

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2013/ 2014

**LA CARGA DE LA PRUEBA: REGLA DE
JUICIO Y REGLA DE CONDUCTA PARA LAS
PARTES.**

**GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA Y JUSTICIA
DISTRIBUTIVA EN EL PROCESO CIVIL.**

**THE BURDEN OF PROOF: RULE OF JUDGMENT AND RULE OF
CONDUCT FOR THE PARTS.**

**GUARANTEE OF LEGAL SECURITY AND DISTRIBUTIVE JUSTICE IN THE
CIVIL PROCESS.**

Realizado por el alumno Dña. Mónica Alaiz Domínguez.

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán.

Índice

1. Introducción / Abstract	5
2. Objeto del trabajo	7
3. Descripción de la metodología utilizada	10
4. Nociones previas de gran interés para la correcta apreciación de la carga de la prueba: alcance y fundamento.	13
4.1 El principio de aportación de parte.	13
1. Concepto y relevancia.....	14
4.2 El principio de adquisición procesal.	15
1. Concepto general conforme al cual las actividades procesales pertenecen a una relación única.....	15
2. Importancia del mismo en relación con la prueba.	16
4.3 Los poderes del juez civil.	18
1. Facultades derivadas de la carga de la prueba, en condición de regla de juicio, debido al deber inexcusable del juez de resolver y al deber de llevar a cabo una tutela judicial efectiva.	18
2. Facultades atribuidas al juez en sede probatoria.	19
5. La noción de carga procesal.	25
5.1 Evolución de la noción de carga procesal y concepto alcanzado por la doctrina científica.	25
5.2 Las normas de la carga de la prueba como carga procesal.	27
6. La importancia de las reglas de la carga de la prueba.	27
7. La carga de la prueba.	29
7.1 Concepto, dimensión y caracteres.	29
7.2 Función de la carga de la prueba, en sus distintas vertientes.	31
1. Regla de juicio para el juez: pautas que ha de seguir el juez en la decisión judicial del conflicto ante la falta o insuficiencia probatoria.	32
2. Regla de conducta para las partes	37
8. La búsqueda de una regla general.	38
8.1 Las máximas romanas o medievales.	39
8.2 Las clases de hechos.	39
8.3 Las condiciones generales y específicas	40
8.4 El supuesto fáctico de la norma favorable	41
9. Regulación de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico.	42
9.1 Búsqueda de una regla única para la distribución de la carga de la prueba.	42
9.2 Formulación del art 217 LEC.	42
9.3 Las reglas que regulan la carga de la prueba.	44

1. Las reglas legales.....	44
2 Reglas especiales: contrarias a las reglas generales del artículo 217 apartados 2 y 3 de la LEC.....	61
10. Posibles alteraciones de la carga de la prueba: modificación, inversión y exoneración de la carga de la prueba.....	68
10.1 Planteamiento de la flexibilidad sobre la conceptualización de las alteraciones de la carga de la prueba.	68
10.2 Modificación de la carga de la prueba.	69
1. Especial mención a las presunciones.	69
10.3 Inversión de la carga de la prueba.....	72
1. Algunos normas que recogen supuestos de inversión legal.....	73
10.4 Exoneración de la carga de la prueba.	73
1. Acción de responsabilidad extracontractual.	74
2. Acción negatoria de servidumbre	76
3. Acción de prestadores de servicios	76
4. Acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles.	77
5. Acción de responsabilidad de los profesionales sanitarios.....	78
11. Las reglas convencionales: prohibición o posibilidad.	80
11.1 Prohibición de la aplicación de reglas convencionales, debido al carácter imperativo de las reglas de la carga de la prueba.	80
1. Criterio general.	80
11.2 Posibles acuerdos de alteración de las reglas legales, respecto de materias dispositivas por las partes.	82
1. Planteamiento y supuestos de aplicación.	82
12. Tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba.....	85
12.1 La infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba: reacción y solución.....	85
12.2 Tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba.	87
1. Los posibles recursos cuya interposición ejercita la tutela de la infracción de las normas de la carga del a prueba.	87
2. La carga de la prueba como fundamento del Recurso Extraordinario por infracción procesal	88
3. Actuación ante la posible dualidad de recursos.....	89
13. Conclusiones alcanzadas	91
CONCEPTO Y DIMENSIÓN.	91

REGULACIÓN LEGAL.....	92
CUESTIONES DE INTERÉS.....	93
14. Bibliografía y fuentes utilizadas	96
Manuales y monografías.	96
Legislación.....	99
Sitios web.....	100

1. Introducción / Abstract

La carga de la prueba en el proceso civil, sigue siendo a día de hoy una cuestión de fundamental importancia en la resolución de los procesos de esta índole, cuyo concepto, contexto y aplicación sigue generando doctrina y jurisprudencia, donde la mención proliferada y el pretendido análisis preciso del Art 217 de la LEC, nos muestra su razón de ser y su finalidad última. Así pues será esta la de determinar (al final del proceso) para quien han de producirse las consecuencias desfavorables de la ausencia o insuficiencia de prueba de alguno de los hechos controvertidos, de los cuales depende la decisión judicial. Esto es así dado el deber inexcusable de los tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, utilizando el criterio recogido en el Art 217 de la LEC, como instrumento lógico para determinar en los casos de insuficiencia probatoria, si la sentencia ha de ser absolutoria o por el contrario, condenatoria.

Así pues en el proceso civil, la carga de la prueba tiene varias finalidades, por una lado se resuelve en un regla de conducta de las partes en la fase probatoria , y por otro en una regla de juicio para el juez que se ejerce cuando la insuficiencia probatoria de un hecho relevante se establece como dudosa para el juez, en cuyo caso aplicará en fase decisoria los criterios distributivos de la carga de la prueba, cuya fin último es obtener una sentencia, cuyo resultado afecte en función de la actuación probatoria asignada y efectuada por las partes, siendo una clara manifestación de justicia en el proceso civil.

The burden of proof in civil proceedings is still today a matter of fundamental importance in the resolution of processes of this kind, whose concept, context and application continues to generate doctrine and jurisprudence, where the proliferated references and intended accurate analysis of Art 217 of the LEC, shows its principal aim and its ultimate purpose. So this will be the determining (at the end of the process) for whom the adverse consequences of the absence or insufficiency of proof of any of the facts, of which depends the court ruling were to occur. This is because the inescapable duty of the courts to resolve in any event the cases before them, using the criterion provided in Art 217 of the LEC as logical to determine in cases of insufficient evidence instrument if the judgment must be acquittal or the conviction contrary.

So in a civil proceeding , the burden of proof has several purposes , one side out on a rule of conduct of the parties in the evidentiary phase , and the other in a standard of judgment for the judge exercised when insufficient evidence of a material fact is established as doubtful for the judge, in which case it applies in determining phase distributional criteria of the burden of proof , the ultimate goal is to obtain a judgment , whose result affect in function of the performance evidence allocated and made by the parties , with a clear manifestation of justice in the civil process.

Palabras clave

Carga de la prueba, regla de juicio, carga procesal, principio de aportación de parte, principio de adquisición procesal, proceso civil, tutela judicial efectiva.

Burden of proof, standard of judgment, caseload, part contribution principle, judicial acquisition, civil process, effective judicial protection.

2. Objeto del trabajo

La carga de la prueba es una de las instituciones más importantes del derecho procesal. En primer lugar, supone la garantía de que en todo caso se va a dar una solución a las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, y, en segundo lugar, establece y da a conocer las reglas que seguirá el juzgador para ello. Por tanto, las reglas de distribución de la carga de la prueba constituyen un auténtico reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva, al establecer las normas que evitan el non liquet –la fórmula romana del “no está claro” que dejaba sin juzgar la cuestión–, a la vez que permiten conocer con antelación a las reglas que determinarán la resolución del conflicto.

Cuando en relación con los hechos aportados al proceso, se hace referencia a la carga de la prueba, se hace mención a dos aspectos separables. Por una parte, se establece que para poder adoptar una decisión fundada el Juez o Tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de una determinada circunstancia o de la existencia de un determinado hecho, pero para ello es necesario que alguna de las partes le haya proporcionado los elementos probatorios que le permitan alcanzar ese grado de convicción. Por otra parte las reglas sobre la carga de la prueba comprenden la determinación del grado de convicción que requiere el juzgador para satisfacer las diferentes pretensiones de las partes. Además servirán de regla de conducta para las partes con la determinación de cuál de ellas ha de aportar al proceso las pruebas que permitan al Juez o Tribunal alcanzar el umbral de convicción que, en cada caso, se determine.

De este modo se pretende aclarar las distintas acepciones que tiene la carga de la prueba en el proceso civil, tal y como hemos dicho, siendo destacables principalmente que constituya una regla de juicio para el juez ante la falta de certeza probatoria, no dejándole de este modo desamparado, así como una regla de conducta para las partes, quienes conociendo los resultados de la falta e insuficiencia de prueba, saben cómo tienen que actuar, para evitar esa carga de la prueba, que consistirá en responder por la falta de certeza probatoria de los hechos que les correspondiesen probar establecidos por la ley.

Analizar los distintos principios, que rigen el proceso civil y que tienen una especial repercusión en el desarrollo y la constitución de las normas de la carga de la prueba, pues influyen directamente en ellas y rigen su desarrollo y aplicación. Por otra parte se pretende analizar la evolución histórica de esta institución, a través de la búsqueda de una regla general, haciendo constar que la carga de la prueba, no es únicamente una cuestión surgida en nuestros días con la intención de que el juez pueda juzgar y lo haga través a través de unos criterios de justicia distributiva, sino que ha sido un proceso lento, prolongado en el tiempo, el que ha hecho posible que la carga de la prueba este hoy recogida en la LEC, y atienda a su finalidad última.

Objeto del trabajo será también mostrar el logro que ha supuesto haber conseguido una norma legal que recoja la carga de la prueba. Esta es la recogida en los distintos apartados del art 217 LEC, cuya importancia ha hecho que del mismo se haya derivado una gran aplicación por la jurisprudencia y un pretendido análisis por la doctrina científica. Este precepto como se ha analizado, tiene en sus diferentes apartados una serie de disposiciones que se ha buscado analizar, entre ellas los que hacen referencia a las reglas generales, que de manera prioritaria regirán los distintos supuestos de los que se derive falta de certeza debida a la ausencia probatoria en el momento de dictar sentencia, siempre y cuando no se den supuestos que atiendan a reglas especiales, porque la ley así lo haya dispuesto y que puedan dar lugar a alteraciones de la carga de la prueba, a través de la modificación, inversión o exoneración de la carga de la prueba.

Además se ha tratado de analizar la posibilidad de que se diesen reglas convencionales mediante acuerdos entre las partes, difiriendo de aplicar las reglas legales sobre la carga de la prueba. Por su parte se analiza la tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba, y las consecuencias de la vulneración de las mismas.

Por lo tanto, con el presente trabajo se pretende analizar, la amplia cobertura de la carga de la prueba en el proceso civil, con su variada casuística. Intentar alcanzar una mayor profundidad sobre este importante concepto que resulta determinante muchas veces para la obtención de la verdad formal, que caracteriza al proceso civil, lográndolo a través de un sistema de justicia distributiva. Al tratarse de conflictos de índole privado, y dado el protagonismo que adquiere la actuación de las partes, es evidente,

respecto de las reglas de la carga de la prueba servirán para que el juez no quede desamparado para dictar sentencia, por la mala actuación de las partes, pues siempre deberá pronunciarse sobre las cuestiones sobre las que tuviese competencia. Por su parte las partes, dado su importante papel en los conflictos de índole privado, conocerán a través de estas reglas, las consecuencias derivadas de su actuación con respecto al grado de certeza probatoria de los hechos por ellos introducidos. Se observa de este modo, que la carga de la prueba, tiene una gran enjundia e interés para todos los procesos civiles de índole privado, pues gracias a ella se obtendrán resoluciones que atiendan a una justicia distributiva coherente con los principios que rigen el proceso civil.

3. Descripción de la metodología utilizada

La elaboración de este Trabajo de fin de Grado, ha supuesto un análisis profundo, de los distintos apartados del índice elaborado. Análisis que ha sido llevado a cabo a través de variada documentación, mediante manuales y monografías, así como de información obtenida en distintos sitios web. En el presente estudio, tras sentar las nociones previas de gran interés para el análisis de la carga de la prueba, se ha fijado de manera más general el concepto, sus funciones, así como una aclaración acerca del desarrollo histórico que ha supuesto la búsqueda de una norma legal que sostente dicho concepto.

Por otra parte se ha establecido la regulación legal de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, destacando el análisis del art 217, LEC. Profundizando más allá de la mera mención del art 217 LEC, en un análisis detallado de cada precepto contenido en la norma. Sin embargo también se ha hecho referencia a cuestiones más generales, como la posibilidad de reglas especiales que atendiesen a otros preceptos legales, y que alterarían la aplicación de las reglas legales generales.

También se ha buscado mostrar al lector interesado, la flexibilidad de las reglas de la carga de la prueba mediante la interpretación y el análisis de los criterios correctores de normalidad, facilidad y disponibilidad probatoria, así como de las posibles alteraciones que pudiesen sufrir las reglas generales, debido a estos criterios correctores, o bien a la aplicación de reglas especiales, que supusiesen en cualquier caso, la modificación, inversión o exoneración de la carga de la prueba.

Por último, se ha estudiado la posibilidad de las reglas convencionales relativas a la carga de la prueba así como la tutela judicial que tendría lugar ante la posible infracción de reglas reguladoras de la carga de la prueba. La reacción ante dichas infracciones y la acción efectiva a través de un determinado sistema de recursos..

El presente estudio, ha tenido como objetivo abordar el estudio de estas cuestiones, analizando el concepto, la regulación legal, el alcance y los fundamentos de todas ellas. Es importante destacar que el hecho de que el trabajo, con sus diferentes apartados sea sobre un tema de habitual aplicación práctica por nuestros tribunales, ha derivado en que se muestre su relevancia a través de doctrina jurisprudencial. De ahí,

que sea de gran interés mencionar que el art. 217 LEC es sin duda el artículo más citado en las sentencias después del 394 LEC, relativo a la imposición de costas. Por ello se ha tratado de ver en numerosas ocasiones supuestos de aplicación por los Tribunales respecto a cuestiones que pueden resultar de compleja interpretación.

Por lo tanto se ha tratado de analizar en profundidad y de manera aclarativa el tema de la carga de la prueba. Atendiendo a una estructura lógica y ordenada, que vaya aportando información y aclarando cuestiones que pudiesen generar conflicto o resultar ambiguas para el lector.

La estructura por la que me he decantado no es rígida y estática, sino que la doctrina científica en sus diferentes aportaciones sobre esta materia, ha desarrollado múltiples análisis sobre la carga de la prueba, que a pesar de ser semejantes en su contenido, varían en cuanto a la estructuración del mismo. Con esto trato de aclarar que la noción de carga de la prueba, si bien tiene que tener delimitado un contenido concreto, principalmente el contenido en el Art 217 LEC, su estructuración es más flexible, pues todo su contenido con sus determinados apartados, está interconectado.

Por lo que con independencia de la cuestión de que se trate, no es independiente de las demás, están todas conectadas y tienen su razón de ser entre ellas. Por lo que para tratar de mostrar esta interrelación, he optado por esta estructura, que a mi parecer permite al lector tener una visión general y correcta sobre la carga de la prueba y su importancia para la seguridad jurídica y el alcance de una justicia procesal y material, pero también facilita profundizar sobre cuestiones de interés de carácter más específico.

A lo largo del trabajo, como se mencionase anteriormente, se ha hecho referencia a numerosos autores, así como a un amplio abanico jurisprudencial, que ha permitido elaborar un estudio equilibrado de la carga de la prueba que combina las aclaraciones teóricas con su relevancia práctica. Aclarar así con su contenido y amplia casuística y de una manera nítida, posibles contradicciones o malentendidos respecto de su papel y su momento procesal en el proceso civil.

Definitivamente el objeto de trabajo y la metodología se interrelacionan para mostrar, la gran relevancia e interés de esta materia para el Derecho, concretamente para el Derecho Procesal. Una institución que resulta garantía de seguridad jurídica y justicia a lo largo del proceso civil, y que permite obtener una decisión judicial

resolutoria de las pretensiones de las partes que atiende a criterios de justicia distributiva.

4. Nociones previas de gran interés para la correcta apreciación de la carga de la prueba: alcance y fundamento.

La carga de la prueba tiene una gran relevancia a la hora de llevar a término el fin del proceso civil, consistente en satisfacer las pretensiones y resistencias que el demandante y el demandado dirigen al juez o tribunal para tutelar sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

El órgano jurisdiccional tiene la obligación de velar por el derecho a una tutela judicial efectiva que se corresponderá con su actividad juzgadora, siendo esta la misión o cometido que le viene atribuida por el Estado para la resolución de conflictos jurídicos intersubjetivos o sociales.

Así pues, la jurisdicción, de que están dotados los jueces y tribunales, como potestad derivada de la soberanía del Estado para imponer la resolución del proceso mediante la aplicación jurisdiccional de la norma al caso concreto, es incompatible con la abstención del Juzgador de resolver el litigio «so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley» (art. 448 CP, non liquet jurídico) o por dudar de la realidad de los hechos integrantes del supuesto fáctico de la norma cuya consecuencia jurídica las partes solicitan (non liquet fáctico). Si el conocimiento de las normas se presupone en quien tiene la misión de juzgar, principio *iura novit curia*, bastando con que las partes fundamenten jurídicamente sus pretensiones o resistencias ante el mismo, la aportación de los hechos en nuestro proceso civil es tarea primordial de las partes.

Por lo tanto una vez que las partes han introducido los hechos en el proceso y practicados, en su caso, los medios de prueba pertinentes, el Juez tiene el deber inexcusable de resolver.

Ante la falta de demostración o la prueba incompleta o insatisfactoria de los citados hechos, es la Ley, concretamente y con anterioridad el art 1214 CC, ahora el art 217 LEC, la que ha establecido unas reglas imperativas que determinan las consecuencias que se derivan de esta situación. Reglas calificadas por la doctrina como «carga de la prueba».

4.1 El principio de aportación de parte.

1. Concepto y relevancia

Una vez se ha establecido que se ha de probar, es lógico preguntarse quién deberá llevar a cabo dicha prueba.

Atendiendo al principio de aportación de parte, este nos aclara que son las partes las que deben alegar los hechos objeto de sus pretensiones, y que sobre ellas también recaerá la carga de probar la existencia de dichos hechos, pretendiendo convencer al juez de su realidad (la denominada verdad formal pretendida en el proceso civil) o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración.

Es por tanto el principio de aportación de parte el que hace que sobre los litigantes recaiga la carga de alegar al proceso los hechos objeto de la controversia para su consideración por el tribunal como sustrato fáctico de su resolución. También recae sobre las partes la carga de probar los hechos alegados¹.

Así pues en el artículo 216 LEC encontramos que “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales” que atiende al principio de justicia rogada. Además esta carga, que no obligación, de probar se reitera en el artículo 282 LEC afirmándose que las pruebas se practicarán a instancia de parte.

Como hemos venido refiriéndonos el proceso civil de declaración se estructura en base al llamado principio de aportación de parte, lo que quiere decir que son las partes quienes deben, alegar los hechos que fundamentan la pretensión, deben llevar a cabo las pruebas con las que intenten demostrar la veracidad de los mismos. El órgano judicial pues no tiene en el proceso poderes de alegación ni de prueba².

El principio de aportación de parte según nuestro Derecho sirve, pues para determinar que son éstas las que tienen la carga de la prueba, pero este principio no sirve para nada más y, en concreto, no nos dice cómo debe distribuirse la carga de la

¹ FERNANDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Barcelona, 2000, p. 821, afirma que “esta concepción, que ha sido dominante en la regulación de nuestro proceso civil, aparece también sancionada en la vigente Ley 1/2000”. Declarada en los arts. 216 y 282 LEC.

² CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil*. Valencia, 2013.p. 29, con excepciones en las que los poderes del juez civil se podrían ampliar.

prueba entre las partes. Con sólo este principio para el tribunal es indiferente quién ha probado los hechos alegados³.

Ya vimos que conforme al artículo 282 LEC corresponde a las partes asumir la iniciativa en materia de prueba. Esta es la razón por la que las normas relativas a la carga de la prueba tienen una incidencia mucho mayor en aquellos procesos donde predomina el poder de disposición de las partes. Por este motivo, se suele decir que esta regla afecta esencialmente a los procesos de tipo dispositivo pues es en estos donde rige casi en su integridad el principio de aportación⁴. La carga de la prueba es pues consustancial al principio de justicia rogada.

4.2 El principio de adquisición procesal.

1. Concepto general conforme al cual las actividades procesales pertenecen a una relación única

En virtud del principio de adquisición procesal, los resultados de las actividades procesales son comunes para las partes, se logran para el proceso y el juez debe partir de ellos en su sentencia, independientemente de quién fuese la parte que los produjo.

La carga de la prueba atiende de modo directo, a la determinación de cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de que no se haya probado un hecho, y de modo indirecto a la fijación de qué parte debe probar un hecho.

