



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La carga de la prueba en el proceso civil

Presentado por:

Laura Inés Bernabé Sanz

Tutelado por:

Yolanda Palomo Herrero

Valladolid, 4 de junio de 2018

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objetivo el estudio de la carga de la prueba en el proceso civil, a través, especialmente, del análisis del artículo 217 LEC. Es importante destacar la especial trascendencia que tiene la prueba en este tipo de procedimiento, pues es la actividad procesal que permite a las partes la fijación del material fáctico y con ello, obtener el resultado procesal pretendido. Por esto, la carga de la prueba es un aspecto esencial para la consecución de dicho fin. Con este trabajo se pretende dar respuesta a las siguientes cuestiones: qué tiene que ser probado, quién tiene que probarlo y cuáles son las consecuencias de la falta de prueba.

Palabras clave

Carga de la prueba, proceso civil, *onus probandi*, principio de prohibición del *non liquet*, derecho a la prueba, tutela judicial efectiva, objeto de la prueba, principio de aportación de parte, carga formal, carga material, criterio de disponibilidad y facilidad probatoria, inversión de la carga, presunciones legales.

ABSTRACT

The aim of the present Final Degree Project is to analyse the burden of proof in a civil proceeding, especially, through the study to the article 217 LEC. It is important to highlight the particular significance that proof has in this kind of procedure, as it is the legal activity that allows the parties to determine the factual material used in order to achieve their purpose. Therefore, the burden of proof is an essential aspect for the accomplishment of that objective. This paper seeks to answer the following questions: what should be proved, who has to prove it and what are the consequences of a lack of evidence.

Keywords

Burden of proof, civil proceeding, *onus probandi*, principle of prohibition of *non liquet*, the right to evidence, effective legal protection, subject of evidence, principle of evidence law, formal burden, material burden, availability and evidentiary facility criteria, the reversal of the burden of proof, legal presumptions.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA PRUEBA	7
2.1 El concepto de prueba	7
2.2 Naturaleza de las normas sobre prueba	9
2.3 El derecho a la prueba	10
3. EL OBJETO DE LA PRUEBA	11
3.1 Las alegaciones de hechos	12
3.2 Las alegaciones de Derecho	14
3.2.1 <i>La costumbre</i>	15
3.2.2 <i>El Derecho extranjero</i>	17
3.2.3 <i>El Derecho estatutario</i>	18
3.2.4 <i>Los Tratados internacionales</i>	19
3.2.5 <i>El Derecho comunitario</i>	20
3.3 Las máximas de experiencia	21
4. LA CARGA DE LA PRUEBA	21
4.1 Concepto de carga de la prueba	21
4.2 Clases de carga de la prueba	23
4.3 Fundamento	24
5. LA REGLA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	27

6. MATIZACIÓN A LA REGLA GENERAL: EL CRITERIO DE DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA	29
7. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	31
7.1 Reglas especiales o excepciones a la regla general: la inversión de la carga de la prueba	31
7.2 La alteración convencional del <i>onus probandi</i>	33
8. LAS PRESUNCIONES LEGALES	36
9. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS SOBRE LA CARGA PROBATORIA	38
10. PARTICULARIDADES DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIAS ESPECÍFICAS	40
10.1 La carga de la prueba en materia de discriminación	40
10.2 La carga de la prueba en materia de responsabilidad sanitaria	42
10.3 La carga de la prueba en materia de responsabilidad civil por producto defectuoso	48
10.4 La carga de la prueba en materia de responsabilidad por daños por miembro indeterminado de un grupo o por indeterminación de la cuota de responsabilidad atribuible a cada miembro	50
10.5 La carga de la prueba en materia de responsabilidad civil en la edificación	51
10.6 La carga de la prueba en materia de responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de tráfico	53
10.7 La carga de la prueba en materia de una acción negatoria de servidumbre	54
10.8 La carga de la prueba en materia de frustración de la prueba de la parte contraria	56

11. CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA	62
JURISPRUDENCIA	64

1. INTRODUCCIÓN

La prueba es un aspecto fundamental del proceso civil. La importancia de esta radica en que, si no se demuestra el hecho determinado, aunque sea cierto, no se alcanzará el resultado procesal favorable buscado. El derecho tiene que ser aplicado sobre un material fáctico determinado. La aplicación de una norma jurídica va a depender de que los hechos que el legislador ha fijado en abstracto en la norma se hayan dado en el caso concreto. El medio de fijación más relevante es la actividad probatoria. Corresponde a las partes demostrar, a través de esa actividad probatoria, el supuesto fáctico de la norma jurídica cuya aplicación han requerido.

El éxito de las pretensiones va a estar determinado por el convencimiento del juez, quien tiene que realizar una triple tarea a fin de determinar si es posible la aplicación de la norma jurídica al supuesto fáctico pretendido. En primer lugar, el juez tiene que conocer el ordenamiento jurídico con el objetivo de estimar si el fallo que va a pronunciar se fundamenta en este. Asimismo, tiene que verificar que exista una relación de semejanza entre las normas del ordenamiento jurídico y los hechos de ese caso determinado. En último lugar, el juez debe comprobar la certeza de los hechos alegados, y sólo cuando haya sido convencido de la verdad de las afirmaciones fácticas podrá aplicar la norma jurídica pretendida¹.

De esta manera, en el caso de que los hechos afirmados no hayan quedado probados, el juzgador no podrá aplicar la norma al caso concreto, ni podrá declarar el efecto o la consecuencia jurídica pedida y, por lo tanto, la parte que lo alega no podrá ser favorecida por la práctica de la norma que de haberse llegado a demostrar le hubiera sido beneficiosa². El juez tiene en todo momento el deber de resolver la cuestión jurídica que le ha sido planteada, a pesar de que las partes no logren probar los hechos sobre los que se sostiene su pretensión, por lo que es imprescindible la existencia de unas normas que determinen cuáles van a ser las consecuencias jurídicas de una insuficiencia probatoria y sobre quién van a recaer tales consecuencias por corresponderle la carga de la prueba.

¹ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 5.

² BONET NAVARRO, J. (2009) *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*. Diario La Ley. Número 7256, pág. 1.

El objeto del presente trabajo es el estudio en profundidad de la carga de la prueba en el proceso civil, a través, en primer lugar, de una aproximación a los aspectos más generales de la prueba, entre ellos, su concepto, la naturaleza de sus normas, el derecho a la prueba y el objeto de la prueba. Posteriormente, nos centraremos en el estudio de la carga de la prueba, haciendo referencia asimismo al concepto de carga, las clases y su fundamento, para después desarrollar el tema propiamente de la distribución de la carga probatoria en el proceso civil. Finalmente, se hará referencia a ciertas particularidades de la carga de la prueba en materias específicas.

2. LA PRUEBA

2.1 El concepto de prueba

La palabra prueba es un término polisémico que es utilizado para hacer referencia a distintos aspectos dentro del procedimiento civil, en relación con la finalidad que la misma tiene en el proceso, concretamente, prueba como actividad, prueba como resultado y prueba como medio³:

La primera acepción hace referencia a la prueba como actividad. Es la actividad que se realiza para lograr la convicción del juez, y estaría formada por aquellas actuaciones destinadas a la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba. También consistiría en la práctica de los medios de prueba⁴.

Otro sentido de la prueba está relacionado con el resultado de la actividad probatoria anteriormente mencionada. De esta forma se alude al grado de convicción que se produce en el Juez, y existirá la misma cuando la afirmación de un hecho haya quedado probada como consecuencia de la práctica de los medios de prueba y de la valoración del juez.

Finalmente se usa para referirse al medio por el que se consigue ese resultado, es decir, para aludir propiamente a los medios de prueba, entendiendo a los mismos como los

³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 191.

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997) *Mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, pág. 22 y ss.

diversos cauces legalmente regulados para llevar al proceso una fuente de prueba determinada.

Desde el punto de vista doctrinal, y atendiendo a la interpretación que de la misma hace DE LA OLIVA SANTOS⁵, la prueba se define como “aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación práctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso”. En relación con esta definición, y teniendo en cuenta los elementos que la constituyen, la prueba es una actividad procesal, por cuanto se realiza en un procedimiento civil, que se refiere a las alegaciones sobre los hechos controvertidos, con relación a determinar la verdad de tales afirmaciones y, además, está sujeta a normas procesales y procedimentales⁶.

Por lo tanto, la prueba va a tener como finalidad la fijación de hechos controvertidos, a través de la persuasión al juez sobre la veracidad de estos. Corresponde al juez la actividad de comprobación, en que consiste la prueba procesal, mediante la comparación de afirmaciones. Las partes colaboran en esta actividad a través de la aportación de las fuentes de prueba al proceso, la propuesta de los medios concretos de prueba y la intervención en la práctica.

Sin embargo, es el juez el que tiene que verificar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, comparándolas con las que resulten de los medios de prueba practicados, valoradas a la luz de sus máximas de experiencia. Es precisa la convicción del juez, adquiriéndose tanto cuando logra la certeza de los hechos como cuando consigue eliminar todas aquellas dudas razonables o relevantes que se le hayan planteado durante la práctica de la actividad probatoria. De esta forma, la jurisprudencia entiende que la prueba es “la actividad que tiene por finalidad obtener el convencimiento de la Sala sobre los hechos”⁷.

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2016) *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Madrid: Universitaria Ramón Areces, pág. 115.

⁶ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas. págs. 54-55.

⁷ STSJ Baleares 263/2017, de 31 de marzo.

2.2 Naturaleza de las normas sobre prueba

La prueba es una actividad procesal, como se ha mencionado anteriormente, y como tal, su naturaleza es procesal. Sin embargo, no siempre resulta fácil distinguir entre la naturaleza material de las normas y la naturaleza procesal. La tradición legislativa de las normas sobre la prueba colocaba a estas, a veces, de forma indiferenciada, por un lado, en los Códigos civiles o leyes de naturaleza material, y de otro, en las leyes procesales⁸.

Este problema podría entenderse que carece de importancia en nuestro ordenamiento desde la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, al contener las normas relativas a la prueba. Sin embargo, también encontramos normas sobre prueba en otros textos legales. Así, por ejemplo, en materia de carga probatoria, el apartado sexto del artículo 217 LEC faculta a que otras disposiciones legales contengan normas sobre carga de la prueba, como veremos posteriormente. Por lo tanto, la Ley de Enjuiciamiento Civil no es el único texto legal en el que aparecen normas relativas a la prueba.

A pesar de que las normas sobre prueba se contengan tanto en leyes de naturaleza material como en otras de naturaleza procesal, se entiende que la regulación de las normas de la prueba en una ley material o procesal no define la naturaleza de estas, sino que se trata de normas procesales por cuanto determinan la actividad que van a llevar a cabo las partes en un proceso con el fin de probar los hechos que les corresponde, y además de otro lado, precisan la actividad del juez en relación con la prueba, todo ello con el objetivo último de lograr el convencimiento del juez.

No obstante, el hecho de que una norma regule la prueba no implica que se trate de una norma procesal, sino que es preciso hacer una diferenciación entre aquellas normas que regulan aspectos generales de la prueba, de aquellas *normas particulares* de prueba. El ámbito de aplicación de las primeras son todas las relaciones jurídicas y su función es lograr una mejor convicción del juez. En cambio, las segundas regulan una situación jurídica o derechos determinados y su cometido es regular tales derechos, limitando generalmente los medios de prueba. Estas últimas se consideran normas materiales puesto que “la falta del

⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 192.

medio de prueba impuesto por el legislador implica la negación de la pretensión, pero sólo por el camino procesal escogido”⁹.

2.3 El derecho a la prueba

El artículo 24 de la Constitución Española consagra en su apartado primero el derecho a obtener la tutela judicial y efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Se trata de un derecho fundamental. Una de las etapas del desarrollo al debido proceso es el derecho a la prueba que, asimismo, aparece recogido en el artículo 24.2 CE, el cual señala que “todos tienen derecho...a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

El derecho a la prueba se define como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”¹⁰, e incluye el derecho a la proposición de los medios de prueba, el derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o la denegación motivada de estas, el derecho a la práctica de la prueba admitida y finalmente, el derecho a la valoración de la prueba practicada¹¹.

De este derecho se desprenden una serie de mandatos hacia el legislador, el juez y las partes. Respecto al primero, el legislador tiene la obligación de “regular los mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para la efectividad de aquel derecho”¹².

⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 193.

¹⁰ PICÓ I JUNOY, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, págs. 18-19; citado por ABEL LLUCH, X. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Ed. Bosch Procesal, pág. 32.

¹¹ ABEL LLUCH, X. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., págs. 32-34.

¹² SAINZ ROBLES, C. y ALBACAR LÓPEZ, J.L., (1983) *El derecho a la prueba*, en “Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, pág. 597; citado por ABEL LLUCH, X. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 35.

En relación con el juez, implica que se garantice el principio de interpretación de acuerdo con la Constitución y el contenido del derecho a la prueba, mayor perceptibilidad respecto a los derechos recogidos en el apartado segundo del artículo 24 de la Constitución, la admisión de la prueba que sea pertinente y la motivación de la prueba no admitida, así como asegurar la contradicción en las pruebas acordadas “*ex officio iudicis*” y evitar la exigencia de formalidades que paralicen u obstruyan el derecho a la prueba¹³.

