga de la prueba del hecho.

²⁵⁰ ORMAZÁBAL SANCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba...* ob. cit., págs. 9 y ss. Se ha empleado este término para referirnos a este fenómeno, fruto del imponente desarrollo tecnológico experimentando en el mundo occidental, especialmente desde el siglo XX, y que presenta como rasgos definitorios un cambio básico del potencial de peligros, la gran complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y el aumento de las sensaciones que pueden experimentarse por la falta de seguridad y de orientación, independientemente de los peligros reales.

Por tanto, y, en este sentido, hablaremos de carga de la prueba, como ya explicamos recientemente, en las dos dimensiones: carga material u objetiva de la prueba, y, carga formal o subjetiva de la prueba. En este caso, hablaremos de carga de la prueba refiriéndonos a la perspectiva material, o, simplemente, carga de la prueba. Aquí, invocamos los cuatro primeros apartados del art. 217 LEC.

De manera que, sin separarnos de la literalidad del precepto, podemos afirmar que la regla general, es que al actor le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos alegados por él, de modo que, al demandando le incumbe la carga de probar los habitualmente llamados hechos impeditivos, extintivos o excluyentes (o, enervatorios). En ese sentido se ha pronunciado ROSENBERG, elaborando la teoría normativa de la carga de la prueba²⁵¹.

En el fondo, no se trata obviamente ni de una inversión de la carga de la prueba, ni de una presunción; se trata pues de la creación jurisprudencial de una norma de carga de la prueba basada en la idea de que quien realiza una actividad que conlleva un riesgo fuera de lo habitual y se aprovecha de los beneficios generados por esa actividad, debe asumir las consecuencias negativas que se derivan de ella, salvo que pueda probar que adoptó todas las medidas que la prudencia y la diligencia permiten exigir al titular de la misma²⁵².

Con todo lo anterior debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1.- El sustento exclusivo de la obligación de resarcir los daños ocasionados no es el riesgo y, en consecuencia, no excluye, imperativamente, el llamado principio de responsabilidad culposa²⁵³.

²⁵¹ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba...* ob. cit., págs. 67 y ss. Según este autor, aquella parte cuya pretensión no pueda prosperar sin la aplicación de una determinada norma jurídica, tiene la carga de afirmar y probar que ha acontecido efectivamente el supuesto de hecho de aquella norma; es decir, cada parte soporta la carga de probar los presupuestos facticos de la norma jurídica cuya aplicación le beneficia; y, como al actor le beneficia la acreditación de los hechos constitutivos y al demandado la de los impeditivos, extintivos o excluyentes, la carga de la prueba queda distribuida de tal modo.

²⁵² STS nº 1073/2004, de 15 de noviembre de 2004, F.J. 1º, (RJ 2004\7232). Cuando dispone: “la aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que correspondía a la parte recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado y tal actividad probatoria no fue llevada a cabo satisfactoriamente.”

²⁵³ STS nº 23/2004, de 23 de enero de 2004, F.J. 5º, (RJ 2004\50).

2.- Esta particular norma de la carga de la prueba exclusivamente se aplica cuando nos encontramos con actividad que supongan un riesgo superior de lo normal²⁵⁴.

3.- Esta teoría del riesgo no puede aplicarse cuando la concurrencia de culpa es única y exclusivamente de la víctima²⁵⁵.

4.- Esta norma particular de la carga de la prueba no afecta al nexo causal entre el acto y el daño ocasionado, sino que incide directamente en la culpa.

En resumen, y teniendo en cuenta lo establecido por nuestro más Alto Tribunal, lo cierto que no se trata de una modalidad de la carga de la prueba pero, tampoco se trata de otra de las presunciones existentes, en realidad, lo explicado es la creación de una norma específica de la carga de la prueba.

Ello quiere decir que, la doctrina, tras una larga historia y tradición, emplea la expresión de inversión de la carga de la prueba para aludir a aquellos supuestos en los que la carga probatoria se atribuye de un modo diferente a lo establecido en los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC. Es decir, en los supuestos en los que tenga lugar una inversión de la carga de la prueba en el sentido expuesto, se producirá también una divergencia entre la carga de la alegación o afirmación de un hecho y la carga de su prueba²⁵⁶.