Sin embargo es importante aclarar que las consecuencias de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba sólo tendrán lugar cuando el hecho no ha sido probado, de lo que obviamente deducimos que si se ha probado no entra en juego la carga de la prueba

³ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II Proceso civil*. Valencia, 2009, p 263.

⁴ DAMIÁN MORENO, Juan. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia, 2007, p.15. “las normas relativas a la carga de la prueba tienen una incidencia mayor en aquellos procesos donde los poderes ex officio del juez son más limitados, lo cual suele ocurrir normalmente en los que predomina el poder de disposición de las partes”.

Por lo tanto el principio de adquisición procesal, sería una cuestión previa a la aplicación de la carga de la prueba. Un principio que otorgase CHIOVENDA⁵, conforme al cual las actividades procesales pertenecen a una relación única, por lo que los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes⁶. En virtud de este principio surten efectos los hechos que se aportan al proceso, cualquiera que sea la parte que los ha alegado. Pero además con independencia de quién haya suministrado su prueba, no resultando suficientemente precisa su denominación.

Así pues del mismo derivamos que “las actividades procesales pertenecen a una relación única”, por lo que “los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes.

2. Importancia del mismo en relación con la prueba.

El principio de adquisición procesal tiene pues contenido general, si bien es en la prueba donde adquiere mayor sentido y donde nos interesa hacer hincapié, así pues este principio supone que, estando los hechos bien alegados, cualesquiera hechos, y estando probados, el tribunal ha de partir de ellos en la sentencia, sin referencia a cuál de las partes los ha probados⁷. Esto vendría a decir que todas las pruebas son del proceso, en que producirán certeza, y que tienen como destinatario al juez⁸.

Esto tendría relación con lo establecido en el art. 1228 CC, atendiendo al cual los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen. Se afirma así la indivisibilidad de documento.

Pero además las alegaciones y pruebas de las partes se producen pues en beneficio indistinto de ambas partes y no sólo de la que las aporta al proceso. La

⁵ CHIOVENDA, G. *Principios de derecho procesal civil*, II. Madrid, 1965, p.748.” El hecho de que las actividades procesales son comunes entre las partes, porque cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos estos pueden ser utilizados por la otra parte”.

⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Pamplona, 2012, p 112, citando a CHIOVENDA, G. *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1940, p.84, citando a CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil.*, II, Madrid, 1925, p. 205.

⁷ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II Proceso civil*. Valencia, 2009, p. 263.

⁸ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Pamplona, 2012, p 112 citando a SENTÍS MELENDO, S. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, p.217.

jurisprudencia española ha sido determinante. Asumió el principio de adquisición procesal en la STC de 20 de marzo de 1945, que consagró que: “cuando el hecho esté acreditado en autos es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material probatorio con tal de que el órgano judicial pueda extraer y valorar el hecho proclamado”⁹.

Así lo afirmó en Sentencias de 2 de junio de 1995, 20 de octubre de 1997, 12 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 1.999, afirmo que no se vulnera ni es invocable la infracción del principio distributivo del onus probandi cuando los juzgadores de instancia, obtienen su convicción decisoria por cualquiera de las pruebas obrantes en el pleito, con independencia del litigante que las hubiera proporcionado, o, en otros términos, cuando se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y se valora en conjunto su resultado, debido al principio de adquisición procesal.

En la actualidad esta doctrina sigue siendo mantenida por la jurisprudencia española en sentencias tales como la STS de 27 de diciembre de 2004 (RJ 201/ 2004), que destaca que lo fundamental en el proceso es la existencia de actividad probatoria en virtud de la cual el “el 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 entre otras”. Así como la STS de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006/153), que explicita: “Por ello, no puede darse la infracción cuando un hecho se declare probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal quién aportó la prueba¹⁰”.

Es preciso aclarar que este principio se ejerce en base a las pruebas practicadas con resultado de la prueba, independientemente de cuál sea este y no frente a las pruebas que tan solo se hayan propuesto o admitido¹¹.

⁹ STS de 20 de marzo de 1945 (RJ 1945/ 287).

¹⁰ También la STS de 31 de mayo de 2005 (RJ 828/2005), que afirma “por el contra de los hechos se establecen, conforme al examen de cada prueba su apreciación conjunta, de manera que sus resultancias responden plenamente al principio de adquisición procesal”

¹¹ STS, Sala Primera, de 26 de abril de 1993, “...la doctrina de esta sala mantiene la tesis de que lo útil procesalmente, es que el Tribunal haya podido formar elementos de juicio que comporten su convicción siendo irrelevante la procedencia subjetiva del instrumental probatorio que haya constituido a integrar la convicción del juzgador para establecer el factum como sustrato del tema litigioso, por lo que el motivo ha de perecer”.

De este modo, y en virtud de este principio, es posible que al juez le resulte indiferente inicialmente indiferente quién haya conseguido triunfar a la hora de probar una determinada circunstancia de hecho¹².

Por lo tanto vemos que en atención a estos dos principios tanto el principio de aportación de parte como el principio de adquisición procesal, la carga de la prueba no ha entrado en juego todavía, sino que nos sirven para recordar que los hechos alegados han de ser probados por las partes y que el resultado de la prueba debe ser tenido en cuenta por el juzgador con independencia de quién lo hubiese probado¹³.

4.2 Los poderes del juez civil

1. Facultades derivadas de la carga de la prueba, en condición de regla de juicio, debido al deber inexcusable del juez de resolver y al deber de llevar a cabo una tutela judicial efectiva.

La aplicación de las normas de la carga de la prueba, se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos, dada la insuficiencia o ausencia probatoria de los mismos.

Pues bien, el tribunal se puede encontrar con hechos necesitados de prueba, que no han sido probados, o que si bien habiendo sido probados, permanecen en el ámbito de la duda. A pesar de esta situación de hecho incierto, el juez está obligado a tomar una decisión, a fallar el pleito. Por todos es sabido que el artículo 1.7 CC impone al juez el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca, lo que corrobora además el artículo 11.3 LOPJ, con una referencia vinculante al principio de tutela judicial efectiva con base constitucional recogido en el artículo 24.1CE. Es además este deber de dictar sentencia, de resolución del conflicto planteado, la función básica y fundamental del juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

¹² DAMIÁN MORENO, VALENTÍN. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia, 200, p. 14.

¹³ STS de 27 de diciembre de 2004 (RJ 201/2004), en ella afirma que "...por lo que es fundamental que se aprecie la falta de prueba y que se hagan recaer las consecuencias desfavorables sobre la parte a quién no le incumbía la carga. Por ello, no puede darse la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquier que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba".

Su importancia hace que de manera correlativa integre el derecho de acción de las partes en función de su resultado. Su relevancia es tal, que por ello, incluso hay un delito tipificado ante la falta de pronunciamiento judicial, el delito de denegación de justicia recogido en el artículo 448 CP.

Por todo ello es lógico pensar que ante la posibilidad de una situación de incertidumbre respecto de los hechos probados teniendo el juez que dictar sentencia, la ley que impone al juez resolver siempre las cuestiones de que conoce, le diga y facilite también cómo reaccionar ante la posible falta de certeza.

Es por tanto que podemos afirmar que aquí reside el verdadero sentido de la carga de la prueba, que sería el de atender a la posición del juez al final del proceso. Así diferentes autores utilizando distintas palabras observan el sentido último de la carga de la prueba. Entre ellos MONTERO AROCA quién afirma que no se trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer las consecuencias de la falta de la prueba¹⁴.

Acertadamente y quizás de un modo más contundente RAMOS MÉNDEZ afirma que la carga de la prueba es un correctivo a la posibilidad de un non liquet¹⁵. La jurisprudencia española ha entendido correctamente este sentido de la carga de la prueba, al estimar que tiene el alcance y finalidad principal de considerar las consecuencias derivadas de la falta de la prueba, afectando principalmente a qué deberá hacer el juez al final del proceso.

Las normas de la carga de la prueba, son reglas que si bien constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes (aspecto en el que nos centraremos más adelante), también son reglas que como dice reglas, que bien aplicadas, permiten al juzgado confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico¹⁶. Sabiendo que el criterio contenido en dichas normas atiende a un criterio de justicia distributiva.

2. Facultades atribuidas al juez en sede probatoria.

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II Proceso civil*. Valencia, 2009, p. 264.

¹⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, 2008, p. 671.

¹⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2004, p.299, añade “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.”

De todos modos, la carga de la prueba no es el único recurso con que cuenta el juzgador para enfrentar esa situación de falta de certeza que resulta siempre indeseable. Hay una serie de atribuciones conferidas al juez en sede probatoria.

a) El artículo 429 LEC: precepto legal e interpretación del mismo.

La LEC incorpora entre las normas relativas a los procesos que deben seguirse conforme a los cauces procedimentales del juicio ordinario, en la fase de audiencia previa, una potestad conferida al órgano judicial que merece de un detallado comentario por las consecuencias anidadas al mismo. Nos estamos refiriendo al apartado primero del art.429 LEC¹⁷.

Pues bien, ante aquellas pruebas que desde su momento de proposición en la audiencia previa se revelen insuficientes para el esclarecimiento y certeza de los hechos controvertidos, el artículo 429.1 LEC ha introducido un novedoso mecanismo que permite al juez advertir a las partes de tal insuficiencia e incluso la de advertir o señalar la prueba que resultaría conveniente para obtener la certeza del mismo (inciso segundo del art 429.1.II)¹⁸.

Este precepto hace cuestionar la vigencia del principio rector en materia de iniciativa probatoria, el principio de aportación de parte¹⁹. Conclusivamente se afirma que los preceptos del art 429.1.II Y III, no constituyen una excepción al principio de aportación de parte (art 282 LEC), de este modo a las partes les sigue correspondiendo aportar los medios probatorio, proponiéndolos en fase de prueba. Correspondiéndole al

¹⁷ SANJURGO RÍOS, Eva Isabel. *Los poderes probatorios de los órganos judiciales en el actual panorama procesal civil*. León, 2010, p. 66. Añade que será de idéntica aplicación en el juicio verbal, a razón de la remisión que el Art 443.4 LEC efectúa al mismo, que establece que la proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del art 429. Aunque, el uso de dicho precepto necesariamente se tendrá que hacer en el acto de la vista al carecer el juicio verbal, como sabemos, de fase de audiencia previa.

¹⁸ DAMIÁN MORENO, Juan. *Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2000,p. 185, quien afirma que se ha atribuido la facultad para señalar qué concretos medios probatorios serían los más idóneos para evitar esa insuficiencia probatoria, así como las consecuencias procesales que de ella se derivarían.

¹⁹ SANJURGO RÍOS, Eva Isabel, citando a MAGRO SERVET, Vicente. *La advertencia del juez a las partes*, p49 “preocupación de los juristas la vía contemplada en el Art 429.1.2º LEC que parecía suponer una quiebra a los principios dispositivo y de aportación de parte del proceso civil, además de ir contra lo dispuesto en el Art 217 LEC, en cuanto a las consecuencias de la insuficiencia probatoria, ya que en el precepto ahora estudiado parecía introducirse una vía intervencionista del juez civil para sustituir la carencia de las partes”.

órgano judicial advertir de la insuficiencia probatoria de las pruebas propuestas por las partes, cuando procediese.

Numerosas críticas no solo por la posible parcialidad del juez, sino también por el cuestionamiento de la vigencia y aplicación de las normas relativas a la carga de la prueba (art 217 LEC), pues se cuestiona qué función vendrían a desempeñar estas, si el juez interviene en el momento de la proposición de la prueba indicando a los contendientes los hechos que deberían o no probar, pudiendo dejarlas inaplicables²⁰.

Respecto de estas cuestiones problemáticas, hay que aclarar que las normas referentes a la carga de la prueba sólo adquieren virtualidad al momento de dictarse sentencia y no en el momento de la proposición de la prueba. Por otra parte que el juez haga uso del Art 429.1 LEC, no conduce a que el hecho que mostraba insuficiencia probatoria pierda tal condición, por lo que las normas de la carga de la prueba seguirán siendo eficaces y útiles para que si los hechos continuasen mostrando insuficiencia probatoria, puede el órgano judicial dictar sentencia y no incurrir en la prohibición de non liquet²¹.

Existe una división doctrinal respecto a la interpretación de dicho precepto. Por una parte la interpretación literal del mismo hace ver que la pretensión del legislador ha consistido precisamente en imponer un auténtico deber o una obligación a los jueces para que tengan que indicar a las partes procesales los hechos controvertidos que, a su criterio, adolecerían de insuficiencia probatoria²².

De otro modo, con apoyo mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia, se da la interpretación del precepto como la concesión de una mera facultad al juez, correspondiéndole solo a él aceptar o rechazar la aplicación de la misma. Así lo

²⁰ DAMIAN MORENO, Juan. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. II*, Madrid, 2000, p.106.

²¹ STS de 7 de marzo de 2013 (RJ 2013/231), donde establece que “Se trata de una norma que no elimina la carga de la prueba que establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de una falta de prueba. Este mecanismo procesal es, además, discrecional. Surge de la mera consideración del juez de que las pruebas propuestas no son suficientes para esclarecer los hechos. Discrecional es también (“podrá”) señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente a partir de los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos. Consiguientemente, su omisión no supone infracción de las normas del proceso ni afecta al derecho de las partes causándoles indefensión. Finalmente, la insuficiencia probatoria puede venir dada por los propios elementos de prueba aportados por las partes, incluso de la prueba judicialmente insinuada”.

²² DAMIAN MORENO, Juan. *Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2000, p. 2160, donde añade “Una atenta lectura del precepto pone de relieve de que estamos ante una norma que contempla una hipótesis de la que el juez no puede prescindir”

establece la jurisprudencia entre otras en la SAP Navarra 16 de abril de 2002 (JUR2002/142806) donde se afirma que “no puede sostenerse, conforme a la tesis del recurrente y de algunos de los primeros comentarios a la nueva LEC., que el artículo 429.1 imponga al tribunal obligación alguna, otorgando a las partes, de modo correlativo, un derecho subjetivo por el que pudieran exigirle imperativamente el cumplimiento de aquélla (como si las partes pudieran liberarse de la carga y responsabilidad de probar los hechos alegados, transfiriéndolas al tribunal), ni que consagre una verdadera iniciativa probatoria del tribunal (entendida como facultad de practicar de oficio las pruebas que considere convenientes), pues, en todo caso, puestas de manifiesto la eventual insuficiencia probatoria y las pruebas que considere convenientes, seguirá correspondiendo a las partes la consiguiente carga probatoria como lo demuestra el artículo 435.1.1), a cuyo efecto podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba”²³.

Por lo tanto es fundamental incidir en que se trata de una mera advertencia, y que al encontrarnos ante un proceso civil, ni se trata de una actuación arbitral ni constituirá un prejuicio de la valoración y aplicación que hagan las partes de dicha advertencia. Siendo así que la práctica de los medios probatorios se hará depender de que finalmente los contendientes hagan o no caso a la sugerencia formulada por los órganos jurisdiccionales, pero no de otra forma, tal y como se deduce del párrafo tercero del art 429.1 LEC²⁴.

Así pues, la posible inaplicación de esta facultad, no constituiría indefensión por parte del juez, al tratarse de una advertencia facultativa, así nos lo ha hecho constar la jurisprudencia de TS y TC, en torno al concepto de indefensión. Así pues el TC en su STC de 27 de marzo de 2006 establece que tal indefensión deberá ser real y efectiva y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales²⁵. Por su parte el TS en su STS de 29 de noviembre de 2005, establece su

²³ SAP Navarra 16 de abril de 2002.

²⁴ SANJURGO RÍOS, Eva Isabel. *Los poderes probatorios de los órganos judiciales en el actual panorama procesal civil*. León, 2010, p. 77.

²⁵ STC de 27 de marzo de 2006, RTC 2006/85. “A este respecto, procede recordar que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, garantizado en el art. 24.1 CE, entre otras exigencias, “requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

concepción de indefensión ²⁶, donde alegaba que sólo se ampara constitucionalmente esa indefensión cuando a quien la alega se le ha impedido por causa a él no imputable poder en el proceso judicial hacer valer sus derechos o intereses legítimos. En el caso de la aplicación del art 429 LEC, observamos como realmente no tiene lugar la indefensión, atendiendo a la concepción de la misma, de nuestros tribunales.

b) Las diligencias finales: Art 435-436 LEC.

Por otra parte las diligencias finales concebidas como una potestad judicial, tratan de un trámite procesal que transcurre durante el plazo de los 20 días que se habilita al órgano judicial para que dicte sentencia, cuya previsión normativa se encuentra en los arts. 435-436 LEC, se trata de una actividad probatoria complementaria a las pruebas ya practicadas²⁷.

Sólo la práctica de diligencias finales con apoyo al art. 435.2 LEC, y más concretamente, cuando el juez las adopta de oficio, será un ejemplo de cómo la nueva regulación procesal ha incrementado las facultades probatorias del juez, aunque no en

Y también conviene recordar que, conforme venimos afirmando, sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella indefensión que resulte real y efectiva, la cual tiene lugar cuando, normalmente con infracción de una norma procesal, pero no necesariamente, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción". "Finalmente, interesa también subrayar que, para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que "tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales", es decir, "que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan".

²⁶ STS 29 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10192), en ella se establece que "La indefensión de la que habla el artículo 24-1 de la Constitución Española, que es a la que se remite el mencionado artículo 238-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de ser siempre imputable al Tribunal que tiene la obligación de dar satisfacción y tutela a los derechos que están en juego en un litigio, pero nunca a la que nace de la propia persona afectada. Por tanto, sólo se ampara constitucionalmente esa indefensión cuando a quien la alega se le ha impedido por causa a él no imputable poder en el proceso judicial hacer valer sus derechos o intereses legítimos".

²⁷ SANJURGO RÍOS, Eva Isabel. *Los poderes probatorios de los órganos judiciales en el actual panorama procesal civil*. León, 2010, p. 90, citando a MARTÍN OSTOS, José de los Santos, "Las diligencias finales" p. 385 "(...) son complementarias de las practicadas en la fase probatoria (en el juicio del proceso ordinario) a instancia de los litigantes; aunque practicadas en diferente momento procesal, representan un complemento de las primeras

detrimento de las que originariamente correspondan a los contendientes²⁸. Su fundamento jurídico radica en que el juez alcance el mayor convencimiento del litigio, y que por tanto se llegue a un mejor desenlace judicial certero de los conflictos planteados. Se requiere demostrar la necesidad probatoria para llegar a dicho fin.

Hay dos clases de diligencias finales, las de carácter ordinario, reguladas por el art 435 LEC, según las cuales el órgano judicial solo estará capacitado para adoptarlas cuando medie una solicitud previa a instancia de parte. Por otro lado, son las diligencias finales extraordinarias las que requieren nuestra atención, pues en ellas es el juez de oficio o a instancia de parte quién podrá acordar las diligencias probatorias (art435.2 LEC), que recaerán sobre hechos relevantes controvertidos y alegados, para cuya demostración se llevó a cabo la prueba cuyo resultado no fuese el esperado, en base a circunstancias desaparecidas y ajenas a la voluntad y diligencia de las partes.

Son estas diligencias las que han suscitado un incremento de los poderes del juez civil, y que han cuestionado la vigencia del principio de aportación de parte. Sin embargo no lo vulneraría al no suplir la iniciativa probatoria que por excelencia sigue correspondiendo a las partes. Además se tratará de una facultad excepcional que precisará de motivación suficiente, que incluya las circunstancias y razones que han conducido al juez a adoptarlas, en el auto donde se acuerde la práctica de las mismas.

La mayor intervención del juez durante el curso del proceso se hace notar en la fase probatoria, cuando tiene lugar la práctica de ciertos medios probatorios. Así pues se observan distintas intervenciones por el juez, entre ellas, algunas ya mencionadas, en el art. 429.1 (la tesis probatoria sugerida por el Tribunal a las partes), de la intervención activa del Tribunal a lo largo del proceso: el Juez no sólo puede instar, de oficio, a las partes a que alcancen un acuerdo (arts. 414,415, 428.2), sino que también puede pedirles que aclaren o precisen los hechos y las argumentaciones, con las consabidas advertencias (art. 426.6), e intervenir activamente en el procedimiento probatorio formulando preguntas a las partes (arts. 302.2, 306.1 Y 2, 307.2, 311), a los peritos (arts. 346, 347.2) y a los testigos (arts. 363.11, 364, 366.1, 368.2.11, 373).

²⁸ SANJURGO RÍOS, Eva Isabel. *Los poderes probatorios de los órganos judiciales en el actual panorama procesal civil*. León, 2010, p.90-91.

De este modo se aprecia un papel más activo del juzgador en el proceso civil, cuya misión consistiría no sólo en aplicar la consecuencia jurídica en la resolución judicial, resolviendo el conflicto jurídico que se le presente.

5. La noción de carga procesal.

5.1 Evolución de la noción de carga procesal y concepto alcanzado por la doctrina científica.

El concepto moderno de carga de la prueba se produjo bien entrado el siglo XIX, hablándose hasta entonces de obligación de prueba o de *necessitas probandi*. Es entonces, a pesar de la antigüedad de la expresión *onus probandi*, cuando esta empezó a adquirir el sentido que hoy se le da de carga de la prueba²⁹.

