

Capítulo IV

Valoración y carga de la prueba

I. Valoración de la prueba

1. Generalidades

La valoración -o apreciación-³⁷³. de la prueba es la operación intelectual realizada por el juez con la que se determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos mediante, según los casos, la convicción judicial o la constatación de los presupuestos legalmente previstos³⁷⁴. Actividad que por servirse de criterios psicológicos y humanos, ha llegado a ser calificada como “espiritual, de fijación de hechos mediante la apreciación y depuración

373. Aunque, como indica MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., págs. 48-50, la apreciación tiene un sentido más amplio, lo bien cierto es que la valoración presupone la interpretación de la norma. Como indica DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), pág. 337, mediante la interpretación se fija el contenido objetivo de ciertos medios de prueba que es asunto anterior a la fuerza de convencimiento. De otro lado, un concepto más amplio de valoración lo aporta ABEL LLUCH, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 29, cuando la describe como la actividad judicial consistente en la verificación de las afirmaciones fácticas de las partes en orden a la fijación de los hechos controvertidos y su plasmación en la sentencia mediante la motivación del juicio de hecho, sea atendiendo a las reglas tasadas o a las reglas de la sana crítica.

374. Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., págs. 366-7.

de los resultados que arrojan los medios de prueba³⁷⁵.

Se trata de una actividad de gran relevancia práctica para las partes puesto que, al margen de la prueba de oficio, a través de la misma se determinará si sus esfuerzos probatorios han logrado el objetivo de fijación del material fáctico base para la aplicación del derecho y, de ese modo, lograr en definitiva una decisión judicial estimatoria de su pretensión.

La valoración debidamente motivada que realiza el órgano jurisdiccional en la instancia es, desde luego, clave para el éxito de la pretensión. La jurisprudencia parte de una premisa que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Secc. 1ª), 1 de febrero de 2007³⁷⁶ explica con toda claridad y rotundidad: *“si la prueba practicada en el procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración”*. De ese modo, incluso mediante el recurso de apelación en el que por su amplitud se permite un examen con igual amplitud y potestad a la

375. RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 366.

376. Ponente: D. Antonio María González Floriano. JUR 2007\81083), a lo que añade que *“la actividad valorativa del Órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos”*. Por tal motivo, la SAP Granada (Secc. 4ª), 7 de julio de 2006 (Ponente: D. Juan Fco Ruiz Rico Ruiz. AC 2007\124) concluye en no tolerar *“sustituir el recto e imparcial criterio del Juez a quo por el suyo propio, sin duda parcial e interesado”*. Y con la misma idea, la SAP Barcelona (Secc. 17ª), 9 de febrero de 2007 (Ponente: D. Carlos Villagrasa Alcalde. JUR 2007\204992) se refiere al *“proceder de evidente objetividad institucional, que debe considerarse fruto de una valoración imparcial y crítica de los hechos sometidos a su enjuiciamiento, y que no puede sustituirse por los criterios subjetivos, parciales e interesados de la parte que no ve satisfechas sus pretensiones”*.

del juzgador *a quo*³⁷⁷, y mucho más con los extraordinarios³⁷⁸, son pocas las posibilidades de que pueda ser rectificada, salvo que se ponga de relieve un “*manifiesto y claro error del juzgador a quo de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada*”³⁷⁹. Dificultades impugnativas que incluso se multiplican en determinados medios de prueba como es el caso de la pericial en cuanto su finalidad es la de ilustrar al juzgador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos y porque el art. 348 de la LEC no contiene reglas de valoración tasada que se puedan violar, debiendo atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana³⁸⁰.

377. Entre otras muchas, la SAP Vizcaya (Secc. 3ª), 17 de noviembre de 2005 (Ponente: Doña Carmen Keller Echevarría. AC 2006\300) habla de que “*la amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal «ad quem» examinar el objeto de la «litis» con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el juzgador «a quo» y que por lo tanto no está obligado a respetar los hechos probados por éste pues tales hechos no alcanzan la irrevocabilidad de otros recursos como es el de Casación. Ahora bien, tampoco puede olvidarse que la práctica de la prueba se realiza ante el juzgado de instancia y éste tiene ocasión de poder percibir con inmediatez las pruebas practicadas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes*”.

378. Así, por ejemplo, en relación con la prueba pericial, la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 31 de enero de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007\1706), indica que “*la valoración de la prueba pericial sólo es susceptible de ser revisada en casación en supuestos excepcionales en los que se demuestre que conduce a consecuencias incompatibles con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva por implicar inferencias contrarias al Ordenamiento jurídico o, en el terreno de los hechos, incluir elementos de manifiesta arbitrariedad o falta de lógica*”.

379. Son palabras de la SAP Pontevedra (Sala 1ª), 29 de septiembre de 2005 (Ponente: D. Francisco Javier Menéndez Estébanez. AC 2006\53). En sentido similar otra jurisprudencia como, además de la citada en la nota anterior, la SAP Cuenca (Secc. 1ª), 17 de febrero de 2006 (Ponente: D. Ernesto Casado Delgado. JUR 2006\89112) cuando indica que es “*deber del Tribunal de apelación comprobar si pese a las facultades del órgano judicial a quo para la apreciación conjunta de la prueba, se ha incurrido por el mismo, para la obtención de sus resultados, en falta de lógica o se ha omitido todo género de consideración sobre elementos probatorios obrantes en las actuaciones y orillados para obtener solución a la cuestión litigiosa pese a la relevancia de los testimonios cuya consideración no se realiza, pues de ser así el órgano judicial de la alzada viene obligado a corregir el indebido proceder del Juzgador de instancia*”. Más resumidamente, la SAP Las Palmas (Secc. 3ª), 6 de febrero de 2007 (Ponente: Dña. Rosalía Fernández Alaya. JUR 2007\154798), se refiere a “*que el juzgador de instancia haya prescindido del proceso lógico, que sus conclusiones resulten notoriamente incoherentes, o que nos encontremos ante una valoración probatoria equívocada*”.

380. Véase la SAP Las Palmas (Secc. 5ª), 6 de junio de 2006 (Ponente: Dña. Mónica García de Yzaguirre. AC 2006\1221).

2. Prueba legal y libre valoración

La actividad intelectual de valoración por el juzgador no se somete generalmente a normas jurídicas. Sin embargo, en algunas puntuales ocasiones, la ley, cuando se cumplan sus presupuestos y condiciones y sin necesidad de convencimiento judicial, establece la fijación del resultado de su práctica como fundamento de hecho de la resolución. En el primer caso nos encontraremos ante el sistema de libre valoración o, en términos legales, de valoración conforme a la “sana crítica”³⁸¹; en el segundo, ante el sistema de valoración legal.

A) Prueba legal

El sistema de prueba legal prescinde del convencimiento del juzgador. El legislador, sea por respeto al principio de aportación de parte o en aras de la seguridad jurídica, introduce normas que contemplan medios de prueba mediante los cuales se producirá la fijación fáctica, o al menos, la favorecerá, solamente cumpliendo las exigencias que la misma norma establece. Se trata, por tanto, de conocer el contenido concreto de estas normas y comprobar escrupulosamente el cumplimiento de sus presupuestos y requisitos.

En realidad, normas de valoración legal solamente se encuentran propiamente respecto de determinada prueba documental. Así y todo, merece hacerse mención a alguna particularidad en la prueba de declaración de la parte y hasta incluso en la de reconocimiento judicial, donde se vislumbra algún atisbo de prueba legal, aunque sea indirectamente en el primer caso o meramente aparente en el último.

381. En opinión de MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., pág. 61, las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, que integran la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba.

a) Prueba documental

La valoración legal de la prueba se aplica principalmente respecto de la prueba documental, si bien solamente respecto a determinados supuestos y cuando concurren los presupuestos legales que la autoricen³⁸².

1.º Documentos públicos

Conforme al art. 319.1 LEC, los documentos públicos, esto es, los del art. 317 LEC³⁸³, harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella³⁸⁴, salvo en materia de usura donde, conforme al art. 319.3 LEC, “los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción”.

El art. 319.2 LEC contempla para los documentos administrativos, salvo los mencionados en el art. 317.5º y 6º, que legalmente las leyes

382. Sobre la valoración de la prueba documental, resultan de interés la sistemática recopilación jurisprudencial y las consideraciones que se formulan en la SAP Madrid (Secc. 10ª), 23 de febrero de 2007 (Ponente: D. Ángel Vicente Illescas Rus. JUR 2007/174565).

383. Concretamente son: “1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho. 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”.

384. Señala la Exposición de Motivos de la LEC (XI, párrafos X y XI) que “los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquellos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico (...) La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados”.

(ha de entenderse distintas a la LEC) otorguen el carácter de públicos, tendrán el valor probatorio que establezcan las leyes que les reconocen el carácter de públicos. Y si éstas no lo hacen, “los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”. En este caso, los documentos van a tener un valor legal muy relativo puesto que, si solamente ofrecerán certeza salvo que otros medios de prueba la desvirtúen, aunque no exista impugnación de los mismos, el juzgador puede llegar a resultados probatorios distintos de los que deriva el propio documento³⁸⁵. En mi opinión, tal documento tendrá en principio valor legal, pero estará condicionado a que no concurran otros medios de prueba, en cuyo caso, el juez podrá valorar libremente.

Como pone de manifiesto ORTELLS³⁸⁶, la diferencia entre los documentos públicos del punto primero y los del segundo del art. 319 radica en lo que es necesario para impugnar con éxito el efecto de prueba plena o certeza que prevén respectivamente. En el primer caso, será necesario probar la falta de adecuación de lo documento y la realidad en un proceso penal por falsedad o, por no poder exigirse la responsabilidad penal del fedatario, mediante una prueba específica que suponga la plena convicción del juez³⁸⁷. En el segundo caso, bastará con que se practique una prueba que provoque la duda del juez sobre los datos que constan en el documento, en cuanto acrediten otros datos, sin necesidad de plena convicción sobre su certeza.

385. MARTÍN PASTOR, J., “Capítulo 15”, en *Derecho Procesal Civil*, (con ORTELLS y otros), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 392.

386. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., págs. 368-9.

387. Señala la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 24 de enero de 2008 (Ponente: D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ 2008/217) que “*es constante y reiterada la doctrina de esta Sala de que el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo, sino las declaraciones que en él hagan los otorgantes, pues aunque en principio hagan prueba contra ellos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario (sentencias de 27 de noviembre de 1985 y 25 de enero de 1988, y las que citan)*”.

Por lo demás, el régimen de requisitos, impugnación y extensión subjetiva del documento público se regula en diversos preceptos de la LEC (arts. 320 a 323) y del Código Civil (arts. 1216 a 1224)³⁸⁸.

2.º Documentos privados

Los documentos privados quedan asimilados a los públicos, conforme al art. 326.1 LEC, “cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”. En caso de impugnación, quien haya presentado el documento impugnado podrá pedir el cotejo o la prueba oportuna que resulte útil y pertinente al efecto. Si se impugna su autenticidad y no se prueba la misma, el juez lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326.2 LEC)³⁸⁹.

Regulación que ha de completarse igualmente conforme a las disposiciones de la LEC (arts. 324 a 327) y Código Civil (arts. 1225, 1227 a 1230), así como art. 3 Ley 59/2003, 19 de diciembre, de Firma Electrónica³⁹⁰.

3.º Libros de los comerciantes

A tal efecto, el art. 327 LEC remite a las leyes mercantiles, particularmente al art. 31 del Código de Comercio, según el cual, “el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los tribunales conforme a las reglas generales del derecho”.

388.Véase una síntesis en MARTÍN PASTOR, J., “Capítulo 15”, en *Derecho Procesal Civil*, (con ORTELLS y otros), cit., págs., 393-4.

389.Dice la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 31 de enero de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007/1706)., que “los documentos privados deben ser valorados para inferir la fuerza probatoria que puede resultar de su contenido en relación con los demás medios probatorios obrantes en el proceso (SSTS 27 de octubre de 2004 y 15 de noviembre de 2006, entre otras muchas).”.

390.Véase igualmente una síntesis en MARTÍN PASTOR, J., “Capítulo 15”, (con ORTELLS y otros), cit., , págs., 395-6.

b) Prueba de declaración de la parte

La prueba de declaración de la parte no tiene valoración legal, sino que será libre³⁹¹. Señala la Exposición de Motivos de la LEC (XI, párrafo VIII) que “no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen”.

Ahora bien, puede encontrarse alguna aproximación a la valoración legal cuando la ley impone motivar la apreciación judicial divergente a la declaración de la parte. Eso es lo que viene a expresar el art. 316.1 LEC cuando dispone que “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”³⁹².

Por lo demás, la prueba de declaración de la parte se sujeta a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las posibilidades de admisión tácita de hechos cuando se den los supuestos previstos en los arts. 304 y 307 LEC (art. 316.2 y 315.3 LEC).

391. Dice la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 28 de febrero de 2007 (Ponente: D. Román García Varela. RJ 2007\1514) que “la doctrina jurisprudencial (...) sienta que la confesión no es la «regina probatium», y que carece de rango superior a los otros medios de prueba, o que no tiene carácter privilegiado”. Por su parte, la SAP Madrid (Secc. 10ª), 23 de febrero de 2007 (Ponente: D. Ángel Vicente Illescas Rus. JUR 2007\174565) pone de manifiesto lo siguiente: “por lo que hace a la prueba de interrogatorio de parte, es preciso subrayar que no hace prueba plena en caso alguno, y menos aún en todo cuanto resulte favorable a la parte representada por el interrogado (a diferencia de lo que acontece en lo que le perjudica, habida cuenta que nadie reconoce hechos desfavorables a menos que sean ciertos), sino que el resultado de la misma ha de ser examinado a la luz de las restantes probanzas y fijar como base del pronunciamiento jurisdiccional aquellos hechos que resulten inequívocamente acreditados”.

392. Como indica MARTÍN PASTOR, J., “Capítulo 15”, (con ORTELLS y otros), cit., pág. 387, la justificación del valor de la declaración radica en que el legislador parte de la máxima de la experiencia de que siendo tan grande la tendencia a mentir para negar lo desfavorable, cuando se reconoce, hay que reputar que se dice la verdad, salvo que lo contradigan otras pruebas.

c) Prueba de reconocimiento judicial

Contrariamente a lo que ocurre en los anteriores supuestos, la LEC no contiene una referencia expresa a la valoración del reconocimiento judicial, de modo que ha de ser de “apreciación discrecional”³⁹³. Sin embargo, las características propias del reconocimiento judicial parecen acercar su valoración a la legal a efectos prácticos. En primer lugar, consecuencia de su documentación por el secretario judicial cumpliendo funciones de fedatario público que de algún modo viene a acercarse al documento público del art. 317.1º LEC y, por tanto, a la eficacia probatoria que establece el art. 329.1 LEC para los mismos³⁹⁴. En segundo lugar, y sobre todo, por la lógica y coherencia que supone que en la sentencia se haga constar lo mismo que figura en el acta. En efecto, como objeto del reconocimiento es entre otras cosas hacer constar los hechos o circunstancias apreciados por el propio juzgador, en un proceso caracterizado por la inmediación, se dificulta que en la valoración no tenga fijado lo que el mismo juzgador apreció y se hizo constar fehacientemente, sean elementos objetivos o subjetivos, puesto que lo contrario permitiría su consideración de actitud arbitraria³⁹⁵.