Para concluir, debemos destacar que se trata, precisamente, de una materia que afecta directamente al derecho recogido en el art. 24 CE, y, conocido, como el derecho a la tutela jurisdiccional del que disponen todos los ciudadanos. En efecto, si la atribución de las reglas del *onus probandi* supusiese la imposibilidad práctica de acceder a la tutela judicial de la que goza el actor, o el demandado quedase prácticamente impedido de oponerse con éxito a las pretensiones alegadas por aquél, dicho derecho podría considerarse vulnerado, infringido²⁵⁷.

²⁵⁴ Según la STS nº 752/2003, de 17 de julio de 2003, F.J. 3º, (RJ 2003\6575), debe tratarse de un riesgo superior al que puede calificarse de riesgos o azares normales o actividades no preocupantes, de actividad inocua y desprovista de peligrosidad alguna, como es el entrar en edificio público, de modo que ese riesgo debe ser no habitual o extraordinario.

²⁵⁵ STS nº 23/2003, de 24 de enero de 2003, F.J. 3º, (RJ 2003\612).

²⁵⁶ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba...* ob. cit., pág. 44. ROSENBERG ha afirmado que la carga de la afirmación de los hechos es un concepto que se corresponde completamente con el de la carga de la prueba: también su objeto y extensión es fundamentalmente el mismo y su trascendencia no esencialmente menor que la de la carga probatoria.

²⁵⁷ STC nº 37/2000, de 14 de febrero de 2000, F.J. 3º, (RTC 2000\37). Esta sentencia se pronuncia en este mismo sentido, pues afirma el carácter de legalidad ordinaria de las normas de atribución de la carga probatoria y de su interpretación por los tribunales pero aclarando que pueden dar lugar al recurso de amparo cuando se produzca vulneración del art. 24 CE, al impedirse el acceso a la tutela judicial por reclamar de una parte una prueba diabólica o imposible.

CONCLUSIONES

BLOQUE PRIMERO. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PRUEBA CIVIL

CONCLUSIÓN PRIMERA. *Sobre el concepto de prueba.* Frente al silencio existente en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, con respecto a la definición de prueba, aludiendo ésta únicamente, en sus artículos 281 al 283, a las cuestiones relativas al objeto y necesidad de prueba, reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y los criterios sobre su (in)admisibilidad; en contrapartida, numerosas han sido las definiciones que, tradicionalmente, han sido empleadas por la doctrina para denominar la prueba.

Así, en otras palabras, la prueba podría definirse como aquella actividad procesal, ejercida, principalmente, por las partes, en conexión con los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso civil, y, de manera excepcional, por el juez (de oficio), cuya finalidad es determinar los hechos controvertidos, constituyendo así la *causa petendi* del proceso y su plasmación se refleja en la sentencia mediante la motivación, con arreglo a las reglas de la sana crítica o de la libre valoración.

CONCLUSIÓN SEGUNDA. *Sobre el derecho a la prueba.* Nos encontramos con un derecho de rango fundamental, consagrado en el artículo 24 CE, configurándose como un auténtico derecho subjetivo, pero también con ciertos aspectos de derecho objetivo, recayendo su titularidad en todas las partes procesales intervinientes en el proceso, con la limitación de la propia Constitución y del ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, debe entenderse, a la luz de la STC nº 86/2016, de 28 de abril de 2016, F.J. 4º, (RTC 2016\86), que se trata de un derecho de configuración legal, determinándose su alcance dentro de la legalidad; de tal manera que no permite a las partes la exigibilidad de la admisión de todas las pruebas que hayan sido propuestas, debido a que otorga excepcionalmente el derecho a la práctica de aquellos medios de prueba que resulten pertinentes y útiles, admitidos con anterioridad.

CONCLUSIÓN TERCERA. *Sobre el objeto de la prueba.* En virtud del artículo 281 LEC, el objeto de la prueba se define a través de una cláusula general, esto es, los hechos que guarden relación con la concreta tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso (art. 281.1); por medio de una cláusula particular, es decir, la costumbre y el derecho extranjero (art. 281.2), cuya diferencia radica en la institución de la conformidad, de manera que si existe conformidad entre las partes en la costumbre, no será necesario

practicar prueba sobre la misma, mientras que en el derecho extranjero no se contempla tal posibilidad; y, finalmente, al hilo de dispensas, estando exentos de probar los hechos no controvertidos, que son hechos no necesitados de prueba, los hechos notorios y el hecho presunto.