La mejor manera de entender el significado de la carga procesal, es atender a la concepción del proceso moderno. El proceso moderno se explica consiguientemente desde dos nociones fundamentales, una la de derecho subjetivo y otra la de la carga procesal³⁰. Así pues, este se basa por un lado en el concepto de un derecho subjetivo procesal de todas las partes del proceso, frente al cuál el órgano jurisdiccional dotado de potestad jurisdiccional asume una obligación, que es un imperativo del interés ajeno. Diferenciándose de la noción de carga procesal en las consecuencias de no ejercitar el derecho, así pueden ser o no ejercitados, pero el no ejercicio supondrá un perjuicio.

Por otra parte y donde reside nuestro interés, es en la noción de la carga procesal, entendida como una facultad o poder, pues el interés del cumplimiento o el ejercicio del mismo se corresponde con el interés propio de la parte que tiene esa carga, pudiendo levantarla o no según le parezca más conveniente, pues el favorecido por el levantamiento es esa misma parte³¹.

De otro modo sería como decir que existe una carga procesal cuando la parte quiere alcanzar un determinado resultado o fin jurídico, y la realización de un acto procesal se le presenta como necesaria para alcanzarlo³².

²⁹ SENTÍS MELENDO, S., *La carga procesal*, en *Teoría y práctica del proceso*, III, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.

³⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012 p.116 citando a GAVAZZI., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970.

³¹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Pamplona, 2012, p. 116.

³² MICHELA, G.A., *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 60.

Está contraposición de la noción de carga a la de obligación, se debe fundamentalmente a GOLDSCHIMDT, para cuyo entendimiento hay que partir de su teoría del proceso como situación jurídica, conforme a la cual los nexos existentes entre las partes son expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas; en este contexto la carga es “la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal”³³.

Por otra parte, resulta trascendental para dicha contraposición lo establecido por CARNELUTTI, que estableció que dicha distinción se fundaba en la diversa sanción apercibida a quien no realice el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica; en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga³⁴.

CARNELUTTI acabó refiriendo la distinción al interés, concretando que tanto la obligación como la carga tienen en común su elemento formal concerniente al vínculo de la voluntad, pero que a su vez difieren en su elemento sustancial, porque cuando nos encontramos ante una obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno, mientras que cuando hay carga, el vínculo se impone para la tutela de un interés propio³⁵.

Como conclusión a lo anterior, se aprecia que el proceso civil descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos. Así pues a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales. En el proceso, pues, no existen normalmente deberes (que son imperativos del interés ajeno y cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente) sino cargas, que se conciben como facultades que pueden ejercitarse en beneficio del interés propio, pues si su no ejercicio perjudica a la parte, su ejercicio le beneficia³⁶.

³³ MONTERO AROCA, Juan citando a GOLDSCHIMDT, James, *Der Prozess als Rechtstage*, Berlin, 1925, pp 335-362, traducción de Prieto Castro. *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, pp 201-212

³⁴ MONTERO AROCA, Juan citando a CARNELUTTI, F., *Lezione di diritto processuale civile II*, Padua, 1933, pp. 137.

³⁵ MONTERO AROCA, Juan citando a CARNELUTTI, F., *Sistema del Diritto processuale civile I*, Padova, 1936, p. 4 y p. 53.

³⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.117

5.2 Las normas de la carga de la prueba como carga procesal.

Las normas de la carga de la prueba imponen a las partes una auténtica carga procesal, esto es, la carga de promover la actividad probatoria en aras a acreditar el sustento fáctico de sus respectivas pretensiones procesales. La regla general es que la falta de certeza de un hecho perjudica a aquella de las partes que tiene interés en su afirmación, y por tanto, la falta de certeza del hecho constitutivo perjudica a quien hace valer el derecho, mientras que la falta de certeza del hecho extintivo o impeditivo perjudica a aquel contra quien se lo hace valer³⁷.

Por lo tanto, como destinatarios de tales normas son las partes litigantes las que, en la fase probatoria, las indica, informa y orienta qué hechos han de probar cada una de ellas con el fin de que la expectativa de obtener una resolución favorable se haga efectiva.

En definitiva, las partes tienen la carga procesal de promover la actividad probatoria, esto es, un imperativo fundado en su propio interés (como se viniese diciendo). Y es una auténtica carga y no una obligación jurídica por cuanto que su incumplimiento no determina la imposición de una sanción sino que la desatención de su carga les genera el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencias no encuentren amparo en la resolución judicial que ponga fin al conflicto judicializado. Las partes son libres para la proposición de los medios probatorios en orden a la consecución de la convicción psicológica del juzgador sobre los hechos por ellos afirmados. El legislador cumple garantizando el derecho de las partes para proponer los medios de prueba pertinentes para su defensa (art 24.2 CE), pero ese derecho es un imperativo del propio interés, que entra dentro de la estrategia procesal de las partes y, por ello, de ellas dependerá su ejercicio o no; si bien en todo caso las partes estarán estimuladas a la prueba de los hechos sobre los cuales ciere la carga en cuanto regla de juicio.

6. La importancia de las reglas de la carga de la prueba.

³⁷ GARCÍA- CUERVA GARCÍA, Silvia. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona, 2007, p.57

Para la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, el Juez es autónomo, siendo el experto que determinará la manera correcta de hacerlo. Así en el juego del proceso civil, el estado aporta el Derecho (*Iura novit curia*) y las partes aportan los hechos. De esta manera, el juez en el proceso, actúa sobre la base de dos principios: por un lado, la legitimidad democrática de los jueces, esto es, el principio de sumisión del juez a la ley y por otro lado, el principio de aportación de parte consagrado en los art 216 y 282 LEC³⁸.

Por ello, cuando en el pleito sólo se discutan cuestiones jurídicas, no entran en juego las normas de la carga de la prueba y, de hecho, cuando hay conformidad en los hechos, ni siquiera se celebra juicio, pasando directamente al dictado de sentencia.

Sin embargo, el Juez no es un interviniente en los hechos controvertidos, por lo que resulta necesario llevarle la más completa información de los mismos, ya que sólo así será capaz de aplicar sus conocimientos jurídicos. Por ello, bien sea por dejación de las partes, o bien por imposibilidad de aportar las evidencias necesarias, la información no siempre le llegará de manera completa al juzgador. Habrá multitud de ocasiones en que el juez se enfrentará al reto de tener que dictar una sentencia sin contar todos los datos de los que le gustaría disponer para la correcta resolución del conflicto, sin que quepa la posibilidad de salirse por la tangente, alegando imposibilidad de hacerlo³⁹.

Resulta un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a una tutela judicial efectiva⁴⁰, que establece que:

“Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes” (Art.11.3 LOPJ). De hecho, en el propio artículo 1 del Código Civil, a continuación de identificar las fuentes del ordenamiento jurídico, se prevé que “7.Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

³⁸ GARCÍA- CUERVA GARCÍA, Silvia. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona, 2007, p.50.

³⁹ BARRENECHEA CORREA, Gonzalo. *La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones*. Economist & jurist, 2013, p.2.

⁴⁰ STC de 12 de noviembre de 1984 (RTC 1984/102), donde se definió por primera vez el contenido de tal derecho.

Por tanto, resulta necesario conocer aquellas reglas que determinarán el sentido de las resoluciones judiciales en caso de que la información de la que se disponga por el órgano judicial no sea todo lo completa que se hubiera deseado. Estas reglas son las de la carga de la prueba y resultan de aplicación exclusivamente en caso de vacío probatorio, la STS de 09/05/2013 establece que: “la carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos”⁴¹.

Hasta no hace demasiado tiempo, dichas reglas se encontraban en el Código Civil, reduciéndose a la mención de que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. La disposición fue censurada por inexacta e incompleta, lo que daría lugar a una importante evolución jurisprudencial que ayudó mucho a perfilar las líneas maestras de lo que sería el Art. 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, clave de bóveda de la carga de la prueba.

7. La carga de la prueba.

7.1 Concepto, dimensión y caracteres.

El “expediente de la carga de la prueba” tan solo es aplicable, como repetidamente ha manifestado la jurisprudencia desde antiguo, cuando ante la “falta de prueba” de un hecho relevante para la decisión judicial, sigue siendo éste hecho incierto o dudoso para el tribunal⁴². Las reglas distributivas del onus probandi tienen la finalidad de determinar para quién han de producirse al final del proceso las consecuencias desfavorables de la ausencia o insuficiencia de prueba de los hechos controvertidos de que depende la decisión de la contienda judicial⁴³.

⁴¹ STS 9 de mayo de 2013, (RJ 241/2013).

⁴² SSTs de 15 de febrero de 1985 (RJ 1985/555), de 4 de noviembre de 1998 (RJ1998/8364) y de 6 de febrero de 2006 (RJ 1998/8364).

⁴³ FÉRNANDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Artículo 217-Carga de la prueba. Barcelona, 2000, p. 822. “Su razón

Así pues la doctrina de la carga de la prueba no dice quién viene obligado a probar algo, sino quién sufre las consecuencias de la falta de prueba, pues el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba⁴⁴.

La ley aborda el fenómeno precisamente a través de sus consecuencias, indicando al tribunal qué es lo que tiene que hacer cuando, al tiempo de dictar sentencia, por lo tanto después de recibir las pruebas, considere dudosos hechos relevantes para la decisión. Dicho así, la carga de la prueba es la cruda expresión del fracaso de la buena gestión del tribunal y partes en el manejo de la prueba⁴⁵.

La teoría de la carga de la prueba, considerada como una de las cargas del proceso, tiene una doble dimensión, y se resuelve en el proceso moderno de modo directo en una regla de juicio para el juez, regla que le dice cómo debe decidir cuándo un hecho no ha sido probado, y de modo indirecto en una regla de conducta para las partes⁴⁶.

Es habitual distinguir entre carga de la prueba formal y carga de la prueba material, de manera equivalente a la anterior clasificación. Puede decirse que la carga de la prueba formal se refiere a quien está en la posición prevista por la ley para probar, refiriéndose a la regulación de una actividad de las partes (regla de conducta), y se entendería regulada en los apartados 2 y 3 del art 217 LEC. La carga de la prueba material, por su parte estaría regulada en el apartado 1 del art 217, que serviría para determinar el contenido de la sentencia y por eso sería una norma dirigida al juez y de aplicación en el momento de dictar sentencia⁴⁷.

última reside en definitiva en el deber inexcusable de los tribunales, de resolver en todo caso de los asuntos de que conozcan”.

⁴⁴ STS de 8 de marzo de 1999, en ella “...la doctrina de la carga de la prueba no dice quien venía obligado a probar algo sino quien sufre las consecuencias de la falta de prueba; el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba. En el caso presente, se ha declarado probado (más bien admitido) la realización de la obra en elemento común y la ausencia del consentimiento unánime de los copropietarios y ello ha sido la base fáctica y jurídica de la acción declarativa que se ha instado y ha sido estimada, sin que importe, para tal declaración, el tiempo de las obras y la autoría de las mismas ya que no se condena al demandado”.

⁴⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008, p. 672.

⁴⁶ MONTERO AROCA, JUAN, *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.120

⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II Proceso civil*. Valencia, 2009, p. 263.

La carga de la prueba reúne los siguientes caracteres⁴⁸:

1. Es una carga de ejercicio facultativo.

2. Tiene carácter instrumental.

3. Tutela un interés jurídico propio.

4. Su incumplimiento no comporta sanción sino sólo la pérdida de expectativas de obtener una resolución judicial favorable (regla de conducta para las partes).

Según GARCÍA- CUERVA GARCÍA, los caracteres son fundamentalmente dos: imperatividad y subsidiariedad.

- 5 En cuanto a la imperatividad, establece que las normas del onus probandi son de naturaleza procesal y esto conlleva varias consecuencias como son: en materia de derecho intertemporal, rige la lex temporis, y no el derecho histórico y en materia de derecho espacial, rige la lex fori y no la lex rei. Además son normas de orden público o ius cogens, y por ende, imperativas, no pudiendo ser objeto de alteración por vía convencional, careciendo de efecto vinculante para el juez cualquier pacto que las partes puedan alcanzar, dentro o fuera del proceso⁴⁹.
- 6 En cuanto a la subsidiariedad, el art 217 es claro cuando establece que únicamente son aplicables las reglas de la carga de la prueba cuando “al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión”. Significa por lo tanto que solamente se aplicarán las reglas de la carga de la prueba solo se aplicarán cuando en el momento de dictar sentencia y valorada la prueba el juez entienda que los hechos fundadores de la pretensión de los que se derivase la consecuencia jurídica pedida permanezcan dudosos o inciertos. De este modo si los hechos han sido debidamente acreditados y probados no opera el supuesto de hecho de la carga de la prueba y sus reglas de distribución no serán aplicadas⁵⁰.

7.2 Función de la carga de la prueba, en sus distintas vertientes.

⁴⁸ LUNA ERGA, Álvaro. Regulación de la carga de la prueba en la LEC, Barcelona, 2000, p.5.

⁴⁹ STS de 29 de marzo de 1999 (RJ, 1999, 2012).

⁵⁰ STS, de 8 de marzo de 1999 (RJ 1999/405), entre otras que destacan la subsidiariedad de las reglas de la carga de la prueba.

1. Regla de juicio para el juez: pautas que ha de seguir el juez en la decisión judicial del conflicto ante la falta o insuficiencia probatoria.

a) Norma legal en la que se acoge.

La Ley de Enjuiciamiento Civil presenta en su artículo 217 apartado primero la regulación de la regla de juicio para el juez o carga de la prueba material.

La carga de la prueba material pone el acento en el «qué» ha de ser probado, pues una vez acreditado el hecho controvertido, al Juzgador le es indiferente si el actor o el demandado ha sido la parte que logró su convencimiento acerca de la existencia de tal hecho (principio de adquisición procesal).

Toda regla de juicio consiste en determinar pautas que ha de seguir el juez en la decisión judicial del conflicto ante la concurrencia de unos determinados presupuestos.

La regla del juicio antedicha regulada en el art 217.1 LEC, preceptúa que: “cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”. Según pues el citado apartado primero del artículo referido, la regla de juicio se compone de unos presupuestos y le indica al tribunal los efectos que tales presupuestos producen⁵¹.

b) Supuesto práctico en el que tiene aplicación

Como puede suponerse, este artículo no tiene más objeto que establecer reglas que solucionen al juez el problema del hecho incierto. No contiene normas acerca sobre su valoración sino un principio de atribución de la carga probatoria solo utilizable en el supuesto de que exista un hecho que no haya quedado acreditado⁵².

⁵¹ FERNÁNDEZ BLANCO, Roberto. ANAF (Asociación Nacional de Asesores Financieros).

⁵² DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*. Valladolid, 2000, p. 1420.

De este modo al final del proceso, el juzgador debe tomar postura y dictar sentencia y considerar respecto de él y de su certeza, cada uno de los hechos afirmados por las partes. Las posibles situaciones son las siguientes⁵³:

- a) Los hechos afirmados por la parte, existieron, de manera que la actividad probatoria ha producido certeza sobre los mismos. En esta situación, el juez dictará sentencia dando el hecho por probado y declarará la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.
- b) Los hechos afirmados por la parte no existieron. En este caso el juez dictará que queda probada la inexistencia de los hechos y dictaminará que no da lugar a la consecuencia pedida y prevista en la norma jurídica de la que el hecho era supuesto fáctico.
- c) Los hechos afirmados no han llegado a ser probados. En esta situación no se ha producido la certeza sobre el mismo, ni positiva (hecho incierto), ni negativa (hecho no probado). En esta situación el juez tiene que dictar sentencia sobre el fondo del asunto, dada su obligación de resolver todas las causas de que conozca, estimando o desestimando la pretensión, a pesar de la incertidumbre sobre el hecho.

Objeto de nuestro interés, es el supuesto tercero, que es el que va a generar problemas, pues como quedo reflejado no es posible una sentencia de non liquet. El Art 7.1 del CC impone al juez el deber inexcusable de resolver en todas las causas de que conozca, lo que corrobora el artículo 11.3 de la LOPJJ, este último con referencia a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE⁵⁴. Además el art 448 del CP tipifica el delito de denegación de justicia. De este modo, se llega a la reflexión de que el fundamento de las normas de la carga de la prueba se encuentra en la prohibición del non liquet⁵⁵.

⁵³ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.123.

⁵⁴ STS de 19 de Marzo de 2014, "Las reglas de la carga de la prueba, no tienen por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba".

⁵⁵ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Pamplona, 2012, p.121.

Si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso. Las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos⁵⁶.

c) Concepto e interpretación jurisprudencial de la misma.

La teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de la prueba⁵⁷. La jurisprudencia así lo ha reflejado en distintos pronunciamientos, entre ellos en el que establece que “La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC - STS 263/2012, de 25 de abril (RJ 2012, 6100) (RC 984/2009) y en idéntico sentido SSTS 684/2012, de 15 de noviembre (RJ 2013, 15) (RC 1024/2010), y 561/2012, de 27 de septiembre (RJ 2012, 9707) ”⁵⁸.

Desde esta perspectiva, la denominada regla de juicio significa en relación a la falta de prueba de los hechos controvertidos, lo que el sistema legal de fuentes representa en relación a la oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. Si el juicio de derecho no puede ser eludido en la duda sobre la normativa aplicable al caso, el

⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p. 122.

⁵⁷ ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1955, p. 222.

⁵⁸ STS de 9 mayo de 2013 (RJ 2013\3088)

juicio de hecho tampoco puede serlo ante la incertidumbre sobre la realidad de lo acontecido⁵⁹.

La jurisprudencia española ha entendido correctamente que la doctrina del *onus probandi* tiene como función principal señalar las consecuencias de la falta de prueba. En el momento de dictar sentencia el juez ha de preguntarse, cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, a cuál de las partes perjudicará esa circunstancia y, y por ese camino, cuál debió probarla⁶⁰.

Se trata de normas de carácter imperativo, y en consecuencia no susceptibles de ser modificadas convencionalmente. El juez es por tanto destinatario de las mismas de modo que su inobservancia provoca el que la sentencia pueda ser impugnada⁶¹, incluso mediante recurso de casación⁶².

La doctrina de la carga de la prueba por lo tanto, con relación al juez sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba. Por lo tanto no sirve para que el juez diga a las partes cuál de ellas debe probar.

El juez por lo tanto no asume una función distribuidora de la carga de la prueba, pues él sólo cuestionará la falta de prueba de una afirmación de hecho y lo hará en el momento de la sentencia.

⁵⁹ FÉRNANDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*. Artículo 217-Carga de la prueba. Barcelona, 2000, p. 822

⁶⁰ STS de 29 de Abril de 2009, en ella se afirma "...el artículo 217 de esta norma- tiene siempre carácter excepcional, estando reservada a aquellos casos en que el tribunal ha alterado la regla, haciendo recaer, ante la falta de acreditación de un hecho, la carga de su demostración sobre quién no debe soportarla -el actor, los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la demanda y a la reconvenición, y el demandado y actor reconvenido, los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de la demanda o reconvenición-, lo que excluye la posibilidad de la denuncia de su infracción cuando el tribunal sentenciador ha tenido por acreditado un hecho".

⁶¹ STS de 17 de marzo de 2014, R 1482/2012. "En primer lugar, esta Sala ha declarado reiteradamente que las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quien, según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no procede que se le impute la laguna o deficiencia probatoria".

⁶² DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*. Valladolid, 2000, p. 1422.

De este modo el art 217 se sitúa dentro de las normas reguladoras de la sentencia y no las de la prueba, pues las reglas distributivas del onus probandi no operan por tanto en la fase probatoria sino en la decisoria⁶³. Así pues la jurisprudencia establece que “La carga de la prueba no establece "mandatos" sobre quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes.

La prohibición de una sentencia de "non liquet" (no está claro) que establecen los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) y 1.7º del CC , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, conlleva que deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba para el caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso.

Es por ello que el precepto que la regla no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia (y de ahí que su infracción haya de denunciarse por el ordinal 2º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso⁶⁴.

Además el art 217 dispone en su apartado primero que cuando el juez o tribunal, al tiempo de dictar sentencia considerase dudosos unos hechos que se manifiestan como relevantes para la decisión, desestimaré 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.

Por lo que en el proceso civil no se atribuye al juez el poder-deber de acordar pruebas de oficio, lo que hará que la doctrina de la carga de la prueba tenga sentido.

⁶³ FÉRNANDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I. Artículo 217-Carga de la prueba.*, p. 823.

⁶⁴ STS de 12 de junio de 2013 (RJ 2013\4978).

Así pues en un sistema que admitiese la investigación de oficio de la verdad de los hechos, el reparto de la carga de la prueba no tendría razón de ser”⁶⁵.

2. Regla de conducta para las partes

a) Concepto e interés debido a la exposición de motivos de la LEC.

Como se dijese en su momento, la teoría de la carga de la prueba se resuelve en el proceso moderno de modo indirecto en una regla de conducta para las partes (lo que vendría a ser la carga de la prueba formal).

La carga subjetiva o formal de la prueba responde a la pregunta “quién ha de probar”. Además indica a las partes el camino probatorio a seguir.

Las reglas de la carga de la prueba afectan a las partes porque les indican la necesidad de probar sus afirmaciones y el ámbito del derecho a probar que ostentan en el proceso.