393.STS (Sala 1ª), 23 de octubre de 1999 (Ponente: D. Pedro González Poveda. RJ 1999\8160).

394.El Tribunal Supremo ha negado reiteradamente cualquier posibilidad de valoración equivalente a la prueba documental, sin perjuicio de la debida coherencia que debe existir con el acta. No otra cosa ha de entenderse cuando, por ejemplo, la STS (Sala 1ª), 23 de octubre de 1999 (Ponente: D. Pedro González Poveda. RJ 1999\8160) afirma que “*es doctrina reiterada de esta Sala la de que ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen norma alguna de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, por lo que es de apreciación discrecional por el órgano jurisdiccional de instancia, sujeta a su criterio y, por tanto, no impugnabile en casación (...) aunque ello se maliza en Sentencia de 25 de febrero de 1988, con cita en las de 6 de diciembre de 1985, 25 de octubre de 1986 y 8 de julio de 1953, diciendo que «salvo constancia de un dato irrefutable apreciado por los sentidos y reflejado en la diligencia, ignorado a la hora de la decisión final».*”

395.Según MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 434, el juez “includiblemente estará a aquello que ha percibido por sus sentidos y no podrá sustraerse a lo que ha constatado”. Argumento para ello que “sería absurdo que un juez hiciera constar en el acta del reconocimiento que la distancia entre dos puntos es una determinada y que, luego y en la sentencia, llegara a conclusión diferente”, calificando tal conclusión judicial como arbitraria. De aquí que venga a sostener este autor que la prueba puede ser considerada de valoración legal, aunque no exista norma expresa en ese sentido. Y sostiene lo mismo incluso también sobre los elementos subjetivos (apreciaciones y valoraciones). En el caso excepcional de que la valoración del reconocimiento

Parece claro que la regla general es que el juzgador sea consecuente con lo que en su momento él mismo constató o apreció. Sin embargo, en mi opinión, nada se opone a que en el momento de dictar sentencia el juzgador valore el reconocimiento con un soporte fáctico distinto puesto que solamente cabe hablar de absurdo o arbitrariedad en la medida que la inconsecuencia con el acta no se fundamente debidamente con la expresión de las razones de su valoración. Podría ocurrir, entre otras cosas, que el juez recordara o se percatara posteriormente de nuevos hechos o percepciones, que constaran errores en el acta o incluso que, a pesar de la constatación directa por el juez, el contenido en el acta de reconocimiento pudiera valorarse en relación con otros medios de prueba que atemperaran o pusieran en duda que lo apreciado por el juez fuera lo que concurría en la realidad. Esto último podría servir para que incluso un juez distinto al que realizó el reconocimiento pudiera desvincularse de los datos objetivos que se hicieron constar en el acta realizada por otro juez, siendo que los subjetivos no tendrían eficacia vinculante alguna.

Es más, en mi opinión, *strictu sensu* no es correcta la referencia a la valoración legal de la prueba cuando de lo único que se está hablando es de una lógica por la cual lo que se apreció *in situ*, en principio, no se alterará ni modificará posteriormente. Pero esta lógica no significa en absoluto prueba legal puesto que lo apreciado en su momento se hizo constar en el acta porque fue ya valorado –aunque sea sin ponerlo en relación con otras pruebas- como concurrente. La traslación de lo ya valorado y hecho constar en el acta a la sentencia no es tanto un acto de valoración sino de mera traslación. Ahora bien, en esta traslación, aunque por lógica y por impedirlo la prohibición de arbitrariedad

lo realizara juez distinto al que participó directamente en el mismo, solamente se asimilaría a la prueba legal lo relativo a los datos objetivos o de mera constatación, argumentando para ello este autor que es “muy difícil que el juez pueda negarlos en la sentencia” y de ahí la jurisprudencia sobre los datos irrefutables.

judicial en principio se habrá de producir sin alteraciones, aunque sea excepcionalmente o cuando se motive la concurrencia de motivos –normalmente pruebas contradictorias- suficientes, se pueda concluir en la alteración de lo inicialmente apreciado y hecho constar en el acta. Y esto es así porque no obstante las particularidades propias del reconocimiento, con apreciación judicial previa y constancia en acta, la valoración de la prueba de reconocimiento no es legal sino plenamente libre.

B) Libre valoración de la prueba

El sistema de valoración libre es el general conforme al art. 218.2 LEC, de modo que será necesaria previsión legal expresa para que no rijan. En el mismo, la fijación de los hechos se determinará a través de una operación intelectual de apreciación de la prueba realizada conforme a métodos de razonamiento ordinarios para llegar a conclusiones de convicción acerca de determinados datos³⁹⁶, o, en otros términos, para que el juez acepte la probabilidad de que las afirmaciones fácticas se corresponden con la realidad.

Valoración libre no significa arbitrariedad, entre otras cosas, porque ésta queda prohibida en el art. 9.3 CE cuando prevé que la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Con la expresión “libre” solamente se hace referencia a que el juzgador no se encuentra sometido al sistema legal de valoración que hemos visto antes. La fijación del material fáctico vendrá determinada en función de la convicción judicial, y ésta se alcanzará mediante los criterios de razonamiento común, mediante determinadas reglas científicas o técnicas, o, en los términos tradicionales de nuestras leyes

396. La mayor parte de la doctrina procesalista se refiere a la convicción judicial, así, por ejemplo, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 370; GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 416. En mi opinión, aunque nos referimos a lo mismo, resulta más preciso hablar de “aceptación judicial sobre la probabilidad de que las afirmaciones fácticas se correspondan con la realidad”.

de enjuiciamiento y jurisprudencia, conforme a las reglas de la sana crítica³⁹⁷.

Aunque por lo dicho, no resultaría necesaria su mención expresa para la sujeción a este sistema de los distintos medios de prueba, la LEC lo prevé expresamente para la prueba pericial (art. 348 LEC³⁹⁸), testifical (art. 376 LEC³⁹⁹) y en ciertas instrumentos (art. 382.3 LEC para los de filmación, grabación y semejantes; y art. 384.3 LEC para los que permitan archivar, conocer o reproducir datos).

3. La constancia del relato de hechos probados en la sentencia y sanción en caso de incumplimiento

Según el art. 248.3 LOPJ, “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de

397. Como dice ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 252-3, las reglas de la sana crítica son normas comunes a todo ser humano... basadas en la razón, la lógica y, en definitiva, en las máximas de la experiencia.

398. Entre otras muchas, la SAP Murcia (Secc. 5^a), 15 de marzo de 2006 (JUR 2006\160520), señala que “*la valoración de la prueba pericial ha de hacerse siguiendo los postulados de la sana crítica (art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo doctrina jurisprudencial al respecto la que sostiene que por principio general la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el Juez según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación (SS 1 Feb. y 19 Oct. 1982, 11 Oct. 1994, 11 Abr. y 16 Oct. 1998, 16 Mar. 1999 etc.), así como que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, sin que el juez ni siquiera esté obligado a sujetarse al dictamen pericial, pudiendo solo impugnarse en el recurso extraordinario la valoración realizada si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca «las más elementales directrices de la lógica» (SS 13 Feb. 1990; 29 Ene., 20 Feb. y 25 Nov. 1991, 16 Mar. 1999)*”.

399. Indica sobre este precepto la SAP Granada (Secc. 4^a), 7 de julio de 2006 (Ponente: D. Juan Fco Ruiz Rico Ruiz. AC 2007\124), que “*de acuerdo con el art. 376 de la LEC los tribunales valorarán la fuerza probatoria de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas. Como señala la jurisprudencia (STS de 12-11-96, 17-4-97 y 11-10-2000) la prueba de testigos es discrecional para el Juezador*”.

derecho y, por último, el fallo...” De ese modo se impuso la necesaria constancia de los hechos probados en las sentencias dictadas en todos los órdenes jurisdiccionales.

Sin embargo, la jurisprudencia exceptuaba esta regla en el orden civil, al poner en relación el citado precepto con el art. 372 LEC 1881 que carecía de una referencia expresa al mismo⁴⁰⁰. Se pretendía justificar con argumentos tan escasamente fundados como que el proceso civil busca la “verdad formal” frente al proceso penal que busca “la verdad material”⁴⁰¹, como si existieran diversas categorías de “verdad” y olvidando que la verdad es o no es (otra cosa son los principios que, en relación con la aportación de materiales fácticos, rigen en cada uno de los procesos, o la diferente amplitud de los poderes de oficio en la investigación del material fáctico). Igualmente se partía de posiciones razonablemente poco formalistas, cuando se señalaba que bastaba con que el relato de hechos probados constara a lo largo del texto de la resolución, de modo que sería innecesaria la constancia de un apartado específico de “hechos probados” en las sentencias dictadas en este orden jurisdiccional⁴⁰².

400. Dice la STS (Sala 1ª), 21 de diciembre de 2001 (Ponente: D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez. RJ 2001\10056), que “no es preciso como obligación legal insertar esos Hechos Probados, pues, (...) Según jurisprudencia de esta Sala el régimen combinado de los arts. 248.3 LOPJ y 372 LEC de 1881 no impone que la sentencia civil haya de contener un apartado específico de hechos probados”. Véase una referencia a los precedentes normativos y a distintos criterios de interpretación en VILLARINO MOURE, S., “El relato de hechos probados en la sentencia civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 422-9.

401. Dice por ejemplo la STS (Sala 1ª), 4 de marzo de 1997 (Ponente: José Almagro Nosete. RJ 1997\1642) que “no puede entenderse modificado en el punto que nos ocupa el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino incurso en la excepción que este propio Texto Legal marca al señalar que la exigencia de consignar los hechos probados se realizará “en su caso”, refiriéndose, sin duda, a que tal especificación ha de hacerse en las sentencias emanadas del orden jurisdiccional social y penal, pero no en el civil, dado que en éste se opera sobre una verdad formal y en el orden penal se busca la verdad material, apreciándose las pruebas “según conciencia”.

402. La STS (Sala 1ª), 15 de octubre de 2001 (Ponente: José Almagro Nosete. RJ 2001\8632), con cita de otras, manifiesta que “la exigencia contenida en el artículo 248-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de que las sentencias han de expresar, en párrafos separados y numerados, los hechos probados, en su caso, no puede entenderse referida a las sentencias del orden jurisdiccional civil, pues precisamente con la salvedad “en su caso” está manteniendo la subsistencia, en ese extremo concreto, del artículo 372 de la Ley de

En el art. 209 LEC se exige actualmente la constancia de “las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso”. No obstante, el mantenimiento de la expresión “en su caso” todavía plantea importantes dudas. Si en el texto de la LOPJ se explicaba en que la previsión no resultaba exigible en el proceso civil, no tiene sentido su mantenimiento en el texto actual de la LEC si la voluntad del legislador es que las sentencias dictadas en el proceso civil contengan la relación de hechos probados⁴⁰³. El mantener esta expresión a lo sumo se justificaría en cuanto en el mismo proceso civil pueda haber sentencias en las que deba constar la relación de hechos probados y otras en las que no. Un ejemplo de los que no sería necesario podría ser la sentencia prevista en los juicios de desahucio de inmueble urbano por falta de pago para el caso de incomparecencia a la vista por la que, como excepción al art. 496.2 LEC, en caso de que no comparezca el demandado a la vista “se declarará el desahucio sin más trámites”⁴⁰⁴.

Al margen de tales consideraciones, lo que resulta indubitado es que, con independencia del orden jurisdiccional en que se dicten, todas las sentencias han de estar motivadas tanto jurídica como fácticamente (artículos 120.3 CE y 248.3 LOPJ)⁴⁰⁵. Sin embargo, entiendo que la

Enjuiciamiento Civil, que para las sentencias de este orden jurisdiccional no exige que las mismas contengan formalmente, en párrafo separado, un relato de hechos probados... tales exigencias se hallan sobradamente cumplidas pues la sentencia objeto de recurso, detalla en sus ocho fundamentos jurídicos todos los elementos del litigio, con un relato pormenorizado de los hechos probados al tener en cuenta no sólo la realidad de los datos declarados probados, sino también precisar su cauce en cuanto al relato fáctico de la actora no cuestionado (aunque sí su significado), a través de los ocho apartados que contiene el fundamento cuarto”.

403. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 522, afirman rotundamente que no obstante la expresión “en su caso”, “todo proceso en el que existan hechos controvertidos ha de culminar con una sentencia con dicha declaración de hechos probados”.

404. Sobre la misma puede verse BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio*, cit., págs. 249-51.

405. CUBILLO LÓPEZ, I., *La regulación de las actuaciones del juicio*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 162, recuerda la necesidad de que en el proceso civil se exteriorice del resultado de la valoración de la prueba, y del propio proceso de razonamiento (origen de la convicción alcanzada por el juez). Apunta el citado autor sobre la necesidad de motivar fácticamente las sentencias tanto en su aspecto jurídico como fáctico, que se exige también en el artículo 218.2 LEC, referido específicamente a esta cuestión.

necesidad de motivación de la sentencia no impone necesariamente la constancia formal de relación de hechos probados, máxime si, en caso de que no se haga constar con esta formalidad, ha de proceder la sanción de nulidad por infracción del art. 238.2 LOPJ, como se contempla en otros órdenes jurisdiccionales como el penal⁴⁰⁶. y el laboral⁴⁰⁷.

En la doctrina se mantienen una postura exigente y otra que la atempera. Se considera, de un lado, que es necesario incorporar en todas las sentencias, incluidas las del orden civil, un relato de hechos probados. Se entiende que la expresión “en su caso”, ciñe su ámbito de aplicación a las hipótesis en las que se resuelva sin haber practicado prueba especialmente por ser la controversia estrictamente jurídica⁴⁰⁸. De otro lado, se presentan mucho más matizadas otras posiciones en las que el relato de hechos probados solamente se exige como presupuesto ineludible si su mención constituye un antecedente fáctico trascendente para plasmar el silogismo judicial en la medida que afecta a la motivación y sirve para determinar si la conclusión de la deducción está dentro de los límites configuradores de la congruencia, y también para hacer constar que se han resuelto debidamente todas las cuestiones de hecho y de derecho debatidas en el proceso⁴⁰⁹.