BLOQUE SEGUNDO. ASPECTOS PARTICULARES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

CONCLUSIÓN CUARTA. *Sobre la carga de la prueba.* En relación con la teoría de la carga de la prueba, deben invocarse previamente una serie de preceptos garantes de ciertos derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos; art. 24.1 CE referido a la tutela judicial efectiva, art. 1.7 CC en relación con el art. 11.3 LOPJ, acerca de la prohibición de *non liquet* y la exigencia de que todas y cada una de las pretensiones solicitadas en el proceso obtengan un pronunciamiento con independencia de su sentido y el art. 218.1 LEC, en cuanto al deber del juez de la motivación en sus sentencias.

Por tanto, y, para poder definir la expresión carga de la prueba, es necesario realizar una diferenciación entre carga formal y carga material de la prueba. Por lo que se refiere a la perspectiva formal de la carga de la prueba, la parte a la que le corresponde aportar prueba en un proceso acerca de un hecho concreto, en caso de no llevarla a cabo, sufriría una serie de consecuencias negativas, además de ver desestimadas todas sus pretensiones; mientras que la dimensión material de la carga de la prueba viene determinada por aquellos hechos que necesariamente han de ser probados en el proceso.

CONCLUSIÓN QUINTA. *Sobre el artículo 429.1. II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Es importante poner de relieve la dificultad existente a la hora de determinar el modo en el que operan las normas referentes a la apreciación de la carga de la prueba. Dicha cuestión es especialmente problemática debido a que surge en un campo de extrema trascendencia práctica, al actuar estas reglas a continuación de la valoración probatoria. Es aquí, por tanto, donde adquiere una inexorable importancia el art. 429.1.II LEC, como instrumento correctivo, y, flexibilizador, del principio de aportación de parte, aplicable tanto en el juicio ordinario, como en el juicio verbal, por remisión del art. 443.3 LEC.

Este artículo permite, según la doctrina mayoritaria, al juez, indicar la insuficiencia probatoria pero, no le atribuye la facultad o la potestad de acordar la práctica de las pruebas. No obstante, entendemos que la finalidad de este precepto no es exclusiva, sino que al mismo tiempo, trata de buscar una limitación a su aplicación. Con esto

queremos decir que se trata de una obligación del juez el indicar la insuficiencia de prueba, aunque no exigible, desde un punto de vista jurídico, ni siquiera determinante de responsabilidad para el juzgador.

CONCLUSIÓN SEXTA. *Sobre la distribución de la carga de la prueba.* Podemos decir que la clasificación más extendida y utilizada por la jurisprudencia y por el legislador en el actual texto legal es la que distingue entre hechos constitutivos, impeditivos, modificativos, extintivos y excluyentes; tratando de buscar una única regla general incidente en la distribución de las reglas sobre la carga de la prueba. En esta dirección, me he planteado la siguiente cuestión: la distribución de la carga de la prueba, ¿es un deber o una facultad del juez?

CONCLUSIÓN SÉPTIMA. *Sobre los supuestos excepcionales de la carga de la prueba.* Lo dicho hasta aquí se centra en la ausencia de una única regla y general tendente a distribuir la carga de la prueba en todos los supuestos. No obstante, esta idea ha sido defendida por parte de la doctrina mayoritaria, a la cual me adhiero, pues entendemos que no sería justo ni discrecional la aplicación de una regla exclusiva para todos los conflictos, no adecuándose a cada caso concreto. Es cierto que la uniformidad en esta materia radica en el art. 217.2 y 217.3, y, en contraposición, tratan de prevalecer los criterios probatorios de facilidad y disponibilidad, ya que ello puede afectar en la distribución de la carga de la prueba, por medio de modificaciones o alteraciones, según el caso. Este estudio encuentra su regulación en el art. 217.4 y 5, así como en otras leyes especiales complementarias.

CONCLUSIÓN OCTAVA. *Sobre la modificación.* En cuanto a esta modalidad de la institución clásica de la carga de la prueba, reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto, adoptando una postura de defensa de la adecuación de los criterios probatorios, ya mencionados con anterioridad, a cada caso, criticando, al mismo tiempo, su rigidez.