Finalmente, en relación con las partes, se requiere que las partes tengan derecho a solicitar la admisión y la práctica de las pruebas, así como exigir su efectividad y, por otro lado, la parte tiene el deber de solicitar la prueba en la forma y momento procesales precisos, así como adoptar una actitud de colaboración en relación con la práctica de la prueba¹⁴.

3. EL OBJETO DE LA PRUEBA

Una vez que se ha hecho mención de la prueba es preciso determinar cuál es el objeto de esta, es decir, qué puede probarse. El artículo 281.1 LEC establece que “la prueba tendrá como objeto aquellos hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”. El objeto de la prueba estará constituido por las alegaciones de cada una de las partes en el proceso. Estas alegaciones pueden ser tanto de conocimientos de hecho como de derecho y máximas de experiencia. Es preciso destacar que el objeto de la prueba no es un hecho o una norma jurídica, sino que en realidad son las alegaciones efectuadas por las partes sobre tales hechos y normas¹⁵, aunque no todas esas afirmaciones van a tener que ser probadas¹⁶. Además, en determinados supuestos de hecho de ciertas normas no solo se incluyen hechos o actos, sino que también pueden aparecer “conceptos o juicios de valor sobre los hechos o incluso conceptos dependientes

¹³ ABEL LLUCH, X. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., págs. 35-38.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración: Parte general*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, págs. 499-500.

¹⁶ MONTERO AROCA, J. et al. (2017) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 223.

de un saber especializado”¹⁷, y por ello, el juez va a servirse de máximas de experiencia para la interpretación y aplicación de esa norma.

3.1 Las alegaciones de hechos

En atención al principio de aportación de parte, la prueba va a recaer sobre las afirmaciones de los hechos alegados por las partes. Sin embargo, no todos esos hechos van a tener que ser probados.

En primer lugar, los hechos que no han sido introducidos por las partes no existen para el juez y, por tanto, no requieren de prueba. Además, es necesario que esa afirmación sobre los hechos se haya realizado en el momento procesal adecuado en función de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸. No obstante, con el fin de impedir que existan hechos que no queden probados por no haber propuesto las partes las pruebas pertinentes o suficientes, la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al juez para indicar a las partes la insuficiencia de estas, como se indica en el apartado primero del artículo 429 LEC. Esta manifestación permite que, sin reemplazar la iniciativa de parte, el juez pueda evitar la insuficiencia de prueba, sin perjuicio de que luego recaiga sobre las partes la carga de la prueba. Asimismo, el artículo 282 LEC señala que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

Por otro lado, “los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes” también quedan exonerados de prueba, tal y como se desprende del apartado tercero del artículo 281 LEC. El Tribunal está vinculado respecto de los hechos admitidos y sobre los que exista conformidad y los hechos que deben ser probados son los hechos controvertidos, es decir, aquellos hechos que han sido negados por la otra parte del proceso o que han sido contradichos por ella. Quedan excluidos del objeto de la prueba,

¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 204.

¹⁸ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., págs. 72-74.

por lo tanto, los hechos admitidos o no controvertidos. La prueba que se proponga sobre los hechos admitidos no es solo innecesaria, sino que resulta también inadmisibles¹⁹.

Los hechos notorios también quedan excluidos de la prueba (281.4 LEC). Son aquellos que, según el concepto que aporta CALAMANDREI, su “conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial”²⁰. Son aquellos que son conocidos por un hombre con una cultura media, son normalmente conocidos por todos y, por lo tanto, también por el juez. Pues como afirma PRIETO CASTRO los hechos notorios son aquellos que “por pertenecer a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y, en general, a las nociones que se manejan en el trato social de la gente, son conocidos y tenidos por ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media”²¹.

Así, la jurisprudencia ha destacado que para que un hecho se considere notorio tiene que ser conocido de manera general y absoluta²². El conocimiento de su notoriedad tiene que darse en el momento de formular el juicio de hecho, y entre “los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan”²³. Los hechos notorios no tienen que ser probados, pero sí alegados. Al terminar la audiencia previa, el juez va a determinar qué hechos alegados entiende como notorios y por lo tanto no será necesaria su prueba²⁴.

¹⁹ BONET NAVARRO, J. (2009) *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 2.

²⁰ CALAMANDREI, P. (1945) *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, pág. 204; citado por MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 83 y por ARRIBAS ALTARRIBA, J. *La prueba del hecho notorio*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 345.

²¹ PRIETO CASTRO, L. (1985) *Tratado de derecho procesal*, volumen I. Pamplona: Aranzadi, pág. 626; citado por ARRIBAS ALTARRIBA, J. *La prueba del hecho notorio*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 346.

²² STS 1916/2013, de 9 de mayo; y STS 92/2016, de 3 de febrero.

²³ Ídem.

²⁴ ARRIBAS ALTARRIBA, J. *La prueba del hecho notorio*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007.) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., págs. 354-358.

Tras esta afirmación general respecto a los hechos no controvertidos y notorios, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 283 excluye la prueba impertinente, inútil e ilegal. Se entiende como impertinente aquella que no guarda relación con el objeto del procedimiento (283.1 LEC), por lo que es necesario que exista una vinculación entre la pretensión que se quiere conseguir y el objeto de la prueba. Por otra parte, el apartado segundo del artículo 283 LEC define como inútil aquella prueba que, “según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”. En relación con la ilegalidad de la prueba, no se admitirá como prueba “cualquier actividad prohibida por la ley” (283.3 LEC). Por lo tanto, la prueba ha de ser necesaria, pertinente y útil con relación a las cuestiones objeto de debate²⁵.

Finalmente, los hechos favorecidos por una presunción tampoco requieren ser probados, pues admitido o probado el indicio se presume existente el hecho. Esto significa que los indicios deberán ser siempre probados. Las presunciones legales *iuris tantum* admiten prueba en contrario, por lo que se puede afirmar que “no existe exención de la prueba sino norma especial sobre la carga de la prueba”²⁶.

3.2 Las alegaciones de Derecho

Las partes han de fundamentar sus afirmaciones fácticas en derecho. No obstante, como regla general, no es necesaria su alegación para establecer su existencia, puesto que el juez conoce el Derecho, independientemente de que haya sido alegado o no. Esto se conoce con el aforismo *iura novit curia*, e implica que el juez sabe cuál es el derecho aplicable al litigio y resolverá, sin alejarse de la pretensión pedida, conforme a las normas aplicables al caso, con indiferencia de que tales normas hayan sido o no alegadas y probadas, correctamente o no, por las partes del proceso (218.1.II LEC).

Sin embargo, este principio de *iura novit curia* sólo rige respecto del Derecho español o supranacional directamente aplicable y vigente en España. Sólo surte efectos respecto del

²⁵ STS 2701/2013, de 29 de mayo.

²⁶ MONTERO AROCA, J. et al. (2017) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., pág. 225.

Derecho “escrito, interno y general”, tal y como afirma GUASP²⁷. Esto significa que hay ocasiones en las que es necesaria la prueba de normas jurídicas. Así sucede con la costumbre y el derecho extranjero.

Las alegaciones de derecho responden a unas reglas comunes en relación con su prueba. Como se ha señalado anteriormente, se entiende que la norma existe independientemente de si ha sido alegada o no, por lo que no es necesaria la alegación previa de la norma para que ésta pueda ser probada posteriormente. El principio de aportación de parte no interviene en la aplicación de las normas jurídicas. Además, la alegación de la existencia de una norma jurídica por las dos partes o su alegación por parte de una y la conformidad por la parte contraria no impone al juez su existencia. Sólo será necesaria su prueba si no resulta conocida para el juzgador, ni tiene conocimiento privado de la misma²⁸.

3.2.1. La costumbre

Se entiende por costumbre aquella norma resultante de un comportamiento social general, constante, uniforme y duradero en el tiempo, que se realiza con la convicción de ser jurídicamente obligatorio. Se trata de una fuente del Derecho de carácter subsidiario respecto de la ley.

En principio, la costumbre tiene que ser probada, aunque como se deriva del artículo 281.2 LEC “la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”. Así lo ha reiterado la jurisprudencia²⁹.

Para que la costumbre pueda ser aplicada, hay que tener en cuenta que esta tiene carácter subsidiario con relación a la aplicación de una norma con rango de ley. Por otro lado, como se deriva del mencionado artículo, la costumbre no puede ser contraria a la moral y al orden público. La jurisprudencia indica que “esa costumbre, como norma

²⁷ GUASP, J. y ARAGONESES, P. (2005) *Derecho procesal civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Thomson-Civitas, pág. 383.

²⁸ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., págs. 89-91.

²⁹ SAP Madrid 12223/2011, de 19 de julio y SAP Jaén 309/2016, de 3 de marzo.

jurídica vinculante, ha de establecer pautas de conducta de arraigo general (tanto en el espacio como en el tiempo) y pacíficamente aceptadas como reglas con consecuencias jurídicas concretas y, por supuesto, no contravenir la Ley, la moral o el orden público. Por lo tanto, tal prueba de la costumbre requiere definir la regla que incorpora, acreditar su implantación general en el ámbito concreto en el que sería de aplicación, y que sea entendida como norma pacíficamente aceptada y consolidada con el paso del tiempo”³⁰.

Finalmente, la carga de la prueba de su existencia y contenido recae en la parte que la invoca, con el fin de que el juez adquiriera certeza suficiente para aplicar la norma consuetudinaria. Además, como se deriva del señalado precepto 281.2 LEC, si las partes no se muestran contrarias respecto de la existencia y contenido de la costumbre, está no será objeto de prueba³¹.

Esto no implica que la aplicación de la costumbre quede a disposición de las partes, así STEIN³² afirma que, aunque el juez no está obligado a conocer la costumbre, en los casos en los que conociera la norma consuetudinaria, va a poder aplicarla. También podrá adoptar aquellas medidas que estime necesarias para adquirir la certeza sobre la existencia de esta.

El problema de la costumbre estaría, por tanto, en aquella sobre la que las partes se muestren conformes, pues en este caso no se requiere su prueba y esto podría conllevar a que el juez aplique una norma que no existe. Es preciso tener en cuenta que el tratamiento que la LEC otorga a la costumbre no es exactamente el mismo que respecto a los hechos, pues si bien la prueba de los hechos sobre los que exista conformidad es inadmisibile en cuanto resultaría inútil, la LEC señala que la prueba de la costumbre en estas circunstancias no es necesaria, pero no significa que esté exenta o que su prueba sea inadmisibile³³. Además, se faculta al juez a no admitir la prueba de la norma consuetudinaria cuando esta

³⁰ SAP Jaén 309/2016, de 3 de marzo.

³¹ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 508.

³² Citado por CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 199.

³³ BONET NAVARRO, J. (2009) *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 3.

sea conocida por él, así como también se permite que la conformidad de las partes no vincule al juez³⁴.

Por lo tanto, la norma consuetudinaria tiene que ser necesariamente alegada, salvo en casos de notoriedad. Además, se requiere que demuestren su existencia y contenido, a excepción de que estos sean expresamente reconocidos. Si el juez tiene conocimiento de la costumbre no resulta necesario su acreditación. Finalmente, el juzgador tiene un deber de investigar a cerca de la existencia y contenido de la norma consuetudinaria³⁵.

3.2.2 *El Derecho extranjero*

El Derecho extranjero “deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, así lo determina el art. 281.2 LEC.

En este caso, no sucede lo mismo que respecto a la costumbre sobre la que exista conformidad, y las partes tienen que probar, en todo caso, la vigencia y contenido del derecho extranjero.

En relación con el deber o no del juez de investigar, existen varias posturas. Algunos autores³⁶ entienden que, en atención al tenor literal del artículo, el juez no tiene el deber de investigar el Derecho extranjero, se trata de una potestad que otorga al juzgador la posibilidad de realizar cualquier actividad destinada a la adquisición del conocimiento del derecho extranjero y, por otro lado, atribuye a las partes el deber de demostrar el mismo.

Esta necesidad de una actividad probatoria es contundente. Ni la conformidad de las partes, la notoriedad o el conocimiento privado del derecho extranjero por parte del juez excepcionan su prueba. Además, existe un régimen de cooperación entre las partes y el juzgador, teniendo este potestad para indagar el derecho extranjero con el fin de adquirir su

³⁴ ARAGONESES MARTÍNEZ, S et al. (2004) *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*. Madrid: Colex, pág. 19.

³⁵ MUÑOZ GONZÁLEZ, V., PESQUEIRA CARO, M. y PIÑEIRO VILAS, S. *La carga de la prueba de la costumbre*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007.) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., págs. 241-242.

³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 200.

conocimiento, sin estar sujeto a la actividad probatoria que llevan a cabo las partes. Esta potestad deriva en un deber en el caso de que la parte interesada en la aplicación del derecho extranjero no lograra demostrar el mismo, tras haberlo intentado diligentemente y no habiendo obtenido su éxito³⁷.