Son la salida orientativa cuando el Tribunal duda acerca de la certeza de los hechos probados, bien porque no han sido probados, bien porque la prueba ha sido insuficiente o insatisfactoria.

La solución ante dicha situación sería la consistente en resolver en contra de la parte que no ha probado los hechos dudosos que integran el supuesto fáctico de la norma jurídica cuya aplicación pretendía. Por lo tanto la carga de la prueba como regla de conducta para las partes puede ser definida como la necesidad de las partes de probar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que invocan a su favor, a riesgo de obtener una resolución desfavorable a sus pretensiones y resistencias.

Respecto a las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del proceso, para que aquellas sepan cuál debe probar una afirmación de hecho determinada si no quieren que entre en juego la consecuencia de la falta de prueba de una afirmación (la llamada carga formal de la prueba). Las reglas existentes para este segundo supuesto son las mismas que aplicará el juez como regla de juicio, así pues en el proceso civil sólo pueden existir unas únicas reglas⁶⁶.

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p 124 citando

⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.124.

Con respecto a la carga de la prueba la exposición de motivos de la LEC, establece 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. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo”.

Este apartado permite entender que las normas de la carga de la prueba son en sus resoluciones de regla de juicio y regla de conducta para las partes, las mismas, y que, atenderán a dichas finalidades.

b) Norma legal a la que se acoje.

Los apartados 2 y 3 del art 217LEC, establecen la carga de la prueba formal de demandante y demandado. La LEC afirma que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. En cambio “incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de la 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”, es decir los hechos constitutivos⁶⁷.

8. La búsqueda de una regla general.

Desde antiguo se ha venido intentando reglar adecuadamente la atribución de la obligación de probar. La historia de la carga de la prueba es la relación de la búsqueda de una regla general para determinar, de modo claro y para todos los procesos civiles quién debe asumir las consecuencias de que una afirmación de hecho no se haya probado⁶⁸.

⁶⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2004, p.300

⁶⁸ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p. 124.

En dicha búsqueda se han defendido posturas muy diferentes, destacando como las más importantes: las máximas romanas, las clases de hechos, las condiciones generales y específicas y el supuesto fáctico de la norma favorable⁶⁹.

8.1 Las máximas romanas o medievales.

Estas son las fórmulas no propiamente romanas, sino medievales:

- “Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”: *La prueba incumbe a aquél que afirma, no al que niega.*
- “Quia Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit”: *Porque la necesidad de probar incumbe siempre al que demanda.*
- Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est
- Actor incumbit probati, Reus in excipiendo fit acot: Al demandante le toca la prueba de los hechos que alega, al demandado, de las excepciones que presenta.
- Actore non probante, reus absolvitur: Si el actor no prueba, el reo es absuelto.

Estas máximas no pretendían establecer reglas generales sino solucionar casos concretos. Su intento de generalización se dio con los glosadores pero pronto se vio su insuficiencia para resolver todos los supuestos problemáticos dado la defectuosa interpretación de las mismas por los glosadores y comentaristas.

8.2 Las clases de hechos

Dada su manifiesta insuficiencia para resolver todos los supuestos problemáticos, la doctrina y la jurisprudencia, optaron por distinguir entre hechos, atribuyendo al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado la prueba de los impeditivos, de los extintivos, y de los excluyentes. Esta regla venía regulada en el derogado art 1214 CC, ahora sustituido por el art 217 LEC. Además el Tribunal Supremo la descubrió en su sentencia de 3 de junio de 1935, la cual se reiteraría en numerosas ocasiones.

La regla general del viejo artículo 1214 CC, establecía que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de extinción al que la opone”. Esta regla resultaba incorrecta, porque probaban las afirmaciones de los hechos en lugar

⁶⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid, 2006, p. 87 y ss.

de las obligaciones y los derechos subjetivos, por otra parte era incompleta porque no hacía referencia a estas dos clases de hechos impeditivos ni extintivos.

El principal problema derivaba, de que aún integrados los hechos, no siempre estaba clara la naturaleza de un hecho, por cuanto ésta no es absoluta sino relativa, determinándose conforma a la relación jurídica que se deduce en el proceso⁷⁰.

El hecho de que no se trate de una regla absoluta y propia del proceso, hace que no pueda aplicarse indiscriminadamente.

8.3 Las condiciones generales y específicas

Dada la insuficiencia de la distinción de clases de hechos, se dio un paso adelante con la distinción entre las condiciones generales y específicas de la existencia de las relaciones jurídicas y ello porque, el exigir al demandante la prueba de las dos significaría conducirlo a la imposibilidad de hecho de probarlas. La distinción conduce a relevar de prueba de las condiciones generales al demandante, que sí debe probar las condiciones específicas⁷¹.

Si el demandante ha probado las condiciones específicas del nacimiento de los derechos, no cabe ya exigirle que pruebe nada más, pues sería absurdo que se le impusiera además la carga de probar que a lo largo de la vida de la relación jurídica no ha surgido hecho alguno que la hay extinguido o modificado. Así pues sobre el demandado recaerá la carga de la prueba de las condiciones generales, si es que ha afirmado que alguna no concurrió en el momento de nacer la relación jurídica, y también la de todos los hechos que afirme hayan incidido en el desarrollo de la relación⁷².

Si se atiende bien se advertirá que no existen sustanciales diferencias entre esas reglas y las que se deriven de la clasificación de los hechos, que la dificultad al determinar la naturaleza de los hechos se reproduce cuando se trata de precisar la naturaleza de las condiciones. Se ha afirmado que la distinción entre condiciones generales y específicas se comprende mejor si se plantea entre normalidad y anormalidad. El demandante para ver estimada su pretensión debería estar exento de

⁷⁰ GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, Madrid, 1947, p. 369-370.

⁷¹ CHIOVENDA, G. *Principios de derecho procesal civil, II*, Madrid, 1925, p.255.

⁷² MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.127.

probar lo que es normal dentro de las relaciones jurídicas, imponiéndose al demandado la carga de lo anormal si lo alega.

Un ejemplo aportado por CHIOVENDA, muestra que si el actor alega que el demandado se comprometió a entregarle una cantidad de dinero y el demandado opone que su promesa se hizo en broma o como juego, e actor no deberá probar nada, pues su hecho constitutivo ha sido admitido por el demandado y sobre éste recaerá la carga de probar la falta de causa de la obligación.

8.4 El supuesto fáctico de la norma favorable

Dados los inconvenientes de las reglas anteriores, se llegó a la conclusión de que si lo que una parte pretende es beneficiarse de la aplicación de una norma jurídica ha de soportar la carga de la prueba del supuesto fáctico de esa norma o, mejor dicho, sobre ella recaerá la carga, primero de afirmar y, luego, de probar los hechos que componen ese supuesto fáctico.

La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos, o en otras palabras, cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable, de la norma cuyo efecto jurídico favorable redundará en su provecho⁷³.

Así pues a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal⁷⁴.

Por lo que básicamente se resume en que el actor tiene que probar lo que constituye el fundamento fáctico de la estimación de su pretensión, mientras que sobre el demandado recae la prueba de lo que le libera de la obligación asumida conforme a los hechos constitutivos⁷⁵.

Como posible críticas a esta concepción, podría decirse que no podrá resolver o solucionar todas las cuestiones que se susciten, entre otras razones porque la invocación

⁷³ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.128 citando a ROSENBERG, J. La carga de la prueba, p. 123.

⁷⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 468.

⁷⁵ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Pamplona, 2012, p.128.

de una determinada norma jurídica por la parte no vincula al juzgador que puede optar por declarar el efecto pedido por la parte aplicando una norma no invocada.

9. Regulación de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico.

9.1 Búsqueda de una regla única para la distribución de la carga de la prueba.

La sucesión de concepciones que hemos visto evidencia que la búsqueda de una regla única y abstracta para la distribución de la carga de la prueba no ha sido sencilla.

Parte de la doctrina ha acabado reconociendo que la carga de la prueba no puede fijarse si no es con referencia a cada pretensión. Ante esta situación, parece lo más adecuado dirigir los esfuerzos a encontrar, no ya una regla, sino unos principios que, luego, se acomoden a los casos concretos.

Los inconvenientes que estuviesen ocasionando con la aplicación de las distintas concepciones anteriores se evitan con la aplicación del método actual utilizado para regular la carga de la prueba. Así pues la LEC utiliza el criterio utilizado por MICHELLI, el cual establece que para la ley lo decisivo en relación con la carga de la prueba no es el hecho en sí, sino el efecto jurídico que las partes pretenden obtener en relación con la acción ejercitada

Es evidente que el problema de la carga de la prueba no se remedia atribuyendo a cada litigante la prueba de los hechos que alegue porque tal criterio es insuficiente. Por eso opta por el criterio que tradicionalmente ha dado mejores resultados. Eso quiere decir que para afrontar el tema probatorio lo primero que tiene que hacer el juez, después de averiguar qué tipo de hecho es el que hay que probar, es determinar a quién corresponde su prueba en función de la naturaleza del mismo y de la relevancia que dicho hecho ocupe en relación con la posición procesal de quién lo haya alegado a su favor.

9.2 Formulación del art 217 LEC.

El legislador es lo que ha querido, y solo era preciso elevar la dicha formulación a la categoría de norma, llegando a la formulación del art 217 LEC. Para ello, ya que no es siempre fácil determinar la naturaleza de los hechos que configuran el fundamento de cada una de las pretensiones deducidas, era preciso y necesario concretar las distintas categorías de los hechos respecto de los cuáles referir tales reglas, problema resuelto por el legislador que acude a la clásica clasificación chiovendiana que distingue los hechos entre constitutivos por un lado, y por otro, los impeditivos, extintivos y excluyentes (enervantes según la terminología de la LEC)⁷⁶.

El nuevo camino tiene que partir necesariamente de lo establecido en nuestro derecho positivo, en el que nos encontramos con normas de muy distinto alcance. Debemos partir por lo tanto del art 217 LEC, donde encontramos las reglas de distribución de carga de la prueba, así como la regla de juicio.

Artículo 217. Carga de la prueba⁷⁷.

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

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 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.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de

⁷⁶ DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Valladolid, 2000, p. 1420.

⁷⁷ Artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. 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.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

[9.3 Las reglas que regulan la carga de la prueba.](#)

1. Las reglas legales

En la ordenación legal anterior a la vigencia de la nueva ley procesal civil, la norma fundamental en la materia se encontraba en el art 1214 del Código Civil que, haciendo suya la regla contenida en el art 1315 del Código francés de Napoleón de 1804, atribuía “la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá”. La disposición fue censurada por inexacta e incompleta: lo primero porque se refería a las obligaciones, cuando solo los hechos son objeto de prueba; y lo segundo, porque, si bien tomaba en consideración los hechos constitutivos y extintivos, no hacía lo propio con los impeditivos y los excluyentes⁷⁸.

⁷⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Barcelona, 2000, p. 824.

Esta norma mencionada, pese a sus deficiencias e inexactitud, sentó las bases y permitió dar soporte legal a nuevas y más abstractas formulaciones, que partiendo de la naturaleza de los hechos sujetos a prueba, fueron enriqueciéndose con la incorporación de nuevos criterios integradores.

La preocupación por la seguridad jurídica en las decisiones judiciales ha inspirado la redacción de una regla de validez y alcance generales sobre la distribución de la carga probatoria que supere los defectos que presentaba su anterior formulación. Esta nueva regla, que se contiene en el art. 217 LEC, sintetiza la doctrina mayoritaria sobre carga de la prueba desarrollada con base en el art. 1214 CC y unifica en un sólo texto toda la normativa procesal que hasta la fecha se encontraba dispersa en diversos cuerpos legales (arts. 26 Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal y 29.b) y c) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad). Con ello, el legislador ha venido a reconocer la naturaleza plenamente procesal de la carga de la prueba y ha establecido su regulación en su sede natural, la LEC⁷⁹.

Si se compara con el art. 1214 CC, llama la atención la extensión y minuciosidad con la que ahora se regula la carga de la prueba en el art. 217 LEC, hecho que da razón de la importancia de la materia que regula y de la necesidad de reducir el margen a la interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto en beneficio del principio de seguridad jurídica. Así, el apartado 1 del art. 217 LEC recoge la regla de juicio en el proceso civil y señala los presupuestos para su aplicación, mientras que los apartados 2 y 3 establecen el reparto de la carga de la prueba entre las partes en el proceso, cuya insatisfacción justifica que resulte de aplicación por el Juez la regla de juicio.

Como se vendría diciendo el art. 217 LEC, por lo tanto, se dirige no sólo al Juez o Tribunal sino también a las partes en el proceso. Con respecto al Juez o Tribunal, la regla de juicio que se contiene en el apartado 1 del art. 217 LEC sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante la falta o insuficiencia de la prueba de un determinado hecho, decida qué parte ha de sufrir las consecuencias negativas de esa falta o insuficiencia probatoria.

“La carga de la prueba no significa que solo puedan valorarse, para estimar las pretensiones de cada parte, las pruebas practicadas a su instancia. Las reglas de la carga

⁷⁹ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, 2000, P. 7.

de la prueba, entre las que se encuentra la que prevé que corresponde al demandante la carga de la prueba de los hechos en que se apoye su pretensión, no tienen por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) y 1.7º del Código Civil (LEG 1889, 27) , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba”⁸⁰.

Por su parte, los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC integran la norma y concretan qué hechos debe probar cada parte para eludir los efectos contrarios a su interés en el supuesto de que, al final del proceso, los hechos no hubieran quedado debidamente acreditados. En la LEC se conjuga la distinción clásica entre hechos constitutivos, por un lado, y extintivos, impeditivos y excluyentes, por el otro, con algunas de las fórmulas que habían sido apuntadas por la doctrina como complemento de la distinción para superar los problemas de la misma⁸¹.

a) **Reglas generales: ligadas a la estructura de las alegaciones de las partes.**

- Reglas distribuidoras de la carga de la prueba entre las partes.

Dada la importancia y las consecuencias que se siguen de la falta de prueba, es lógico que se pretendan establecer unas reglas claras de distribución de la carga de la prueba. Para llegar a esta clasificación en la distribución de las reglas de la carga de la prueba el legislador ha seguido una línea jurisprudencial del TS, recogidas por primera vez en la STS de 3 de junio de 1935 (RJ1935/1242), que establece que “el artículo 1214

⁸⁰ STS 19 marzo de 2014. (RJ 2014\2525), que además añade “ solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art.217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) y desarrolladas por la jurisprudencia”.

⁸¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Barcelona, 2000, p. 823.

CC ha de ser entendido..., al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos, del derecho que reclama, pues si el demandado no se limita a negar tales hechos sino que alega otros, suficientes para pedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado en la demanda, tendrá él que probarlos, como habrá de probar también aquellos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrán ser demostrados por la partes adversa sin grandes dificultades...”⁸².

De este modo la ley toma en consideración la tipología de hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, que hace referencia al contenido de las alegaciones de las partes⁸³, tratándose de una clasificación cuatrimembre de los hechos procedente de CHIOVENDA. Además, es importante aclarar, que esta clasificación atiende también a que la naturaleza de los hechos sufre modificaciones en función precisamente del efecto jurídico pretendido por la parte a quien beneficie, por lo que un hecho puede ser constitutivo o extintivo en función de la consecuencia jurídica que las partes aspiren conseguir⁸⁴. Se trata de un criterio de distribución de la carga de la prueba propuesto por MICHELI.

A la hora de aplicar las reglas sobre la carga de la prueba, lo primero que hay que hacer es averiguar la clase de hecho que ha quedado sin probar ya que, en realidad las distintas clases de hecho a las que nos referimos no tienen razón de ser más que en el proceso⁸⁵.

- Tipología de los hechos.

Atendiendo a la clasificación de los hechos, serán:

- Constitutivos, aquellos que dan vida a la relación jurídica que se hace valer. Son hechos necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada.
- Impeditivos, aquellos que poseen la cualidad de privar a un hecho de la facultad de desarrollar su efecto normal.

⁸² SSTs de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004/1876) y de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005/153), entre otras.

⁸³ RAMOS MENDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008, p.674

⁸⁴ DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil, Tomo I*, Valladolid, 2000, p. 1421.

⁸⁵ CORTÉS DOMINNGUEZ., Valentín. *Derecho Procesal Civil*. Valencia, 2013, p.214.

- Extintivos, aquellos que si bien no niegan la existencia del título sobre el que el actor fundamenta su pretensión, hacen cesar las circunstancias que dan vida a la acción ejercitada. Se tienen en cuenta con independencia de quién los haya aportado.
- Excluyentes, aquellos que se caracterizan por ser el fundamento de las verdaderas excepciones en sentido propio de modo que estos sólo pueden ser tenidos en la medida en que son afirmados.

A veces resulta muy difícil apreciar las circunstancias concretas de los hechos que se oponen con el objeto de contrarrestar el derecho del actor⁸⁶.

La calificación de un hecho según estas categorías no deja de tener sin embargo un valor relativo, en cuanto está en función de la pretensión que fundamenta, pudiendo un mismo hecho ser constitutivo o extintivo según la pretensión que se sustente. Resulta por otra parte difusa la frontera entre hechos constitutivos e impeditivos, y los constitutivos pueden llegar a ser ilimitados y de difícil acotación en cada caso, si se consideran tales todos los presupuestos de que depende la existencia y subsistencia del efecto jurídico pretendido⁸⁷.

- Regla legal

Lo cierto es que en la búsqueda de una regla absoluta, se ha encontrado una solución general. La norma general sobre la carga de la prueba es el art.2 y 3 de la LEC. Mientras el apartado primero se refiere a la llamada carga material de la prueba como ya hemos visto, en su apartado segundo y tercero establece las reglas de la carga formal.

En el apartado segundo se refiere a las afirmaciones fácticas que ha de probar el actor (y el demandado reconviniente), mientras que en el apartado tercero se refiere a la carga probatoria del demandado (y del actor reconvenido). Atendiendo a los mismos, corresponde:

- a. Al actor (y al reconviniente) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables,

⁸⁶ DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil, Tomo I*, Valladolid, 2000, p. 1422.

⁸⁷ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*. Barcelona, 2000, p. 825.

el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (y de la reconvencción), con lo que está aludiendo a los hechos que se presentan en el caso concreto como constitutivos.

- b. Al demandado (y al reconvenido) incumbe 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 constitutivos, con lo que se imputa al demandado la carga de la prueba de los hechos que en el caso concreto se presenten como impeditivos, extintivos o excluyentes.

Por lo tanto conforme a dichas normas corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado el de los impeditivos, extintivos y excluyentes⁸⁸.

De ello resulta, en síntesis, que el actor debe probar lo que fundamenta su demanda; el demandado lo que fundamenta su oposición a la misma. Aun así hay que entenderlo limitado a los hechos controvertidos, es decir, a los hechos identificados como necesarios de prueba, pues en el resto sería inviable⁸⁹.

- Límites de rango constitucional a la estructura de las alegaciones de las partes.

Existen unos límites de rango constitucional a estas reglas⁹⁰:

- No puede exigirse a una de las partes una prueba imposible o diabólica que cause indefensión⁹¹. Así pues dicha prueba causaría indefensión dado su imposibilidad probatoria, al no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos⁹².

⁸⁸ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II Proceso civil*. Valencia, 2009, p. 265.

⁸⁹ RAMOS MENÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008, p. 675.

⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona. 2012, p.130

⁹¹ STS 14/1992 de 10 de febrero “Que es doctrina reiterada de esta Sala la de que por maquinación fraudulenta, como causa de procedencia del recurso de revisión, se ha de entender todo artificio realizado personalmente o con auxilio extraño por la parte que haya obtenido la sentencia deseada, o por quienes la representen, que implique una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, con consciente y voluntario aprovechamiento a través de actos directos o inmediatos que provocan una grave situación de irregularidad procesal, con la consiguiente indefensión de la contraparte, debiendo en todo caso deducirse tal maquinación de hechos ajenos al pleito, pero no de los discutidos y alegados en el mismo”.

⁹² FERNÁNDEZ BLANCO, Roberto. ANAF (Asociación Nacional de Asesores Financieros)

- No pueden adoptarse reglas de distribución de la carga de la prueba que produzcan situaciones de supremacía o privilegio de alguna de las partes⁹³.

b) La aplicación correctora de los principios de normalidad, facilidad y disponibilidad probatoria.

- La expresa remisión legal a estos criterios.

1. El apartado séptimo del artículo 217 LEC

El art 217.7 LEC establece textualmente que: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Se trata de un mecanismo flexibilizador de la aplicación de las reglas de la carga probatoria con una amplia tradición jurisprudencial. Esta concepción tiene su origen en una amplia tradición jurisprudencial que el legislador quiso conservar y elevar a rango legal, refiriéndose a tales principios como mecanismos flexibilizadores de la carga de la prueba⁹⁴.

⁹³ STC 227/1991 de 28 de noviembre. La exigencia de alguna de las partes de una indebida carga de la prueba con vulneración del principio de igualdad en la administración de la prueba será según esta “dicha conducta es contraria al principio procesal de igualdad que ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por el art. 24.2 de la Constitución, pues, en el diseño del proceso establecido en dicha norma fundamental, la evidencia, presupuesto ineludible de la Sentencia, ha de obtenerse evitando las situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio”.