Ahora bien, estas modificaciones que puede experimentar la carga de la prueba, se materializan a través de diferentes instrumentos, afectando, en algunas ocasiones, al propio objeto de prueba, el llamado *thema probandi*, a lo largo de esta investigación, y, otras veces, provocando simultáneamente una exoneración total de la carga de la prueba, de modo que el actor estaría exento de probar los hechos concretos.

CONCLUSIÓN NOVENA. *Sobre la exoneración.* Se trata, junto al fenómeno anterior y, posterior, que analizaremos, de un fenómeno excepcional de la carga de la

prueba. De este modo, una de las partes procesales estaría exenta de probar aquellos hechos que, resultando de aplicación la regla general prevista en el art. 217.2 y 217.3, le correspondería probar con la finalidad de obtener una resolución favorable.

Sin embargo, esta cuestión presenta opiniones enfrentadas, es decir, la doctrina no es pacífica en esta materia, pues los diferentes supuestos especiales, comentados a lo largo de este estudio, y muchos otros, no solamente pueden encuadrarse en esta modalidad de exoneración de la carga de la prueba, sino que también presenta similitudes con la propia inversión de esta institución. En este momento, es donde adquiere una mayor relevancia la figura de las “falsas presunciones”, entendiéndose como un instrumento complementario de las auténticas reglas sobre la carga de la prueba.

CONCLUSIÓN DÉCIMA. *Sobre la inversión.* En síntesis, y, para concluir las conclusiones de este Trabajo Fin de Grado, acerca del encuadramiento de este fenómeno existen discrepancias al respecto, ya que también podría considerarse como una excepción a las propias reglas generales de la carga de la prueba, donde subyacen dos principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico procesal, el principio de adquisición procesal y el de subsidiariedad.

En consonancia con lo explicado, y, muy criticado por cierto sector doctrinal, esta modalidad de la carga de la prueba no puede existir por ella misma, es decir, se trataría tan solo de una modulación de la regla general de la carga de la prueba.

Resumiendo, y, para dar respuesta al interrogante planteado al comienzo de estas conclusiones, entendemos que la carga de la prueba se trata de un deber y no de una facultad del juzgador, imponiendo la misma a la parte que se encuentra en mejor posición o tenga mayores facilidades a la hora probar respecto de la parte contraria.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier/PICÓ I JUNOY, Joan. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. J.M. Bosch Procesal, Barcelona, 2007.
- : *Iniciativa Probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- : *Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil. Problemas actuales de la prueba civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2005.
- ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaume. *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ÁLVAREZ SANCHÉZ DE MOVELLÁN, Pedro, *Las presunciones en la ley de Enjuiciamiento Civil*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia, 2007, págs. 75-108.
- : *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Ed. Comares, Granada, 2007.
- ASENCIO MELLADO, José María. *Comentario al art. 217, t. III, en Proceso Civil Práctico*. Ed. La Ley, Madrid, 2001.
- : *Derecho Procesal Penal*. 7ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”. *Revista del Poder Judicial*. 1998, nº 52, pág. 241-280.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1997.
- : *La prueba Civil*. 2ª edición. Ed. Desalma, Buenos Aires, 1982.
- : *Lezioni di diritto processuale civile*. II. Ed. La Litotipo, Padua, 1923.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. II (Traducción. de Casáis y Santaló), Madrid, 1925.
- : *Instituciones de derecho procesal civil*. III (Traducción. de Gómez Orbaneja), Madrid, 1940.
- CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús. “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 34, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 139-247.

- CORBELLA DUCH, Josep. *Manual de derecho sanitario*. Ed. Atelier, Barcelona, 2006.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”. *Revista de derecho procesal iberoamericana*. 1972, nº 2-3, Madrid, págs. 580-592.
- : *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 5ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2003.
- DAMIÁN MORENO, Juan, *Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, págs. 13-27.
- DE LA OLIVA, Andrés/FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *Lecciones de Derecho Procesal*, Vol. II. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.
- De URBANO CASTRILLO, Eduardo. *El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*. CGPJ, Madrid, 2005.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*. Tomo II, 9ª edición, ed. ABC, Bogotá, 1988.
- : *Teoría general de la prueba judicial*, I. 5ª edición, Bogotá, 2002.
- DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de los derechos fundamentales*. Ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2013.
- ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Ed. Diario la ley, 2001.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Ed. Edilex, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. “La carga de la prueba y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista la Ley*. 2001, nº5362, págs. 1862-1871.
- : “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el artículo 429.1 II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal y Mercantil*. 2005, nº 21, págs. 22-34.
- : *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- : *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María. *El proceso civil*. Vol. II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