Por otra parte, otros autores³⁸ defienden que de este precepto sí deriva un deber de investigar de oficio el derecho aplicable, debiendo la parte interesada que lo haya alegado probar su contenido y vigencia, y además el juez debe valerse de los medios que considere necesarios para averiguar el contenido y vigencia del derecho extranjero. La jurisprudencia ha indicado que “quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso” y en caso de no hacerlo “se produce un vacío jurídico que los Tribunales han de llenar fallando de acuerdo con la ley española”³⁹.

En cualquier caso, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJI), en su artículo 33.1 remite a la LEC con relación a la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero. En el supuesto de que no se haya podido probar el derecho extranjero, y de forma excepcional, se puede aplicar de forma subsidiaria el Derecho español (art. 33.3 LCJI).

3.2.3 *El Derecho estatuario*

El Derecho estatuario está formado por las normas jurídicas de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales. En relación con la prueba de estas normas es preciso atender a su publicación, si se publican en el Boletín Oficial del Estado o en el boletín oficial de cada Comunidad Autónoma y en los boletines oficiales de la provincia. De acuerdo con el artículo 6.1.b del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado», en el Boletín Oficial del Estado se van a publicar “las disposiciones generales de las comunidades autónomas, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía y en las normas con rango de ley dictadas

³⁷ FERRER CORTINES, O. *La carga de la prueba del derecho extranjero*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., págs. 267-268.

³⁸ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 91.

³⁹ STS 8582/2006, de 27 de diciembre; y SAP Pontevedra 1255/2014, de 16 de mayo.

para el desarrollo de los mismos”. Estas normas que son publicadas en el Boletín Oficial del Estado no tienen que ser alegadas y probadas, pues los jueces tienen el deber de conocerlas.

Respecto a las normas que no se publican en el Boletín Oficial del Estado, los jueces solo tienen el deber de conocer aquellas que se publiquen en el boletín oficial del lugar donde desempeñen su función jurisdiccional, por lo que aquellas que procedan de una Comunidad Autónoma distinta y no sean publicadas en el Boletín Oficial del Estado, y las normas de las Entidades Locales deberán ser alegadas y probadas⁴⁰. Esta prueba se limita a la presentación del boletín oficial en el que se haya publicado la correspondiente norma⁴¹.

3.2.4 Los Tratados internacionales

Todo Tratado internacional en el que España sea Estado parte y haya sido publicado oficialmente en el Boletín Oficial del Estado pasará a formar parte del Derecho interno, en atención a los artículos 1.5 del Código Civil⁴² y 96.1 de la Constitución Española⁴³.

Por lo tanto, en atención a estas disposiciones, cuando los Tratados internacionales hayan sido publicados oficialmente, el juez tiene la obligación de conocerlos ya que forman parte del Derecho interno, y las partes no tendrán la carga de probar aquel tratado que cumpla con las mencionadas condiciones⁴⁴.

⁴⁰ MONTERO AROCA, J. et al. (2017) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., pág. 226.

⁴¹ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 95.

⁴² “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”.

⁴³ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 511.

3.2.5 *El Derecho comunitario*

El Derecho comunitario tiene diferente consideración que el Derecho extranjero desde el ingreso de España en la Unión Europea. Se entiende que el Derecho comunitario tiene primacía sobre el Derecho interno. Esto se predica no sólo del Derecho comunitario originario, formado por los tratados constitutivos y de adhesión, sino también respecto de los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones⁴⁵.

Los Reglamentos son normas jurídicas directamente aplicables y con efectos directos sobre los Estados. Son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables sin necesidad de que los Estados los incorporen o los transpongan al derecho interno, pues una vez publicados y tras su entrada en vigor, se incorporan directamente al ordenamiento de los Estados miembros.

Por su parte, las Directivas imponen a los Estados miembros un objetivo, y los Estados tienen libertad en relación con la forma y los medios para conseguir esos objetivos. Las Directivas entran en vigor con su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Sin embargo, las Directivas no tienen efectos directos en el ordenamiento de los Estados miembros y necesitan ser transpuestas, es decir, tienen que ser ejecutadas en el Derecho interno a través de una norma interna.

Finalmente, las Decisiones es un tipo de acto que es obligatorio en todos sus elementos para aquellos Estados que designe.

Todas estas normas de Derecho comunitario prevalecen sobre el ordenamiento de los Estados miembros. Por lo que respecta a su prueba, y al igual que lo que sucede con los tratados internacionales, el juez tiene el deber de conocer aquellas normas que se integran directamente al ordenamiento jurídico, en atención al principio *iura novit curia*, por lo que no es necesaria su prueba.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 510.

3.3 Las máximas de experiencia

Otro aspecto relevante son las máximas de experiencia. STEIN las delimita como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”⁴⁶.

Se trata de reglas generales de carácter empírico. Estas máximas de experiencia cumplen funciones diversas en el procedimiento, pues pueden ayudar al conocimiento de la existencia de un hecho, a valorarlo, a determinar el vínculo entre el indicio y el hecho presumido, etc. Cuando las mismas son de conocimiento común no necesitan ser probadas, mientras que cuando son especializadas es necesario su prueba.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA

Una vez que se ha hecho referencia a qué se tiene que probar, es preciso pasar al estudio propiamente de la carga de la prueba, es decir, quién tiene que probar lo mencionado con anterioridad, y las consecuencias que derivan en caso de no hacerlo.

4.1 Concepto de carga de la prueba

Las partes son las encargadas de la proposición y la práctica de la prueba en el proceso civil. Esto deriva de los principios dispositivo y de aportación de parte y así, el artículo 216 LEC dispone 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”.

ROSENBERG entendía que la carga de la prueba era “la columna vertebral del proceso”⁴⁷ y la definía como “la necesidad de las partes de probar los hechos que

⁴⁶ Citado por MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op.cit., pág. 69.

⁴⁷ Citado por GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 518.

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”⁴⁸.

Las mencionadas actuaciones de proposición y práctica de la prueba se consideran una carga o “posibilidad de efectuar determinados actos”⁴⁹, y no una obligación, todo ello, con el fin de evitar las consecuencias negativas que produce la inactividad probatoria, de lograr el convencimiento del juez y de que la parte vea así satisfechas sus pretensiones. No resulta ilícito que la parte adopte un comportamiento pasivo y no realice actividad probatoria alguna, pues esta postura está permitida por el ordenamiento jurídico. De igual manera, las consecuencias negativas resultantes de no lograr el convencimiento del juzgador se traducen en la imposibilidad de obtener una ventaja procesal, pero no deriva en la aplicación propiamente de una sanción jurídica⁵⁰.

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge, en su artículo 217, la teoría formulada por ROSENBERG⁵¹, a principios del siglo XX, en su obra *La carga de la prueba*, conforme a la cual, “cada parte tiene la carga de probar el supuesto de hecho de la norma jurídica cuya consecuencia solicita a su favor”⁵², estableciendo las reglas sobre la distribución de carga procesal para determinar a quién compete la actividad probatoria, qué es necesario probar para que la parte alcance exitosamente sus pretensiones y a quién perjudica que los hechos no se hayan probado debidamente, pues los tribunales tienen la obligación de resolver los asuntos que conocen en función del principio de prohibición del *non liquet* (o deber de los Tribunales de resolver los asuntos de que conozcan), recogido en el artículo 1.7 del Código Civil y 218.1 LEC. Este precepto, el 217 LEC, pretende dotar de seguridad jurídica a esta cuestión, de forma que no quede al arbitrio del juez la decisión sobre aquellos hechos que no hayan sido probados.

⁴⁸ Citado por GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 518.

⁴⁹ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*, op. cit., págs. 53-54.

⁵⁰ ARAZI, R. (1986) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Págs. 67 y ss; citado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Las Rozas (Madrid): La ley, pág.44 y ss.

⁵¹ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*, op. cit., págs. 83-109.

⁵² GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 522.

4.2 Clases de carga de la prueba

Cabe distinguir entre la carga de la prueba en sentido material y la carga de la prueba en sentido formal.

La carga formal, también denominada subjetiva, hace referencia al sujeto que puede originar que en el proceso civil se practique la prueba. En atención al principio de aportación de parte, las partes se encuentran en la situación subjetiva pertinente para provocar la práctica de la prueba, sin perjuicio de las pruebas de oficio (282 LEC). Era característica de los procedimientos civiles en los que el juez no podía intervenir de ninguna forma, limitándose exclusivamente a formular un veredicto sobre el problema que le había sido planteado. Eran las partes solamente las que alegaban y probaban los hechos controvertidos. El juez no podía intervenir de ninguna manera en estas fases⁵³.

La carga formal define quién es la parte, demandado o demandante, que tiene que probar los hechos controvertidos. Dentro de esta categoría, se podría definir la carga probatoria como la actividad procesal que lleva a cabo una parte con el fin de probar un hecho y eludir una consecuencia jurídica desfavorable. Sin embargo, lo esencial de la actividad probatoria es que los hechos hayan quedado probados, resultando irrelevante quién la lleva a cabo, aunque este aspecto sí se tiene en cuenta con relación a determinar sobre quién van a recaer las consecuencias negativas por no haber quedado demostradas las afirmaciones fácticas⁵⁴.

De otra parte, la carga material u objetiva, alude a qué tiene que ser probado para evitar la consecuencia negativa a la que conlleva la incertidumbre sobre los hechos y, por otro lado, conseguir la aplicación de la norma jurídica pretendida. Indica qué supuestos fácticos tienen que ser demostrados para lograr el convencimiento del juez, resultando indiferente quién sea el sujeto que lo pruebe. El juez va a intervenir, no sólo para formular una resolución del conflicto, sino que puede ayudar a las partes en la demostración del material fáctico⁵⁵. El fundamento de la carga material se encuentra en el principio de la

⁵³ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 519.

⁵⁴ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*, op. cit., págs. 18-19.

⁵⁵ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 519.

aplicación del derecho, pues el juez tiene que quedar convencido sobre la existencia de los supuestos fácticos para poder aplicar la norma jurídica que resulta favorable⁵⁶.

4.3 Fundamento

La finalidad de la carga de la prueba es determinar el contenido de la sentencia que el juez tiene que pronunciar en los casos en los que exista incertidumbre sobre los hechos fácticos. Por esta razón, el problema del *onus probandi* no aparece cuando las afirmaciones de los hechos fácticos que formulan las partes no son controvertidas, o en aquellos supuestos en los que el juez queda convencido sobre la certeza o falsedad de los hechos fácticos determinados⁵⁷.

En esta misma línea, la jurisprudencia española ha interpretado que la doctrina de la carga de la prueba se fundamenta en sus dos finalidades. En primer lugar, establecer cuáles son las consecuencias de que no se haya probado o no se haya hecho correctamente y, en segundo lugar, determinar a quién afecta esa falta de prueba por recaer sobre esa persona la carga de probar. Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo: “La carga de la prueba no tiene 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" ... 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”⁵⁸.

De este modo, se entiende que las normas de la carga de la prueba despliegan sus efectos con relación a dos sujetos distintos y en dos ocasiones diferentes⁵⁹:

En primer lugar, producen efectos respecto al tribunal, pues es el encargado de valorar si un hecho ha sido probado satisfactoriamente y en caso negativo, estimará,

⁵⁶ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 24.

⁵⁷ *Ibidem*, págs. 7-8.

⁵⁸ STS 445/2014, de 4 de septiembre, fundamento jurídico 7º, y STS 529/2013 de 24 de julio, fundamento jurídico 5º.

⁵⁹ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 37.

conforme a las reglas de la carga de la prueba, a quién perjudica la falta de prueba. Cuando se alude a este criterio recibe la denominación de *regla de juicio*⁶⁰ y su fundamento radica en el principio de prohibición del *non liquet*. La carga de la prueba material asegura el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Esta obligación se encuentra recogida en los artículos 1.7 del Código Civil, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y su fin es que el juez resuelva en todo momento las pretensiones que le han sido propuestas⁶¹.

Por otro lado, las normas sobre la carga de la prueba producen efectos respecto a las partes, pues establecen sobre quién recae esa carga, y las consecuencias que recaen sobre ellas en caso de no hacerlo. Se atiende al concepto de carga formal y su fundamento se encuentra en el principio de aportación de parte, introducido por los artículos 216 y 282 LEC. Este principio determina a qué sujetos compete incluir los hechos en el proceso, y posteriormente su prueba⁶². En atención a este ámbito la jurisprudencia señala que “el problema de la carga de la prueba consiste en determinar cuál de las partes le corresponde la prueba, es decir, quién debe soportar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba”⁶³.

Por ello, en atención a esa primera finalidad de establecer las consecuencias de la falta de prueba, el artículo 217 LEC va a determinar qué hechos se han de probar para conseguir que la pretensión quede satisfecha de manera que si no quedan probados operarían las consecuencias de la falta de prueba; y por otra parte, en relación con la segunda finalidad de determinar a quién afecta la falta de prueba, el mencionado artículo 217 LEC va a indicar quién tiene la carga de probar un hecho a fin de evitar la pérdida del proceso⁶⁴.