⁹⁴ STS 213/ 2004 de 26 de marzo. Esta sentencia hace una aclaración del principio de facilidad y disponibilidad probatoria y otras cuestiones, “...donde se tiene manifestado que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 1994 y 30 de julio de 1999); y el Tribunal Constitucional, en sentencia número 227/1991, ha declarado que, cuando las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la CE) conlleva que dicha parte es quién debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad; igualmente, en SSTC números 98/1987 y 14/1992, afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 de la CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa; y, finalmente, aparte de otras, en SSTC de 17 de enero de 1994, 17 de julio de 1995, 28 de febrero de 1997 y 26 de julio de 1999, ha manifestado que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin

Fue estableciendo a su vez que ambos principios valoran las posibilidades probatorias de las partes, examinando cuál tiene más posibilidades de traer la prueba a los autos, partiendo de la condición de las partes “dentro de sus posibilidades, según su situación y disponibilidad de medios”.

En el apartado 7 del art. 217 LEC, se asumen expresamente estos criterios, de manera que los Tribunales, junto con la regla de juicio y la de distribución de los hechos a probar ya comentadas, deberán ponderar la posición probatoria en que cada una de las partes se encuentre en el proceso. Ciertamente, en el art. 217.7 LEC no se cita el criterio de la normalidad o probabilidad, pero su aplicación, según entiende la doctrina mayoritaria, no queda desautorizada sino que ha de entenderse asimismo implícita en ella.

De este modo, si a la hora de resolver un asunto el Tribunal no ha alcanzado la certeza, positiva o negativa, de un determinado hecho, en primer lugar deberá calificar el hecho para determinar a cuál de las partes correspondía su prueba y, en segundo lugar, aplicar la regla de juicio para determinar a cuál de ellas ha de perjudicar la falta de su acreditación, pero no de forma inflexible sino con atención a los criterios correctores del art. 217.7 LEC⁹⁵.

2. Posibilidad de acomodación de la regla a los casos concretos.

Por lo tanto la regla general, no se presenta sola, pues ha de ser siempre completada con lo que dispone el apartado 7 del mismo artículo 217 LEC. Por el hecho de tratarse de una regla general tiene que admitir la entrada en juego de toda una serie de supuestos de acomodación de la regla a los casos concretos, supuestos que pueden enunciarse como criterios de normalidad, flexibilidad y facilidad⁹⁶.

Por ejemplo:

- Tratándose de hechos negativos, y sin perjuicio de que la ley en algunos casos la ley exige la prueba directa de los mismos, puede estarse a la consideración de que normalmente la carga de la prueba corresponderá no tanto a quien niega como a quien afirma o, por lo menos, a que será

causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza”.

⁹⁵ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*. Barcelona, p.10.

⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p. 131.

más fácil probar lo positivo que lo negativo. Pero esta regla no tiene carácter absoluto.

- Puede tener que probar la parte que tiene mayor facilidad para ello, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado. Realmente la facilidad se refiere a la relación de la parte con el hecho.
- También la parte que está más próxima a la fuente de la prueba, la que dispone de la fuente, de modo que aquí se trata de la disponibilidad de la fuente de la prueba.
- En algún caso puede estimarse que la mera negativa que el demandado hace de los hechos afirmados por el actor, sin ofrecer una visión alternativa y sin ni siquiera desmentirlos de modo verosímil, pone de manifiesto un intento de aprovechar la regla general de modo injusto.

De este modo resulta que el apartado 7 del artículo 217 LEC, con su referencia a los criterios de la disponibilidad y de la facilidad, no debe entenderse como una excepción a los apartados 2 y 3 del mismo artículo, sino como un complemento de los mismos⁹⁷.

Por lo tanto hay que tener muy en cuenta que cuando la ley lleva a cabo una formulación de esta naturaleza, señalando sobre quién debe recaer la responsabilidad de la prueba de un hecho, no lo hace de manera arbitraria ni caprichosa sino que por lo general obedece a criterios de oportunidad, lo cual en la mayoría de los casos tiene que ver con la situación del sujeto respecto de las distintas fuentes de prueba⁹⁸.

Así pues para la aplicación de las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes del proceso, generales y especiales, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio⁹⁹. Ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado la doctrina sobre la facilidad y disponibilidad probatoria que puede sintetizarse señalando que “si bien cada parte ha de probar el supuesto de hecho de las normas cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, esta regla puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando

⁹⁷ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II Proceso civil*. Valencia, 2009, p. 266.

⁹⁸ DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*. Valladolid, 2000, p.1425.

⁹⁹ FERNÁNDEZ BLANCO, Roberto. ANAF (Asociación Nacional de Asesores Financieros)

el criterio de la facilidad, en virtud del principio de buena fe – ex artículo 7 del Código Civil y artículo 11 de Ley Orgánica Poder Judicial- en su vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles para probar por una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditación para la otra”¹⁰⁰.

Cuando las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso ex artículo 11 de la Constitución conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

Así pues en caso de falta de prueba se considera quien de las partes estaba en mejor posición para facilitar pruebas sobre los hechos concretos, es decir quién tenía a su alcance la prueba. Se trata así de excluir que por una regla dogmática y rígida de distribución un *thema probandi*) se convierta en probatio diabólica para una parte, es decir, de prueba casi imposible¹⁰¹.

Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria serían por lo tanto elementos de la ratio iuris de la distribución de la carga de la prueba según se trate de hechos constitutivos, impeditivos, excluyentes o extintivos¹⁰².

- [El principio de normalidad probatoria.](#)

1. Aclaración conceptual del criterio.

A pesar de la exclusión de este principio de normalidad, a través de la falta de recepción expresa del mismo, se considera que este principio juega el mismo papel de acomodación de la regla a los casos concretos. De este modo atendiendo a la jurisprudencia, fue igualmente constante el criterio de normalidad. En lenguaje coloquial, un acontecimiento es considerado “normal” cuando sucede con cierta frecuencia o habitualidad, según el curso normal de los acontecimientos. Por este motivo, la mayor probabilidad de que un determinado hecho se haya desarrollado

¹⁰⁰ STS 3ª Sec 7ª 2 de noviembre de 1992.

¹⁰¹ RAMOS MENDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008, p. 675, “La regla es de aplicación, sobre todo, en casos como el de los hechos negativos. En estos casos se valora la falta de colaboración del contrario”.

¹⁰² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2004, p 301, que añade “no está de más ni será perturbador el precepto si se advierte que, en casos especiales, son la disponibilidad y la facilidad probatoria lo que se sigue tomando en consideración por el legislador”.

conforme a tales parámetros de normalidad pone su prueba a cargo de quien afirma un acaecimiento anormal o excepcional en ese contexto¹⁰³.

Si un hecho se repite con frecuencia debe considerarse normal, por lo tanto el acaecimiento contrario a ese frecuente es anormal y, por ello, debe probarse. La STS de 13 de octubre de 1998 establece que “quién 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”¹⁰⁴.

Lo que sucede con frecuencia o habitualidad según el curso normal de los acontecimientos es comúnmente considerado normal. La probabilidad de que las situaciones se hayan producido o desarrollado conforme a tales parámetros de normalidad pone a cargo de quien afirma un acaecimiento anormal o excepcional en ese contexto la necesidad de una cumplida justificación¹⁰⁵.

La jurisprudencia ha venido declarando en tal sentido que “quién actúa frente al estado normal de cosas y situaciones de hecho ya producidas y reconocidas como corrientes, debe probar el hecho impediendo de su válida constitución, existencia y producción de efectos normales”¹⁰⁶.

2. Especial mención a la doctrina de las “*res ipsa loquitur*”.

Una interesante manifestación de este criterio se encuentra en la doctrina de la “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por sí misma), del Common Law, de creciente aplicación, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad médico- sanitaria, según la cual ante sucesos que no ocurren normalmente salvo cuando interviene negligencia, este principio permite confiar en el daño y en las circunstancias que lo rodean para deducir de su mera existencia u ordinaria ocurrencia la culpa¹⁰⁷.

¹⁰³ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*. Barcelona.2003. p 10.

¹⁰⁴ STS de 13 de octubre de 1998 (RJ 9604/ 1998), que trata sobre un supuesto de ruina funcional en el sótano de una comunidad de propietarios.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo I*, Barcelona, 2000, p. 828.

¹⁰⁶ SSTS 27 de febrero de 1990, (RAJ 1990, 722) y 13 octubre 1998 (RAJ 1998, 8253).

¹⁰⁷ STS 9 de diciembre de 1999(RAJ 1999, 8173), donde se afirma que “cuando el normal desarrollo de las cosas no hace explicable el daño sufrido por el paciente, su acaecimiento habla de la

- Los principios de facilidad y disponibilidad probatoria

Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, por su parte, atienden a la posición probatoria de las partes. En este sentido, la LEC ordena al Juez o Tribunal tener presentes la mayor facilidad probatoria de la parte procesal que se halle más próxima a las fuentes de prueba o al conocimiento de los hechos y la disponibilidad de los medios probatorios.

a) Sustrato de la regla de juicio

Puede decirse que este principio ha contribuido de manera sustancial, como criterio inspirador de la propia formulación de la regla de juicio, pues atienden a una lógica de sentido común, mediante la cual los hechos que se han atribuido a las partes en las reglas ligadas a la estructura de las alegaciones, atienden a una mayor viabilidad de las partes para probar los mismos, siendo así que la regla de juicio, responda frente a la falta de ejercicio de las partes de dicha carga, y lo haga de manera que ejerza “justicia” en cuanto a la carga distributiva de la prueba¹⁰⁸.

Además dicha en dicha formulación de atribución de los hechos a las partes afloran una serie de máximas de experiencia de muy larga tradición cultural, máximas de experiencia que indudablemente ya se tuvieron en cuenta de un modo general en el desarrollo histórico de la regla, pero que en la práctica, una vez formulada aquella resultaría incluso perjudicial invocarlas.

b) Delimitación conceptual entre los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria.

penuria negligente de los medios empleados en su asistencia o del descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 51, que añade “cabe advertir perfectamente cómo también hunde su raíz en estos mismos principios la regla según la cual corresponde al demandante la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y es el demandado quien corre con la carga de probar los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de los efectos jurídicos de aquéllos”.

La delimitación conceptual y diferenciación entre sí de estos principios, si bien resulta interesante, no tiene una excesiva relevancia, y así lo han hecho constar los Tribunales. Esto es así dado que no manifiestan unos efectos prácticos diferentes tras la aplicación de los mismos, y por otra parte porque ambos tienen su origen y desarrollo en la jurisprudencia y en la doctrina científica, aunque finalmente se haya elevado al carácter de norma legal a través de la LEC.

De modo general puede entenderse que se trata de supuestos en los que una de las partes tiene un mejor acceso a las fuentes de prueba a su favor¹⁰⁹, lo que derivaría que sea necesaria una posición de contraste. A pesar de que la jurisprudencia aluda a las mismas de manera indistinta en muchas ocasiones, conviene hacer una diferenciación de las mismas.

El principio de facilidad probatoria, de alcance más amplio, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras para la otra parte ésta resulta más fácil o cómoda¹¹⁰. Este principio se refiere a hechos que por su especial naturaleza ofrecen una gran dificultad para su prueba por quien tiene la carga de probarlo y en cambio le resulte mucho más fácil hacerlo aportar la prueba del mismo a la otra parte. El ámbito jurídico en el que con mayor reiteración la jurisprudencia viene aplicando dicho principio es en el de la responsabilidad extracontractual: la prueba de la culpa, y concretamente la prueba de la negligencia médica.

Por su parte, el principio de **disponibilidad probatoria**, con significado más limitado que cabe entender integrado en el anterior, consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él¹¹¹. Este principio hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto de la parte que no está obligado a probar, con el

¹⁰⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2004, p. 312.

¹¹⁰ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 47, quién afirma que “la facilidad probatoria se refiere a hechos que por su especial naturaleza ofrecen una gran dificultad para su prueba para quién ha sufrido el daño, y, por el contrario, son susceptibles de prueba por el causante”.

¹¹¹ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 47, haciendo referencia a “la mejor disponibilidad que para probar tenga una de las partes, principio que supone que normalmente sea la parte demandante la que tenga la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y la demandada normalmente también la de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes”.

medio de prueba. Viene a significar así que la parte contraria a la que según las reglas generales tiene la carga de probar es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión de la contraparte.

Respecto al alcance de ambos principios, resulta conflictiva su delimitación, si bien algunos consideran que el principio de facilidad probatoria ha de fijarse en atención a la posición que cada parte ocupa respecto de la prueba de un determinado hecho, otros consideran que ambos principios no responden al posicionamiento procesal de las partes ni a la naturaleza de los hechos afirmados, sino a su comportamiento y postura en la *litis*, lo que implicaría una conducta procesal. De este modo, estos principios trascenderían a la propia regla de distribución de la carga de la prueba, y tendría a su vez repercusión en la valoración de la prueba.

c) Mecanismo flexibilizador de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

La conceptualización de estos principios como mecanismos flexibilizadores de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba encuentra su origen en una amplia tradición jurisprudencial. Tratarían por lo tanto de flexibilizar la rigidez de la carga de la prueba y su consiguiente aplicación.

La jurisprudencia había sido sensible a la rigidez de las reglas de la carga de la prueba y, ante la constatación judicial de las dificultades a las que, en determinados casos, se enfrentaba la parte que debía soportar la carga de la prueba, conforme a los criterios generales, para acreditar los hechos determinantes del éxito de su pretensión, incorporó lo que por algunos autores ha sido considerado como una nueva regla de juicio que venía a superponerse a la regla general del art. 1214 CC, hoy regulada en el art. 217.1 LEC.

Así, según esta línea jurisprudencial, las partes deben soportar la carga de la prueba conforme a la regla general de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC¹¹². Sin

¹¹² LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*. Barcelona.2003. p. 11, añade “excepto cuando el levantamiento de la carga de la prueba de un hecho determinado resulte extremadamente difícil para la parte a quien legalmente corresponde acreditarlo conforme a dicha regla general pero es una tarea sencilla, por su accesibilidad a las fuentes de prueba, para la contraparte”.

embargo cuando el levantamiento de la carga resulta muy difícil para la parte a la que legalmente le corresponde la misma y, siempre que para la otra parte sea fácil probar los hechos que constituyen dicha carga, será esta última en base a este principio quién deberá realizar el levantamiento, lo que flexibiliza la rígida aplicación de la norma.

La posibilidad de recurrir ante la vulneración de estos criterios encuentra su fundamento en el deber constitucional de colaboración con los Tribunales de justicia (art. 118 CE) y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte sea la que aporte los datos requeridos para el descubrimiento judicial de la verdad.

Por tanto, los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa.

Obviamente, no se puede amparar a quien estando en una posición privilegiada para la demostración de los hechos que determinan la resolución de la controversia, omite cualquier esfuerzo probatorio para parapetarse en las reglas de la carga de la prueba y solicitar la desestimación de las pretensiones de su opositor en base a ellas. Eso no sería ni leal, ni de buena fe.

Cabe citar como ejemplos de la aplicación de la facilidad probatoria la STS, de 30 Dic. 2010, o las SAP Pontevedra, Sección 3ª, S de 7 Mar. 2013, SAP Alicante, Sección 8ª, S de 22 Ene. 2013 y SAP Madrid, Sección 21ª, de 29 Nov. 2012.¹¹³

d) Carácter complementario de estos principios.

Aunque el juez pueda mitigar el rigor que pueda llegar a ocasionar la aplicación estricta de las normas de la carga de la prueba, su aplicación como tal principio general

¹¹³ SAP de Pontevedra de 7 de Marzo de 2013, (RJ100/2013), SAP de Alicante de 22 de Enero de 2013(RJ 32/2003), SAP de Madrid de 29 de Noviembre de 2012 (RJ.682/2012), STS de 19 de Noviembre de 2012,(RJ 686/2012),STS de 30 de Diciembre de 2010,(RJ873/2010).

puede resultar en la práctica perturbadora. Su redacción parece insinuar que el juez tuviese entera libertad para prescindir de las normas relativas a la carga de la prueba si aprecia que, en función de los hechos, el reparto de la prueba ha de hacerse de diferente manera a la establecida legalmente¹¹⁴. Sin embargo no hay que olvidar que en realidad este tipo de criterios no constituyen más que pautas dirigidas al legislador para distribuir racionalmente las reglas de la carga de la prueba y por lo general obedecen a razones de justicia distributiva, siendo aplicado sólo como complemento de las reglas generales de las mismas y nunca sustitutivo.

No es correcto sostener, sin embargo, que la regla introducida en el art. 217.7 LEC propicia la inversión de la carga de la prueba. La aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria no invierte la carga de la prueba en perjuicio de la parte que fácilmente podría llevarla a cabo sino que, sin que se altere la distribución de los hechos a probar, evita que la imposibilidad de acreditar un determinado hecho perjudique a la parte que soporta la carga de su prueba pero no tiene una mayor disponibilidad o facilidad para probarlo¹¹⁵.

Así, en casos como el descrito en que existe una clara asimetría de información, en orden a la facilidad y disponibilidad probatoria, se exige a la parte que disponga de los medios de prueba o que, a menor coste, pueda producirla, que la aporte al proceso para que pueda ser valorada por el Juez. Será después de la valoración judicial de esta prueba, de la que el juzgador extraerá las conclusiones directas o, en su caso, indirectas por la vía de las presunciones judiciales (art. 386 LEC), que se tendrá en cuenta la regla de juicio del art. 217.1 LEC en relación con la distribución de los hechos a probar asignada por el art. 217.2 y 3 LEC.

Por último, el art. 433.2 LEC, en relación con las partes, al art. 429.1 LEC, ofrece a éstas la posibilidad, una vez practicadas las pruebas, de realizar las apreciaciones que tengan por conveniente sobre los hechos que, a su juicio, hayan

¹¹⁴ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*. Barcelona, 2003, p.12. Añade que de ser así “no existiría obstáculo alguno para que el juez pudiese aplicar las normas relativas a la carga de la prueba en función de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio”.

¹¹⁵ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 49, quién afirma no tendrá lugar una inversión de la carga probatoria, “si se tiene en cuenta que el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba no se puede referir a una inversión bajo un perfil procesal, pues ni se advierte la regla de juicio ni ello podría hacerse, quedando limitada la inversión al campo o sector de Derecho material”.

quedado dudosos y, por tanto, sobre a quién debe perjudicar la falta de acreditación de su certeza. Ello implica que las partes pueden manifestar en dicho momento procesal la situación de indisponibilidad o de dificultad probatoria respecto de alguno de los hechos que, según el criterio general de distribución probatoria, les correspondía acreditar y, por tanto, solicitar que se les exonere de dicha prueba, que según los casos será tanto como solicitar que la otra parte deba aportar la prueba de lo contrario para destruir la suerte de presunción que dicha exoneración comporta.

Estas consideraciones, obviamente, no son vinculantes, pero permiten a las partes dejar constancia de su posición respecto de la prueba de un determinado hecho y, por consiguiente, aportar un nuevo elemento de decisión al Juez o Tribunal en relación con la correcta aplicación del art. 217.7LEC.

e) Aplicación judicial de estos principios como criterio de valoración de la conducta procesal de las partes.

Parece posible defender que los principios de disponibilidad y facilidad probatoria no hayan de limitar su aplicabilidad estrictamente al supuesto de hecho incierto dudoso, pudiendo desempeñar también papeles en otros ámbitos del proceso. De este modo, es importante destacar que el sistema entero de la carga de la prueba descansa precisamente en estos criterios, en la medida en que efectivamente son determinantes de la regla de juicio así como también lo son de las modificaciones y exoneraciones existentes. Por lo que podría afirmarse que la carga de la prueba constituye así un instrumento estratégico en manos del legislador y de los Jueces y Tribunales, que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados¹¹⁶.

Como se mencionase anteriormente el recurso a estos criterios encuentra su fundamento en determinados derechos constitucionales, que serían entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con igualdad de posibilidades y el derecho de defensa (todos ellos en el art 24 CE) y en el deber de colaboración de los Tribunales de Justicia (art 118 CE), por lo que debe deducirse que

¹¹⁶ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 68.

todos ellos han de estar también rigiendo la regla de juicio y han de informar todas las disposiciones del art 217 LEC.

Dada la estrecha vinculación entre los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria con los valores constitucionales protegidos, se deriva que en la aplicación judicial de estos principios ha de ponerse el acento en su proyección en otros momentos del proceso, muy especialmente en el plano de la valoración de las pruebas, aunque no sólo en dicho plano, dado que tiene una manifestación en fase de alegaciones tanto del actor como del demandado.

La aplicación judicial de estos principios con respecto a la valoración de la prueba supone que el órgano judicial deba utilizar, como criterio de valoración de las pruebas, la conducta procesal de las partes. Esto es determinante porque supone que de manera previa a la aplicación de la regla de juicio en el supuesto de hecho incierto, el órgano judicial debe valorar la conducta procesal de las partes analizando cuál de ellas tenía la posibilidad de probar, de manera más fácil, la verdad o incerteza de un hecho, con independencia de las reglas generales recogidas en el art 217. 2 y 3 LEC¹¹⁷.

Adquiriendo importancia quién llevase a cabo la actividad probatoria y en qué condiciones de dificultad. De este modo el art 217.6 LEC, que contiene estos criterios ha sido considerado por algunos como cautela legal para la valoración de las pruebas¹¹⁸.