- FUENTES SORIANO, Olga. *Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales*. Ed. Defensoría del pueblo, Perú, 2000.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. *La prueba civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- : *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*. Tomo II. Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *La prueba civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*. 1ª edición. Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.
- GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil. Crítica a una jurisprudencia equivocada”. *Revista la Ley*. 1999, nº 4947, págs. 1913-1924.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso. I. Teoría general del proceso*. Ed. EJEA. 2ª Edición. Buenos Aires, 1961.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio/HERCÉ QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Ed. Artes Gráficas y ediciones, Madrid, 1975.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, (coord.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, págs. 29-74.
- GUASP DELGADO, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Aguilar, Madrid, 1947.
- LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. “Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado”. *Anuario de Derecho Civil*. 1992, nº 2, págs. 651-734.
- LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”. *Actualidad jurídica Aranzadi*. 2001, nº 487, págs. 1-6.
- LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad médico-sanitaria*. Artículo nº 165, Barcelona, 2003.

- MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.
- : *La carga de la prueba*. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- MICHELI, Giovanni. *La carga de la prueba*. (Traducción: SENTÍS MELENDO, Santiago) Ed. EJEA, Buenos Aires, 1961.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 13ª edición, 2004.
- : *La prueba en el Proceso Civil*. 3ª edición. Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- : *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Cuadernos de probática I y II*. Ed. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999, pág. 222.
- : *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- ORDOÑO ARTES, Carmen. *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*. Ed. Comares, Granada, 1988.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.
- : *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 5ª edición, 2004.
- PÉREZ GIL, Julio. *Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la ley de igualdad*. Madrid, 2008.
- PICÓ I JUNOY, Joan. “La iniciativa probatoria de oficio del juez civil y sus límites”. *Revista del Poder Judicial*. 1998, nº 5, págs. 265-289.
- : “La prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”. En *La Ley*, nº 3, 1999, pág. 1826-1837.
- : *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996.
- : *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2003.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª edición, Ed. Montevideo-Buenos aires, 2002.
- SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. Ed. Reus, Madrid, 2010.

- SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, en: ALBADALEJO VIVERO, Manuel (coord.), *Comentarios al Código Civil, Tomo XVI. Vol. II. Artículos 1214 a 1253*, Madrid, 2005, pág. 30-85.
- : “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 353-370.
- TARUFFO, Michele. “Onere della prova”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche* Padova, 1979.
- : *La prueba de los hechos*. Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. “Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español”. *Revista Justicia*. 1999, nº 2, págs. 297-314.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC n° 86/2016 de 28 de abril de 2016, F.J. 4°, (RTC 2016\86).
STC n° 236/2015, de 19 de noviembre de 2015, F.J. 8 (RTC 2015\236).
STC n° 9/2015, de 2 de febrero de 2015, F.J. 3°, (RTC 2015\9).
STC n° 177/2014, de 3 de noviembre de 2014, F.J. 2° (RTC 2014\177).
STC n° 133/2014, de 22 de julio de 2014, F.J. 4°, (RTC 2014\133).
STC n° 31/2014, de 24 de febrero de 2014, F.J. 3°, (RTC 2014\31).
STC 6 de marzo de 2013, F.J. 6°, (RJ 2013\5013).
STC n° 71/2004, de 19 de abril de 2004, F.J. 3°, (RTC 2004\71).
STC de 14 de enero de 2004, F.J. 2°, (RTC 2004\389).
STC n° 49/2003, de 17 de marzo de 2003, F.J. 4°, (RTC 2003\49).
STC n° 37/2000, de 14 de febrero de 2000, F.J. 3°, (RTC 2000\37).
STC n° 190/1997, de 10 de noviembre de 1997, F.J. 2°, (RTC 1997\190).
STC n° 7/1994, de 17 de enero de 1994, F.J. 6° (RTC 1994\7).
STC n° 14/1992, de 10 de febrero de 1992, F.J. 2°, (RTC 1992\14).
STC de 13 de enero de 1992, F.J. 5°, (EDJ 1992/1986).
STC n° 227/1991, de 28 de noviembre de 1991, F.J. 5°, (RTC 1991\227).
STC n° 102/1984, de 12 de noviembre de 1984, (RTC 1984\102).