406. Así, por ejemplo, en el orden penal, la STS (Sala 2ª), 17 de marzo 2001 (Ponente: D. José Antonio Marañón Chavarri. RJ 2001\1905), declara la nulidad de la sentencia recurrida con base en el art. 238.2 LOPJ, devolviendo actuaciones para que se dicte otra que declare expresa y terminantemente los hechos probados, todo porque la impugnada incumplió la exigencia de hacer declaración expresa y terminante de los hechos probados, limitándose a dar por reproducidos los del escrito de la acusación.

407. En el orden laboral, entre otras, la STSJ Cantabria (Sala Social), 13 noviembre 1998 (Ponente: Dña. María Jesús Fernández García. AS 1998\6885.), que declara la nulidad de actuaciones por insuficiencia de hechos probados, en aplicación de los artículos 191, a) y 97.2 LPL.

408. Entre otros, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Resoluciones judiciales (arts. 206 a 215)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 2, (con TORRES, DURO y CASERO), Barcelona, 2001, pág. 239. MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., pág. 66, con alguna menor rotundidad, afirma que “puede haber llegado el momento de que también las sentencias civiles hagan expresa y formal declaración de hechos probados”.

409. Cfr. RODRÍGUEZ MERINO, A., «Artículo 209», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento*

O la que sostiene que ha de prevalecer una interpretación adecuada por la que se limite la necesidad de consignar un relato de hechos probados en los supuestos en los que, por la naturaleza de los hechos enjuiciados, sea posible obtenerlos fácilmente sin necesidad de recurrir a consideraciones jurídica. Por tal motivo, la nulidad solamente procedería excepcionalmente pues basta con que se narren con la claridad necesaria a través de los diversos fundamentos jurídicos de la propia sentencia⁴¹⁰.

En mi opinión, sin perjuicio de la utilidad de consignar en aras de la mayor claridad un apartado específico de hechos probados en la sentencia, considero altamente dudoso que sea procedente una sanción de nulidad en caso de que no se procede en tal forma⁴¹¹. Parece claro que resulta suficiente con que se narren con la claridad necesaria en los distintos fundamentos de derecho de la sentencia. Por tanto, la declaración de nulidad solamente procedería, en virtud del artículo 238.3 LOPJ, no por la mera ausencia de declaración formal sino exclusivamente “cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”, esto es, en términos muy similares del art. 225 LEC “cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”.

Civil, I, (dir.: A. M. Lorca), Valladolid, 2000, págs. 1379-80.

410. RIBELLES ARELLANO, J. M., “Especialidades forma resoluciones”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 1 al 280*, (coor: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLAS), Iurgium – Atelier, Barcelona, 2000, pág. 789.

411. Esta opinión la mantuve ya, con referencia a las diversas posiciones doctrinales al respecto, en BONET NAVARRO, J., “La sentencia”, en *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coor.: IVARS), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 218-9. En la misma línea, VILLARINO MOURE, S., “El relato de hechos probados en la sentencia civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 438.

4. La motivación de la valoración probatoria y la valoración conjunta de la prueba

La Ley centra los principales esfuerzos en el requisito externo de que la valoración quede debidamente expresada en la resolución. De hecho, el único modo de poder controlar, aunque sea precariamente, la correcta valoración de la prueba por las partes es a través del requisito externo de la motivación de la sentencia. El art. 218.2 LEC dispone que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos... que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas... deberá incidir en los distintos elementos fácticos... del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Esto implica la exigencia de que la valoración de cada medio de prueba esté motivado, esto es, que el juzgador exprese la razón de por qué ha realizado la apreciación en el modo que lo ha hecho⁴¹², haciendo constar las razones por las que se realiza la fijación fáctica y, en su caso, el motivo por el que concede mayor valor a un medio de prueba sobre otro⁴¹³.

Habrà de constar, por tanto, la determinación de los resultados probatorios, señalando los que han permitido convencer al juez de la certeza sobre la existencia, realidad o veracidad del hecho o dato objeto de prueba. Esta operación se facilita o simplifica con la que se ha venido a denominar “valoración conjunta de la prueba”. Sin embargo, como mínimo permite orillar las normas sobre valoración legal de la prueba y omitir las razones de la formación de la convicción en lo referente a la libre apreciación⁴¹⁴. Esto impide toda posibilidad de

412. Cf. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 370.

413. Cf. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 419.

414. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 275, se muestra rotundo cuando añade que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a pesar del reconocimiento por el Tribunal Constitucional, en todos los casos en que la motivación se basa en la valoración conjunta de la prueba sin más explicación, se desconoce sistemáticamente el art. 120.3 CE.

control sobre el resultado de la valoración consecuencia del déficit en la motivación.

La debida motivación exige, más en concreto, la expresión de las razones que han permitido al juez desvirtuar la certeza de los hechos, actos o estados de cosas que consten en los documentos públicos a los que se refiere el art. 319.2 LEC (documentos administrativos que no hayan sido expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; y los que, con referencia a archivos y registros de órganos públicos, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos). Documentos que, en principio, tendrán valor legal salvo que concurran con otros medios de prueba que desvirtúen la certeza de lo documentado. Por tal motivo, en la sentencia habrá de constar la valoración de estos medios que han desvirtuado lo documentado en los citados documentos públicos⁴¹⁵.

Asimismo, en la resolución habrá de constar el resultado de las demás pruebas que puedan contradecir el reconocimiento como cierto de los hechos en los que intervino personalmente y su fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial en los términos del art. 316.1 LEC.

Igualmente, conforme al art. 386.1.II LEC, la sentencia en la que se utilice una presunción judicial para presumir la certeza de un hecho a partir de otro hecho admitido o probado, consecuencia de que entre el presumido y el presunto existe un enlace preciso y directo según las

415. MARTÍN PASTOR, J., "Capítulo 15", (con ORTELLS y otros), cit., pág. 392, considera que la valoración de estos documentos si bien no es legal, sí ha de considerarse como "legalmente guiada", porque como expresa este autor, el órgano jurisdiccional no está vinculado a tener por ciertos los hechos documentos, pero la Ley le exige motivar su apreciación divergente. En mi opinión, según se mire, además de lo anterior, puede considerarse como prueba legal mientras no concurran otros medios de prueba. Ausencia de sustento normativo que impedirá en tal caso cualquier posibilidad de motivar su apreciación divergente.

reglas del criterio humano, deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

Se requiere, en definitiva, un particularizado análisis de cada una de las pruebas, previo al establecimiento en la sentencia de su resultado conjunto y articulado. Como pone de manifiesto RAMOS⁴¹⁶, la valoración conjunta debería significar la necesidad de que el resultado que arrojan los medios de prueba se valore “poniéndolos en relación uno con otros para deducir en bloque la eficacia de las pruebas practicadas en el juicio”, operación que ha de ser común en todos los juicios⁴¹⁷. En fin, como afirma ORTELLS⁴¹⁸, debería terminarse con la viciosa práctica de la llamada apreciación conjunta de la prueba, consistente en la exposición de un resultado global de las pruebas practicadas, que permitía ocultar, por un lado, el incumplimiento de las normas de valoración legal vigentes⁴¹⁹, y, por otro, omitir las razones de la formación de la convicción en lo que se refiere a los medios de prueba de libre apreciación.

416. RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 368.

417. Para ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 254, de este modo la LEC pone en relación y compatibiliza apreciación conjunta de la prueba con motivación de sentencia, debiendo ser valorada esta solución muy positivamente dado que, a través de este mecanismo, en su opinión, es posible en todo caso prescindir de las reglas legales de valoración. Por su parte, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., págs. 380 y ss, creo que asimila indebidamente la debida valoración probatoria interrelacionada con todos los medios de prueba con la llamada “valoración conjunta”, que son fenómenos, aunque con elementos comunes, no equiparables. Lo que se conoce como “valoración conjunta” trae implícita una carga peyorativa de falta de motivación.

418. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 371. En la misma línea otros autores como MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., págs. 63-4.

419. Para una comprensión de la valoración conjunta de la prueba como forma de arrinconar lo que denominan como “arcaísmo propio del sistema legal de la prueba”, véase GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., págs. 419-21. Así y todo, estos mismos autores llaman razonablemente la atención del peligro de que pueda convertirse en una corruptela de graves consecuencias para la seguridad jurídica de las partes si no es equilibrada con el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho a obtener una resolución motivada y lógica desde un punto de vista no sólo jurídico, sino también fáctico y probatorio.

Son dos las actividades a realizar, de un lado, un particularizado análisis de cada una de las pruebas reflejado en la resolución; de otro, el resultado conjunto y articulado que deriva de lo anterior. Esto segundo no excluye ni presupone lo primero, puesto que, en caso contrario, no se expresa debidamente la motivación.

Lo antes dicho no implica que toda valoración conjunta de la prueba sea inadmisibile. Como reconoce tanto la doctrina⁴²⁰ como la jurisprudencia, no solamente es admisible sino incluso en ocasiones necesaria⁴²¹, especialmente pertinente cuando varios medios de prueba se complementan entre sí, o el resultado de unos incide en el resultado de otros⁴²²; o –se dice– en lo relativo al control en la segunda instancia, que ha de limitarse a “*verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso*”⁴²³.

420. Así por ejemplo, MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., pág. 63 puntualiza que la apreciación conjunta no es rechazable en todos los casos, sino que en algunos es necesaria. También, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 338, afirma que “la apreciación conjunta de la prueba es un fenómeno de valoración probatoria que muchas veces, no sólo es inevitable, sino lógico y obligado”.

421. Otra cosa será deslindar exactamente qué es valoración conjunta de la prueba y qué no es. Por ejemplo, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., y PÉREZ CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 400, estiman que no lo es la afirmación por la que a pesar que del interrogatorio de la parte se reconozca un hecho, de la abrumadora documental se deduce lo contrario.

422. La SAP Vizcaya (Secc. 3ª), 17 de noviembre de 2005 (Ponente: Doña Carmen Keller Echevarría. AC 2006/300), argumenta que “la exigencia de motivación fáctica de las sentencias (cfr. art. 120.3, CE), explicando el juzgador cómo obtiene su convencimiento respecto a los hechos que entiende probados a partir de las pruebas practicadas, no impide la valoración o apreciación conjunta de la prueba practicada (SSTS de 14 de junio y 3 de julio de 1997 y de 23 de febrero de 1999; y STC 138/1991, de 20 de junio: «la Constitución no garantiza que cada una de las pruebas practicadas haya de ser objeto en la sentencia de un análisis individualizado y explícito sino que, antes bien, es constitucionalmente posible una valoración conjunta de las pruebas practicadas»), que es un sistema necesario, por ejemplo, cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso, cuando el resultado de unos incide en el resultado de otros”.

423. Son palabras de la SAP Madrid (Secc. 18), 19 de mayo de 2006 (Ponente: D. Pedro Pozuelo Pérez. AC 2007/200).

Posición jurisprudencial que, en mi opinión, no se justifica en el eventual excesivo volumen de trabajo o en la dificultad de la motivación de la “íntima convicción”⁴²⁴, sino que solamente merece ser compartida en la medida que tal valoración conjunta no excluya el análisis particularizado de cada medio de prueba⁴²⁵. En caso contrario, cuanto menos, implicará una infracción de las normas legales de valoración⁴²⁶, con el mero fundamento de simplificar la labor de motivación y, sobre todo, representará un simple pretexto para evitar revocar resoluciones impugnadas por tal motivo⁴²⁷.

Así y todo, aunque no tanto con carácter general o sistemático, al menos en supuestos concretos ha de reconocerse que algunas resoluciones judiciales vienen exigiendo una motivación específica y particularizada. Así, por ejemplo, se ha exigido que el juez motive su decisión cuando la valoración sea contraria a lo que consta en un informe pericial o se incline por la que consta en uno de los dictámenes contradictorios, pues de otro modo incurriría en arbitrariedad⁴²⁸, de modo que, aun-

424. Así parece justificarlo DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 338, cuando pone de manifiesto, entre otras cosas que “el trabajo que recaer sobre buen número de órganos jurisdiccionales, aunque no sea excesivo, hace imposible una detallada motivación –también fáctica– de las sentencias. Además, no es nada fácil exponer el proceso por el que se alcanza el íntimo convencimiento sobre la certeza de un hecho o por el que se permanece en la duda. No parece razonable exigir a los jueces que motiven pormenorizadamente tales procesos interiores...”

425. Más correcta se presenta, en mi opinión, la SAP Barcelona (Secc. 14ª), 22 de marzo de 2007 (JUR 2007\120478), al señalar que “cuando una de las partes aporta un elemento de prueba de cargo suficiente, es exigible al juez que deje constancia en su sentencia de porqué no le convence tal elemento probatorio. En el caso, la juzgadora de instancia se escuda en una apreciación conjunta de ambas testificales sin ser fiel a las declaraciones de los testigos y sin justificar porqué uno de ellos (Don. Javier) no le genera la suficiente credibilidad”.

426. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 110.

427. Para MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., pág. 64, parece que la infracción solamente se produciría cuando la contradicción se produce entre medios de prueba que han de apreciarse por los dos sistemas libre y legal.

428. Dice la SAP La Rioja (Secc. 1ª), 19 de enero de 2006 (Ponente: D. Luis Miguel Rodríguez Fernández. AC 2006\78) que “lo que resulta claro es que el juez no puede incurrir en la arbitrariedad, por lo que debe motivar su decisión cuando ésta resulte contraria al dictamen pericial, máxime cuando se decida por una de las alternativas de las varias que haya, sobre todo si es la minoritaria y cuando se decida por uno de

que la prueba pericial sea de libre apreciación, si el juzgador se decide por alguna de las alternativas, deberá razonarlo particularmente⁴²⁹.

Ciertamente, la necesidad de evitar la arbitrariedad es clave para excluir la valoración conjunta de la prueba, cuando con ella se pretende sustituir el debido análisis particularizado de cada uno de los medios de prueba. Como lo es igualmente el derecho de defensa de las partes, en cuanto que la valoración conjunta les impide conocer los motivos del enjuiciamiento y, por tanto, las posibilidades de defensa y recurso⁴³⁰.

5. Control de la valoración de la prueba mediante los recursos

La jurisprudencia pone el énfasis en el punto relativo a la inmediatección. Aquellas pruebas en que, por la naturaleza y características de la práctica de la prueba, se practican en un acto en presencia judicial, en principio irrepetible en directo, especialmente claro en medios de

los dictámenes contradictorios, optando por el que le resulte más conveniente y objetivo quedando en cambio dispensado de justificar un rechazo cuando el dictamen tampoco dé las razones del resultado a que llegue”.