2 Reglas especiales: contrarias a las reglas generales del artículo 217 apartados 2 y 3 de la LEC.

a) Planteamiento general.

La regla del juicio general del Art 217.2 y 3 LEC, se puede ver desplazada por criterios especiales que pudiese contener la ley. Junto a la regla general han coexistido preceptos legales que en relación con la dificultad probatoria de determinados hechos, dispensan a una parte de su prueba, teniéndolos por ciertos en tanto no se demuestre lo contrario.

¹¹⁷ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 69.

¹¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2004, p. 303.

Así pues el art. 217.6 LEC dice que las normas generales contenidas en los apartados anteriores del artículo se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. Estas reglas generalmente tienen preferencia en cuanto a su aplicación sobre los principios generales¹¹⁹, aunque la jurisprudencia las ha considerado como la opción intencionada del legislador de hacer frente y sancionar la inderogabilidad de las normas generales¹²⁰.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia pronto empezaron a considerar la importancia de introducir mecanismos que corrigieran la rígida aplicación de las reglas de la carga probatoria, y lo harían en función de las especiales circunstancias en las que se pudiesen encontrar las partes en relación con las fuentes de prueba de un determinado hecho. Fruto de esta orientación es la disposición contenida en el apartado 6 del art 217 LEC, la cual viene así a asumir el criterio sustentado¹²¹.

La realidad es que la ley no establece de manera clara y directa estas leyes, por lo que resulta difícil identificar estas normas especiales de distribución de la carga de la prueba. Estas reglas legales, que se muestran en ocasiones directamente como reglas de la carga de la prueba, aparecen en otras enmascaradas bajo la forma de falsas presunciones, pero constituyen todas ellas y en rigor, excepciones a la aplicación de las pautas derivadas de la norma general.

La ley en su art 217.6 LEC, está pensando en la cantidad de supuestos contemplados en leyes especiales y que por razones materiales vienen a regular un sistema diverso de distribución de la carga de la prueba¹²².

Siendo las reglas generales generalmente acertadas, resultarían tremendamente injustas si se aplicaran sin consideración alguna al esfuerzo que entraña la prueba en cada caso concreto, porque existen multitud de hechos de muy difícil o incluso imposible demostración.

¹¹⁹ RAMOS MENDEZ, FRANCISCO. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008 p. 676.

¹²⁰ STS de 30 de septiembre 1991 (RAJ 1991/6072), donde se declara que “la salvedad, probablemente innecesaria si se entiende referida a la subsistencia y preferente aplicación de las reglas legales especiales sobre las generales, no lo es tanto si lo que con ella ha pretendido el legislador es sancionar la inderogabilidad de estas normas”

¹²¹ CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Carga de la Prueba y responsabilidad civil*. Valencia, 2007, p. 22.

¹²² DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. TOMO i, Valladolid, 2000.

Llevar estas reglas hasta sus últimas consecuencias entrañaría una evidente desigualdad entre las partes y un injusto reparto de la carga de la prueba.

Por este motivo, ya el propio Art. 217 LEC establece excepciones concretas, además de remitirse genéricamente a los especiales criterios que pudieran establecerse en otras disposiciones legales, para terminar indicando que en todo caso deberá atenderse por los Tribunales a la disponibilidad y facilidad probatoria.

Dentro de estas reglas especiales se suelen diferenciar entre las llamadas directas, que exoneran de tener que desplegar actividad probatoria, y las indirectas, las cuales se concretan en el establecimiento de presunciones¹²³.

b) Normas contrarias de modo directo a las reglas generales.

Consiste en hacerlo de manera directa, acoge preceptos normativos y reglas legales que realmente condicionan y modifican la aplicación de las normas generales a determinadas situaciones. Realmente el número es muy extenso, aquí se va a tratar de enfocar algunas de ellas, que se consideran de importante aplicación práctica.

- Concretas excepciones recogidas en el Art. 217 LEC

Las tres reglas específicas expresamente contempladas en el artículo 217 LEC se recogen en los apartados 4 y 5, el primero referido a los procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita y el segundo a las alegaciones sobre actuaciones discriminatorias.

Siendo abundante en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de disposiciones especiales en las que se establecen reglas referidas a la carga de la prueba en casos concretos, parece que el legislador optó por incluir estos tres supuestos en la ley que ordena generalmente todos los procedimientos civiles –y supletoriamente todos los demás–, dándoles así una mayor relieve¹²⁴.

¹²³ BARRENECHEA CORREA, Gonzalo. *La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones*. Economist & jurist, 2013, p.3.

¹²⁴ BARRENECHEA CORREA, Gonzalo. *La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones*. Economist & jurist, 2013, p.4.

Según el art 217.4 LEC la regla de juicio general del art. 217 LEC se ve desplazada, en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita, por la regla especial prevista en este apartado, el cual establece: En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. Con un escaso sentido de oportunidad, la ley coloca esta regla específica dentro de las disposiciones generales¹²⁵.

Por su parte y con base al 217.5 LEC, se establece que: De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad¹²⁶.

A estos efectos el tribunal, puede recabar si lo estima útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes¹²⁷. Este apartado 5, se introdujo en marzo de 2007 por medio de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no es sino una reiteración de lo que dispone el Art. 13 de la misma Ley Orgánica que la introdujo, dándole mayor relieve a una regla que entraña la inversión de la ordinaria regla de tener que demostrar el actor los hechos en que basa su demanda.

- Excepciones dispersas en otras disposiciones legales

Ciertamente son abundantes en el ordenamiento jurídico los supuestos de excepción a las generales reglas de distribución del *onus probandi*, por lo que intentaré limitarme a destacar los supuestos más destacados.

¹²⁵ MÉNDEZ RAMOS, Francisco. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, 2008, p. 676, donde añade “Pues se trata de una norma específica en juicios sobre competencia desleal y publicidad ilícita, en lo que se hace recaer sobre el demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese”.

¹²⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p. 134.

¹²⁷ MÉNDEZ RAMOS, Francisco. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, 2008, p. 677.

a) En el Código Civil se encuentran gran cantidad de supuestos en los que la aplicación de unas normas especiales, eluden la aplicación de las normas generales, algunos de ellos son los siguientes:

- El art 33, para caso de duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, se presume, a falta de prueba en contrario, que murieron al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro.
- El art 686.2 CC, sobre la carga de la prueba en el caso de la impugnación de la validez del testamento por no reseñarse correctamente la identidad del testador.
- El art. 850, atribuyendo la prueba de ser cierta la causa de la desheredación a los herederos del testador si el desheredado la negare.
- El art. 1584, sobre la carga de la prueba en el servicio de los criados.
- de pacto de duración del comodato y el uso al que había de destinarse la cosa prestada.
- El Art. 1769, presumiendo la culpa del depositario, en caso de ser forzado el sello o cerradura de la cosa depositada.
- El art. 1900, atribuyendo al pagador la prueba del mismo, así como la del error con que lo realizó. La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió.
- El Art. 1910, cuando dice que el cabeza de familia que habita una casa es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeran de las mismas.

b) En el Código de Comercio:

- Artículo 361, encontramos que “si las mercaderías transportadas sufren menoscabo o daño, el caso fortuito y el vicio propio de las cosas deben ser probado por el porteador.
- Artículo 709, sobre la prueba del conocimiento de embarque.
- Artículo 731, sobre la carga de la pérdida de las mercaderías en el préstamo a riesgo marítimo.

c) En leyes especiales:

- En el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, dos normas especiales de especial interés:
 - Artículo 82: El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.
 - Artículo 139: El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.
- La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles en su art 5.3 establece que corresponde al consumidor probar que ha ejercitado su derecho de revocación con respecto a los contratos imbricados en esta norma especial.
- La Ley 50 /1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en su artículo 38 establece que “En el seguro de daños, la prueba de la preexistencia de las cosas corresponde al asegurado”.
- La Ley 22/2003 de 9 de Julio, Ley Concursal, contiene una regla especial en su Artículo 18.2: Si el deudor basa su oposición en que es solvente la prueba de esa solvencia le corresponde.
- Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, en su art 5, determina que el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño, y la relación de causalidad entre ambos la relación de causalidad entre ambos.
- Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria de y del Cheque, que establece en su art 45 establece que la letra que, después de su vencimiento, se hallare en poder del librado o del domiciliario se presume pagada.

c) **A través de aparentes presunciones que resultan falsas.**

Otra manera de establecer reglas especiales de carga de la prueba es la indirecta, lo que se hace creando falsas presunciones¹²⁸. Si la presunción se basa en la existencia de un hecho cierto indiciario del que se deriva otro, que es el verdadero supuesto fáctico de una norma jurídica, no es tan sencillo determinar estas, tanto es así que la ley presenta a veces como presunciones no son claramente tales, siendo falsas presunciones.

1. En el Código Civil encontramos alguna de ellas:
 - El art. 359 presume que las obras, siembras y plantaciones realizadas en un predio lo fueron hechas por su propietario.
 - Art. 434 CC: la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor le corresponde la prueba. Esta norma se podría haber redactado diciendo que quien afirme la mala fe del poseedor debe probarla, con lo que todo hubiera quedado igual sin hacer ver que se había creado una presunción.
 - El 459, para facilitar la prueba a quien demuestre que es poseedor actual y pasado, presumiendo que también lo hizo durante todo el tiempo intermedio.
 - Art 1183 CC: Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096.
 - El art. 1210, presumiendo la subrogación en los supuestos de pago de la deuda entre acreedores o terceros.
 - Art 1277 CC: Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.
 - El art. 1183, señalando que siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito.
 - El Art. 1750, al dejar de cuenta del comodatario la demostración de existencia.
2. La Ley Concursal, por su parte contiene en su art 10.1.2 una falsa presunción: Si el deudor es una persona jurídica se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social, y con ello se está disponiendo que el centro de los intereses principales de una persona jurídica es el lugar de su domicilio social.

¹²⁸ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p. 135.

En definitiva, como se puede comprobar en cada uno de los supuestos legales que venimos relacionando, todos ellos obedecen a supuestos en los que resultaría muy difícil o imposible cumplir con las reglas generales de la carga de la prueba, lo que, de mantenerse en todo caso, generaría espacios de injusticia manifiesta. Por lo que el legislador opta por reglas especiales, que apartan la utilización de las reglas generales para estos supuestos¹²⁹.

10.Posibles alteraciones de la carga de la prueba: modificación, inversión y exoneración de la carga de la prueba.

10.1 Planteamiento de la flexibilidad sobre la conceptualización de las alteraciones de la carga de la prueba.

El campo a las posibles especialidades como vimos, viene dado por el art 217.6, que establece que las normas generales sobre la carga de la prueba se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes, criterios que podrían suponer alteraciones con respecto a la carga de la prueba. También es importante remarcar la importancia del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, cuya aplicación podrá alterar la carga de la prueba, no aplicando al caso concreto las reglas generales contenidas en el Art 217.2 y 3 LEC.

Nos encontraríamos por lo tanto con una serie de normas especiales y supuestos que traten de recuperar o recomponer aquel justo reparto de la carga probatoria, en aquellos supuestos en los que cada uno de los litigantes se encuentra en una situación de especial dificultad probatoria, de carácter desproporcionado frente a la situación del contrario¹³⁰.

Lo cierto es que la ley no dice nada respecto al tipo de alteraciones que la carga de la prueba puede sufrir. Ha sido por el contrario la doctrina científica quién dada la necesidad de identificar estas posibles variaciones ha otorgado calificativos a las mismas. Generalmente la mayoría de la doctrina se refiere a estas alteraciones de la carga de la prueba, bajo la calificación de inversión, inversión de la carga de la prueba.

¹²⁹ GARCÍA-CUERVA GARCÍA, Silvia. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona, 2007,66.

¹³⁰ URIARTE CONDÓN, Aner. *Objeto y carga de la prueba Civil*. Barcelona, 2007, p. 106.

Que en sentido amplio consistiría en aquellos casos en los que la regla general se ve alterada, de suerte que una de las partes queda exenta de probar un determinado hecho, invirtiéndose la carga probatoria de la misma¹³¹.

Si bien, para el presente desarrollo del trabajo se ha considerado más atractiva la clasificación apoyada por parte de la doctrina que atiende a un criterio de clasificación más detallada, haciendo una diferenciación más explícita de las posibles alteraciones, atendiendo. Se trata de la clasificación sobre la que se ha pronunciado CORTES DOMÍNGUEZ, en más de una ocasión¹³². Esta sería la ateniende a la modificación, inversión y exoneración de la carga de la prueba.

10.2 Modificación de la carga de la prueba.

La modificación es un término amplio, que se refiere a la especificación de la regla de juicio de manera diversa a la establecida por la ley, pero que no ocasiona una disparidad en la situación probatoria, y que no invierte los hechos a probar entre las partes¹³³. La modificación de la carga de la prueba guarda relación con las presunciones, indicios por los que de manera indirecta se podrían tener por probados hechos constitutivos. Así pues habría una modificación cuando los hechos constitutivos tienen que ser probados por indicios. Esto supondría la modificación de la carga de la prueba pues, el objeto de la misma se va a ver alterado, pues la presunción lleva a que no haya que probar el hecho constitutivo, pero sí el supuesto de hecho indiciario que prevé la ley, mediante el cual puede demostrar la verosimilitud del hecho presunto o constitutivo.

1. Especial mención a las presunciones.

Las presunciones, según la doctrina científica actual y hasta cierto punto la jurisprudencia, 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 el nexo lógico existente entre los dos hechos¹³⁴.

¹³¹ URIARTE CONDÓN, Aner. *Objeto y carga de la prueba Civil*. Barcelona, 2007, p 107.

¹³² CORTES DOMINGUEZ, Valentín. “*Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1972, núm 2-3. Pags. 571-642.

¹³³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil*. Valencia, 2013 P.598.

¹³⁴ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, P.128.

Así las cosas, y como pacíficamente se viene admitiendo, la existencia de una presunción se caracterizará por la siguiente estructura: hecho indicio + nexo lógico = hecho presunto.

Respecto de las presunciones legales, la LEC decía dos artículos para la definición de las presunciones legales y judiciales. El art 385, establece las presunciones legales y dice así:

“1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”.

Se aprecia en esta previsión legal, la estructura propia de las presunciones a la que anteriormente nos referíamos, donde el nexo lógico viene a ser una máxima de experiencia. También se aprecia la introducción de una modificación en el objeto de la prueba, ya que este dejaría de ser el hecho presunto y pasaría a ser el hecho indicio¹³⁵.

Por lo que se refiere a las presunciones judiciales, el art 386 de la LEC, sostiene que:

“1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

¹³⁵ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 87.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

Sobre este precepto se puede afirmar que atiende a la misma estructura que mencionamos anteriormente, pero en este caso, el nexo lógico es consecuencia del raciocinio personal del juez. Además la referida estructura de presunción va a suponer una modificación en el objeto de la prueba, que podría ser anunciada o sobrevenida, en función de que haya sido alegada por la parte a quién beneficia la presunción o no¹³⁶.

Encontramos en este caso jurisprudencia que ahonda al respecto, “efectivamente, según resume la STS 806/2010, de 14 mayo RJ 2011, 3) ,” las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado. Como afirma la sentencia de 23 febrero 2010, “la elaboración de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión¹³⁷”, de modo que, como afirma la sentencia de 6 noviembre 2009 (RJ2009,7283) , las presunciones judiciales admitidas como medio de prueba en el art. 386 LEC deducen “a partir de un hecho admitido o probado, la certeza de otro hecho siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”¹³⁸ y añade dicha sentencia que “solo cuando sentada la realidad del hecho-base, el tribunal se aparta de tales reglas para llegar a conclusiones ilógicas en su

¹³⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007,p. 88

¹³⁷ STS de 14 mayo 2011 (RJ 2011, 3) y STS de 23 febrero 2010 (RJ 2010, 4341)

¹³⁸ STS de 6 noviembre 2009 (RJ 2009, 7283).

proceso deductivo, puede entenderse que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva(art. 24 CE)" ¹³⁹.

Importante resulta a estos efectos la separación que marca la ley entre las presunciones y las normas sobre la carga de la prueba, que se contienen en el art 217LEC, en relación con los requisitos internos de la sentencia. Así pues en este artículo 217.6 encontramos las excepciones o alteraciones de la prueba.

Por lo tanto la modificación sobre las reglas de la carga de la prueba que se prevé en este art 217.6 LEC, es diferente a la modificación del objeto de la prueba que va a definir la presunción. Por tanto, la modificación de la carga de la prueba vendría a consistir en la posibilidad legal de exoneración de la carga de la prueba ¹⁴⁰

10.3 Inversión de la carga de la prueba.

La inversión no puede ser consecuencia de una norma legal que fuese contraria a las normas generales sobre la carga de la prueba. Se vincula generalmente a supuestos en los que las partes contractualmente alteran o invierten la carga de la prueba. Se trataría en todo caso de materias disponibles por las partes. Se trataría de la inversión convencional

Es una de las expresiones más usadas por la jurisprudencia si bien, de momento, la misma carece de precisión técnica. En sentido muy amplio pareciera hacer referencia a todos los casos en que existe una norma que establece una distribución de la carga de la prueba diferente de la fijada en la norma general del art. 217. 2 y 3 LEC¹⁴¹.

La inversión hace referencia a un cambio subjetivo, es decir, hace referencia a un trasvase de hechos a probar de una a otra parte siendo esta la diferencia que habría entre modificación e inversión de la carga de la prueba, pues la modificación sería más bien un cambio objetivo.

¹³⁹ STS núm. 500 de 23 septiembre de 2011 (RJ 2012\3376), que añade “de modo que, "lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles"

¹⁴⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 89, donde establece que “sólo en un sentido lato se podrá hablar podría ser denominada presunción, pero que no va a corresponderse con el concepto técnico procesal que la LEC contiene sobre la presunción (tanto legal como judicial)”.

¹⁴¹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.136.

1. Algunos normas que recogen supuestos de inversión legal.

La jurisprudencia usa esta expresión de inversión legal, para referirse a distintas normas:

1. Art 359 del CC: todas las obras, siembras y plantíos se presumen hechas por el propietario y a su costa, salvo prueba en contrario (STS de 16 de marzo de 1993, RJ 1993, 2285).
2. Art 1591 del CC: El contratista o el arquitecto de un edificio responde de los daños y perjuicios si la ruina se produce dentro de los diez años siguientes a la construcción (STS de 30 de septiembre de 1991, RJ 1991, 7859).
3. Art 1903 del CC: Los padres, tutores, empresarios, el Estado y los maestros responden de los daños causados por los hijos, menores, trabajadores, agentes especiales y alumnos, salvo que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (STS de 30 de diciembre de 1992, RJ 1992, 10570).
4. Art 361 Cdc: En el contrato de transporte terrestre la prueba del caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas incumbe al porteador (STS de 23 de marzo de 1984, RJ 1984, 1431).
5. Art 45 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque: La letra que, después de su vencimiento, se hallare en poder del librado o del domiciliario se presume pagada (STS de 4 de noviembre de 1991, RJ 1991, 8142).

De esta larga relación de normas concretas, lista tomada de MONTERO AROCA¹⁴², puede deducirse que la utilización con relación a ellas de la expresión de inversión de la carga del a prueba carece de sentido, pues no son más que reglas legales especiales.

10.4 Exoneración de la carga de la prueba.

Es la más frecuente, y supone que alguna de las partes sea dispensada de probar algún hecho que en principio le tocaría. Es una alteración sobre la carga de la prueba que se basa en normas legales o en criterios jurisprudenciales y que tiene como consecuencia disculpar a una de las partes de la carga probatoria que en principio le

¹⁴² MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.137.

correspondería. Las exoneraciones de la carga de la prueba tienen atienden en muchas ocasiones a razones de política legislativa.

La doctrina jurisprudencial del TS ha elaborado diversos supuestos de exoneración de la carga de la prueba en relación a muy variadas situaciones de dificultad probatoria para uno de los litigantes, o por la trascendencia social de las mismas. Algunas de ellas son las siguientes:

1. Acción de responsabilidad extracontractual.

Parte del clásico principio culpabilístico contenido en el art 1902 CC hacía una tendencia objetivizadora, de suerte que en aquellos ámbitos en los que la actividad realizada genera un riesgo, se articula la presunción iuris tantum de culpa en esa acción u omisión generadora del daño indemnizable. Este concepto viene a establecer que quién crea un riesgo, conforme reiterada jurisprudencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia. Por lo tanto se trata de quién realiza un actividad que conlleva un riesgo fuera de lo normal y se aprovecha de los beneficios que genera esa actividad, debe asumir las consecuencias perjudiciales que se deriven de la misma, salvo que pruebe que adoptó todas las medidas que la prudencia y la diligencia permiten exigir al titular de la misma.

Opera de este modo una cierta alteración de la carga de la prueba en cuanto se exige al agente a quien se le imputa el daño, que desvirtúe esa presunción. Se trata por tanto de favorecer la posición del que reclama, y complicar la posición de quien pudo haber causado el daño. Se trataría pues de una exoneración de la carga de la prueba al actor, de probar la intervención de culpa o negligencia del demandado causante de un daño y se echa en las espaldas de éste la prueba de que actuó con diligencia. Sería una exoneración parcial del que reclama, pues seguiría obligado a acreditar el nexo causal entre la acción y el daño. Hay una importante línea jurisprudencial al respecto¹⁴³.