Teniendo en cuenta las mencionadas finalidades de la carga probatoria, si una vez realizada la práctica de la prueba se estima que un hecho determinado no ha quedado

⁶⁰ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 11 y ss.

⁶¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 30 y ss.

⁶² *Ibidem*, págs. 57 y ss.

⁶³ STSJ Baleares 263/2017, de 31 de marzo.

⁶⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 214.

probado, no se ha hecho correctamente o resulta insuficiente para lograr la convicción del juez, es preciso atender a lo establecido en el apartado primero del artículo 217 LEC, el cual fija la regla de juicio en el proceso civil para estos casos. De esta forma, este párrafo destaca 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”. Por lo tanto, este precepto establece la consecuencia de esa falta de prueba y a quién perjudica la misma.

El citado artículo 217 LEC surte efectos, por un lado, en aquellos casos en los que la prueba resulte inexistente, pues en el caso de que los hechos hayan quedado probados no hay necesidad de imputar a nadie las consecuencias de esa carencia de prueba y, por otro lado, la aplicación de este precepto será el resultado de una valoración negativa respecto a la prueba realizada, por resultar insuficiente⁶⁵. También la falta de prueba va a tener consecuencias perjudiciales para la parte que teniendo mayor acceso a la fuente de prueba o mayor facilidad para probar el hecho no actuó o no probó satisfactoriamente el hecho.

La jurisprudencia ha destacado que “la doctrina de la carga de la prueba «*onus probandi*» tiene como finalidad prioritaria e inmediata determinar a cuál de los litigantes ha de perjudicar la falta de prueba de un hecho relevante para la decisión del proceso. Solamente ha de acudir a ella, pues, cuando por existir afirmaciones sobre hechos que no resulten llanamente admitidas, precisan de la actividad ordenada a formar la convicción del órgano jurisdiccional, y de cuyo resultado ésta no aparezca demostrada” y “El fin último de la actividad probatoria es la demostración de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus actos alegatorios como fundamento de sus respectivas pretensiones. Desde esta perspectiva, y como regla general, es indiferente cuál de los litigantes logre la justificación de un hecho dado. En cambio, es precisamente si no logra quedar acreditado un determinado hecho cuando ha de determinarse a cuál de los litigantes ha de perjudicar su falta”⁶⁶. Por ello, la falta de prueba tiene como consecuencia la aplicación de la regla de juicio del artículo 217.1 LEC.

⁶⁵ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., págs. 306-307.

⁶⁶ STS 5536/2011, de 20 de julio.

5. LA REGLA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La distribución de la carga de la prueba es, como define ROSENBERG⁶⁷, “la teoría de las consecuencias de la falta de prueba”. Estas normas de distribución del *onus probandi* permiten que el juez llegue a una conclusión respecto a la pretensión pedida en aquellos casos en los que exista incertidumbre respecto a los hechos, por no haber sido probados o haber resultado su prueba insuficiente. En estos supuestos, las reglas sobre la carga de la prueba indican al juez, que no ha quedado convencido de la verdad de los supuestos fácticos determinados, cuál debe ser el contenido de su pronunciamiento jurídico⁶⁸, como se hará referencia a continuación.

La regla general de distribución de la carga se encuentra en los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC:

Conforme al apartado segundo de este artículo se establece que “corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

Tradicionalmente, el demandante tenía en exclusiva la carga de la prueba, mientras que el demandado se limitaba a mantener una actitud pasiva. Posteriormente, la doctrina entendió que esta distribución de la carga, en función de la cual el actor debía probar todos los hechos introducidos por las partes en el proceso, no era equitativa, por lo que se aceptó que sobre el demandante debía recaer la carga de probar solamente aquellos hechos constitutivos de su pretensión⁶⁹. Son hechos constitutivos aquellos que expone el demandante al formular su pretensión y son el supuesto fáctico de una norma jurídica de la que se desprende la existencia de su derecho subjetivo, por lo que la carga de su prueba corresponde, como se ha indicado, al demandante.

⁶⁷ ROSENBERG, L. (1955) *Tratado de Derecho Procesal Civil II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 222, citado por MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 113.

⁶⁸ ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*, op. cit., págs. 2-3 y 7-8.

⁶⁹ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 521.

Por otro lado, el apartado tercero del citado artículo 217 LEC dispone que “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”, es decir, el demandado tiene la carga de probar: los hechos impeditivos, esto es, aquellos que no permiten desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia normal y, por tanto, que se produzca el efecto jurídico pedido en la demanda; los hechos extintivos, que suponen la cancelación o terminación de los efectos de los hechos constitutivos de la pretensión; y finalmente, los hechos excluyentes de los hechos alegados por el demandante, pues son el supuesto de aplicación de una norma que permite enervar, destruir o paralizar la pretensión de este.

De esta forma, el demandado puede mantener una postura pasiva frente a lo alegado por el demandante u optar por una actitud activa con el fin de desmentir la existencia de los hechos alegados por el actor, a través de la alegación y prueba de los presupuestos fácticos de las normas que impidan, extingan o excluyan el derecho del actor⁷⁰.

Por lo tanto, la distribución de la carga de la prueba entre las partes en el procedimiento civil se regula en el artículo 217.2 y 3 LEC, disponiendo qué hechos tienen que ser probados y por quién e indicando que sobre cada parte recaerá la carga de la prueba de aquello que le resulte beneficioso, puesto que permitirá la aplicación pretendida de la norma jurídica por quedar probado el material fáctico⁷¹.

Procede indicar que pese a lo que el propio artículo 217.2 LEC da a entender respecto a la carga de “probar la certeza de los hechos”, la doctrina entiende que la finalidad de la prueba no es tanto esa “búsqueda de la verdad”, sino que se limita a lograr el convencimiento del juez de que aquellos hechos que las partes entienden que son sustanciales para conseguir el éxito de sus pretensiones, son ciertos⁷².

⁷⁰ GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op. cit., pág. 521.

⁷¹ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*. Barcelona: Difusión, pág. 265.

⁷² GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I*, op.cit., pág. 526.

6. MATIZACIÓN A LA REGLA GENERAL: EL CRITERIO DE DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA

La regla general establecida en el art. 217.2 y 3 LEC debe ser complementada con el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria, recogido en el artículo 217.7 LEC. Este principio implica que la carga va a recaer sobre la parte a la que, en relación con las circunstancias, le sea más fácil o accesible la prueba. El criterio de disponibilidad probatoria supone que una de las partes tiene en su poder la fuente de prueba adecuada para probar el material fáctico. Por su parte, el principio de facilidad probatoria hace referencia al acceso que tienen las partes respecto al medio de prueba.

Se atiende a la posición probatoria de las partes, es decir, a la cercanía real que tengan las partes a las fuentes de prueba, al conocimiento de los hechos y a la disponibilidad de los medios de prueba para favorecer el principio de igualdad de las partes, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el deber de colaboración con los Jueces y Tribunales del artículo 118 CE.

El juez deberá tener presente, por lo tanto, “la existencia de circunstancias que revelen la capacidad, la cercanía de cada una de las partes para demostrar hechos relevantes en el proceso, de manera que se altere el reparto fijado en base al criterio de la naturaleza de los hechos”, teniendo en cuenta “la posición probatoria de cada una de las partes, y la facilidad que éstas tengan para acceder a la prueba y disponer de ella; de manera que la carga de la prueba recaerá sobre aquella parte que ocupe una posición favorecida, debiendo colaborar con lealtad en el desarrollo del proceso, aportando la prueba. Esto supone que el órgano jurisdiccional no sólo deba analizar la naturaleza de los hechos a la hora de apreciar la carga de la prueba, sino que también debe tener en cuenta las circunstancias concretas de cada situación, y ver como éstas inciden en la actividad probatoria de las partes, para decidir a cuál de las partes le corresponde la carga de la prueba en virtud de su cercanía a la fuente de la prueba en concreto”⁷³.

Por ello, en función de lo que se desprende de la jurisprudencia, con el fin de evitar que al aplicar rigurosamente la regla general se puedan producir situaciones procesales injustas para una parte, es preciso que los jueces tengan en cuenta las circunstancias

⁷³ STSJ Cataluña 6320/2010, de 4 de octubre, fundamento jurídico 2º.

concretas de cada caso, permitiendo que la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba se haga de una forma flexible y amplia, de manera que la carga de la prueba se distribuya de forma equitativa, en atención a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

Además, la jurisprudencia ha afirmado en múltiples ocasiones que la exigencia por parte de los Tribunales de una “prueba diabólica” o imposible sería contraria al artículo 24 de la Constitución, pues provocaría indefensión al “no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa”⁷⁴. Esta prueba imposible es un límite a la aplicación de la regla general. Otro de los límites estaría en aquellos supuestos en los que la aplicación de la regla general produzca una “situación de supremacía o privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso”⁷⁵.

En determinadas ocasiones se considera que la prueba de hechos negativos es una prueba imposible. Se entiende por hecho negativo aquel que no ha sucedido. La ley no trata directamente la prueba de los hechos negativos y la jurisprudencia no es uniforme. En algunos casos, determinados hechos negativos pueden ser enunciados de forma positiva, de forma que no existiría dilema ninguno. Sin embargo, es preciso conocer qué ocurre con los hechos propiamente negativos.

La solución a esta cuestión podría ser la aplicación en determinados casos del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, pues determinados hechos pueden resultar, en ocasiones, negativos para una parte, pero positivos para la otra. Es preciso tener en cuenta la naturaleza de los hechos y la disponibilidad y facilidad que cada parte tiene respecto a ellos⁷⁶. La jurisprudencia ha dispuesto, en relación con la prueba imposible anteriormente mencionada, que no es exigible una “probatio diabólica” de los hechos negativos⁷⁷.

⁷⁴ STS 110/2017, de 17 de enero; STS 2815/2017, de 18 de julio; STC 14/1992, de 10 de febrero, fundamentos jurídicos 2º y 3º y STC 224/2006, de 20 de noviembre, fundamento jurídico 3º.

⁷⁵ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 121.

⁷⁶ LOMBARDEO MARTÍN, J.M. (2015) *Prueba civil: teoría general*. Lisboa: Juruá, pág.55.

⁷⁷ STS 2754/2012, de 7 de mayo.

7. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Las normas de inversión del *onus probandi* son aquellas que alteran la regla general de distribución de la carga probatoria, es decir, la recogida en los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC. La imposibilidad probatoria que conllevaría a la aplicación de los criterios generales en determinadas ocasiones ha permitido la flexibilización de dicha norma, resultando como consecuencia que aquella parte que, en función de la regla general, le correspondía la carga de la prueba de un determinado hecho ahora se vea dispensada de dicho deber probatorio, recayendo sobre la parte contraria la carga de la prueba de ese hecho y, en caso de falta de prueba, las consecuencias negativas que esta conlleva.

7.1 Reglas especiales o excepciones a la regla general

En nuestro ordenamiento existen reglas especiales de distribución de la carga de la prueba. Es el artículo 217.6 LEC el que recoge la admisibilidad de estas reglas especiales (“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”)

El propio artículo 217 LEC introduce unas reglas especiales en los apartados 4º y 5º, en relación con los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y discriminación, apartándose en estos casos de la regla general contenida en este mismo artículo. Estas reglas especiales encuentran su fundamento en la prevención de las dificultades que provocaría la aplicación de la regla general en ciertos ámbitos⁷⁸.

El apartado cuarto del mencionado artículo 217 LEC señala que “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”.

Por su parte, el apartado quinto del artículo 217 LEC dispone 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

⁷⁸ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 272.

proporcionalidad” y añade que “...el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”, así se establece igualmente en el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La facultad que el artículo 217.6 LEC otorga para que una disposición legal pueda establecer criterios especiales sobre la carga de la prueba se manifiesta en múltiples preceptos, especialmente del Código Civil, pero también de otras leyes. Estas disposiciones establecen a quién corresponde la carga de los hechos en situaciones concretas, aunque puedan coincidir con la regla general.

En el Código Civil existen numerosas normas de este tipo, como por ejemplo los artículos 33 (“si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla...”), 434 (“...al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”) y 850 (“la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”)

Estas reglas especiales se hayan también en otras disposiciones legales como la Ley Concursal, en el artículo 18.2 (“...incumbirá al deudor la prueba de su solvencia...”). También se establece otra regla especial en el artículo 72 de esa misma ley (“...la acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento...”).

La Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes contiene otra regla especial en el artículo 90.3 (“la prueba de que la invención está siendo explotada...incumbe al titular de la patente”).

Asimismo, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque contiene en su artículo 56 otra norma de carácter especial (“...la prueba de la inobservancia de los plazos incumbirá a quien lo alegue contra el tenedor...”).

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, contiene otras disposiciones sobre esta materia, las cuales se tratarán con posterioridad.

El artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro es otro claro ejemplo de regla especial de carga de la prueba (“...incumbe al asegurado la prueba de

la preexistencia de los objetos. No obstante, el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces...)

Finalmente, otro ejemplo sería la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en cuyo artículo 58 se dispone una inversión de la carga probatoria, señalando que será el demandado el que tiene que probar el uso efectivo de la marca impugnada.