429. Como pone de manifiesto la SAP Valencia (Secc. 8ª), 6 de marzo de 2007 (JUR 2007\273822) que *“como es sabido la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez pudiendo afirmarse sin duda que los peritos no suministran al juzgador su decisión, pero sí le ilustran sobre las circunstancias del caso y le dan su parecer, aunque puede este llegar a conclusiones diversas a las que han obtenido los peritos. Lo que resulta evidente es que el Juez no puede incurrir en arbitrariedad por lo que cuando se decide por una de las alternativas de las varias que haya o por uno de los dictámenes contradictorios optando por el que le resulta más convincente y objetivo deberá razonarlo”.*

430. Han de compartirse las palabras de la SAP Madrid (Secc. 10ª), 23 de febrero de 2007 (Ponente: D. Ángel Vicente Illescas Rus. JUR 2007\174565), cuando, en relación con la valoración de la prueba documental, afirma que *“el expediente de la apreciación conjunta de la prueba, que es contrario no sólo a Ley y continúa siéndolo a pesar de las reformas casacionales que ha propiciado, sino también al derecho fundamental de defensa: según aquella, la eficacia frente a otorgantes y causahabientes de las declaraciones negociales acreditadas por el documento puede destruirse, no ya mediante impugnación y prueba desvirtuadoras directas, según corresponde frente a toda presunción “iuris tantum”, sino a través de la inexpressiva y descomprometida apelación al conjunto de las pruebas practicadas, que prescinde del enjuiciamiento singularizado y contrastando de éstas y, a la postre, del mismo juicio de hecho”.*

prueba como la declaración de las partes, la testifical, declaración del perito o el reconocimiento judicial, la jurisprudencia se muestra remisa a revisar la valoración probatoria. Obstáculo que no concurrirá cuando la inmediación no sea imprescindible en pruebas como la documental o la pericial cuando no haya de declarar el perito.

La jurisprudencia, incluso en sede de recurso de apelación, se muestra manifiestamente tímida a la hora de revisar la valoración probatoria realizada en la instancia. Ciertamente el Tribunal Constitucional tempranamente ha venido reconociendo que “*el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un «novum iudicium»*”. Primero en el recurso de apelación penal, pero también en el civil. Así por ejemplo, en su ATC 275/1996, 2 de octubre se reitera igualmente esta afirmación. Claro que la plena revisión no significa, con todo, que se trate de un nuevo juicio, como lo demuestra el hecho de que, salvo excepciones, no se practicará prueba en la apelación (art. 460 LEC)⁴³¹.

No obstante la inmediación del juzgador de la primera instancia, el órgano de apelación se encontrará plenamente facultado para resolver todas las cuestiones de hecho que se planteen, pudiendo modificar en su caso la valoración probatoria conjunta de la prueba. Sin embargo, no es admisible que el órgano de apelación incurra a su vez en arbitrariedades, por eso es igualmente exigible que la apelación se resuelva con motivación de la valoración disconforme.

A tal efecto, la jurisprudencia entiende que no basta con esta mera disconformidad. El valor que el ordenamiento jurídico otorga a las

431. Dice la Exposición de Motivos de la LEC (punto XIII, párrafo segundo) que “la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso”.

sentencias dictadas en la instancia con plena inmediación –y eficacia de no ser por el eventual efecto suspensivo de la impugnación– puede justificarse que la disconformidad del órgano *ad quem* venga acompañada de una valoración crítica sobre dicha sentencia de instancia que justifique y permita como *conditio sine qua non* que el órgano de la apelación formule una nueva valoración. Esta crítica implicará que la valoración efectuada en la instancia pueda considerarse ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica⁴³², o adolezca de la consideración sobre elementos probatorios obrantes en las actuaciones que sean relevantes⁴³³. Por supuesto, cuando no sea posible por el órgano de instancia formular consideración alguna al respecto, por no haberse registrado la imagen y el sonido y carecer de acta completa del juicio, procederá decretar la nulidad de actuaciones para que se reitere la práctica de la prueba debidamente documentada y se proceda a una nueva valoración⁴³⁴, en mi opinión, por otro juzgador.

432. De ahí que la SAP Granada (Secc. 4), 4 de julio de 2006 (Ponente: D. Moisés Lazuen Alcón. AC 2007/7), describa el control mediante apelación “*quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencias o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso*”.

433. Como pone de manifiesto la SAP Cuenca (Secc. 1^a), 7 de marzo de 2007 (Ponente: D. Fernando de la Fuente Honrubia. AC 2007/1156), se ha de “*afirmar el deber del Tribunal de apelación de comprobar si pese a las facultades del órgano judicial a quo para la apreciación conjunta de la prueba, se ha incurrido por el mismo, para la obtención de sus resultados, en falta de lógica o se ha omitido todo género de consideración sobre elementos probatorios obrantes en las actuaciones y orillados para obtener solución a la cuestión litigiosa pese a la relevancia de los testimonios cuya consideración no se realiza, pues de ser así el órgano judicial de la alzada viene obligado a corregir el indebido proceder el Juzgador de instancia*”.

434. Entre las más recientes, indica la SAP Málaga (Secc. 4^a), 17 de abril de 2007 (Ponente: D. José Luis López Fuentes. AC 2007/2142), que “*al no haberse registrado la imagen y el sonido del desarrollo del acto del juicio (...) y haberse invocado expresamente por el recurrente como motivo de impugnación la errónea valoración de la prueba por parte del Juzgado de Instancia, esta Sala no puede pronunciarse sobre si la decisión judicial adoptada responde o no a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante el recurso de apelación que nos ocupa, dado que de dictarse sentencia sin posibilidad de revisar las pruebas practicadas ni ser practicadas en esta alzada, produciría indefensión material a la parte recurrente, por lo que procede declarar la nulidad de las actuaciones (artículo 240.2 de la LOPJ), incluida la sentencia de instancia y devolver las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que proceda de nuevo a celebrar el juicio*”.

Las limitaciones de las posibilidades de impugnación de la valoración judicial son así todavía más evidentes en los recursos extraordinarios puesto que, al no constituir una tercera instancia, prevalece la finalidad de aplicación de control de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, de modo que han de fundarse en una infracción legal y en principio sin apartarse de los hechos⁴³⁵.

Tradicionalmente el recurso de casación se ha limitado a la cuestión de derecho y, por tanto, con exclusión de la cuestión de hecho⁴³⁶. A lo sumo, el recurso de casación debía fundarse en un error de derecho en la valoración de la prueba. Esto conducía de nuevo a la necesidad de basarlo en la infracción de normas legales de valoración o, en otro caso, en una valoración ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica, o en que la resolución prescindía de considerar todos los elementos probatorios relevantes que obren en las actuaciones, si bien en este caso no tanto como condición de estimación sino de admisión. Como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, Secc. 1), 17 de marzo de 2008⁴³⁷, *“es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de que la valoración probatoria de la instancia puede ser revisada en casación en los supuestos excepcionales en que sea arbitraria o irracional”*.

Con la vigencia de la LEC 1/2000 y el diseño de recursos extraordinarios que tras algunos avatares introduce, la valoración de la prueba en

435. En términos muy similares, y aunque con ocasión de un recurso de casación trasladable a todos los recursos extraordinarios, se pronuncia el ATS (Sala 1ª, Secc. 1), 18 de septiembre de 2007 (Ponente: D. Clemente Auger Liñán RJ 2007\8244).

436. Buen ejemplo es la STS (Sala 1ª, Secc. 1), 22 de noviembre de 2007 (Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. RJ 2007\9112), cuando afirma que *“la recurrente está incurriendo en el vicio procesal de “hacer supuesto de la cuestión”, puesto que obviando los hechos declarados probados por la sentencia de instancia se intenta una nueva valoración de la prueba practicada, lo que es contrario a la técnica casacional, en tanto que la misma exige razonar sobre la infracción legal, prescindiendo de los hechos, pudiendo únicamente invocar el error de derecho en la valoración probatoria, razonando sobre la concreta infracción de alguna de las normas legales al respecto, lo que no se ha efectuado en este caso, pues la parte recurrente trata de dar un nuevo enfoque al soporte fáctico”*

437. Ponente: D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ 2008\2675.

principio ha de reconducirse al recurso extraordinario por infracción procesal. Las normas relativas a la valoración de la prueba que podrían fundar un recurso extraordinario son de carácter procesal, así, por ejemplo, las que establecen el valor probatorio legal de ciertos resultados de algunos medios de prueba o las que rigen la decisión sobre el fondo de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba o incluso las que rigen presunciones judiciales. Ante ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra rotunda considerando que tales cuestiones han de remitirse al recurso extraordinario por infracción procesal y fundarse en el art. 460.1.2º LEC⁴³⁸.

En sede de este nuevo recurso extraordinario por infracción procesal, competencia del Tribunal Supremo a pesar de la inicial voluntad legislativa, no cabía esperar más que se mantuvieran las “tradicionales” limitaciones en orden a las posibilidades de revisión. Se admite la impugnación de la valoración cuando⁴³⁹:

- a) Se incurra en un error patente, ostensible o notorio.
- b) Se obtengan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas, que conculquen los más elementales criterios de la lógica, o se adopten criterios desorbitados o irracionales.
- e) Se efectúen apreciaciones arbitrarias.

Técnicamente resultaría más correcto y razonable que la infracción de estas cuestiones fuera conocida por el Tribunal Supremo mediante el recurso de casación. No obstante considerarse de normas procesales, son apli-

438. Entre las más recientes, ATS (Sala 1ª, Secc. 1), 18 de septiembre de 2007 (Ponente: D. Román García Varela. RJ 2007/6264).

439. Véase el ATS (Sala 1ª, Secc. 1), 18 de septiembre de 2007 (Ponente: Román García Varela. RJ 2007/6264). Junto a las señaladas añade “cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial”.

cables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Asimismo, el efecto de su estimación en el recurso extraordinario por infracción procesal no resulta apropiado al contenido de la norma procesal infringida puesto que no basta con anular y reponer las actuaciones sino que la estimación habría de implicar la modificación del contenido de la sentencia⁴⁴⁰. Sin embargo, aparte de que no lo entiende así el Tribunal Supremo como hemos visto, no se modifica en nada las posibilidades de control de la valoración judicial realizada en la sentencia de instancia. A lo sumo, con el control casacional la sentencia adecuada por el fondo se obtendría sin necesidad de pasar por la más tardía a la par que siempre impredecible remisión al órgano *a quo* para que valorara sin infracciones legales.

Como se observa, recurso ordinario y extraordinarios vienen a equipararse de algún modo: en cuanto a las condiciones para la estimación en el primer caso y de la admisión en el segundo. Ciertamente más expeditivo resulta en el caso de la casación y del extraordinario por infracción procesal. Pero al final, sea porque se desestima el recurso o porque se inadmita, el resultado para el recurrente será el mismo: no podrá lograr la modificación de la valoración judicial.

La limitación en las posibilidades estimatorias de la apelación podría justificarse en el valor de la sentencia de instancia dictada con plena inmediación. Sin embargo, a pesar de que pueda resultar más compleja la decisión, se olvida de ese modo que, entre las posibles valoraciones de la prueba, puede haber grados de corrección, sin necesidad de que la peor valorada necesariamente alcance el grado de arbitraria, absurda, irracional y demás atributos similares que le viene exigiendo la jurisprudencia.

En mi opinión, ha de bastar con que se justifique que una valoración probatoria por el órgano *ad quem* puede tener más calidad en la medida

440. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 550.

que los hechos acreditados y los históricos o reales se correspondan con mayor intensidad. Esto se podrá lograr cuando la sentencia recurrida se caracterice conforme a los criterios exigidos por la jurisprudencia, en lo que podríamos considerar análisis de trazo grueso. Sin embargo, creo que no cabría descartar resoluciones que, con trazo más fino, introdujeran mejores valoraciones mediante el recurso de apelación, dejando al recurso extraordinario por infracción procesal (o, quizá en un futuro, al de casación), la infracción de las normas sobre valoración y motivación de trazo grueso y aquellos supuestos en que, mediante la valoración conjunta de la prueba, se limitaran las posibilidades defensivas de la parte. Creo que la inmediación ya no es obstáculo serio en un contexto de grabación de la práctica de la prueba a través de los correspondientes medios técnicos de reproducción.

II. Carga de la prueba

Suele distinguirse entre la carga de la prueba en sentido formal y en sentido material. En el primer sentido nos indica quién tendrá la situación subjetiva adecuada para provocar que en él se practique la prueba; en el segundo, a quién corresponde aportar la prueba puesto que, en caso contrario, se verá perjudicado por falta o insuficiencia de prueba.

1. Carga en sentido formal y en sentido material

A) En sentido formal

El proceso civil está regido por el principio de aportación de parte, lo que significa que la situación subjetiva adecuada para provocar que se practique la prueba la tienen las partes. La regla general será que solamente a propuesta de las partes será posible acordar la práctica de la prueba, sin perjuicio de que, como dispone el art. 282 LEC, excepcionalmente la ley autorice acordar pruebas de oficio.

La citada regla general se manifiesta principalmente en los procesos dispositivos. Como vimos en el punto V.2, algunos preceptos introdu-

cen en los mismos un aumento de facultades judiciales en orden a la actividad probatoria. Sin embargo, a pesar de los términos con los que ocasionalmente se expresa la LEC, como por ejemplo el art. 435.2 que habla de que el tribunal podrá acordar de oficio, no obstante las posibilidades que se otorgan al juzgador y que resaltamos en su momento, ni siquiera cabe hablar en puridad de verdadera prueba de oficio.

En el interrogatorio de la parte, del perito o de los testigos, el tribunal podrá interrogar con el fin de obtener aclaraciones y adiciones (art. 306.1.II y 372.2 LEC), o formular preguntas y requerir explicaciones sobre el dictamen (art. 347.2 LEC). Todo ello en aras de la calidad de la resolución si bien será siempre necesario que la prueba haya sido propuesta por la parte y admitida.

En el reconocimiento judicial, el art. 353.2 LEC atribuye el juez la determinación de su amplitud, sin perjuicio de que la parte deba expresar los extremos principales a los que quiera que se refiera. Y con una idea similar, cuando los testigos, o entre partes y testigos, incurran en graves contradicciones, el tribunal “de oficio” podrá acordar el sometimiento a careo (art. 373.1 y 2 LEC). En ambos casos, el juez adoptará una actitud activa para completar la actividad probatoria de las partes, si bien el punto de partida será siempre una prueba propuesta por la parte.

En el caso de la previsión del art. 429.1.II LEC, se trata meramente de un pronóstico previo, en el momento de la audiencia previa del juicio, sobre como aplicará el juez la carga de la prueba en la sentencia. No representa prueba de oficio, sino que consiste en un simple adelanto de lo que el juez hace a la hora de dictar sentencia⁴⁴¹. Ni siquiera cabrá hablar de prueba de oficio en el caso de que llegara a señalar los

441. Como indica, por ejemplo CHICO FERNÁNDEZ, T., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 147, “el tribunal no introduce ningún elemento probatorio al procedimiento... en ningún caso, a través de este precepto, el titular de la potestad jurisdiccional va a ser quien traiga la prueba al procedimiento”.

medios de prueba cuya práctica considere pertinente porque, como dispone el mismo art. 429.1.II LEC, las partes, y solamente ellas, “podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

En el caso de las diligencias finales, la actividad de oficio a que se refiere el art. 435.2 LEC no pasa de una mera apariencia puesto que se trata de una actividad que reintentará el juzgador sobre una prueba que ya está acordada, por causa ajena a la parte que la propuso y no vigente, y que no ha sido renunciada.