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

STS n° 312/2017, de 18 de mayo, de 2017, F.J. 2°, (RJ 2017\2225).
STS n° 89/2017, de 15 febrero de 2017, F.J. 2°, (RJ 2017\583).
STS n° 698/2016, de 24 de noviembre de 2016, F.J. 1°, (RJ 2016\5649).
STS n° 609/2015, de 12 de noviembre de 2015, FF. JJ. 2° y 3°, (RJ 2015\5063).
STS n° 588/2015, de 10 de noviembre de 2015, FF.JJ. 2° y 3°, (RJ 2015\5159).
STS n° 566/2015, de 23 octubre de 2015, F.J. 2°, (RJ 2015\4901).
STS n° 390/2015, de 26 de junio de 2015, F.J. 2°, (RJ 2015\2658).
STS n° 948/2011, de 16 de enero de 2011, F.J. 3°, (RJ 2011\1784).
STS n° 789/2009, de 11 de diciembre de 2009, F.J. 5°, (RJ 2010\282).
STS n° 646/2009, de 1 de octubre de 2009, FF. JJ. 3° y 4°, (RJ 2009\5500).

STS nº 563/2009, de 16 de julio de 2009, FF. JJ. 2º y 3º, (RJ 2009\6472).
STS nº 103/2005, de 16 de diciembre de 2005, F.J. 1º, (RJ 2006\153).
STS nº 665/2005, de 21 de septiembre de 2005, F.J. 3º, (RJ 2005\6739).
STS nº 544/2005, de 27 de junio de 2005, F.J. 1º, (RJ 2005\9689).
STS nº 1073/2004, de 15 de noviembre de 2004, F.J. 1º, (RJ 2004\7232).
STS nº 917/2004, de 7 de octubre de 2004, F.J. 7º, (RJ 2004\6229).
STS nº 23/2004, de 23 de enero de 2004, F.J. 5º, (RJ 2004\50).
STS nº 752/2003, de 17 de julio de 2003, F.J. 3º, (RJ 2003\6575).
STS nº 404/2003, de 15 de abril de 2003, F.J. 5º, (RJ 2003\3714).
STS nº 120/2003, de 13 de febrero de 2003, F.J. 2º, (RJ 2003\1045).
STS nº 23/2003, de 24 de enero de 2003, F.J. 3º, (RJ 2003\612).
STS nº 465/2001, de 14 de mayo de 2001, F.J. 3º, (RJ 2001\6204).
STS nº 956/1998, de 16 de octubre de 1998, F.J. 2º, (RJ 1998\7565).
STS nº 925/1998, de 13 de octubre de 1998, F.J. 3º, (RJ 1998\8253).
STS de 15 de junio de 1988, F.J. 3º, (RJ 1988\4931).
STS nº 957/1995, de 7 de noviembre de 1995, (RJ 1995\8080).
STS nº 1139/1993, de 30 de noviembre de 1993, F.J. 1º, (RJ 1993\9221).
STS nº 258/1992, de 10 de febrero de 1992, F.J. 2º, (RJ 1992\1080).
STS de 26 de mayo de 1990, F.J. 5º, (RJ 1990\4852).
STS 20 de marzo de 1945, (RJ 1945\287).
STS de 18 de octubre de 1941 Cdo. 2º, (RJ 1941\1805).

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Zaragoza nº 574/2015, de 29 de diciembre de 2015, F.J. 9º, (AC 2015\62).
SAP Valencia nº 372/2005, de 13 de junio de 2005, F.J. 3º, (JUR 2005\198052).
SAP Madrid nº 647/2004, de 25 de mayo de 2004, F.J. 9º, (JUR 2004\227293).
SAP de Cáceres nº 28/2003, de 14 de enero de 2003, F.J. 2º, (JUR 2003\122444).
SAP Valencia nº 634/2002, de 22 de octubre de 2002, F.J. 3º, (JUR 2003\11917).
SAP Ciudad Real nº 205/2002, de 28 de mayo de 2002, FF. JJ. 5º y 8º, (JUR 2002\178917).