7.2 La alteración convencional del *onus probandi*

Cabe preguntarse si es posible que las partes de mutuo acuerdo establezcan una inversión de la carga de la prueba, es decir, que a través de un pacto alteren las normas sobre el *onus probandi*.

Para BONET NAVARRO⁷⁹ y MONTERO AROCA⁸⁰, la respuesta a esta cuestión está determinada por la naturaleza de las normas que tratan la carga de la prueba, entendiendo que estas normas son disposiciones de Derecho Público y son indisponibles, por lo que no pueden ser alteradas. Esta opinión es la que adopta la doctrina con carácter general al entender que, dada la naturaleza procesal de las normas sobre la carga probatoria, estas son normas de *ius cogens* y, por lo tanto, las partes no pueden disponer de ellas⁸¹.

Siguiendo el planteamiento de BONET NAVARRO⁸² es preciso desarrollar dos supuestos en los que se duda de la existencia de una verdadera inversión de la carga de la prueba:

En primer lugar, habría que plantearse si es posible invertir la carga de la prueba de forma convencional a través del criterio de disponibilidad y facilidad probatoria mencionado con anterioridad. BONET NAVARRO⁸³ entiende que la disponibilidad y facilidad probatoria no depende de los sujetos, pues los problemas que surjan en relación con el acceso y disposición a los medios de prueba no van a depender del acuerdo de las

⁷⁹ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 292;

⁸⁰ MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 128.

⁸¹ URIARTE CODÓN, A. *La inversión de la carga de la prueba* en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 122.

⁸² BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., págs. 291-305.

⁸³ *Ibidem*, pág. 293.

partes, sino que se producen objetivamente de las circunstancias concretas del caso planteado y esto tiene que ser valorado por el tribunal atendiendo a esa situación determinada, sin perjuicio de la opinión de las partes. Asimismo, si el juez considerase de aplicación este criterio, no implicaría la inversión convencional del *onus probandi*, si no que supondría el ejercicio de un criterio de interpretación, el cual permite atenuar la rigurosidad de las normas sobre la carga probatoria.

En segundo lugar, conviene preguntarse si las normas sobre la carga de la prueba podrían ser modificadas de manera indirecta a través de la alteración de la relación jurídica material, por ejemplo, variando la condición de constitutivo o impeditivo de un hecho, y de esta forma, la carga de la prueba de un hecho recaerá en una persona que originalmente no tenía esa carga. En estos casos en los que se altera esa relación jurídica, BONET NAVARRO⁸⁴ afirma que no cabe hablar de inversión de la carga, pues se aplicará la misma norma sobre *onus probandi*, aunque el resultado al que conduce esa norma sea diferente.

Dentro de este supuesto de modificación de la relación jurídica material, hay que distinguir la alteración convencional del *onus probandi* en relación con dos tipos de normas que dotan a las partes de un cierto margen para decidir sobre quién va a recaer la carga de la prueba⁸⁵:

Por un lado, existen disposiciones que determinan la carga de la prueba, pero otorgan a las partes la facultad de establecer otra cosa distinta, a través de la incorporación al final del precepto de la cláusula “salvo pacto en contrario” o similar. Frente a estos casos, BONET NAVARRO⁸⁶ justifica que no cabe la modificación convencional de los preceptos sobre carga probatoria afirmando que estas normas son las que habilitan a las partes para acordar un régimen jurídico material, y la solución que resulte, no se entiende diferente a la contenida en la norma, pues es la propia norma la que incluye de manera alternativa o subsidiaria esa posibilidad. Por lo tanto, es la propia norma la que prevé esa elección y la consecuencia de esta, y esa alteración de la carga probatoria no se origina como fruto de un pacto entre las partes, sino que es anterior a ello, ya que la normas así lo ha determinado.

⁸⁴ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., págs. 294-295.

⁸⁵ Íbidem, pág. 296; y MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 130.

⁸⁶ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 297.

Por otro lado, hay ciertas normas que dotan a las partes de la capacidad de elección entre varias opciones que la misma disposición plantea, de esta forma, se establecen distintas distribuciones de la carga probatoria en función de cada opción formulada. En estos casos lo mismo sucedería que con respecto a los anteriores, es decir, tampoco habría una inversión de la carga probatoria puesto que es la norma la que comprende esas distribuciones y la consecuencia es solamente la manifestación de la opción elegida por las partes, entre aquellas previstas por el ordenamiento jurídico⁸⁷.

Frente a lo indicado con anterioridad respecto a la alteración convencional por vía indirecta, encontramos autores como CORTÉS DOMÍNGUEZ⁸⁸ que afirman que sí es posible la modificación de la carga de la prueba por las partes a través de la introducción de cláusulas que exoneren o inviertan la carga probatoria en aquellos “supuestos en los que la norma aplicable al caso permita, por su carácter dispositivo, ese tipo de mutación”⁸⁹, conforme al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC. Estos preceptos, que añaden la cláusula “salvo pacto en contrario” o similar, o permiten a las partes elegir entre varias opciones, facultan a las partes para fijar una relación jurídica distinta⁹⁰, por ejemplo, con la cláusula “ignoro peso y contenido”⁹¹, por la cual al cargador le corresponde la carga de la prueba, mientras que si no se añadiera tal cláusula la prueba correspondería al porteador⁹².

Aun así, en materia de derecho de consumidores no sería posible la alteración convencional del *onus probandi*, pues los apartados segundo y tercero del artículo 88 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, señalan que “se

⁸⁷ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., págs. 304-305.

⁸⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., págs. 218-221.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 220.

⁹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 173.

⁹¹ URIARTE CODÓN, A. *La inversión de la carga de la prueba* en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 122.

⁹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 221.

consideraran abusivas las cláusulas que supongan... la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante; y la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia”. No obstante, podría entenderse, a través de una interpretación de estas normas *a sensu contrario*, que la carga de la prueba puede ser invertida cuando el consumidor no resulte perjudicado⁹³.

8. LAS PRESUNCIONES LEGALES

Con el fin de facilitar la actividad probatoria de las partes y superar las dificultades que la misma puede conllevar, así como de favorecer una situación equitativa en relación con la carga de la prueba, el legislador puede, además de invertir las reglas sobre *onus probandi*, como se ha indicado anteriormente, optar por fijar presunciones de hechos⁹⁴.

Las presunciones legales “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” (art. 385.1 LEC). Es preciso hacer una distinción entre lo que la doctrina denomina “verdades interinas”, “aparentes” o “falsas presunciones”⁹⁵ de las verdaderas presunciones o presunciones en sentido estricto:

Las *falsas presunciones* asignan la carga de la prueba de un hecho a una parte determinada, por lo que se podrían considerar normas de *onus probandi*. Este tipo de presunciones, a diferencia de las presunciones en sentido estricto, no requieren la prueba de

⁹³ URIARTE CODÓN, A. *La inversión de la carga de la prueba* en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 123.

⁹⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons. Págs. 14-15; citado por ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2011) *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons, pág. 61.

⁹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. et al. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 16-18.; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág.131 y ss.

un “hecho base” o indicio, sino que directamente este se presume, por lo tanto, la parte beneficiada por la misma queda exonerada de cualquier prueba, incluida la del indicio, y es la parte contraria sobre la que recae la carga probatoria⁹⁶. El Código Civil establece diversas presunciones de esta categoría, por ejemplo, el artículo 33 CC, con respecto a la conmorienca; el artículo 434 CC, que determina la presunción de la buena fe; el artículo 436 CC, que presume la posesión en el mismo concepto en que se adquirió; y la presunción de posesión con justo título del poseedor en concepto de dueño del artículo 448 CC.

Por otro lado, el objeto de las verdaderas presunciones es posibilitar la prueba de un hecho o indicio, y al quedar demostrada la existencia de este, se entiende por existente otro hecho. Por lo tanto, el hecho presumido no coincide con el hecho base. Además, será la parte contraria la que tendrá que probar el hecho contrario, siendo este calificado como un hecho constitutivo. De esta forma, y atendiendo al fin de la presunción, la parte que se ve beneficiada se ve liberada de la necesidad probatoria de ese hecho, pero no significa que las reglas sobre *onus probandi* queden alteradas, pues sí que tiene que probar la existencia de esos indicios determinados⁹⁷. Así, por ejemplo, el artículo 459 CC presume la posesión durante el tiempo intermedio una vez se ha probado la posesión en época anterior por parte del poseedor actual.

Las verdaderas presunciones no tienen ninguna consecuencia en la carga de la prueba, ya que se aplican en momentos procesales diferenciados. La carga de la prueba produce efectos cuando existe incertidumbre sobre los hechos. En cambio, estas presunciones se aplican en el momento de fijación de los hechos, de tal forma que, si a raíz de estas se entienden probados, no sería adecuado pronunciarse sobre el *onus probandi*. En este tipo de presunciones se entiende que la actividad probatoria no queda exonerada para esa parte pues, aunque no tenga que probar el hecho, sí deberá probar el indicio. Por ello, la doctrina considera que hay una alteración en el “*tema probandi*”, al recaer la prueba sobre la existencia de un hecho distinto a la que, en caso de no existir tal presunción, debería

⁹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 139 y ss.

⁹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. et al. (2007) *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, op. cit., pág. 101.

demostrar. Aun así, sí que van a afectar de cierta forma a la distribución de la carga probatoria, puesto que determinan los hechos que cada parte tiene que probar⁹⁸.

9. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS SOBRE CARGA PROBATORIA: LOS RECURSOS

En relación con la infracción de las normas sobre *onus probandi*, resulta apropiado hacer una matización que permita distinguir el control de las infracciones de las normas sobre la carga probatoria del control de las infracciones de las normas sobre la valoración de la actividad probatoria, puesto que puede confundirse, principalmente en aquellos casos de valoración libre.

La valoración de la prueba es la actividad intelectual que efectúa el juez cuya finalidad es determinar la eficacia de la práctica de los medios de prueba, es decir, identificar qué resultados probatorios han logrado que los hechos se consideren probados y cuáles no, a través de la convicción judicial (prueba libre) o la comprobación de los presupuestos legales (prueba legal o tasada)⁹⁹.

La valoración tiene que estar motivada, así lo exige el artículo 218.2 LEC al señalar que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Esa obligación de motivación es la forma de controlar que se ha realizado una correcta valoración. Se entenderá que la valoración es errónea cuando se fundamente en “la infracción de normas legales, en una valoración ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o en que la resolución prescinda de considerar todos los elementos probatorios relevantes que obren en las actuaciones”¹⁰⁰.

⁹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op.cit., pág. 131 y ss.

⁹⁹ ORTELLS RAMOS, M. et al. (2016) *Derecho Procesal civil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, pág. 306 y ss.

¹⁰⁰ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 261.

Por su parte, la infracción de una norma sobre *onus probandi* se entenderá cometida cuando no sea aplicada o cuando sí lo haya sido, pero no correctamente. Como se ha indicado con anterioridad, las normas sobre la carga de la prueba van a afectar en el resultado de la sentencia, ya que si un hecho controvertido y de importancia, el cual debía ser probado, no fue acreditado o la prueba resultó insuficiente, no resultaría de aplicación la norma pretendida que le sería beneficiosa en el caso de haberlo probado. Cuando existe infracción de estas normas las consecuencias negativas, fruto de la inexistencia o insuficiencia de prueba, van a afectar a la parte que, de haberse aplicado adecuadamente las normas de la carga probatoria, no tendría la carga de probar ese hecho¹⁰¹.

Respecto a este asunto el Tribunal Supremo ha destacado que las normas sobre *onus probandi* se infringen “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... Así ha sido declarado en esta sala en sentencias anteriores, como las núm. 244/2013, de 18 de abril, 434/2013, de 12 de junio, 529/2013 de 24 de julio, 144/2014, de 13 de marzo, entre otras”¹⁰².

En aquellos casos en los que un hecho queda probado, no habría infracción de la norma sobre *onus probandi*, sino que entraría en juego la valoración de la prueba. En otros casos, una valoración incorrecta que determine que la actividad probatoria sea insuficiente conllevaría a la aplicación de las normas sobre la carga probatoria de forma desacertada. Sin embargo, en estos casos, el problema estaría asimismo relacionado con la valoración de la actividad probatoria, puesto que la aplicación de las normas sobre *onus probandi* va a estar determinada por esa valoración y será conforme a ella¹⁰³. Por ello, la jurisprudencia afirma que “carece de sentido denunciar un deficiente reparto de la carga de la prueba en casos en que, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, la sentencia recurrida ha basado su decisión en que los hechos controvertidos han quedado

¹⁰¹ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 306.

¹⁰² STS 445/2014, de 4 de septiembre, fundamento jurídico 7º, STS 529/2013, de 24 de julio, fundamento jurídico 5º y STS 3159/2015, de 20 de mayo, fundamento jurídico 1º.

¹⁰³ BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 307.

demostrados, con independencia de la parte que hubiera proporcionado el medio de prueba que produjo ese efecto”¹⁰⁴.