En definitiva puede afirmarse que en el proceso civil español rige con carácter general el principio de aportación de parte, de modo que a las partes se atribuye la carga formal de la prueba. Todo ello sin perjuicio de los matices que derivan de los preceptos antes citados para los procesos dispositivos así como de las posibilidades de prueba de oficio en los procesos no dispositivos.

B) En sentido material

La carga de la prueba en sentido material se manifiesta, sin perjuicio de su eventual adelanto conforme al art. 429.1.II LEC, en el momento de dictar sentencia⁴⁴². Si tras la eventual actividad de fijación de los elementos fácticos, por admisión expresa o tácita o fruto de la prueba practicada, todavía considera que todos o algunos no pueden considerarse como ciertos, las normas sobre carga de la prueba determinarán el sentido en el que ha de resolver⁴⁴³.

442. Otra cosa es que en la generalidad de ocasiones quien tenga la carga de probar tendrá la de alegar los hechos. Ahora bien, como explica DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 332, la carga de la prueba entra en juego aunque los hechos hayan sido afirmados por quien no tenía la carga de hacerlo, en virtud del llamado “principio de adquisición”.

443. Profundizar sobre el concepto de carga procesal exige empezar por GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.

En efecto, las normas sobre carga de la prueba establecen a qué parte incumbe probar determinados elementos fácticos jurídicamente relevantes para fundar la decisión, en la medida que, en caso contrario, sufrirá las consecuencias negativas derivadas de la falta o insuficiencia probatoria sobre los mismos⁴⁴⁴. Desde el punto de vista de las partes, implica los hechos sobre los que ha de desplegar la actividad probatoria para que, aplicando el derecho sobre los mismos, pueda beneficiarse de sus consecuencias⁴⁴⁵. Desde el punto de vista del juez, supone la determinación de las consecuencias que traerá aparejadas la eventual carencia probatoria sobre los hechos y, por esa vía, determinará el sentido del fallo.

Estas normas se establecen como una solución ante el fracaso de los mecanismos legalmente previstos para la fijación del material fáctico⁴⁴⁶. Por esto, el problema de la carga de la prueba no surge cuando las afirmaciones de las partes no son controvertidas o cuando el tribunal está convencido de la certeza⁴⁴⁷.

444. Sobre esta cuestión no estaría de más reflexionar sobre la incidencia de la prueba de oficio en la carga de la prueba. En efecto, si el juez tiene atribuidas facultades probatorias de oficio, en caso de que se mantenga inexistencia o insuficiencia probatoria bien el órgano jurisdiccional habría de tener alguna responsabilidad en caso de que no ejercitara debidamente sus funciones o bien cabría replantearse la viabilidad de la "sanción" que el vacío probatorio corresponda sobre el éxito de la pretensión de la parte. En realidad, esta problemática solamente se plantearía en el inexistente caso de que el juez tuviera el monopolio en la investigación y aportación de pruebas. Ha de compartirse con CHICO FERNÁNDEZ, T., "La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil", (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 136 y ss, cuando afirma (pág. 142) que "incluso en aquellos supuestos en que el órgano judicial tuviera las más amplias facultades en cuanto al contenido de la prueba, debe reconocerse la posibilidad de que permanezca la duda sobre un determinado aspecto fáctico de la cuestión objeto de controversia".

445. Con referencia a ROSENBERG, GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., págs. 410-1, definen la carga como "la necesidad de las partes de probar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que invocan a su favor a riesgo de obtener una resolución desfavorable a sus pretensiones y resistencias".

446. Y además, como afirma ASENCIO MELLADO, J. M^a., "Artículo 217. Carga de la prueba", (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-166, "un entendimiento desmesurado del principio de aportación de parte y una excesiva privatización del proceso civil, ya superada con ciertas normas contenidas en la LEC de 1881, va a suponer dotar al expediente de la carga de la prueba de una importancia y aplicabilidad que, si existieran mecanismos correctores y tendentes a la obtención de una verdad más real o material, habría de serle negada".

447. ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, (trad. KROTOSCHIN), Ed B de F Ltda., Montevideo, 2^a ed., 2002, págs. 23 y 61..

La norma de la carga de la prueba se sitúa en la relación entre el principio de aportación de parte y la prohibición de *non liquet*⁴⁴⁸, o, en otros términos, el inexcusable deber judicial de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ y 218 LEC en relación con el art. 24 CE). Permitirá, en definitiva, que pueda dictarse sentencia no obstante las dudas que puedan subsistir sobre la certeza de los elementos fácticos. Aunque la resolución sea jurídicamente intachable, en comparación con la que se dicte tras la práctica de la prueba y sobre todo mediante el convencimiento judicial, presenta alguna merma en su calidad en cuanto a la correspondencia del material fáctico considerado con la realidad.

Por tal motivo, la LEC establece algunos mecanismos técnicos preordenados a mejorar los índices de calidad en la resolución. En efecto, estos mecanismos no sólo se manifiestan en los procedimientos no dispositivos estableciendo la posibilidad de prueba de oficio, sino incluso en los dispositivos: estimulando la diligencia probatoria de las partes (art. 429.1.II LEC)⁴⁴⁹; reintentando actividad probatoria ya acordada pero que no pudo practicarse por causa ajena a la parte (art. 435.2 LEC); interrogando a partes, peritos o testigos con el fin de obtener aclaraciones y adiciones (arts. 306.1.II, 372.2 y 347.2 LEC); determinando la amplitud (art. 353.2 LEC) o configurando la actividad probatoria (art. 373.1 y 2 LEC). Por tal motivo se presenta como una obviedad, como recuerda la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 5 de diciembre de 2007⁴⁵⁰, que *“la carga de la prueba debe ser tomada en consideración sólo cuando faltan elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, no cuando han quedado probados en el proceso”*.

Así y todo, se hace necesaria la existencia de una norma sobre carga de la prueba. A pesar de los citados mecanismos que se vienen a

448. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 48.

449. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 375.

450. Ponente: Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. RJ 2007/8905.

denominar no siempre con propiedad como “prueba de oficio”, por las razones más diversas todavía pueden mantenerse dudas sobre la certeza de los hechos en el momento de dictar sentencia o, en otros términos, faltar medios o instrumentos –principalmente una práctica de prueba con contenido apto para permitir que el juzgador acepte la probabilidad sobre la certeza del contenido fáctico de las afirmaciones- que permitan fijar los datos alegados a los efectos de resolver⁴⁵¹. Siendo así, sobre este material fáctico no podrá aplicarse el derecho y, por tanto, obtener los resultados pretendidos. Todo esto redundará en la estimación o desestimación de las correspondientes pretensiones, dependiendo de la naturaleza de los hechos no fijados y de la carga material de probarlos que corresponda a las partes.

Precisamente las reglas de la carga de la prueba determinan qué parte ha de soportar las consecuencias negativas de la falta de prueba⁴⁵², distribuyendo el riesgo de sufrir esas consecuencias entre las partes. Esto es lo que dispone el art. 217.1 LEC: “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”.

La regla general, sin perjuicio de algún matiz, podría sintetizarse del siguiente modo: a cada parte corresponde la carga de probar los hechos que les benefician, en cuanto, de considerarse probados, permi-

451. Como dice la STS (Sala 1ª, Secc. 1), 14 de noviembre de 2006 (Ponente: D. Xavier O’Callaghan Muñoz. RJ 2006\9935), “la carga de la prueba, sólo se aplica cuando hechos quedan sin probar: «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba»”.

452. Falta de prueba que ha de producirse sin perjuicio del llamado “principio de adquisición” por el que resulta indiferente la parte que introduce el medio de prueba sobre el que se llega a la fijación fáctica. Sobre el mismo puede verse SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 458 y ss. Y monográficamente, PICÓ I JUNOY, J., “El principio de adquisición procesal en materia probatoria”, en *La Ley*, núm. 1, 2006, págs. 1304-14.

tirán un pronunciamiento favorable a su correspondiente pretensión estimatoria o desestimatoria.

Las consecuencias de la falta de prueba se aplicarán con independencia de quien haya introducido el hecho y de quien haya probado. Ciertamente los hechos serán introducidos⁴⁵³, y probados⁴⁵⁴, normalmente por la parte que va a beneficiarse de que sobre el hecho se aplique la norma en la resolución, pero puede que en algunos casos no sea así.

Esta regla general se contiene en el art. 217.1 a 3 LEC, si bien con alguna matización (art. 217.7 LEC) así como presenta especialidades (de aplicación preferente) para supuestos determinados (art. 217.4 a 6 LEC).

453. Es cierto que generalmente la parte afirmará, porque así le convendrá a sus intereses, todos los hechos que le beneficien. Pero no tiene que ser así siempre y necesariamente. Podría ocurrir que un hecho afirmado por una parte le fuera perjudicial o, a la inversa, que un hecho que le beneficiara fuera omitido e introducido por la contraparte. La verdadera carga de la prueba sobre tales hechos, con independencia de quien los afirme, la tendría la beneficiada cuando sean atendidos en la sentencia, sin perjuicio de las consecuencias para su fijación en cuanto podría implicar su reconocimiento.

454. Pone de manifiesto la SAP Madrid (Secc. 10ª), 4 de abril de 2005 (Ponente: D. Ángel Vicente Illescas Rus. JUR 2005\106823), que *“como tiene declarado con reiteración el Tribunal Supremo: «... cuando el hecho esté acreditado en autos es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material probatorio con tal de que el Órgano Judicial pueda extraer y valorar el hecho proclamado (Sentencias 3 de junio de 1935, 7 de noviembre de 1940 y 30 de junio de 1942)...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 26 de septiembre de 1991 (C.D., 91C975); «... si los hechos están suficientemente acreditados en autos, es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material de prueba, con tal que el órgano decisor pueda extraer, valorar y concretar el hecho proclamado (SS. de 10 de marzo de 1981, 6 de marzo y 30 de noviembre de 1982, 26 de febrero de 1983 y 26 de septiembre de 1991)...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 15 de julio de 1992 (C.D., 92C739); lo relevante es que un «... hecho aparezca suficientemente demostrado, para lo que no viene a ser decisivo si la aportación proviene del actor o del demandado, tomándose para ello cuantos datos obren en el proceso (sentencias de 2 de febrero de 1952, 30 de diciembre de 1954, 23 de septiembre de 1986, 24 de julio, 28 de noviembre de 1989 y 10 de mayo de 1990)...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1992 (C.D., 92C239); «... cuando los hechos declarados responden al material probatorio, directo e indirecto, vertido en las actuaciones, no cabe sino una valoración del mismo, con abstracción de quien de los litigantes lo haya aportado ... (Sentencias de 29 de noviembre de 1950, 13 de enero y 23 de junio de 1951; 9 de abril y 30 de junio de 1954 y 30 de noviembre de 1982)...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1992 (C.D., 92C235); «... la doctrina de esta Sala mantiene la tesis de que lo útil procesalmente, es que el Tribunal haya podido formar elementos de juicio que comporten su convicción siendo irrelevante la procedencia subjetiva del instrumental probatorio que haya contribuido a integrar la convicción del juzgador para establecer el "factum" como sustrato del tema litigioso, por lo que el motivo ha de perecer» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 26 de abril de 1993 (C.D., 93C04065)”*.

2. Normas especiales, de aplicación preferente

Las reglas especiales sobre carga de la prueba se contienen en los puntos 4 y 5 del art. 217 LEC, si bien en el punto 6 del mismo precepto remite a otras normas que las establecen. Están previstas para materias determinadas y se justifican en evitar las dificultades que en sus concretos ámbitos plantearía la aplicación de la norma general sobre carga.

En relación con estas normas especiales se ha planteado un interesante debate doctrinal sobre el ámbito que corresponde a la que viene denominándose “inversión de la carga de la prueba”. Suele considerarse producida esta “inversión” en aquellos supuestos en los que se altera la regla general contemplada en los puntos 2 y 3 del art. 217 LEC⁴⁵⁵. Si bien parece más correcto considerar que se producirá también cuando se altera cualquier criterio legal⁴⁵⁶, sea con divergencia entre la carga de la alegación o afirmación y la de su prueba⁴⁵⁷, o cuando los hechos constitutivos adquieran la condición de defensivos o a la inversa⁴⁵⁸.

455. Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., págs. 117 y ss. Asimismo autores como URIARTE CODÓN, A., “La inversión de la carga de la prueba”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 106, afirma que los apartados segundo y tercero del art. 217 LEC son normas de inversión de la carga de la prueba, si bien advierte que “desde un punto de vista amplio”.

456. Dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., págs. 232-3, que “cuando se habla de inversión de carga de la prueba nos referimos al cambio que se produce en el supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata en el proceso, cambio que determina una especificación de la carga de la prueba contraria o inversa a la que correspondería de no haberse producido el cambio. Siendo así, no cabe más que inversión convencional (...) tampoco es lógico hablar de inversión legal, no tanto porque una norma no pueda sustituirse por otra, como por el hecho de que no es lógico ni admisible que existan dos normas que regulen la misma actividad y que sean contradictorias, ofreciendo, al mismo tiempo, al juez dos criterios de distribución de la carga de la prueba contrarios o inversos aplicables a un mismo asunto”. En similar sentido, MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., pág. 44, argumenta que la expresión “inversión de la carga de la prueba carece de sentido, pues no se trata más que reglas legales especiales”.

457. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 65, estima que “técnicamente” solamente se produciría en tal supuesto.

458. GARNICA MARTÍN, J. F., “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recí-

En realidad, lo que se produce no es tanto la idea genérica de “inversión de carga de la prueba”, sino más bien de “inversión respecto a la regla general de carga de la prueba”. Y se planteará mediante normas que distribuyen la carga de la prueba de modo distinto a lo que procedería conforme a la regla general (art. 217.2 y 3 LEC). En puridad, no será posible una verdadera inversión en la carga de la prueba de origen legal puesto que, cuando se dicta tal norma, sencillamente se establece una alteración a la regla general en un supuesto determinado. En realidad, la prevista en la norma especial será “la carga de la prueba” para ese supuesto, y no ninguna suerte de inversión. Eso sí, la norma especial contendrá una distribución de la carga de la prueba distinta a la prevista para la generalidad de supuestos, por lo que estimo más adecuada que la denominación “inversión de la carga de la prueba”, la genérica referencia a “normas especiales” para la distribución de la carga de la prueba⁴⁵⁹.