Entre las actividades de riesgo destaca la derivada de la circulación de vehículos a motor. En relación a supuestos en los que un vehículo ocasione daños a un objeto inerte se pone en juego la teoría del riesgo antes mencionada, y se pasa a presumir la culpa del demandado, a quien se desplaza la carga probatoria de manera que, para

¹⁴³ STS 18 de julio de 2002 (RJ 2002/8255); STS 25 de julio de 2002 (RJ 2002/7864).

exonerarse, deberá acreditar haber agotado todas las medidas precautorias y que el siniestro sea atribuible a un tercero, fuerza mayor o caso fortuito.

En cuanto a los daños personales o corporales, el precepto legal establece un sistema cuasi objetivo, pues solo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado, o la fuerza mayor señalada.

Por la frecuencia con que resulta aplicado, es destacable el Art. 1 del RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en virtud del cual “el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”, por lo que continúa indicando que “en el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”.

Semejante afirmación, incluida en el primero de los artículos de la Ley, viene a reflejar la importancia de trasladar la carga de la prueba a quien incurre en el riesgo objetivo de introducir en el tráfico un vehículo a motor. Suponiendo la exoneración de quién no produzca el riesgo de probar algún hecho¹⁴⁴.

¹⁴⁴ La STS de 10 septiembre de 2012 (RJ 2012\11046). establece que “relación de causa-efecto entre aquel comportamiento activo o pasivo y el resultado ocasionado, pese a lo cual ha de advertirse como actualmente este principio de objetivización de la culpabilidad que deriva en una inversión de la carga probatoria obligando al sujeto demandado a acreditar que en la producción del siniestro su actuación fue diligente y prudente, en los supuestos de colisión automovilística en que intervengan dos o más vehículos de motor no es de aplicación la doctrina expuesta, al recalcarse por la jurisprudencia que cuando los conductores implicados en los hechos, o las personas que de ellos traigan causa, recíprocamente se imputen la culpabilidad se debe acudir a la regla general de ser quien insta la acción judicial quien debe de probar que en su demandado concurren todos y cada uno de los presupuestos del artículo 1902 del Código Civil a que anteriormente nos hemos referido - TS 1.ª SS de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7460) y 29 de abril de 1995 -, de lo que se colige que al encontrarnos ante una simple acción aquiliana en la que rige el principio general probatorio marcado por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la estimación de la demanda ha de venir fundada en la probanza de la conducta imprudente o negligente de su adversario procesal, en tanto que, como se ha dicho, este, como demandado, queda obligado a acreditar que en su actuación en el día de los hechos fue lo suficientemente diligente como para hacer desvanecer y desaparecer cualquier nexo de causalidad entre su

2. Acción negatoria de servidumbre

Esta acción tiene por objeto la declaración de la inexistencia del gravamen que limita de hecho la propiedad de quien la ejercita, y la condena del demandado sin título para que cese en esa perturbación. Tiene como fundamento la presunción de libertad de dominio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil, y contiene estos elementos fácticos: la propiedad del inmueble por parte del actor, la efectiva perturbación del goce o disfrute de ese dominio, y la existencia de servidumbre que ampare esa perturbación.

La jurisprudencia distribuye la carga probatoria, atribuyendo la misma en relación a los dos primeros elementos al demandante, y el desplazamiento del onus probandi del hecho negativo al demandado. Así pues “será el demandado quien deberá acreditar la existencia de la servidumbre, puesto en el caso de que nada se pruebe al respecto, el Juzgador considerará que dicho gravamen no existe, y estimará la acción, cuando los dos primeros extremos fácticos se hayan probado por el actor”¹⁴⁵.

3. Acción de prestadores de servicios

Algo parecido ocurre en materia de consumo, cuando señala el Art. 147 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, considerado también como inversión, que establece que “los prestadores de servicios serán responsables de

comportamiento y el resultado producido. »Así pues, tratándose de una colisión entre dos vehículos, con resultado de daños materiales en ambos y en el que los conductores se imputan recíprocamente la responsabilidad, pretendiendo ambos que actuaron de forma correcta y fue el contrario quien lo hizo negligentemente, no opera la inversión de la carga de la prueba sino que ambos conductores se encuentran en la misma situación anulándose las consecuencias de tal inversión probatoria (STS 20-mayo-90 (RJ 1990, 3823) , 17-julio-96 (RJ 1996, 5674) , 20-diciembre-97 y 6-mayo-98) y rigiendo el principio general que hace recaer sobre el actor y el demandado reconviniendo la acreditación de los hechos base constitutivos de su pretensión y que consagra el art. 217-2 LEC 2000 , prueba que, en ningún caso como se dirá, puede entenderse cumplida”.

¹⁴⁵ SAP de Pontevedra de 25 de mayo de 2006 (RA 373/2006).

los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”.

Con ello no sólo se traslada la carga de la prueba a quien obtiene el beneficio de la actividad, sino que se protege a quien se encuentra en posición de inferioridad¹⁴⁶.

4. Acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles.

La responsabilidad de los administradores se configura en el ámbito de las sociedades mercantiles como un recurso a la hora de evitar los abusos y reparar los perjuicios patrimoniales que se pueden dar en el ámbito de la actividad de ese tipo de personas jurídicas, que operan con tanta frecuencia en el tráfico mercantil. El legislador, para individualizar la eventual responsabilidad, modela una responsabilidad por daño en los art 133 a 135 LSA, frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores con objeto de reponer al patrimonio social el perjuicio producido por el administrador. También cabe la responsabilidad por deudas sociales que se configura en los art 262.5 LSA cuando el administrador no procede correctamente en los supuestos en que concurra una causa de disolución¹⁴⁷.

La jurisprudencia asimila ambas acciones a las del art 1902 CC. Sin embargo el precepto 262.5 LSA y 362 LSC, parten de una infracción objetiva, que supondrá una responsabilidad ex lege, que prescinde del elemento subjetivo de la negligencia del administrador y de la relación de causalidad entre la acción y el daño. Tan sólo se exige la existencia de un crédito contra la sociedad, la concurrencia de alguna causa de disolución, cuestiones que deberá acreditar el actor, mientras el administrador deberá

¹⁴⁶ STS de 1 febrero de 201 (RJ 2011\1813), entre otras, que añade: “La exclusividad existe aunque haya pactos con varias entidades, cuando en cada caso al consumidor se le ofrece solo una opción, por lo que la interpretación literal que ofrece el recurrente del término exclusividad resulta temeraria. La exclusividad debe interpretarse, conforme a la más moderna doctrina, en el sentido de restricción de libertad de contratación del usuario, que existe cuando los pactos previos de la prestadora de servicios compelen al consumidor a un contrato/producto y le dirigen a una determinada y concreta entidad financiera. Además la carga de la prueba de la exclusividad recae sobre el financiador”

¹⁴⁷ CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia, 2007, p144.

demostrar su actuación diligente. Por lo tanto se daría también una exoneración parcial del mismo¹⁴⁸.

5. Acción de responsabilidad de los profesionales sanitarios

Lo normal es que la actuación médica se derive del contrato, que el paciente haya contratado con el facultativo. La obligación que se asume aquí es de medios no de resultado, como regla el médico únicamente se obliga a actuar con diligencia para buscar la sanidad del paciente, aunque no en todos los casos esto puede llevarse a cabo. Se habla entonces de la diligencia exigible, que es la denominada *lex artis ad hoc*, que es el conjunto de conocimientos y técnicas que se deben aplicar de acuerdo con las circunstancias en que se actúa¹⁴⁹.

Los tribunales consideran incluibles las normas deontológicas de la profesión, que sirven también para medir la diligencia exigible en cada caso.

En el ámbito de la responsabilidad civil subjetiva, aunque la jurisprudencia es constante diciendo que esta responsabilidad es subjetiva y no hay inversión de la carga de la prueba, se viene produciendo una tendencia hacia una objetivación de la responsabilidad. Así sucede en determinadas especialidades médicas en las que el facultativo compromete un cierto resultado, que si no se llegara a un resultado pudiera haber responsabilidad. El médico en estos casos compromete un cierto resultado, por lo tanto de no alcanzarse hay que entender que hay responsabilidad o culpa, que algo fallo en definitiva.

También se tiende a la responsabilidad objetiva por la aplicación del art. 148 del TRLGDCU. La jurisprudencia aplica este artículo en el ámbito sanitario, en supuestos de infecciones contraídas o reactivadas en el curso de una intervención sanitaria, también en el supuesto de contagio de enfermedades por sangre, o en los que el resultado es anormal o desproporcionado, hay que tener en cuenta que en el ámbito sanitario se ha aplicado responsabilidad por productos defectuosos.

¹⁴⁸ STS de 30 noviembre 2005 (RJ 2006\35) y STS de 24 de diciembre 2002 (RJ 2002\10969).

¹⁴⁹ PÉREZ DE BLANCO, Gilberto. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia, 2007, p157.

Otra causa viene dada por la aplicación por la doctrina del resultado anormal o desproporcionado, que aunque no hay exoneración de la carga de la prueba, la jurisprudencia entiende que sí la hay en los supuestos en que el daño es un resultado no esperado y que resulta desproporcionado y que resulta conforme a las circunstancias del caso.

Resulta de gran interés la jurisprudencia al respecto, que entre otras manifestaciones, estableció esta de gran contenido : “ Por ende, es más que dudoso que la expresión «servicios sanitarios» del artículo 148 LGDCU (RCL 1984, 1906) comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e incluso que, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse sin más de objetiva, porque si el apartado 2 de dicho precepto, que es el que se refiere a tales «servicios», se pone en relación con su apartado 1, como parece obligado, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la «garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación» como los «controles de calidad», naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos, que el médico o cirujano demandado hubiera desconocido en su intervención.

Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce inevitablemente a una consecuencia en sí misma tan indeseable e injustificable, incluso en el plano puramente práctico, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial del «resultado desproporcionado» como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada.

De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de «resultado desproporcionado» el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada.

Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del Código Civil sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26-11-2001 [RJ 1996, 9517] y 11-4-2002 [RJ 2002, 3288]), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por

desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20-3-2001 [RJ 2001, 4744] y 23-3-2001 [RJ 2001, 3984] en recurso núm. 954/1996); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (STS 11-4-2002 (RJ 2002, 3288)).¹⁵⁰.

11.Las reglas convencionales: prohibición o posibilidad.

11.1 Prohibición de la aplicación de reglas convencionales, debido al carácter imperativo de las reglas de la carga de la prueba.

1. Criterio general.

Observadas las reglas legales tanto generales, como con especialidades, conviene ahora plantearse si pueden existir reglas convencionales, es decir si pueden las partes mediante acuerdos alterar las reglas legales en el sentido de atribuir la carga de la prueba¹⁵¹.

La Ley de Enjuiciamiento civil no aborda la validez y el alcance de estos pactos, que el artículo del Código Civil italiano ha reputado válido siempre que se refieran a derechos disponibles y la inversión o modificación que introduzcan no hagan excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio del derecho por la otra. En nuestro Derecho, la eficacia de las reglas convencionales ha sido ampliamente cuestionada desde la consideración del carácter necesario de las normas procesales¹⁵².

Por lo tanto y si las reglas legales sobre la carga de la prueba están dirigidas fundamentalmente al juez y operan en el momento de dictar sentencia, no para determinar la estimación o la desestimación de las peticiones de las partes, sino para que pueda resolverse la situación de incertidumbre que ha quedado después de las

¹⁵⁰ STS de 31 de enero de 2003. (RJ 2003\646). Añade también que si “De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad”.

¹⁵¹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.138, donde afirma que “La cuestión es muy dudosa y para intentar resolverla es necesario establecer antes la naturaleza de las normas sobre la carga de la prueba”.

¹⁵² FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tomo I, Barcelona, 2000, p. 827.

afirmaciones y de la prueba de las partes, debe concluirse que esas reglas tiene naturaleza procesal¹⁵³.

Se considerarían por lo tanto como reglas de *ius cogens* o reglas de carácter imperativo y, por tanto, excluidas de la disposición de las partes. Esta afirmación llevaría a concluir que no pueden existir reglas convencionales que modifiquen las reglas legales sobre la carga de la prueba¹⁵⁴.

En este sentido nuestra jurisprudencia se ha manifestado de manera reiterada, considerando las reglas convencionales mediante acuerdos entre las partes como inviable. Así pues, en numerosas sentencias defiende esta postura.

La STS de 18 de octubre de 1941 consideró “doctrinalmente recusable la inversión convencional de la prueba, porque cohibe la actividad del juez, que ha de ejercitarse conforme a las reglas legales y según los principios rectores de un determinado sistema procesal y no según la voluntad de las partes”. Establece en función de este pronunciamiento, y de manera más concreta que en el caso de incendio, la carga de la prueba del dolo o de la culpa grave del asegurado corresponde al asegurador y que cualquier alteración de la misma será declarada nula¹⁵⁵. Repetidamente el TS manifiesta la imposibilidad de acordar entre las partes la distribución de la carga de la prueba¹⁵⁶.

Por lo tanto las normas sobre la carga de la prueba son innegablemente procesales. Se refieren, sin embargo, al contenido del juicio jurisdiccional y están fundadas en criterios racionales de justicia. Se consideran, por tanto, de *ius cogens* y, en consecuencia, no susceptibles de inaplicación por acuerdo de las partes. Cosa distinta es que éstas, en el ámbito jurídico negocial de la autonomía de la voluntad, construyan

¹⁵³ CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*, I. Madrid, 1922, p.126.

¹⁵⁴ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, I. Madrid, 1977, p.322.

¹⁵⁵ STS de 25 de julio de 1991 (RJ 1991, 5419), que contiene que “cualquier estipulación que pudiera alterar el onus probandi en beneficio de la aseguradora tendrá que ser conceptuada como cláusula limitativa del derecho del asegurado y nula por lesividad con arreglo a los artículos 2 y 3 de la Ley de Contrato de Seguros”

¹⁵⁶ STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2012) donde afirma que “sin que, de otro lado, este mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes que no impedirían su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar sus estructura y sentido”.

“supuestos de hecho” en que el esquema de hechos constitutivos, de un lado, e impeditivos, excluyentes y extintivos de otro, se vea alterado¹⁵⁷.

11.2 Posibles acuerdos de alteración de las reglas legales, respecto de materias dispositivas por las partes.

1. Planteamiento y supuestos de aplicación.

A pesar de la prohibición de manera general, de las reglas convencionales surgidas de acuerdos entre las partes, en ocasiones, las cosas no son tan evidentes, y puede tener lugar la posible aplicación de pactos sobre la carga de la prueba a casos concretos. De este modo, y a continuación, se muestran dos situaciones de excepción a la imposibilidad de pactos sobre la carga de la prueba¹⁵⁸.

- Por un lado y a pesar de la aparente imposibilidad de pactos sobre la carga de la prueba, encontramos en el art 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, una excepción con respecto a las cláusulas abusivas. Esta ley considera como cláusulas abusivas, aquellas que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba. De este modo parecería que son posibles los pactos, a sensu contrario, si benefician a los consumidores o usuarios, y que de no ser posibles, sería porque existiese la necesidad de excluir un caso especial, pues al fin y al cabo la regla general es la de la admisibilidad (exclusión del proceso llamado convencional)¹⁵⁹.

Es importante destacar que numerosas sentencias sobre la exclusión de los pactos sobre carga de la prueba no hagan referencia a la condición de ius cogens de las normas sobre carga de la prueba, sino que atienden a razones de derecho material.

¹⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2004, p. 302.

¹⁵⁸ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.139.

¹⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, 2012, p.140, donde afirma que “la cuestión no debe presentarse en el sentido de admitir los pactos que benefician a los consumidores y rechazar los contrarios a los intereses de los mismos, sino de modo general sobre la admisibilidad de los pactos”, admisión de que las partes no pueden regular convencionalmente los actos procesales.

Los intentos de preconstitución de la prueba a través de pactos o cláusulas contractuales que llevan consigo una inversión o exoneración de la misma han sido, como se sabe, fuente de constantes abusos por parte de las grandes empresas, en los que se han visto involucrados quienes, de una manera u otra, ostentan peor condición en la relación material discutida, tal como sucede por lo general en los contratos de adhesión.

Este es el motivo, por el cual el legislador ha tratado de reaccionar ante tales abusos sancionando la nulidad de tales cláusulas como sucede en el caso de la ley anteriormente mencionada¹⁶⁰.

- Por otra parte, se da la posibilidad de modificar, no la norma procesal de la carga de la prueba, sino el supuesto de hecho de la norma material siempre que la misma se refiera a derechos disponibles por las partes. Así pues, aún supuesta la inderogabilidad convencional de las normas procesales, la doctrina ha puesto de manifiesto que tal circunstancia en ningún caso impediría a las partes pactar sobre los presupuestos de hecho de la norma material, siempre que ésta sea disponible, alterándolos o conformándolos en interés de las partes con repercusión mediata en la carga de la prueba.

El convenio incidiría sobre el derecho material disponible y no sobre el procesal¹⁶¹. Resulta práctico hacer una diferenciación clara entre lo que vendría a ser la elección de un hecho, o la modificación de un hecho. Y la distinción resulta fácil a través de la ejemplificación de ambos supuestos:

- Puede ser que la norma material prevea expresamente dos o más posibilidades de supuestos de hecho y que las partes al contratar opten por uno de ellos. Por ejemplo en el art 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes.

¹⁶⁰ DAMIÁN MORENO, Juan. Carga de la prueba y responsabilidad civil, Valencia, 2007, p 27, donde establece al respecto que “Esta solución quizás demasiado drástica, resulta posiblemente la más adecuada si lo que se quiere es evitar que sea el juez quien decida en qué casos un pacto de esta naturaleza es susceptible de provocar indefensión o no”.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo I, Barcelona, 2000, p. 827.

“El porteador y el buque serán responsables de las pérdidas o daños causados a las mercancías con arreglo al valor que el cargador haya declarado por bulto o unidad, siempre que dicha declaración conste en el conocimiento de embarque y no haya formulado en el mismo la oportuna reserva el porteador, su agente o el capitán del buque. Si no se hubiera hecho constar esta reserva, la declaración del cargador constituirá una presunción a su favor, y la prueba para impugnar aquélla será a cargo del porteador. Por el contrario, si en el conocimiento de embarque constara la reserva del porteador, su agente o el capitán del barco, la prueba incumbirá al cargador. Si el cargador no hubiera declarado en el conocimiento del embarque el valor de la mercancía, pero sí su naturaleza y el porteador, su agente o el capitán del barco no hubieran formulado reserva sobre dicha declaración en el conocimiento de embarque se atenderá el porteador, para la indemnización, al precio de la mercancía en el puerto de embarque, pero limitado siempre ese valor a la cantidad máxima de cinco mil pesetas de papel por bulto o unidad. Por convenio entre el porteador, el capitán o el agente del porteador y el cargador, podrá fijarse una cantidad máxima diferente de la antes señalada, con tal que esta máxima convencional no sea inferior a la cifra anteriormente indicada”.

En este ejemplo, observamos como a la hora de realizar el conocimiento de embarque, las partes contratantes del transporte tienen amplias posibilidades de opción para conformar el supuesto de hecho.

- También resultarían posibles los supuestos de modificación de un hecho, es decir aquellos que conforman convencionalmente los supuestos de hecho. Por ejemplo, en el art 350 Cdc, que establece que las mercancías a transportar se expresarán con expresión de su calidad genérica y de su peso. Según el art 353 Cdc establece que, en el caso de que después surgiera algún conflicto que llegara a los tribunales, el portador que alegara error o falsedad de esos datos tendría la carga de la prueba. Esta regla no puede ser modificada por pacto alguno, pero nada impide que en la carta de porte se exprese por el porteador “ignoro peso y contenido”. En caso de que ocurriese esto último ya no estaríamos ante el supuesto

del art 353 Cdc, sino del art 354 Cdc (aunque esta se refiera a la inexistencia de la carta de porte).

Por lo tanto existe tan sólo la posibilidad de inversión convencional de la prueba. Esto ocurre fundamentalmente con cierto tipo de cláusulas (ya analizadas), habituales en ciertos contratos mercantiles. Es importante remarcar que en estos casos la inversión convencional no afecta nunca a la regla de juicio, a la distribución en abstracto de la carga de la prueba, sino que modifica sólo el supuesto de hecho de la norma material¹⁶².

12. Tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba.

12.1 La infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba: reacción y solución.

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo establece que las normas que regulan la carga de la prueba sólo se infringen cuando, en los supuestos de incerteza probatoria, el Juez o Tribunal atribuye las consecuencias negativas de la falta de prueba a quien no estaba legalmente obligado a su levantamiento o, en términos, cuando el Juez o Tribunal modifica, altera o invierte indebidamente entre los litigantes la carga de la prueba¹⁶³.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que no se infringen las normas sobre la carga de la prueba cuando el órgano judicial realiza una valoración conjunta de la prueba con independencia de la parte que haya acreditado los hechos, lo que no constituye sino una manifestación del principio de adquisición procesal ya analizado. Un ejemplo de esta doctrina jurisprudencial sería la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que establece que “Las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria”¹⁶⁴.