Determinados los casos en los que concurre infracción de una norma sobre carga de la prueba, es preciso establecer que recursos podrían interponerse frente a ello. Para ello, conviene especificar frente a qué resoluciones puede oponerse tal infracción. En primer lugar, es posible que las reglas de *onus probandi* sean aplicadas en una ocasión previa a la sentencia, por lo que se puede infringir estas normas en un auto. En estos casos es posible interponer un recurso de reposición, con excepción, en atención al artículo 393.5 LEC, de los autos por los que se decide sobre un incidente de previo pronunciamiento. En los casos en los que el auto acuerde poner fin al proceso cabe el recurso de apelación¹⁰⁵.

En segundo lugar, la infracción de las normas de *onus probandi* se puede producir en una sentencia. Frente a la misma se podrían interponer recurso de apelación, en atención al artículo 455 LEC, y recurso extraordinario por infracción procesal, en cuanto a infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme al artículo 469 LEC.

10. PARTICULARIDADES DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIAS ESPECÍFICAS

10.1. La carga de la prueba en materia de discriminación

Las reglas generales de los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC, resultan insuficientes para lograr una prueba efectiva sobre discriminación. Para evitar las dificultades en relación con la prueba que conllevaría la aplicación de dichas normas, es preciso que el legislador adopte medidas que faciliten la prueba en materia de discriminación y garanticen el respeto del principio de igualdad de trato.

El mecanismo elegido en el sistema europeo en relación con la discriminación es el de la inversión de la carga probatoria, importado de la jurisprudencia norteamericana en esta materia, que determina la inversión de la carga probatoria, que recaerá sobre el

¹⁰⁴ STS 445/2014, de 4 de septiembre, fundamento jurídico 7º.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 109 y ss.

demandado, si el actor presenta indicios de que se ha producido discriminación. Las manifestaciones de este mecanismo las encontramos en diversas directivas de la Unión Europea sobre esta materia, que se han transpuesto al ordenamiento jurídico español a través de diversas leyes.

Desde un punto de vista general, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación determina que en caso de discriminación las normas sobre carga probatoria deben modificarse, recayendo la prueba en la parte demandada. El artículo 10.1 de esta Directiva impone la adopción por parte de los Estados miembros de medidas que aseguren la inversión de la carga probatoria cuando se presuma la existencia de discriminación.

En relación con la discriminación por razón de sexo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, permite asimismo que los Estados miembros adopten un régimen probatorio más favorable a la parte que alega la discriminación. Así se recoge en el artículo 19.1 de esta Directiva.

En esta misma línea, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro establece en su artículo 9.1 una inversión de la carga de la prueba, al afirmar que esta corresponde al demandado, cuando se aleguen hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

Por otra parte, en relación con la discriminación por razón de raza o etnia, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico decreta esa inversión del *onus probandi* en su artículo 8.1.

Los mandatos de tales directivas se han incorporado al ordenamiento jurídico español mediante la adopción de diversos preceptos legales. No hay un único texto legal que determine las normas sobre *onus probandi* en materia de discriminación, sino que es necesario acudir a diferentes leyes.

Así, el art. 32 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social es el que establece la inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación por origen racial o étnico.

Esta misma ley adopta en su artículo 36 el mismo contenido en relación con la discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas en el ámbito laboral.

Por otro lado, y en esta misma línea, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social determina en su artículo 77.1 la inversión de la carga de la prueba en esta materia.

Finalmente, en relación con la discriminación por razón de sexo, es preciso recordar el apartado quinto del artículo 217 LEC, cuyo contenido se mencionó con anterioridad en el apartado de las reglas especiales o excepciones a la regla general de tal artículo. Asimismo, el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reitera esta misma idea.

De lo dispuesto en dichas directivas y leyes, se entiende que, en materia de discriminación, la parte demandante tiene que alegar los hechos discriminatorios, pero no recaer sobre esta parte la carga de la prueba de tales hechos. Sin embargo, se entiende que esa alegación no resulta suficiente, sino que es preciso para lograr la inversión del *onus probandi* que se lleve a cabo “una actividad encaminada a acreditar hechos que sugieran sin demostrarlo la comisión de un acto discriminatorio”, se requiere, por lo tanto, que se prueben los indicios determinados para que la carga probatoria recaiga sobre la parte demandada¹⁰⁶.

10.2. La carga de la prueba en materia de responsabilidad sanitaria

Conviene tener en cuenta que los casos de los que deriva responsabilidad sanitaria pueden ser muy diversos entre sí, por lo que habrá que atender a las características concretas de cada uno para determinar con exactitud la distribución de la carga de la prueba. Se parte de la mencionada regla general recogida en los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC. Sin embargo, esta distribución puede alterarse atendiendo a

¹⁰⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2011) *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 77 y ss.

las particularidades de los procedimientos de responsabilidad sanitaria como se desarrollará a continuación.

Como cuestión previa al estudio propiamente del *onus probandi* en materia de responsabilidad sanitaria, es necesario atender a dos criterios determinados por el Tribunal Supremo. Estos criterios son en primer lugar, el del nexo causal y, por otro lado, el de la *lex artis*¹⁰⁷. El primero de ellos establece una relación directa entre la actividad que ha llevado a cabo el facultativo y el daño que se ha producido, el cual es el motivo de la petición dirigida a los tribunales jurisdiccionales. El segundo, determina si esa actividad del facultativo se ha realizado o no de acuerdo con las técnicas adecuadas según la ciencia médica y, con la diligencia debida en atención a la naturaleza y circunstancias de la concreta actividad¹⁰⁸.

La jurisprudencia determina que la responsabilidad exige, además de la producción de un daño, que este sea antijurídico, considerando como tal, aquel que infringe la *lex artis*, de manera que no hubiese sido necesario soportar “por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento”¹⁰⁹. La *lex artis* se ha entendido por la jurisprudencia como un “conjunto de criterios de buena práctica” y “el más importante nexo de unión entre la medicina y el derecho”, y “cabe contemplarla desde diversos niveles, al menos tres: uno es el de los criterios científicos generales de actuación o *lex artis* propiamente dicha; otro es el de los criterios prudentes de actuación en condiciones de tiempo, lugar, recursos, etc., lo que ha dado en denominarse *lex artis ad hoc*; y, finalmente, el que alude a los criterios prudenciales de actuación del profesional ante un enfermo concreto en una situación concreta”¹¹⁰.

Por otro lado, la responsabilidad del facultativo es, con carácter general, una obligación de medios, pues “no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados y, en particular, proporcionarle la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención...

¹⁰⁷ ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*. Revista CESCO de Derechos Humanos. Número 8/2013, pág. 260.

¹⁰⁸ STS 495/2006, de 23 de mayo, fundamento jurídico 3º.

¹⁰⁹ STS 6507/2012, de 9 de octubre; y STS 4724/2012, de 10 de julio.

¹¹⁰ AAP Jaén 1482/2017, de 31 de octubre.

la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas”¹¹¹.

Sin embargo, esto varía en los supuestos de la denominada medicina satisfactiva, que es aquella que busca un resultado concreto, y el paciente, que es cliente, busca voluntariamente tratar lo que él entiende que es una mejora estética, corporal o funcional¹¹². Forman parte de la medicina satisfactiva las intervenciones de cirugía estética, odontología, vasectomía, tratamientos de fertilidad y ligaduras de trompas¹¹³. La jurisprudencia ha interpretado que esa obligación se convierte en una obligación de resultado, así se determina en diversas sentencias que afirman que “en la medicina llamada voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso”¹¹⁴.

No resulta suficiente que se trate de un acto de medicina satisfactiva para señalarlo como obligación de resultado, sino que “sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico al paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”¹¹⁵. En todo caso, la parte demandante tendrá que probar el no cumplimiento de la obligación, cuyo contenido es diferente en función de si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado. En el primer caso, la prueba deberá versar sobre el incumplimiento de la obligación en su totalidad o la negligencia de la realización de la obligación, mientras que, en las obligaciones de resultado, es suficiente la

¹¹¹ STS 1639/2016, de 13 de abril, fundamento jurídico 2º; STS 206/2015, de 3 de febrero, fundamento jurídico 2º; y STS 1769/2014, de 7 de mayo, fundamento jurídico 1º.

¹¹² STS 1639/2016, de 13 de abril.

¹¹³ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2013) *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Madrid: Marcial Pons, pág. 33.

¹¹⁴ STS 1769/2014, de 7 de mayo, y STS 1639/2016, de 13 de abril

¹¹⁵ SAP Zaragoza 27/2017, de 12 de enero, STS 1769/2014, de 7 de mayo, y STS 1639/2016, de 13 de abril.

demostración de la falta o deficiencia del resultado exigido. Por su parte, el demandado deberá probar, conforme al art. 217.3 LEC, los hechos que extingan su responsabilidad. Si se trata de una obligación de medios, la prueba consistirá en demostrar que actuó con diligencia, y si la obligación es de resultado, tendrá la carga de probar el caso fortuito o la fuerza mayor a fin de evitar su responsabilidad¹¹⁶.

Como se ha señalado anteriormente, en materia de responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, se aplica la regla general del artículo 217.2 y 3 LEC, en función de la cual la carga de la prueba de los hechos constitutivos recae sobre el paciente o sus causahabientes, mientras que al actor corresponde la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Sin embargo, existen excepciones a la aplicación de esta regla general de *onus probandi*.

La primera excepción aparece en los casos de medicina voluntaria, mencionada anteriormente. La inversión de la carga de la prueba estará determinada por la exigencia de información al paciente en este tipo de intervenciones. Este requisito, el deber de información, aparece recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

A diferencia de los casos en los que, la obligación que se asume es de medios y, por tanto, la carga de la prueba del incumplimiento del deber de información recae sobre el paciente, en las obligaciones de resultado, la carga pesa sobre el facultativo¹¹⁷. No obstante, el hecho de encontrarse ante un caso de medicina satisfactoria no es suficiente para establecer la carga de la prueba, si no que el paciente tendrá que demostrar que no se ha conseguido el resultado pretendido, y será el facultativo o la entidad jurídica correspondiente, la que tendrá que probar que se informó correctamente al paciente, con el nivel de intensidad exigible a este tipo de medicina¹¹⁸. El grado de exigencia de información

¹¹⁶ LUNA YERGA, A. (2003) *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*. InDret. Número 165, pág. 16.

¹¹⁷ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2013) *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*, ob. cit., pág. 82 y ss.

¹¹⁸ ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*, op. cit., pág. 266 y ss.

en los supuestos de medicina voluntaria es mayor, tal y como se desprende de la jurisprudencia, que afirma que en estos casos es más rigurosa “dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa”¹¹⁹.

Por lo tanto, y a modo de conclusión en cuanto al requisito de información, la jurisprudencia afirma que su fin es proporcionar al paciente los datos suficientes y apropiados para que tome la decisión más adecuada a sus intereses. Esa información tiene distintos grados de exigencia dependiendo de si se trata de un acto de medicina asistencial o voluntaria, siendo mayor en estos últimos casos, y además debe ser “objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención”¹²⁰. Estas obligaciones tendrán que ser probadas por el facultativo.

La segunda de las excepciones está relacionada con el daño desproporcionado. Se entiende que es aquel que “excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica...; implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada; y ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor”¹²¹.

En relación con la distribución de la carga probatoria, la existencia de un daño desproporcionado altera el régimen general de la carga de la prueba y “obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo.... Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u

¹¹⁹ STS 206/2015, de 3 de febrero.

¹²⁰ STS 943/2008, de 23 de octubre.

¹²¹ STS 2185/2016, de 19 de mayo.

omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia”¹²².

Por lo tanto, “para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño. De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado”¹²³.

Finalmente, la última excepción se produce por la falta del historial clínico. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica determina en su artículo 14.2 que “cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información”, y exige en el artículo 17 la conservación de la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad.

Sin embargo, esa falta de historial clínico no es razón suficiente para invertir la carga probatoria, sino que es preciso que la misma perjudique de forma directa al proceso clínico, el cual es el objeto de la reclamación¹²⁴.

¹²² STS 4090/2013, de 19 de julio; STS 2255/2014, de 6 de junio; y STS 5161/2016, de 29 de noviembre.

¹²³ STS 2185/2016, de 19 de mayo.

¹²⁴ ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*, op. cit., págs. 272 y 273.

10.3. La carga de la prueba en materia de responsabilidad civil por producto defectuoso

Se entiende por producto defectuoso aquel que “no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación” (art. 137 del 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).

La aplicación de los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC frente a aquel que busca el resarcimiento por daño defectuoso puede originar una imposibilidad probatoria, al encontrarse este en una posición desfavorable en relación con la prueba frente al productor del daño. Esto ha puesto de manifiesto la necesidad de facilitar la prueba a la parte que ha sufrido el daño.

El artículo 139 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) dispone que la prueba por producto defectuoso corresponde “al perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados”, quien deberá probar “el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”. Así se recoge en numerosas sentencias¹²⁵.

Por su parte, el artículo 140 del mismo texto legal establece las causas de exoneración de la responsabilidad, si el productor prueba “que no había puesto en circulación el producto; que dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto; o que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto”.

¹²⁵ STS 7204/2010, de 9 de diciembre.