En la generalidad de los casos, las normas especiales sobre carga de la prueba se justifican o tienen su razón de ser en la facilidad y disponibilidad de la prueba que corresponde en el caso concreto que contemplan. Pero no por ello han de considerarse como concreción de una norma –o criterio– general como la del art. 217.7 LEC, puesto que solamente cabe considerar regla general las previsiones contenidas en los puntos 2 y 3 del art. 217 LEC y no en cambio en el 7, que contempla más bien un mero criterio aplicativo. Por supuesto, cuestión bien distinta son las normas que simplemente concretan la regla general en el supuesto al que se refieren, sin alterar la carga prevista en general

procos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil. Crítica a una jurisprudencia equivocada”, *Diario La Ley*, núms. 4947 y 4948, 13 y 14 de diciembre de 1999.

459. Aunque no sea incorrecta la denominación “inversión legal de la carga de la prueba”, considero más adecuada y aséptica la terminología que utilizan autores como ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, (con otros), cit., pág. 377, cuando habla de “normas especiales”; o también LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, 24 de mayo de 2001, pág. 4, cuando se refiere a “reglas especiales sobre carga de la prueba”.

(como, por ejemplo, la del art. 1900 CC⁴⁶⁰, 127.4 Ley de Patentes⁴⁶¹, 16.II Ley de Contrato de Seguro⁴⁶²).

Aunque lo general sea que la norma específica sobre la carga de la prueba se encuentre en la norma sustantiva que regula la correspondiente materia que se trate⁴⁶³, y a pesar de que no se presenta como la mejor opción⁴⁶⁴, tampoco parece extraordinariamente asistemático

460. Cuando el art. 1900 CC dispone que “la prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho”, claramente está concretando la regla general por la que, respectivamente, el demandante ha de acreditar los hechos constitutivos o el demandado los extintivos.

461. Según este precepto “si el demandante prueba que la actuación a que se refiere su demanda no constituye una violación de la patente, el Juez hará la declaración requerida”. Lo que viene a suponer la concreción de una regla general, esto es, que si el actor prueba el hecho constitutivo de su pretensión, se dictará sentencia estimatoria de la pretensión.

462. Según este precepto, el tomador del seguro, asegurado o beneficiario habrán de comunicar el siniestro en el plazo de siete días desde que lo conoció, salvo que se fijara en la fianza un plazo superior. El incumplimiento permitirá al asegurador los daños y perjuicios causados por la falta de declaración. Si bien este efecto no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio. Esta última prueba cuya carga corresponde al tomador, asegurado o beneficiario al que la aseguradora le reclamara eventuales daños y perjuicios, es un hecho impeditivo de la pretensión cuya prueba, conforme a las reglas generales del art. 217 LEC ya le correspondía.

463. Para profundizar en consideraciones sobre carga de la prueba particulares y en supuestos especiales, entre otras obras, véase ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, cit.. Una visión jurisprudencial, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., págs. 513-97. Asimismo, trabajos sobre aspectos puntuales, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidad en la edificación. Aspectos procesales: La interpretación del art. 17.3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 109-35. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por el ejercicio de la acción social de responsabilidad”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 137-56. PÉREZ DEL BLANCO, G., “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: presupuestos y carga de la prueba”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 157-206.

464. La doctrina suele criticar la ubicación sistemática dentro de un precepto que pretende ser de aplicación general. Entre otros, RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 373. MUÑOZ SABATÉ, I., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, cit., pág. 176. LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 147. TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Art. 217. Carga de la prueba”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Arts. 1 a 516, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 788-9. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 5. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., pág. 129.

que las normas especiales se expresen dentro del art. 217 LEC a continuación de la regla general.

A) En materia de competencia desleal y publicidad ilícita

Dispone el art. 217.4 LEC 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”.

Supone una verdadera regla especial porque en materia de competencia desleal o de publicidad engañosa, un hecho constitutivo de la pretensión del actor que sufre los actos de engaño o denigración como sería la inexactitud y falsedad de las indicaciones realizadas así como de los datos materiales que la publicidad exprese, en lugar de ser probado por el actor, se atribuye la carga de probar su exactitud y veracidad al demandado. Si bien se mira, se trata de una concreción de varias reglas clásicas y modernas:

1.^a La primera, aquella que proviene del Digesto (22,3,2) por la que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, esto es, en principio, la prueba incumbe a quien afirma no a quien niega. Regla que se basa en la lógica de que quien introduce una afirmación ha de hacerlo con conocimiento de causa, por tanto, ha de disponer –o al menos ha de serle fácil disponer- de los materiales probatorios, hasta tal punto que llega a exigírsele que así sea. A quien formula indicaciones y manifestaciones, y a quien aporta datos expresados en la publicidad, es perfectamente adecuado exigirle previamente que compruebe la exactitud y veracidad de las indicaciones, manifestaciones y datos que aporte, de modo que, en caso de ser demandado, tenga la carga de la prueba de la citada exactitud y veracidad.

2.^a La segunda, relacionada íntimamente con la anterior, es la concreción de una máxima de la experiencia por la que es más sencillo o fácil probar un hecho positivo que otro negativo. Hasta tal punto es así que, de no modificarse el criterio sobre carga de la prueba, nos podríamos encontrar en este caso ante una verdadera *probatio diabolica*, que merece evitarse. Máxima que en derecho positivo español se plasma en el criterio orientador contenido en el art. 217.7 LEC por el que habrá de tenerse presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Y en su concreción permite establecer aquí como regla especial en materia de competencia desleal y publicidad que la inexactitud o falsedad de unos hechos que en principio correspondería probar al actor por ser elemento constitutivo de su pretensión, no incumbe al demandante sino que será el demandado quien en cambio deba probar su exactitud y veracidad.

No se trata de ninguna suerte de regla general sino de una especialidad. Ahora bien, como concreción de reglas y “principios” a su vez lógicos y por tanto generales, utilizando idéntica lógica y razón, no cabría excluir su eventual aplicación a otras situaciones que puedan considerarse análogas, aunque sea a través de lo dispuesto en el art. 217.7 LEC.

B) Hechos constitutivos consistentes en actuaciones discriminatorias por razón de sexo

La Disposición Adicional Quinta tres de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduce el actual punto 5 del art. 217 LEC, que a su vez es una copia literal de lo previsto en el art. 13 de la citada LO 3/2007, por el que disponen ambos preceptos 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 proporcionalidad”. Incluso dispone a continuación que, a tal efecto, a instancia de parte el órgano jurisdiccional podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes. Asimismo, en el mismo art. 13.2 LO 3/2007 se matiza, en salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal, que “2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales”.

En la Exposición de Motivos de la LO 3/2007 se expresa con meridiana claridad las razones por las que se introduce esta modificación y que viene a denominar como “garantía de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad” (IV.3 EM)⁴⁶⁵. De las consideraciones de la misma merece destacarse que se trata de “una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla” (II.2 EM). Hasta el punto de poderse establecer como acción positiva destinada a alcanzar la igualdad⁴⁶⁶.

Así y todo, siendo los anteriores las razones por las que se establece esta norma especial, comparte con el supuesto anterior que un hecho constitutivo de la pretensión del actor (o actora) que, con base con el art. 12 LO 3/2007, recabe la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en los procesos civiles sociales y contencioso-administrativos

465. Indican GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 416, que se generaliza la doctrina constitucional del “despido nulo” por razones discriminatorias.

466. Según el punto III, párrafo 6, EM, “merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional”.

que versen sobre la defensa de este derecho o, en todo caso, cuando las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuación discriminatorias por razón del sexo, un hecho constitutivo de la pretensión como sería la existencia de discriminación en las medidas adoptadas y la falta de proporcionalidad de las mismas, no habrán de ser probadas por la parte actora⁴⁶⁷, sino que se atribuye a la demandada probar la ausencia de la discriminación y su proporcionalidad. Como en el caso anterior, se trata igualmente de una concreción de la norma del Derecho Romano por el que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, basada en la misma lógica y en la máxima de la experiencia que tiende a evitar la posibilidad de *probatio diabolica*. Todo esto se plasma en el criterio orientador contenido en el art. 217.7 LEC que, en su concreción, se traduce en esta norma especial⁴⁶⁸, por la que se establece como regla especial que quien ha realizado una actuación considerada como discriminatoria esté en condiciones de poder justificar que se realiza en condiciones de igualdad (ausencia de discriminación) y su proporcionalidad. Comparte, en definitiva, con la norma especial anterior idéntica lógica y razón, si bien en este caso con la finalidad de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres.

467. A pesar del tenor literal del precepto, PÉREZ GIL, J., "Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la Ley de Igualdad", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 218-20, realiza una interpretación correctora del mismo cuando estima que no implica una presunción de discriminación ni inversión de la carga de la prueba, sino que a la parte actora le será exigible una actividad que permita ser calificada como de mínima actividad probatoria de los hechos constitutivos de su pretensión, lo que argumenta desde la perspectiva del derecho comunitario, del comparado y porque no estima que se pretenda establecer un régimen distinto al que ocurre en el proceso laboral, asentado por una copiosa "jurisprudencia antidiscriminatoria" establecida por el Tribunal Constitucional y por la Sala 4ª del Tribunal Supremo. En mi opinión, esta interpretación en principio razonable, no se cohonestaba bien con un precepto bastante claro y rotundo en su literalidad. Será necesario comprobar como se interpreta por la jurisprudencia. Estimo poco probable que la interpretación correctora termine por imponerse.

468. Pertinentes son en este momento las palabras de la STS (Sala 1ª, Secc. 1), 8 de junio de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007\3650) cuando afirma que "*la prueba de hechos negativos reviste casi siempre un carácter imposible, frente a la que debe recordarse la vigencia del principio de facilidad probatoria establecido en garantía de los derechos fundamentales establecidos en el art. 24.1 CE*".

C) Remisión a otras normas

El punto 6 del mismo art. 217 contempla con carácter general la posibilidad de que mediante disposición legal expresa distribuya con criterios especiales la carga de la prueba. Son muchos los preceptos que introducen normas especiales principalmente en el Código Civil, pero también contenidas en otras leyes. Entre las mismas, aunque sea sin ánimo de exhaustividad, pueden establecer dos categorías principales:

1.^a Normas en las que se impone la prueba de un determinado hecho, con independencia de la posición que adopten las partes en un proceso y prescindiendo de las reglas generales, con las que generalmente coincidirán.

Sería el caso de los arts. 33 CC, por el que cuando se duda entre dos o más personas llamadas a suceder quien de ellas ha muerto primero, la muerte anterior ha de ser probada por quien lo sostenga (o más bien por quien le interese que sea así que, en condiciones de normalidad, será quien lo sostendrá)⁴⁶⁹; o del art. 434 CC, por el que ha de ser probada la mala fe de un poseedor por quien la afirme (o por quien le interese esta circunstancia)⁴⁷⁰.

469. El art. 33 CC dispone que “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...” En principio, este precepto puede introducir una norma especial en la medida que una pretensión se funde en la afirmación de la muerte posterior. En tal caso, la prueba de la muerte anterior correspondería a la contraparte. Ahora bien, como la muerte en primer lugar otorga ventajas desde un punto de vista del derecho material, lo que ocurrirá generalmente es que esta muerte anterior será hecho constitutivo de la pretensión del actor (o un hecho defensivo del demandado) de modo que habrá de ser probado por quien pretenda beneficiarse por el mismo. Por tal motivo, puede concluirse que en la práctica el art. 33 CC no constituye una verdadera norma especial sino una concreción de las reglas generales. Ahora bien, cuando sea objeto de discusión el momento previo o no de la muerte de una persona, con independencia de la posición que se adopte y prescindiendo de las reglas generales con las que eventualmente pueda coincidir, en cualquier caso la muerte anterior ha de ser probada.

470. Dice el 434 CC que “la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”. Aunque denominada erróneamente como presunción, en realidad lo

Otras normas como el art. 18.2 de la Ley Concursal contemplan la necesidad de la prueba de la solvencia del “deudor” para que se estime su oposición a la declaración del concurso, como hecho impeditivo de la pretensión de declaración⁴⁷¹.

De otro lado, en algunas ocasiones coincidirán solamente de modo ocasional o excepcional. Sería el caso del art. 850 CC, por el que la certeza de la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador⁴⁷².

que establece es una norma de carga de la prueba, por la que, en cualquier caso, quien afirme la mala fe de un poseedor corresponde la prueba de la misma. Desde esa perspectiva podrá suponer una norma especial. Sin embargo, de nuevo desde un punto de vista práctico en la generalidad de los casos no será más que una concreción de las reglas generales, puesto que normalmente se plantearán pretensiones frente al poseedor alegando precisamente la mala fe del mismo, esto es, se tratará de un hecho constitutivo de la pretensión cuya prueba la corresponderá conforme a las reglas generales. Con independencia de estas consideraciones, lo bien cierto es que cuando sea objeto de discusión la buena o mala fe de la posesión, con independencia de la posición que se adopte, prescindiendo de las reglas generales con las que eventualmente pueda coincidir, en cualquier caso la mala fe ha de ser probada.

471. Dispone el art. 18.2 Ley Concursal que “el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho”. Se trata de una norma especial en cuanto que solamente se estimará la oposición a la declaración de concurso basada en que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia si el deudor prueba su solvencia. Ahora bien, en realidad, merecería matizarse esta inicial afirmación puesto que la oposición en que no es insolvente procederá en los supuestos en que exista el hecho en que se fundamenta la solicitud, esto es, con base en el art. 2.4 de la LC en el sobreseimiento general en el pago; la existencia de embargos; alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa o incumplimiento generalizado de obligaciones. No se trata, por tanto de que ante ausencia probatoria se declara el concurso por imponérsele la carga al deudor, sino de que partiendo de una actividad probatoria previa, el deudor ha de probar el hecho impeditivo de la pretensión, esto es, su solvencia.

472. Según el art. 850 CC: “la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”. En este caso, a pesar de que la concurrencia de la causa de la desheredación beneficiará precisamente a los herederos del testador por lo que será hecho constitutivo o, en su caso, defensivo, con independencia de la posición que adopte el desheredado que la niegue, -negativa de causa que igualmente beneficiará a quien la sostenga-, la carga de la prueba en todo caso corresponde a los primeros. Se trata de la aplicación en el caso concreto de la norma por la que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, a efectos de evitar la *probatio diabolica*, con similar idea a la prevista en los antes vistos puntos 4 y 5 del art. 217 LEC.

2.^a Normas que imponen la prueba de un determinado hecho o circunstancia a una de las partes prescindiendo de las reglas generales.

Así, por ejemplo el art. 686.II CC por el que, si fuere impugnado el testamento cuando no pudiera identificarse la persona del testador, corresponderá al que sostenga su validez (el demandado ante la impugnación) la prueba de la identidad del testador⁴⁷³. También el art. 1183 CC, cuando impone que el deudor en cuyo poder se encontrara la cosa perdida ha de probar que ocurrió por caso fortuito, de modo que el reclamante por tal motivo no ha de probar que la pérdida ocurrió por su culpa⁴⁷⁴. Y en una idea similar prevé el art. 1769 CC que contempla que no será necesaria la prueba de la culpa –y sí de lo contrario– del depositario de la cosa cerrada y sellada si hubiese sido forzado el sello o la cerradura. Así como que el valor que afirme de la cosa por el depositante no requerirá prueba y sí de lo contrario⁴⁷⁵.