¹⁶² RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Enjuiciamiento Civil, Cómo gestionar los litigios civiles, Barcelona, 2008, p. 678.

¹⁶³ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, 2000, p. 16.

¹⁶⁴ STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6356).

En Sentencias de 9 de abril de 1997, 22 de junio de 1998 y 9 de marzo de 1999, el Alto Tribunal ha afirmado que la "carga de la prueba" tan sólo es aplicable, pues, cuando, ante la falta de prueba de un hecho relevante para la decisión judicial, sigue siendo éste incierto o dudoso para el tribunal. Las reglas distributivas del onus probandi no tienen otra finalidad, ni más alcance, que determinar para quien ha de producirse al final del proceso las consecuencias desfavorables de la ausencia o insuficiencia de prueba de alguno o algunos de los hechos controvertidos de que depende la decisión de la contienda judicial. Su razón última reside en el deber inexcusable de los tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan conforme al artículo 1. 7 del Código Civil.

Su alegación en el recurso extraordinario no ampara una revisión de la prueba pues, según ha declarado esta Sala, no son normas de valoración probatoria según la STS 333/2012, de 18 de mayo¹⁶⁵. Y no puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba, al tiempo que se impugna la valoración efectivamente practicada (STS 693/2003, de 10 de julio (RJ 2003, 4626) ”¹⁶⁶.

Esta afirmación del Tribunal ha sido muy criticada por la doctrina, y con parte de razón desde la perspectiva de muchos. Así pues en la práctica judicial, la apreciación conjunta de la prueba queda por debajo de los requisitos de motivación de las Sentencias judiciales establecida por el Tribunal Constitucional.

Se observa claramente, esto último, en materia de presunciones, pues son muchas las ocasiones en que los Tribunales camuflan una presunción bajo el expediente de apreciación conjunta de la prueba, impidiendo conocer la operación mental del Juez, que debería tener reflejo en la motivación de la sentencia, e impidiendo por tanto, su tutela. Baste con señalar aquí, que la valoración conjunta de la prueba ha

¹⁶⁵ STS de 14 de junio de 2010 (RJ 2010, 5390)

¹⁶⁶ STS 215 de 8 abril de 2013 (RJ 2013\49381), donde se añade al respecto que “El recurrente, aunque alega la infracción de las reglas sobre carga de la prueba, no denuncia en realidad la indebida atribución de las consecuencias negativas de la ausencia de prueba, sino su disconformidad con la valoración de la prueba “.

de ser considerada inadmisibile, en contra de la jurisprudencia mayoritaria, en los casos que propicie la falta de motivación de las sentencias.

12.2 Tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba.

Diferente cuestión pero no menos importante sería como puede obtenerse la tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba, aspecto éste que, por la defectuosa configuración del sistema de recursos en la LEC, suscita algunas cuestiones.

1. Los posibles recursos cuya interposición ejercita la tutela de la infracción de las normas de la carga de la prueba.

La tutela de la infracción de las normas de la carga de la prueba puede recabarse tanto por la vía de los recursos ordinarios como por la vía de los extraordinarios. La LEC configura como ordinarios el de reposición (Arts. 451 y ss. LEC), el de queja (arts. 494 y ss. LEC) y señaladamente, el de apelación (arts. 455 y ss. LEC).

La simplicidad de la configuración de los recursos ordinarios contrasta con la compleja estructura de recursos extraordinarios que contiene la LEC, que contempla el recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468 y ss. LEC), el recurso de casación (arts. 477 y ss. LEC) y el recurso en interés de la ley (arts. 490 y ss. LEC), si bien sólo los dos primeros proceden contra las sentencias dictadas en segunda instancia. Además son excluyentes entre sí: sólo en el caso de que sean diversos los litigantes de un mismo proceso podrán interponerse ambos recursos a un tiempo, cuando cada uno de ellos opte por uno distinto (art. 466 LEC).

Por lo tanto la distinción en la LEC de estos dos recursos en función del carácter de la infracción alegada provoca que sea difícil determinar cuál deba ser el cauce adecuado para obtener la tutela judicial en un ámbito tan particular como el de la carga de la prueba, en que se encuentran estrechamente imbricados aspectos de carácter material y procesal. A fecha de hoy, carece de relevancia cuál sea el recurso mediante el que se solicite la tutela judicial por la infracción de las normas sobre la carga de la prueba, pues aunque el art. 468 LEC atribuye el conocimiento del recurso por infracción procesal exclusivamente a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la Disposición Final 16.^a LEC atribuye transitoriamente a la Sala

Primera del Tribunal Supremo la competencia para conocer de este recurso, en tanto no se confiera ésta a los Tribunales Superiores de Justicia¹⁶⁷.

Transitoriamente, por tanto, procederá el recurso por infracción procesal por los motivos previstos en el Art 469 LEC, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el Art 477 LEC y además, se permite que ambos puedan ser interpuestos conjuntamente (D.F.16.^a 1.3^a LEC).

2. La carga de la prueba como fundamento del Recurso Extraordinario por infracción procesal

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2008, recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia de 12 de junio de 2007, resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos¹⁶⁸.

Para que se produzca la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es preciso que concurran los requisitos consistentes en:

- Existencia de un hecho – afirmación fáctica positiva o negativa– precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones;
- Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa;
- Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y
- Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba.

Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. Que establece que:

- No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho.

¹⁶⁷ PAZOS MÉNDEZ, SUZANA. *Objeto y carga de la prueba*. Barcelona, 2007, p.89.

¹⁶⁸ BARRENECHEA CORREA, Gonzalo. *La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones*. *Economist & jurist*, 2013, p7.

Puede haber error patente o arbitrariedad –incoherencia pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba– y;

- El artículo 217 LEC no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de la Sala, dentro de la cual se citan las de 26 y 31 de mayo, 1 y 8 de junio de 2006, 21 julio 2006 y 2 marzo 2007¹⁶⁹.

3. Actuación ante la posible dualidad de recursos.

Atendiendo a la situación de una posible dualidad de recursos, la cuestión de cómo deba resolverse la misma, cuando la competencia del recurso por infracción procesal este atribuida definitivamente a los Tribunales Superiores de Justicia. Dado que la carga de la prueba se configura en la LEC como un requisito interno de la sentencia, la doctrina entiende que el cauce adecuado para obtener la tutela judicial por la infracción de las normas que regulan es el recurso extraordinario por infracción procesal regulado en el Ar.469.1.2º LEC¹⁷⁰.

La doctrina que defiende esta postura, considera a su vez y por el contrario, que ya no es posible obtener la tutela jurisdiccional a través del recurso de casación, regulado en los arts. 477 y ss. LEC, dado que su ámbito de aplicación ha quedado reducido a infracciones jurídicas de carácter material. Sin embargo, por las particularidades que presenta la carga de la prueba, ello no parece tan claro.

Un ejemplo de esta posible falta de claridad, se daría en el caso de que la vulneración de las reglas de la carga de la prueba se haya producido por una errónea calificación de los hechos (por ejemplo, que se califique como extintivo, un hecho constitutivo). En este caso, formalmente no se habría invertido la carga de la prueba, pero el efecto de calificar un hecho constitutivo como extintivo, por ejemplo, produciría el mismo resultado. Y ello no sería una infracción procesal, sino material, en cuyo caso debería poder acceder al recurso de casación.

¹⁶⁹ STS de 19 de noviembre de 2012 (RJ 686/2012), que señala que “no pueden confundirse las reglas que regulan la carga de la prueba, con aquellas que disciplinan la valoración, de la misma, ya que esta es una operación previa y, tan solo si después de valorar la practicada el tribunal llega a la conclusión de que no existe prueba suficiente, entran en juego las referidas a la "carga de probar".

¹⁷⁰ LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, 2000, p.18.

En cualquier caso, ya se considere posible la tutela de la infracción de las normas sobre la carga de la prueba a través del recurso de casación¹⁷¹ y del recurso extraordinario por infracción procesal o sólo a través de este último, es posible acudir en amparo al Tribunal Constitucional en virtud de los arts. 41 y ss. LOTC¹⁷², cuando se reclama de una parte una prueba imposible o diabólica.

¹⁷¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*. Ed. Aranzadi, S.A., Navarra 2004, p.522.

¹⁷² LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, 2000, p.

13. Conclusiones alcanzadas

CONCEPTO Y DIMENSIÓN.

1.1 La carga de la prueba es una de las **instituciones** más importantes del derecho procesal. Supone la **garantía** de que en todo caso se va a dar una solución a las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito y establece y da a conocer las reglas que seguirá el juzgador para ello.

1.2 Las reglas de distribución de la carga de la prueba constituyen un auténtico **reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva.**

1.2.1 Se define habitualmente como la **regla de decisión o de juicio** que permite al juzgador resolver la controversia. Facilitan al juzgador un criterio que permite resolver la controversia sometida a su decisión (debido a la prohibición del non liquet del Art 11.3 LOPJ) cuando existen hechos relevantes para el proceso que han quedado inciertos.

a) No obstante, la regla de juicio no sustituye el enjuiciamiento del órgano judicial sino que evita la parálisis y la inercia impuestas por la incerteza de determinados hechos que imposibilitan el enjuiciamiento y salvaguarda el principio de seguridad jurídica, pues ante un supuesto de incerteza probatoria evitan un pronunciamiento arbitrario del juzgador.

b) Las reglas sobre carga de la prueba son el último recurso al que puede acudir el Tribunal para resolver la cuestión de la incerteza fáctica, pero no el único, pues el **art. 429.1 LEC** otorga al Juez o Tribunal la facultad de indicar a las partes la prueba que estime conveniente que se practique en el caso de que considere que la propuesta por las partes puedan resultar insuficiente para el esclarecimiento de los hechos, (consiste en un mecanismo de iniciativa probatoria judicial).

1.2.2 Consistirá también en una **regla de conducta para las partes** quienes ante la necesidad de actuar para prevenir un perjuicio procesal, deberán probar una serie de hechos que constituyen la prueba con base en la cual

el juzgador decidirá el asunto, evitando así una sentencia desfavorable. Por lo tanto también representa una carga procesal, que podría definirse como un imperativo del propio interés de las partes en el proceso.

REGULACIÓN LEGAL.

1.3 Regulación actual en el **Art 217 Ley de Enjuiciamiento Civil**. Reconoce la doble función de las normas sobre la carga de la prueba, esto es, la función de regla de juicio y la función de distribución de los hechos a probar.

- a) El **apartado 1 del art. 217 LEC** recoge la regla de juicio en el proceso civil y señala los presupuestos para su aplicación. Sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante la falta o insuficiencia de la prueba de un determinado hecho, decida qué parte ha de sufrir las consecuencias negativas de esa falta o insuficiencia probatoria.
- b) Los **apartados 2 y 3 del art. 217 LEC** establecen el reparto de la carga de la prueba entre las partes en el proceso, cuya insatisfacción justifica que resulte de aplicación por el Juez la regla de juicio. Concretan qué hechos debe probar cada parte para eludir los efectos contrarios a su interés en el supuesto de que, al final del proceso, los hechos no hubieran quedado debidamente acreditados. En la LEC se conjuga la distinción clásica entre hechos constitutivos que debiesen ser probados por parte del actor, y extintivos, impeditivos y excluyentes, por el demandado.
- c) Reglas especiales recogidas en el precepto en los **apartados 4 y 5 de la LEC**.
- d) El **apartado 6 del Art 217**, por su parte, establece que en todos los procesos civiles en general, «siempre que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes», no se aplicarán las normas contenidas en los apartados anteriores.

El apartado 7 del Art 217, añade que “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”, lo que podrá dar lugar a supuestos en los que las reglas generales no se apliquen.

- Ambos gran relevancia en cuanto a que la aplicación jurisprudencial del apartado 7 del art 217, ha hecho que el legislador establezca supuestos legales, que establecen normas especiales (apartado 6 del Art 217 LEC) que desplazan las normas generales del apartado 2 y 3 del Ar 217 LEC. Esos preceptos legales, se encuentran en el Código Civil, el Código de Comercio, así como en leyes especiales. Generalmente se trata de reglas especiales contrarias a las reglas generales, bien de manera directa o a través de falsas presunciones.

e) Las posibles alteraciones de la carga de la prueba contrarias a las reglas generales, sin bien **no existe un precepto legal al respecto**, consistirán en la modificación, inversión o exoneración de la carga de la prueba. Estas clasificaciones son de aportación doctrinal, y de importante aplicación y reiterada mención jurisprudencial.

CUESTIONES DE INTERÉS

- a. Relevancia **del principio de aportación de parte** pues establece que son las partes las que deben alegar los hechos objeto de sus pretensiones, y que sobre ellas también recaerá la carga de probar la existencia de dichos hechos.
- b. Respecto del **principio de adquisición procesal**, en interés de la carga de la prueba, este principio supone que, estando los hechos bien alegados, cualesquiera hechos, y estando probados, el tribunal ha de partir de ellos en la sentencia, sin referencia a cuál de las partes los ha probado.

- c. La carga de la prueba atiende a la **noción de carga procesal**. La carga procesal de las partes de promover la actividad probatoria, lo que constituye un imperativo fundado en su propio interés
- d. Las normas de la carga de la prueba derivan de la larga **búsqueda de una regla general** que estableciese de modo claro y para todos los procesos civiles quién debe asumir las consecuencias de que una afirmación de hecho no se haya probado. En dicha búsqueda se han defendido distintas posturas: las máximas romanas, las clases de hechos, las condiciones generales y específicas y el supuesto fáctico de la norma favorable. Todas ellas han contribuido a establecer la regla general actual de la carga de la prueba.
- e. Las normas sobre la carga de la prueba son **normas procesales de prueba**, pero no de valoración de la prueba.
- f. Las normas que disciplinan la carga de la prueba se convierten en **normas de orden público**, y, como tales, de carácter indisponible.
- g. **Las partes no podrán alterarlas por la vía convencional**, por lo que carecerán de efectos vinculantes para el Juez cualesquiera pactos que los justiciables puedan alcanzar al respecto, dentro o fuera del proceso. A excepción de aquéllos que no alteren la distribución de los hechos a probar sino que sólo configuren el supuesto de hecho sobre el que se han de aplicar las reglas sobre carga de la prueba, siempre y cuando las normas sustantivas lo permitan y se trata de materias disponibles.
- h. Respecto de la **tutela judicial frente a la infracción de las reglas de la carga de la prueba**, la doctrina consolidada del Tribunal Supremo establece que las normas que regulan la carga de la prueba sólo se infringen cuando, en los supuestos de incerteza probatoria, el Juez o Tribunal atribuye las consecuencias negativas de la falta de prueba a

quien no estaba legalmente obligado a su levantamiento o, en términos, cuando el Juez o Tribunal modifica, altera o invierte indebidamente entre los litigantes la carga de la prueba.

- i. **Sistema de recursos:** destacan el recurso por infracción procesal y el recurso de casación. Dado que garantiza el ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva, su vulneración podrá suponer la interposición de un recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

14. Bibliografía y fuentes utilizadas

Manuales y monografías.

- ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant monografías, Valencia, 2007.
- ASECIO MELLADO, J.M^a. *Comentario al art 217, t.III, en “Proceso civil Práctico”*, Gimeno Sendra, V. (coord.), Ed. La Ley, Madrid, 2001.
- BARRENECHEA CORREA, G. *La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones*. Economist & jurist, 2013.
- BONET NAVARRO, J. *La prueba en el proceso civil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2008.
- CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil, Tomo I*, traducción de Sentis Melendo, S. Ejea, 5^a ed Buenos Aires, 1989.
- CHIOVENDA J. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. II, traducción de J, Casaís y Santaló, ed. Reus, Madrid, 1925.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V “*Comentario al art. 1214 CC*”, en Comentario del Código Civil, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V y MORENO CATENA, V, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V y MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Tirant lo Blanch, 4^a ed. Valencia, 2010.
- CORTES DOMINGUEZ, V. “*Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*” en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, año 1972.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant monografías, Valencia, 2007.
- DAMIÁN MORENO, J. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant monografías, Valencia, 2007.
- DAMIÁN MORENO, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Lorca Navarrete, A. LEX NOVA.1^a. ed, Valladolid. 2000.
- DIAZ FUENTES, A. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2002.

- FERNÁNDEZ BLANCO, R. ANAF (Asociación Nacional de Asesores Financieros).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “*La carga de la prueba en la práctica judicial civil*” Ed. La Ley 1ª ed, Madrid, 2006.
- FERNANDEZ URZAINQUI, F.J. Comentario al artículo 217, en “*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Fernández- Ballesteros, Rifá-Soler; Valls- Gombau. Ed, Atelier, Barcelona, 2000.
- GALLEGO GARCÍA, R, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. TORIBIOS FUENTES, Fernando (Director). LEX NOVA, 1ª.ed, Valladolid, 2012.
- GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S. *Objeto y carga de la prueba civil*. ABEL LLUCH, X y PICÓ I JUNOY, J (Directores). JB, Bosch Procesal, Barcelona, 2007.
- GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*, traducción Prieto Castro, ed. Labor, Barcelona, 1936.
- GOMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y ediciones, Madrid, 1976.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, J, “*Los procesos civiles declarativos*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- GONZALEZ GRANDA, P. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant monografías, Valencia, 2007.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, La Ley, Madrid 2002.
- GUASP, J. *Derecho Procesal Civil, I*. Madrid, 1977.
- LÓPEZ SIMÓ, F., “*Disposiciones generales sobre la prueba. Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*” Ed. La Ley, Madrid, 2001.
- LÓPEZ SIMÓ, F., en la obra conjunta “*Lecciones de Derecho Procesal*”, (TAPIA FERNÁNDEZ, I. / LÓPEZ SIMÓ, F.), UIB, 1ªed, Palma, 2009.
- LÓPEZ YAGÜES, V., “*La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*”, Ed. La Ley, Madrid, 2005.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2001.
- LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, Barcelona, Indret, 04, 2003.

- MAGRO SERVET, V (coordinador), *Guía Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero*, La Ley, Madrid, 2002.
- MONTERO AROCA, J *La prueba*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- MONTERO AROCA, J, GÓMEZ COLOMER, J, MONTÓN REDONDO, A y BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional I. Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, 16ªed, Valencia, 2008,
- MONTERO AROCA, J, ORTELLS RAMOS, M y GÓMEZ COLOMER, J.L. *Derecho Jurisdiccional I. Proceso Civil 1º*, José M.ª Bosch, editor, S.A. Zaragoza, 1994,
- MONTERO AROCA, J. *La prueba en el Proceso Civil*. CIVITAS, 7ªe.d. Pamplona, 2012.
- MUÑOZ SABATÉ, L.L. *Fundamentos de prueba judicial civil*, 3ª ed, Civitas, Madrid, 2002.
- PAZ RUBIO, J, ACHAERANDIO GUIJARRO, F, DE ANDRÉS HERRERO, A, ILLESCAS RUS, A, PUENTE SEGURA L, SALGADO CARRERO, C. *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000.
- PAZOS MENDEZ, S. *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores) Ed. JM Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- PÉREZ DEL BLANCO,G. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant monografías, Valencia, 2007.
- PICÓ I JUNOY, J. El principio de adquisición procesal en materia probatoria, en rev. la Ley, nº6404.
- PRIETO CASTRO, L. *Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 1978.
- RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Civil. Cómo Gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008.
- REYNAL QUEROL, N. *La prejudicialidad en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2006.
- ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, Ed. Montevideo, Buenos Aires, 1956.
- SENÉS MOTILLA, C. *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996
- SENTIS MELLEENDO, S. *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1979.
- SEONE SPIELGEBERG, J.L. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002.

- SERRA DOMÍNGUEZ, M “Comentario al art. 1214 CC”, en ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 2º Edersa, 2ª ed, Madrid, 1991.
- TORIBIOS FUENTES. F, VELLOSO MATA. M.J., “Manual práctico del proceso civil” 1ª ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- URIARTE CODÓN, A. *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores) Ed. JM Bosch Editor, Barcelona 2007.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª Edición 2012. Actualizado, Ed. Difusión Jurídica. Madrid. 2012.

Legislación

- Código Civil: Arts. 1, 33, 359, 434, 459, 850, 1183, 1210, 1214, 1277, 1750, 1769, 1900, 1910.
- Constitución Española de 1978: Art. 24.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Arts.; 4, 217.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes: Arts.; 61,1, 77.2, 85.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: Art. 58.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque: Art.45.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: Arts.; 18.2, 71.2.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Art. 38.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014): Art. 13.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014): Arts.; 11.3.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014): Arts. 8.1, 15.3, 55.

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: Art. 147.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: Arts. 237, 367.
- Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor: Art. 1.

Sitios web

- **ARANZADI DIGITAL- Base de datos.**

<http://0aranzadi.aranzadidigital.es.catoute.unileon.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

- **TIRANT ONLINE- Base de datos Tirant lo Blanch**

<http://0www.tirantonline.com.catoute.unileon.es/tol/action/tol?tplt=newUsu&ini=0&login=leon&password=unileon>

- **CENDOJ: Consejo General del Poder Judicial.**

<http://www.poderjudicial.es/search/>

- **INDRET**

<http://www.indret.com/es/>