Por lo tanto, se entiende, en atención al mencionado art. 139 TRLGDCU, que basta con que aquel que ha sufrido el daño alegue la existencia del defecto y el daño y demuestre la relación causal entre ellos. Si se logra su prueba, el demandado sólo podrá exonerar su responsabilidad si demuestra alguna de las circunstancias recogidas en el art. 140 TRLGDCU. Se entiende, en atención a esto, que no hay inversión de la carga probatoria, sino que corresponde al demandado la carga de la prueba de los hechos impositivos de tal responsabilidad.

Para facilitar la prueba a la parte que ha sufrido el daño, no se opta por la inversión de la carga, sino que el legislador ha exonerado al demandante de probar, e incluso, alegar las mencionadas circunstancias del art. 140 TRLGDCU, correspondiendo al demandado, una vez el actor ha probado la existencia del defecto, el daño y la relación causal entre ambos, la prueba de tales circunstancias¹²⁶.

De esta forma, la jurisprudencia ha señalado que “se ha de probar por el perjudicado, además del daño, el defecto del producto y el nexo de causalidad entre aquel y éste” y debido a la gran dificultad que puede conllevar al demandante la prueba del nexo causal “se debe acudir a este respecto al criterio flexible mantenido por el Tribunal Supremo en materia de prueba de causalidad, que deja al buen juicio del Tribunal sentenciador la determinación fáctica de la causalidad”¹²⁷. La existencia del defecto “podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluidas las presunciones o indicios... Ello no significa...que se presuma el carácter defectuoso del producto y se produzca una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del productor”¹²⁸, correspondiéndole a este último la carga de “acreditar la idoneidad del producto y la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades”¹²⁹.

¹²⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág. 63 y ss.

¹²⁷ STS 3433/2014, de 10 de julio; y STS 7204/2010, de 9 de diciembre.

¹²⁸ STS 7204/2010, de 9 de diciembre.

¹²⁹ STS 1545/2008, de 30 de abril.

10.4. La carga de la prueba en materia de responsabilidad por daños por miembro indeterminado de un grupo o por indeterminación de la cuota de responsabilidad atribuible a cada miembro

El daño producido por miembro indeterminado de un grupo¹³⁰ o de indeterminación del grado de responsabilidad de cada miembro de una colectividad ocasiona algunas particularidades en relación con la carga de la prueba. Para analizarlas, es preciso diferenciar distintos supuestos, siguiendo el planteamiento de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ¹³¹:

En el primer caso, cuando el daño se produzca por miembro indeterminado de una colectividad, la jurisprudencia ha determinado que, para muchos de estos supuestos, la solución sería establecer una responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, con el fin de que el que ha sufrido el daño no sufra un perjuicio mayor por razón de la indeterminación de la autoría del daño. Para la aplicación de este resultado es necesario tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, que justifiquen optar por esta solución.

Aun así, dentro de este supuesto de indeterminación del autor dentro de un grupo es preciso diferenciar entre varias posibilidades, siguiendo el mencionado planteamiento:

a) Supuestos de indeterminación de la totalidad de los posibles causantes. En estos casos se ha definido uno o varios posibles causantes del daño, sin embargo, es posible que ese daño haya sido provocado por un tercero ajeno a esos posibles causantes que han sido identificados. Por ello, se entiende que en estos supuestos no cabe la inversión de la carga probatoria, ya que, si se estimara la inversión de la carga con el fin de facilitar la prueba para el demandante, podría resultar en una prueba imposible asimismo para el demandado, quien podría incluso encontrarse ante la carga de probar hechos negativos. Resultaría aceptable que el demandado probara que actuó con la diligencia debida, pero en ningún caso que tenga que probar que no fue su actuación la que produjo el daño, frente a la de otro sujeto indeterminado.

¹³⁰ GÓMEZ CALLE (2002) *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS. Pamplona: Aranzadi, pág. 416; citado por ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág.39.

¹³¹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág.39 y ss.

b) Supuestos de determinación de los posibles causantes. En estos casos tampoco se ha determinado quién es el causante concreto del daño, pero a diferencia de los supuestos anteriores, sí que se han identificado a todos los posibles causantes del mismo. Aquí tampoco procede la adopción de una solución que invierta la carga probatoria, puesto que, aunque no exista la posibilidad de que un tercero sea el causante del daño, las consecuencias que se producirían son las mismas que en los casos anteriores.

c) Supuestos de coautoría. En estos supuestos se han identificado a los posibles causantes del daño y todos ellos han participado en una conducta dirigida a la producción del daño. En estos casos sí se podría imponer una responsabilidad solidaria y, por ende, la inversión de la carga probatoria en relación con la determinación del sujeto causante del daño, ya que esa conducta tiene como fin la práctica de un plan común.

Por otro lado, y fuera de los casos de indeterminación del autor del daño dentro de un grupo, estarían los supuestos de indeterminación de la cuota de responsabilidad de cada miembro del grupo. En estos casos se entiende que procede la inversión de la carga de la prueba, siendo suficiente que el demandante pruebe la existencia de un daño, y teniendo la parte demandada la carga de probar que no ha intervenido en la producción del daño o que esa responsabilidad se limita a una determinada cuantía. Se establece, por lo tanto, una responsabilidad solidaria, sin perjuicio de que la persona condenada a responder del daño pueda dirigirse frente al resto de intervinientes en la producción de este.

10.5. La carga de la prueba en materia de responsabilidad civil en la edificación

Se trata de un supuesto particular del caso mencionado con anterioridad. El artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación impone la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en los procesos de edificación con motivo de que se produzcan ciertos daños materiales en el edificio en unos plazos determinados.

En principio, esa responsabilidad es exigible de manera personal e individualizada, como deriva del artículo 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Sin embargo, este artículo en su apartado tercero establece una regla de juicio con el fin de eludir el *non liquet* para los casos de hecho incierto sobre la responsabilidad individual de los agentes

intervinientes¹³², al afirmar que “cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente”.

Esa responsabilidad va a ser solidaria en dos ocasiones. Por un lado, cuando la causa de los daños materiales no se haya podido individualizar, y por otro, cuando queda probada la culpa por la que se exige la responsabilidad sin que se pueda determinar la cuota de participación en el daño producido de cada uno de los agentes. Por lo tanto, en aquellos casos en los que la responsabilidad individual no haya quedado probada o bien, habiendo probado la existencia de responsabilidad colectiva, no se haya podido determinar el grado de implicación en la producción del daño de cada uno de los agentes, el juez entenderá que todos ellos han participado en la misma proporción y la responsabilidad que deriva va a ser solidaria.

Desde el punto de vista de la carga probatoria, el demandante es el que tiene el deber de “delimitar e individualizar la responsabilidad”¹³³ de los agentes intervinientes en el proceso de edificación, aportando al proceso los hechos dañosos de los que deriva tal responsabilidad, pero no puede pedir desde el momento inicial que esa responsabilidad sea colectiva, pues esto sólo derivará del hecho incierto de la falta de prueba de la responsabilidad individual. Por otro lado, se exige la prueba por parte del actor que demuestre que esa responsabilidad es individual¹³⁴.

Sin embargo, CORTÉS DOMÍNGUEZ¹³⁵ considera que la regla de juicio recogida en el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación es contraria a la regla de juicio formulada en los apartados segundo y tercero del artículo 217 LEC, pues las consecuencias de la aplicación de una y de otra son contradictorias entre sí. El resultado de la aplicación de la regla de juicio del citado art. 17.3, en aquellos casos en los que exista incerteza en relación con los hechos que determinen e individualicen la

¹³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. et al. (2007) *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, op. cit., pág. 112 y ss.

¹³³ *Íbidem*, pág. 118.

¹³⁴ *Íbidem*, pág. 118 y ss.

¹³⁵ *Íbidem*, pág. 121 y ss.

condición de autor de un daño en un proceso de edificación, sería la estimación de una responsabilidad colectiva. En cambio, si se aplica la regla de juicio del artículo 217 LEC, ante esa falta de certeza, el juez tendría que fallar absolviendo a los agentes intervinientes por no haberse podido determinar qué daños concretos e individualizados han sido producidos por cada uno de ellos. La LEC es posterior a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por lo que se entiende que la regla de juicio de esta última queda derogada por la que aparece en el art. 217 LEC¹³⁶.

10.6. La carga de la prueba en materia de responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de tráfico

Siguiendo la misma línea en cuanto a los otros supuestos de responsabilidad citados con anterioridad, en materia de responsabilidad extracontractual por accidente de tráfico, corresponde al demandante la alegación del daño y la prueba del nexo causal entre ese daño que se ha producido y la acción u omisión que sustenta la responsabilidad por tal daño. En estos casos, se entiende que hay una inversión de la carga probatoria en cierta manera, pues una vez demostrado ese nexo causal, corresponde al demandado, a quien se le atribuye el daño, la carga de la prueba de que actuó con diligencia. Así el Tribunal Supremo ha señalado que la inversión de la carga de la prueba obliga al demandado a “demostrar la ausencia de culpa en la dinámica del evento dañoso frente a la imputación que el contrario le hace, generando así, por este principio inversor o en base a la teoría del riesgo, la responsabilidad, al demandado interviniente en un incidente del cual nace un daño le corresponde demostrar, por lo tanto, haber procedido con absoluta diligencia y no haber contribuido con su conducta a la causación del mal”¹³⁷.

El texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, determina en su artículo 1 la responsabilidad del conductor de vehículos a motor, por los daños personales o materiales derivados de la circulación, en atención al riesgo creado por la conducción de dichos vehículos. Hay que hacer una diferenciación en función de si esos daños producidos son materiales o personales, siguiendo la distinción que el citado artículo

¹³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. et al. (2007) *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, op. cit., pág. 121 y ss.

¹³⁷ STS 7647/2012, de 12 de septiembre.

1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor establece:

En relación con los daños materiales, “el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil” (art. 1.1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor). El artículo 1 de la mencionada ley ha de ser interpretado en atención a la jurisprudencia que diferencia entre colisión unilateral y recíproca.

En el primer caso, se presume la culpa del demandado, produciéndose una inversión del *onus probandi*, de forma que tiene que probar que actuó con diligencia y que el daño es atribuible a un tercero, que ha ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor.

En cambio, si la colisión es recíproca, no se atiende al riesgo creado, puesto que ambos están en las mismas condiciones, y no hay inversión de la carga probatoria, correspondiendo a cada uno la prueba de los hechos que le resulten favorables¹³⁸. Este planteamiento es el que sigue el Tribunal Supremo¹³⁹.

En relación con los daños personales, el actor deberá únicamente probar la existencia del daño y su relación causal con el accidente, mientras que será el demandado el que se invierta la carga de probar la negligencia del actor o fuerza mayor. En los casos de daños personales recíprocos se actúa de igual manera, sin que exista compensación alguna¹⁴⁰.

10.7. La carga de la prueba en materia de una acción negatoria de servidumbre

Conforme a los artículos 530 y 531 del Código Civil, la servidumbre es “un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño”. “También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada”.

¹³⁸ URIARTE CODÓN, A. *La inversión de la carga de la prueba* en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY. J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., págs. 112-114.

¹³⁹ STS 7647/2012, de 12 de septiembre

¹⁴⁰ URIARTE CODÓN, A. *La inversión de la carga de la prueba* en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY. J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág. 112-114.

La acción negatoria de servidumbre pretende que se declare “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”¹⁴¹. El fundamento de esta acción se encuentra en el artículo 348 CC que establece que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

En relación con la carga de la prueba, corresponde al demandante, aquel que ejercita la acción negatoria, la carga de probar la propiedad sobre el inmueble y la efectiva perturbación del derecho de propiedad, mientras que se invierte la carga de la prueba al demandado respecto a la existencia de la servidumbre. En la acción negatoria quien la ejercite debe acreditar el “dominio actual” sobre el bien inmueble¹⁴², mientras que “es la parte demandada la que sufre la carga de la prueba de acreditar la adquisición, por el título que fuere, de la servidumbre que la parte contraria le niega”¹⁴³.

Si el actor prueba aquello que le corresponde y el demandado no prueba la existencia de la servidumbre, será él quien se vea perjudicado por la falta de prueba, ya que el juez va a determinar la inexistencia de la servidumbre. Esta inversión de la carga responde a los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217.7 LEC, y pretende evitar una prueba imposible que recaiga sobre el actor la prueba de un hecho negativo (la no existencia de la servidumbre)¹⁴⁴.

¹⁴¹ URIARTE CODÓN, A. *La inversión de la carga de la prueba* en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, op. cit., pág., pág. 114.

¹⁴² ATS 1017/2017, 22 de febrero.

¹⁴³ STS 2834/2014, de 11 de julio.

¹⁴⁴ Ídem.

10.8. La carga de la prueba en materia de frustración de la prueba de la parte contraria

La frustración de la prueba de la parte contraria hace referencia a aquellos casos en los que “un litigante, dolosa o negligentemente, destruye inutiliza, impide o, de cualquier modo, frustra las pruebas que la parte contraria necesitaba para hacer prosperar sus pretensiones”¹⁴⁵.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula alguno de estos supuestos en los que se produce frustración de la prueba, dotando al juez de libertad en la valoración de dicha prueba. El primer de estos preceptos se refiere a la incomparecencia injustificada de una parte. Esta incomparecencia puede ser entendida por el juez como una admisión tácita de los hechos “en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial” (art. 304 LEC).