473. El art. 686.II CC dispone que “si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador”. Aunque la falta de identificación es elemento constitutivo de la pretensión impugnadora, quien mantenga su validez ante la impugnación, habrá de acreditar esta identidad. Igualmente se trata una concreción del la regla y lógica por la que quien afirma ha de probar y para evitar prueba diabólica, máxime cuando el precepto parte de que “no puede identificarse a la persona del testador”.

474. Dispone el art. 1183 CC que “siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor; se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario...” A pesar de que se presente como una presunción, en realidad este precepto está estableciendo una regla sobre carga de la prueba, según la cual, el deudor en cuyo poder se encontrara una cosa que se pierde, habrá de probar que ocurrió por caso fortuito. Quien reclame por tal pérdida no tendrá que probar que la pérdida fue por culpa del “deudor”. Contiene así una norma especial de distribución de la carga de la prueba por la que un hecho constitutivo de la pretensión del actor no será necesario ser probado, de modo que se impone la necesidad de probar que fue por caso fortuito para que se desestime la pretensión. Solamente ante atípicas pretensiones en la práctica como que el “deudor” pudiera formular pretensión mero declarativa para que se declare que la pérdida fue por hecho fortuito y, por tanto, se declare su irresponsabilidad, la norma estaría concretando una regla general.

475. Dice el art. 1769 CC que “cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa. Se presume la culpa en el depositario, salva la prueba en contrario. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a

Asimismo, mantienen también el carácter de norma especial preceptos como el art. 1584 CC por el que “...El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1. Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico. 2. Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente”⁴⁷⁶. El art. 1750 CC según el cual el comodatario ha de probar que no ha vencido el eventual plazo de duración previsto, o en su caso, su determinación conforme a la costumbre de la tierra⁴⁷⁷.

Lo mismo ocurre con normas como la del art. 58 de la Ley de Marcas, por la que en la acción de caducidad de la marca el demandado habrá de demostrar su uso o la existencia de causas que justifiquen su falta de uso⁴⁷⁸. Como también con el art. 22.I.II Ley 59/2003 de Firma electrónica, por el que, en los supuestos de responsabilidad del prestador de servicios de certificación, al prestador corresponderá demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible⁴⁷⁹. O el art.

la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario”. Contempla igualmente una norma especial puesto que exime de prueba de hechos constitutivos.

476. Claramente establece una norma especial de distribución de la carga de la prueba puesto que exime de la carga de la prueba del tanto del salario como del hecho del pago, que son elementos constitutivos de una eventual pretensión del mismo o impeditivos cuando sea demandado por tal concepto. Por el contrario, se impone la carga al “sirviente doméstico” sobre el impago de los salarios, que es un hecho negativo, cuando el “amo” afirme haberlos realizado.

477. Según el art. 1750 CC, “si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario”. Se trata de nuevo de norma especial puesto que un se exime al comodante la prueba de un hecho constitutivo de su pretensión de reclamación de la cosa como es el del vencimiento del plazo de duración.

478. En virtud del art. 53 a) de la Ley de Marcas, “en la acción de caducidad competará al titular de la marca demostrar que la misma ha sido usada con arreglo al artículo 4 o que existen causas justificativas de la falta de uso”. Como dice la Exposición de motivos de la citada Ley (párrafo 8) “la carga de la prueba del no uso no recaerá sobre el demandante, sino que se introduce el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba: Será el titular de la marca quien en el juicio correspondiente tenga que demostrar que la está usando de manera efectiva para evitar su caducidad”. Así y todo, esta norma concreta la regla por la que ha de probar quien afirma y no quien niega, con el fin de evitar la *probatio diabolica*.

479. Conforme al art. 22.I.II Ley 59/2003 de Firma electrónica, “la responsabilidad del prestador de servicios de certificación regulada en esta Ley será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, según proceda, si bien corresponderá al prestador de

1.1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según el cual “el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley...”⁴⁸⁰.

En algunas ocasiones, como ocurre con el art. 38.2 de la Ley de Contrato de Seguro, se altera la carga de la prueba por la vía de establecer un específico valor probatorio a un medio de prueba determinado como es la documental representada por la póliza de seguros que, en relación con la preexistencia de los bienes, “constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces”.

servicios de certificación demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible”, lo que implica una norma especial puesto que, en los supuestos de exigencia de responsabilidad del prestador de servicios de certificación, siendo hecho constitutivo de la pretensión la indiligencia profesional del prestador, será éste, como demandado, quien habrá de probar su diligencia.

480. Señala la SAP Córdoba (Secc. 3ª), 17 de febrero de 2007 (Ponente D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano. JUR 2007\175250) que “se trata de una norma que modifica la regla general del “onus probandi”, pues al actor le basta con acreditar el daño corporal, y que éste se produjo en un suceso en el que intervino un vehículo de motor; trasladándose al conductor demandado la carga de probar que no medió por su parte culpa o negligencia alguna, o, al menos, que a la producción del accidente concurrió la culpa o negligencia del propio lesionado, en los términos previstos en el párrafo cuarto del citado artículo 1.1. Naturalmente, la misma carga probatoria es exigible al asegurado, en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos a motor, cuando se ejercita contra él, como en el presente caso, la acción directa, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 6 del referido Texto Legal. Al contrario ocurre que, tratándose de la reclamación de daños en los bienes es, por indicación del párrafo 1.1. párrafo 3º de mencionada precepto, al actor a quien le incumbe probar la culpa del contrario”.

3. Norma general

Salvo que concurran normas especiales⁴⁸¹, serán de aplicación las normas generales que se prevén en los puntos 2 y 3 del art. 217 LEC.

El sentido de estas reglas generales es tan obvio como que cada parte tendrá la carga de probar aquello que le beneficie, por ser el material fáctico sobre el que se aplicará la norma jurídica cuya consecuencia será favorable para cada parte. Sobre el material fáctico que no resulte fijado será improcedente aplicar la correspondiente norma, por lo tanto, no se obtendrán las consecuencias de la misma. Quien vaya a beneficiarse de tales consecuencias, si quiere obtener tal beneficio, habrá de probar pues, de lo contrario, tendrá que sufrir las consecuencias negativas de la falta de prueba que no son otras que no obtener esos resultados. A partir de ahí, todo es sencillo, puesto que el actor (o demandado inicial reconviniente) se beneficiará de la aplicación de las normas jurídicas sobre los hechos que sean constitutivos de su pretensión; en cambio, el demandado, sobre los hechos defensivos por ser impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión del actor.

Dispone en ese sentido el art. 217.2 y 3 LEC, por lo que se refiere al demandante, que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”. A continuación, respecto del demandado, sigue disponiendo que “incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables,

481. Las normas además han de establecer una alteración real de la carga de la prueba. En caso contrario, las normas seguirá siendo aplicable pero en su aplicación habrán sido en realidad inútiles en cuanto que a la misma consecuencia se hubiera llegado, aunque no existiesen, a través de las normas generales del art. 217.2 y 3 LEC.

impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

Se trata de una norma ciertamente expeditiva, en cuanto establece unas consecuencias serias por cuanto, con independencia de lo ciertos que puedan ser o no ser los hechos introducidos en el proceso, se dictará la resolución correspondiente en función de que hayan podido ser fijados. Norma tan dura en sus consecuencias como necesaria, puesto que en muchas ocasiones y por las causas más diversas, habrá insuficiencia o inexistencia de actividad probatoria y sin embargo no se autoriza que por ello el juez deje de resolver. Para esos supuestos se hace imprescindible una norma que establezca el modo de proceder: se tendrán como no fijados, no será aplicable la norma jurídica, ni se obtendrán las consecuencias de la misma, lo que, en definitiva, redundará en la estimación o desestimación de la pretensión.

Cuanta mayor aplicación de esta norma, menor calidad en la decisión judicial en cuanto que el grado de certeza habrá sido menor. A tal efecto, como vimos en el punto relativo a la prueba de oficio, se introducen incluso en los procesos dispositivos mecanismos como los del art. 429.1.II y 435 LEC por los que se intenta dotar a la resolución del máximo de calidad atendiendo a parámetros de certeza de los hechos⁴⁸². Preceptos que potencian las posibilidades de prueba sobre los hechos, sin merma apreciable en la imparcialidad judicial ni en los principios del proceso civil, ni siquiera en el de aportación de parte.

482. Partiendo de que el art. 429.1.II LEC supone meramente una facultad, indica la SAP Islas Baleares (Secc. 3ª), 3 de mayo de 2005 (Ponente: Guillermo Rosselló Llaneras. JUR 2005\19239), que *“la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429”*. Claro que, en mi opinión, se me hace difícil comprender como un juez que no ponga de manifiesto la insuficiencia probatoria en los términos de dicho precepto pero en cambio a la hora de dictar sentencia aplique las consecuencias expeditivas de esa misma insuficiencia probatoria. Si con el tenor el precepto no es suficiente, en aras de la calidad de la decisión, se hace necesario que haga el pronóstico sobre la carga de la prueba tal y como previene el precepto.

4. Matización a la norma general atendida la disponibilidad y facilidad probatoria

El art. 217.7 LEC establece un criterio orientador en la actuación judicial cuando dispone que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”⁴⁸³.

Esta norma es el resultado positivo de unos criterios lógicos, de una máxima de la experiencia y de la constatación de su necesidad en la práctica jurisprudencial. Como indicaba más arriba, la “justicia” que inspira esta norma está en la base de reglas como la del Digesto 22,3,2 por la que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, cuya lógica estriba en que quien afirma tiene en principio más facilidad en la prueba. Idea de sencillez, de facilidad y de justicia que se encuentra igualmente en la base de la conveniencia de que ha de probar quien afirma, de modo que se evite la *probatio diabolica*⁴⁸⁴. Incluso es el criterio que se encuentra en el mismo fundamento por el que se distribuye la carga de la prueba en el propio art. 217 LEC⁴⁸⁵, y en la actualidad, conecta con

483. Sobre la aplicación de este precepto puede verse multitud de sentencias, por ejemplo, SAP Guipúzcoa (Secc. 3ª), 20 de marzo de 2006 (Ponente: Dña. Begoña Argal Lara. JUR 2006\153774). SAP Cáceres (Secc. 1ª), 1 de febrero de 2007 (Ponente: D. Antonio María González Floriano. JUR 2007\81083). Asimismo, sobre la distinción entre disponibilidad y facilidad, véase GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 53-6. También, ASENCIO MELLADO, J. Mª., “Artículo 217. Carga de la prueba”, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., págs. 1-177 a 1-178. En cuanto a lo que significa el principio de facilidad, resultan ilustrativas las palabras de MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil*. Ley 1/2000, pág. 178 cuando se refiere a que “hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o la fuente de prueba, lo cual permite su traslado al proceso sin obstáculos de mayor género. Esta disponibilidad puede ser material (v.gr.: tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un dato).

484. Véanse las interesantes consideraciones que formula DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., págs. 31-7, sobre los hechos negativos.

485. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 5.

los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva, igualdad y defensa y con el deber de colaboración de las partes con los tribunales reconocido en el art. 118 CE⁴⁸⁶. Asimismo, en la experiencia jurisprudencial –no solamente española-, se ha constatado como la aplicación estricta de las reglas generales podía plantear situaciones de clara injusticia, en cuanto que, quien mediante las mismas no correspondería la carga de la prueba, puede en cambio tener la disponibilidad y facilidad probatoria (por ejemplo, pretensión de fijación de una pensión de alimentos –o compensatoria- frente a progenitor que tiene en su poder las declaraciones de la renta por ser el que ha desarrollado su carrera profesional)⁴⁸⁷.

Hasta tal punto ha sido patente la constatación jurisprudencial que a través de diversos pronunciamientos y hasta su traslación al derecho positivo⁴⁸⁸, venía siendo aplicado como “principio” corrector en aras

486. GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), cit., págs. 63 y ss.

487. Los ejemplos serían muchos y variados, por ejemplo la SAP Barcelona (Secc. 15ª), 10 de mayo de 1996 (Ponente: D. Francisco Javier Béjar García. AC 1996\1128), además de referirse al principio de facilidad probatoria recogido en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima que corresponde la carga de la prueba de la existencia de seguro obligatorio (el hecho constitutivo del actor es la inexistencia del seguro) al Consorcio de Compensación de Seguros porque entre sus recursos económicos se halla el recargo sobre las primas o capitales del Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, que deberá ser objeto de declaración y liquidación por las entidades aseguradoras, de modo que para este organismo resulta fácil determinar si un concreto vehículo se halla o no amparado por seguro obligatorio. Otro ejemplo en la jurisprudencia reciente sería la STS (Sala 1ª, Secc. 1), 24 de marzo de 2006 (Ponente: D. Vicente Luis Montes Penades. RJ 2006\1908), por la que, en reclamación frente a entidad bancaria, estima que la prueba de que las cuentas tenían más de un titular corresponde a la entidad de crédito demandada y que los cargos carecían de autorización, según afirma “*en primer lugar porque es hecho que interesa en la defensa de su posición, ya que enervaría la prelación de adverso sobre la incorrecta o negligente gestión de los depósitos en la cuenta corriente, por inexistencia de control sobre las disposiciones efectuadas o sobre la manera de llevarlas a cabo. En segundo lugar, por el principio de facilidad probatoria, ya que la entidad aperturante ha de tener, de regla, los documentos, como ocurre, precisamente, con el de la cuenta corriente*”.

488. Como indica la SAP Cuenca (Secc. 1ª), 17 de febrero de 2006 (Ponente: D. Ernesto Casado Delgado. JUR 2006\89112), “*la jurisprudencia vino interpretando el hoy derogado artículo 1214 del Código Civil en el sentido de poner a cargo del actor los hechos constitutivos de su derecho mientras que incumbe al demandado la prueba de los hechos impeditivos y extintivos, doctrina que es la que ha venido a consagrar el artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

de evitar la injusticia de una aplicación automática de las reglas sobre carga de la prueba⁴⁸⁹. Sin duda este fenómeno no es exclusivo de un determinado ordenamiento. De hecho, lo que la jurisprudencia y doctrina española denominaba algo así como “principio de facilidad y normalidad probatoria”, en la jurisprudencia y doctrina argentina se integraba en una teoría algo más amplia que se viene denominando como “cargas probatorias dinámicas”⁴⁹⁰.