Otro de los supuestos recogidos por la LEC es el de la negativa a declarar de la parte llamada o cuando las respuestas que diese fueran evasivas o inconcluyentes. En estos casos, la solución prevista es la misma que para el supuesto anterior. El juez, salvo que exista obligación de guardar silencio, “puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte” (art. 307 LEC).

Finalmente, la LEC recoge el supuesto en el que exista negativa injustificada de exhibición de documentos. Ante esta negativa el juez va a poder, teniendo en cuenta las demás pruebas, “atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado” o “formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas” (art. 329 LEC)

¹⁴⁵ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág.54.

Se trata, por tanto, de presunciones, que facultan al juez para valorar libremente la prueba pudiendo presumir que, ante tales negativas, los hechos se entiendan como ciertos. Desde este punto de vista, no se produce ninguna modificación de la carga de la prueba. Sin embargo, la jurisprudencia va más allá e interpreta que, la actitud que mantiene la parte contraria afecta en la carga probatoria de la otra parte, al resultar imposible que cumpla con su carga de demostrar la certeza de tales hechos a través de su prueba, pues esta ha quedado frustrada, por lo que sería justo que las consecuencias negativas derivadas de la falta de prueba afecten a aquella parte que ha obstaculizado o impedido la prueba, y por tanto, se entendería que hay una inversión de la carga de la prueba¹⁴⁶.

Esta interpretación es válida tanto para aquellos casos en los que la frustración de prueba se haya producido dolosa o negligentemente, al no haber actuado con la diligencia debida. La parte que vio frustrada su prueba por esa conducta de la parte contraria tendrá que probar que esta actuó dolosa o negligentemente, para que los perjuicios que conlleva la falta de prueba perjudiquen a aquella que la ha frustrado. La dificultad para que se entienda esa inversión de la carga puede estar en la prueba de esa actuación dolosa o negligente¹⁴⁷

11. CONCLUSIONES

En vista de lo expuesto con anterioridad, es preciso formular las conclusiones que se pueden extraer del presente trabajo:

I.- La prueba es la actividad procesal dirigida a la fijación de las alegaciones formuladas por las partes con el fin de lograr un resultado procesal favorable. Para ello, es preciso el convencimiento del juez de la certeza de dichas afirmaciones. La posibilidad de realizar determinadas actuaciones destinadas a la prueba de dichas alegaciones con el mencionado propósito se conoce como carga de la prueba. En ningún caso se considera una obligación.

II.- El objeto de la prueba va a estar comprendido por las alegaciones de cada una de las partes en el proceso y que guarden relación con la tutela judicial que se quiere

¹⁴⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág. 54 y ss.

¹⁴⁷ *Íbidem.*, pág. 54 y ss.

alcanzar. Estas afirmaciones pueden ser de conocimientos de hechos y de derecho y máximas de experiencia.

III.- El juez, conforme al principio de prohibición del *non liquet*, tiene la obligación de resolver la cuestión jurídica controvertida que le ha sido formulada, con independencia de que las partes hayan logrado probar los hechos sobre los que sostienen sus pretensiones. Por esta razón, es indispensable la existencia de unas normas sobre *onus probandi*, cuyo fin es señalar el contenido del pronunciamiento jurídico del juez en los supuestos de falta de prueba. La doctrina de la carga de la prueba busca determinar las consecuencias de esa incertidumbre sobre los hechos fácticos y establecer a quién perjudica esa insuficiencia probatoria por recaer sobre esa parte la carga probatoria.

IV.- En atención a su finalidad, se pueden distinguir dos clases de carga. La carga formal alude a la parte que se encuentra en la situación subjetiva de demostrar los hechos controvertidos, indicando las consecuencias negativas para esa parte en caso de no hacerlo. Por su parte, la carga material hace referencia a qué supuestos fácticos tienen que ser probados y permite el ejercicio de la potestad jurisdiccional pues, si el tribunal determina que un hecho no ha quedado probado, tendrá que indicar, conforme a las reglas de la carga de la prueba, a quién perjudica esa insuficiencia probatoria. Estas reglas se contienen, fundamentalmente, en el artículo 217 LEC.

V.- El apartado primero del artículo 217 LEC determina el contenido de la sentencia que el juez tiene que pronunciar en el caso de falta de prueba, el cual, se traduce en la desestimación de las pretensiones de la parte a la que le correspondería probar los hechos que han quedado inciertos y sobre los que esta fundamentaba sus pretensiones.

VI.- El artículo 217 indica asimismo qué hechos tiene que probar cada parte para conseguir un resultado procesal favorable. Esta regla general se encuentra en los apartados segundo y tercero de dicho artículo, que establecen que el actor y demandado reconveniente tienen la carga de probar los hechos en los que fundamenten sus pretensiones, mientras que el demandado y el actor reconvenido tienen la carga de probar los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de los anteriores hechos. Por lo tanto, cada parte tendrá la carga de probar aquello que le resulte beneficioso.

VII.- La regla general sobre *onus probandi* tiene que ser matizada a través de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria. Este principio se encuentra en el artículo 217.7 LEC y atiende a la posición de las partes respecto de la prueba.

VIII.- Existen normas de inversión de la carga probatoria, que modifican la regla general de la carga de la prueba. Se justifican en la imposibilidad probatoria que se originaría por la aplicación del criterio general y tiene como resultado que la parte sobre la que recaería la carga de la prueba, conforme a la regla general, quede exonerada de tal carga y esta corresponda a la parte contraria. El apartado sexto del artículo 217 LEC permite la existencia de estas reglas especiales en nuestro ordenamiento jurídico. Además, el artículo 217.4 y 5 LEC introduce dos de estas excepciones en los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y discriminación por razón de sexo.

IX.- Respecto a alteración convencional de la carga probatoria, existen dos posturas contradictorias. La primera de ellas atiende a la naturaleza procesal de las normas sobre *onus probandi*, entendiéndose que se tratan de normas imperativas de Derecho Público por lo que son indisponibles. La segunda postura defiende que las normas sobre la carga de la prueba sí pueden ser modificadas de forma indirecta a través de la alteración de la relación jurídica material, introduciendo cláusulas que exoneren o inviertan la prueba en los casos en los que la norma aplicable posibilite esa modificación por su carácter dispositivo.

X.- Además de invertir las reglas generales sobre carga probatoria, el legislador puede optar por establecer presunciones. Las verdaderas presunciones no alteran las reglas sobre *onus probandi*, ya que la parte no queda exonerada de la prueba al tener que demostrar el indicio sobre el que se apoya tal presunción. En cambio, las falsas presunciones no requieren la prueba de un hecho base, sino que este se presume directamente y, por lo tanto, sí que exoneran de la prueba a la parte favorecida por la presunción, invirtiendo la carga de la prueba.

XI.- Cuando una norma sobre carga de la prueba no sea aplicada o no se haya hecho adecuadamente existirá infracción de dicha norma. Si la infracción se produce en un auto se podrá interponer un recurso de reposición, salvo para los casos que deciden sobre un incidente de previo pronunciamiento. Frente a los autos que acuerden poner fin al proceso cabe recurso de apelación. De otra parte, si la infracción se produce en una

sentencia es posible la interposición del recurso de apelación y el recurso extraordinario por infracción procesal.

XII.- Finalmente, existen ciertas particularidades de la carga de la prueba en materias específicas:

- En materia de discriminación se opta por la inversión del *onus probandi*, con el fin de evitar las dificultades de la aplicación del criterio general y conseguir una prueba efectiva que garantice el principio de igualdad de trato.

- En los procesos sobre responsabilidad sanitaria, se aplica la norma general del artículo 217.2 y 3 LEC, aunque existen excepciones a esta regla. La primera aparece en los supuestos de medicina voluntaria, en los que puede darse una inversión probatoria determinada por la exigencia de información al paciente. La segunda excepción por la que se altera el régimen general de la carga de la prueba está determinada por la existencia de un daño desproporcionado. La última excepción está relacionada con la falta de historial clínico.

- En los casos de producto defectuoso, es suficiente con que la parte que ha sufrido el daño demuestre la existencia del defecto, del daño y la relación causal entre ellos. Esto no se considera inversión del *onus probandi*, puesto que al demandado le corresponde la carga probatoria de los hechos impeditivos de la responsabilidad.

- En materia de responsabilidad por daños por miembro indeterminado de un grupo caben distintas posibilidades. En los supuestos de indeterminación de la totalidad de los posibles causantes y en los casos de determinación de los posibles causantes, no cabe la inversión de la carga probatoria. En cambio, en los supuestos de coautoría sí que se puede invertir la carga probatoria. Por otro lado, en los casos de indeterminación de la cuota de responsabilidad atribuible a cada miembro también procede la inversión. En estos casos, en los supuestos específicos de responsabilidad civil en la edificación se aplica la regla general del artículo 217.2 y 3 LEC.

- Respecto a la responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de tráfico, se entiende que hay, en cierta forma, una inversión de la carga de la prueba, ya que al demandante le corresponde la alegación del daño y la prueba del nexo causal entre este y la acción u omisión que originan la responsabilidad y, una vez probado esto, el demandado tiene la carga de probar que procedió con diligencia.

- En materia de una acción negatoria de servidumbre, la carga de la prueba de la propiedad sobre el inmueble y la efectiva perturbación del derecho de propiedad corresponde al demandante, mientras que se invierte la carga de la prueba respecto a la existencia de la servidumbre.

- Por último, en cuanto a la frustración de la prueba por la parte contraria, se entiende que afecta a la carga probatoria, ya que resulta imposible para la parte perjudicada cumplir con su debida carga. Por esto, aunque no se produzca una alteración en sí misma de la carga probatoria, los perjuicios de la falta de prueba van a recaer sobre la parte que ha frustrado la prueba, interpretando de esta manera que hay una inversión del *onus probandi* en cuanto las consecuencias de la insuficiencia probatoria se desplazan a esa parte.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.) (2007) *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Ed. Bosch Procesal.

ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*. Revista CESCO de Derechos Humanos. Número 8/2013, págs. 259-273.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S et al. (2004) *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*. Madrid: Colex.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2013) *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Madrid: Marcial Pons.

BONET NAVARRO, J. (2009) *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*. Diario La Ley. Número 7256, págs. 1-10.

BONET NAVARRO, J. (2009) *La prueba en el proceso civil*. Barcelona: Difusión.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. et al. (2007) *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (2015) *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (2016) *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Las Rozas (Madrid): La ley.

GIMENO SENDRA, Vicente (2015). *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración: Parte general*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.

GUASP, J. y ARAGONESES, P. (2005) *Derecho procesal civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Thomson-Civitas.

LOMBARDERO MARTÍN, J.M. (2015) *Prueba civil: teoría general*. Lisboa: Juruá.

LUNA YERGA, A. (2003) *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*. InDret. Número 165, págs. 1-26.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997) *Mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

MONTERO AROCA, J. et al. (2017) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTERO AROCA, J. (2005) *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2011) *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons.

ORTELLS RAMOS, M. et al. (2016) *Derecho Procesal civil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.

ROSENBERG, L. (1956) *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC 14/1992, de 10 de febrero.

STC 224/2006, de 20 de noviembre.

Tribunal Supremo

STS 495/2006, de 23 de mayo.

STS 8582/2006, de 27 de diciembre.

STS 1545/2008, de 30 de abril.

STS 943/2008, de 23 de octubre.

STS 7204/2010, de 9 de diciembre.

STS 5536/2011, de 20 de julio.

STS 2754/2012, de 7 de mayo.

STS 4724/2012, de 10 de julio.

STS 6507/2012, de 9 de octubre.

STS 1916/2013, 9 de mayo.

STS 2701/2013, de 29 de mayo.

STS 4090/2013, de 19 de julio.

STS 529/2013 de 24 de julio.

STS 1769/2014, de 7 de mayo.

STS 2255/2014, de 6 de junio.

STS 3433/2014, de 10 de julio

STS 2834/2014, de 11 de julio.

STS 445/2014, de 4 de septiembre.

STS 206/2015, de 3 de febrero.

STS 3159/2015, de 20 de mayo.

STS 92/2016, de 3 de febrero.

STS 1639/2016, de 13 de abril.

STS 2185/2016, de 19 de mayo.

STS 5161/2016, de 29 de noviembre.

STS 110/2017, de 17 de enero.

ATS 1017/2017, 22 de febrero.

STS 2815/2017, de 18 de julio.

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Cataluña 6320/2010, de 4 de octubre.

STSJ Baleares 263/2017, de 31 de marzo.

Audiencias Provinciales

SAP Madrid 12223/2011, de 19 de julio.

SAP Pontevedra 1255/2014, de 16 de mayo.

SAP Jaén 309/2016, de 3 de marzo.

SAP Zaragoza 27/2017, de 12 de enero.

AAP Jaén 1482/2017, de 31 de octubre.