Por cierto, criterio que, como los de la prueba de oficio, tienden de nuevo a obtener una resolución de mayor calidad; en este caso, atendidas consideraciones de estricta justicia que determinen atribuir consecuencias negativas de la falta de prueba a quien no realiza actividad probatoria suficiente a pesar de tener la disponibilidad y facilidad para ello. En fin, como indica ORTELLS⁴⁹¹, el juzgador tendrá la potestad de tomar en consideración determinadas circunstancias concretas de la actividad probatoria del proceso que, por revelar la disponibilidad y facilidad probatoria respecto de hechos

489. Véase una visión jurisprudencial de los “principios” en FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a., “Artículo 217. Carga de la prueba”, en *El proceso civil*, II (coor: ESCRIBANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 1599-607. De otro lado, comparto con MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, págs. 179-80, que no se incluya el llamado “principio de normalidad” puede inspirar al legislador la creación de presunciones legales y al juez para la valoración de indicios y presunciones homini, pero no para abandonar a la subjetividad de este último la atribución del *onus probandi*.

490. El desarrollo doctrinal de esta teoría en argentina ha sido notable. Sobre las mismas conviene la lectura de los trabajos incluidos en VVAA, *Cargas probatorias dinámicas*, (dir: PEYRANO, J. W.), Rubinzal-Culzoni, 2004. Puede constatarse también en LÓPEZ MESA, M. J., “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil. (La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española)”, en http://www.eft.com.ar/DOCTRINA/articulos/libros-carga_de_la_prueba.htm. Así y todo, sin restar un ápice a la importancia de la doctrina relativa a las llamadas cargas probatorias dinámicas, me parecen desmesuradas afirmaciones como las de PEYRANO, M. L., “La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000)”, en *Revista Electrónica de Derecho comparado*, en http://www.urjc.es/z_files/ad_centros/ad03/Revista_Electronica_Derecho_Comparado_Prologo.doc, cuando habla de que la práctica jurisprudencial argentina se exporta a la LEC española, máxime cuando reconoce que buena parte de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas no se recoge en el art. 217 LEC (como la que corresponde a quien pretende alterar el estado de cosas, o la modalidad de “cargas probatorias sobrevinientes”).

491. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 378.

relevantes, sean importantes para modificar la atribución reglada de la carga de la prueba.

La misma regla de justicia que permitió establecer la distribución de la carga entre las partes permitirá matizar el rigor de tal distribución en aquellos supuestos en los que los hechos constitutivos sean disponibles para el demandado por encontrarse en su esfera de poder o, al menos, sea más fácil su aportación. Y lo mismo ocurrirá, a la inversa, cuando se trate de hechos defensivos, con todas las pertinentes variantes en los supuestos de normas especiales de distribución. A tal efecto, el art. 217.7 LEC se muestra imperativo cuando señala que “el tribunal deberá tener presente”. Ahora bien, no ha de olvidarse que, como todas las normas de carga de la prueba, de un lado, operará exclusivamente para los supuestos de carencia de prueba, por la sencilla razón de que si los materiales fácticos han sido probados no habrá necesidad de atender a criterio alguno a los efectos de atribuir las consecuencias de una inexistente falta de prueba; y de otro, su aplicación será en algunas situaciones consecuencia de una determinada valoración del material probatorio: aquel que considera que las pruebas practicadas son insuficientes para superar el juicio de probabilidad que permitirá fijar el material fáctico a efectos de resolución aplicando las normas sobre los mismos. A lo que ha de añadirse que opera en situación de contraste puesto que ninguna corrección es posible si las partes se hallan en la misma situación de disponibilidad y facilidad⁴⁹². Todo esto implica complicación, sobre todo en aquellos casos en los que tras practicar la prueba el juez la valore como insuficiente. Pero no ha de confundirse la cuestión de la valoración y la de la distribución de la carga de la prueba, a pesar de las indudables conexiones que en ciertos casos mantienen.

El precepto contempla dos supuestos similares pero autónomos. La disponibilidad y facilidad probatoria pueden venir unidas. Cuando

492. MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, pág. 178.

la fuente de prueba se encuentre en poder de una parte, tendrá fácil introducir el medio de prueba. Pero no todas las situaciones serán tan evidentes. Puede ocurrir que la fuente no se encuentre en el ámbito de poder de ninguna de las partes, de modo que no esté inmediatamente disponible sino que resulte meramente fácil. En este caso será necesario valorar si la facilidad es compartida; y si lo es, en qué grado. A partir de ahí, el juzgador podrá introducir el elemento corrector. En esta labor, lo sencillo es la aplicación de trazo grueso: reducirla a los supuestos en los que no se ha producido actividad probatoria porque la parte no dispone ni le es fácil la prueba. Por eso en la práctica totalidad de los casos, su aplicación se reduce a los supuestos de prueba negativa o diabólica⁴⁹³. Así y todo, el tenor imperativo del precepto no permite excluir su aplicación en trazo fino, de modo que también tenga en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria incluso cuando tras la actividad probatoria se decida que ésta es insuficiente y la fuente no se encuentre en el ámbito de disposición de ninguna de las partes. Esto exigirá la no siempre sencilla tarea previa de determinar los grados de facilidad probatoria de cada una de las partes.

Aunque se trate de una norma en principio dirigida al juzgador a efectos resolución, ninguna duda cabe de que las partes habrán de tenerla muy presente para, ante la expectativa de su aplicación seriamente perjudicial para sus intereses procesales y patrimoniales. Además de la importancia sobre cuestiones de estrategia procesal sobre si conviene a la parte el inicio de la pretensión haciendo previsión de su futuro resultado, el letrado no ha de olvidar incluir una referencia a esta circunstancia cuando no pudo practicar prueba y también en previsión de que la prueba practicada pueda ser conside-

493. Tras un repaso de la jurisprudencia, así lo reconoce FRAGOSO, T., "La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", cit., pág. 6. Por su parte, DAMIÁN MORENO, J., "Artículo 217", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1426, concluye que su operatividad debe quedar reducida a los supuestos en los que la aplicación de las reglas generales conduzca a la prueba de un hecho negativo.

rada insuficiente por no tener disponibilidad y una inferior facilidad que la contraparte.

Se trata de alegaciones y, en su caso actividad probatoria, no orientadas a la acreditación del material fáctico sino que inciden en la fiabilidad de las pruebas. En el peor de los casos supondrá lo que se ha venido a denominar como “prueba sobre prueba”. Si el juez adoptara alguna actividad de oficio, por ejemplo interrogando a la parte que propuso la prueba (art. 306.1.II y 2 LEC), no habría incidencia sobre la imparcialidad del juez.

5. Inexistencia de una verdadera inversión convencional de la carga de la prueba

Aunque se trate de una cuestión de opción legislativa⁴⁹⁴, el punto de partida es que los intentos de alterar mediante pactos o acuerdos el régimen legal de carga de la prueba han de considerarse nulos por afectar a normas de Derecho Público e ineficaces en cuanto están destinados a regular una actividad de un tercero como es el juzgador⁴⁹⁵. No es admisible la modificación de las normas de la carga de

494. En algunos países de nuestro entorno no parece que se plantean graves inconvenientes para esta modificación. En derecho italiano son nulos los pactos con los que se invierta o modifique la carga de la prueba, pero solamente cuando se trata de derechos indisponibles o cuando la inversión o modificación tiene por efecto dificultar excesivamente a una de las partes el ejercicio del derecho. Dispone el art. 2698 del Codice Civile que *“sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”*. En otros países influenciados por el Derecho Procesal español, en cambio, no es nota común la posibilidad de convenios. Así, por ejemplo, en el caso de Venezuela, señala RIVERA MORALES, R., *Las pruebas en el derecho venezolano*, Editorial Jurídica Santana, San Cristóbal, 3 ed., 2004, pág. 194, las pruebas son de orden público y por lo tanto no son susceptibles de derogación.

495. Con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 52. En la misma línea, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 263. DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág., 26.

la prueba por parte del juez, como tampoco por las partes mediante convención.

En un loable afán de proteger la posición de consumidores y usuarios y de no dejar márgenes de discrecionalidad, el art. 10.1 c) 8º y 4 Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, sancionaba bajo pena de nulidad “la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario”. Actualmente, el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sigue con la misma tónica, según su art. 83.1 en relación con el art. 88.2 y 3 de la misma⁴⁹⁶. Por supuesto se trata de una previsión innecesaria, puesto que con carácter general la inversión no está permitida⁴⁹⁷; y, desde luego, no merece ser compartido el expediente interpretativo por el que, como en este caso el legislador excluye expresamente, en el resto de supuestos está *sensu contrario* admitiéndolo⁴⁹⁸.

Lo bien cierto es que las normas sobre carga de la prueba son de Derecho Público e indisponibles. En la base de la prohibición de los pactos que alteren la carga de la prueba en materia de consumo y, en general, en la contratación, se encuentra evitar posibles abusos de quien ostenta una posición de prevalencia (generalmente empresas de servicios

496. Según el art. 83.1 TRLGDCU: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. Y conforme a los arts. 88.2 y 3 del mismo: “En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: 2. 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. 3. 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. Asimismo, conforme al art. 10 TRLGDCU: “La renuncia previa a los derechos que esta Norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.

497. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 263.

498. DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 26.

de primera necesidad), frente a los que el legislador reacciona. Así es como el art. 83.1 TRLGDCU dispone que: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. Solución que es drástica pero eficaz para evitar estas prácticas⁴⁹⁹. Sin embargo, el alcance de este precepto estimo que ha de quedar aquí, no resultado útil para extraer de la misma que *sensu contrario* nada menos autoriza una general inversión convencional de la carga de la prueba⁵⁰⁰.

Algunos autores mantienen la posibilidad de que convencionalmente se logre la inversión de la carga de la prueba. En algún caso, se pretende justificar por aplicación del criterio interpretativo de facilidad y disponibilidad probatoria, a través de la inclusión entre los “pactos” contractuales de indicaciones sobre las dificultades probatorias y, por ende, la alteración convencional de la carga⁵⁰¹. Sin embargo, frente a esta posibilidad, muy dudosamente operativa para producir una verdadera alteración convencional, ha de indicarse que las dificultades probatorias no se producen subjetivamente por acuerdo o pacto de las partes sino que derivan objetivamente de la concreta situación planteada y que, con independencia de lo que opinen las partes, ha de ser valorada judicialmente en atención a como particularmente se presenta. Además, tampoco supondría ninguna suerte de inversión convencional de la carga de la prueba sino que, de apreciarse judicialmente, meramente implicaría un criterio interpretativo que, en la mejor de las hipótesis atemperaría el rigor de la carga de la prueba.

En la mayor parte de las ocasiones se mantiene que la “inversión convencional de la carga de la prueba” se produciría por vía indirecta

499. DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), cit., pág. 27.

500. Opinión en contra, entre otros, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, pág. 190.

501. MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, págs. 190-1.

modificando la calidad de los hechos (constitutivo o impeditivo). Y en su consecuencia, aplicando la misma norma sobre carga, obtener como resultado que deba probar un hecho quien inicialmente no le correspondería (o que no deba probarlo quien inicialmente sí le correspondería). En efecto, según GÓMEZ ORBANEJA⁵⁰², “las convenciones valen en cuanto configuren la relación jurídica”. Y por la vía de tal configuración, al final se obtendrá como resultado la alteración de la carga de la prueba⁵⁰³.

Ahora bien, aunque se trate en realidad de una matización lingüística, ni siquiera en este caso cabe hablar de una propia inversión de la carga de la prueba. De hecho, a pesar de que este fenómeno modificativo de la carga de la prueba fuera realmente posible a partir de una convención entre las partes sobre derechos disponibles, tampoco se trataría de una verdadera inversión. En mi opinión, solamente resultaría apropiada la denominación “inversión de la carga de la prueba” cuando se estableciera un orden distinto al que la propia norma establece. Sería necesario que, por la sola voluntad de las partes, una norma de carga de la prueba pudiera aplicarse diversamente a situaciones idénticas. Y todavía más, si de lo que se trata es de modificar la relación jurídica para obtener consecuencias distintas a la inicialmente previstas, sin alterar la norma, tal fenómeno ha de producirse en el estadio de formación o configuración de las relaciones jurídicas, siempre anterior al de la aplicación sobre el mismo de la correspondiente norma sobre carga

502. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, s/c, Madrid, 1979, págs. 315-6.

503. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 32, a pesar del tenor del art. 217.5 LEC por el que establece la posibilidad de modificar la regla general sobre carga mediante “disposición legal expresa” defiende la viabilidad de las reglas convencionales de inversión de carga de la prueba como cambio en el supuesto de hecho. En la misma línea, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., y PÉREZ CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 395, deben admitirse cláusulas como las de “insurance clause”, cuando el pacto recae sobre materia que pertenece a la libre disposición de las partes aunque tenga influencia sobre las carga de la prueba. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 5. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 496 y ss.

de la prueba⁵⁰⁴. Siendo así, solamente cabe hablar de modificación convencional de la relación jurídica material pero no de alteración de la carga de la prueba. Aunque la aplicación de la norma de la prueba pueda tener comparativamente efectos distintos en dicha relación a otras hipotéticas alternativas de configuración jurídico-material, no implicaría más alteración del *onus probandi* que el que deriva de la aplicación de una misma norma de carga a relaciones jurídicas diversas. En definitiva, modificándose la relación jurídica no creo que pueda hablarse con propiedad de inversión de la carga de la prueba, aunque los resultados que se obtengan puedan diferir respecto a la situación caso de no alterarse.

La condición de constitutivo o impeditivo de un mismo hecho puede sin duda variar por la posición que se ocupe en el proceso (por ejemplo, la falta de voluntad en la firma de un contrato puede ser constitutivo para una pretensión de nulidad del citado contrato o impeditivo frente a una pretensión de cumplimiento del mismo). Pero aunque el resultado de la carga de la prueba pueda diferir, en ambos casos se aplicará, sin inversión alguna, una misma norma de carga de la prueba. En el ejemplo, sencillamente se han modificado las posiciones activas y pasivas de las partes. Una previa alteración de la condición de los hechos no implicará ninguna suerte de alteración convencional de una misma regla de carga de la prueba que, en función de las circunstancias concretas en que se articule la *litis*, puede ser diversamente exigente sobre unos mismos hechos dependiendo de la posición de las partes y de la pretensión formulada. En mi opinión, una hipotética cláusula contractual por la que, sin alterar las posiciones de las partes y a efectos de su futura prueba, califique burdamente a un mismo hecho como impeditivo siendo constitutivo, o constitutivo

504. Como indica DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 335, cosa distinta es que en el ámbito jurídico negocial de la autonomía de la voluntad, construyan “supuestos de hecho” en que el esquema de hechos constitutivos, de un lado, e impeditivos, extintivos y excluyentes de otro, se vea alterado.

siendo impeditivo, a lo sumo podría ser admisible como elemento decorativo, pero no a los efectos de que tenga consecuencia alguna sobre la carga de la prueba. Como decía el mismo GÓMEZ ORBANEJA⁵⁰⁵, a continuación de la frase citada antes, las convenciones “son mulas en cuanto versen sobre el régimen de carga de la prueba”. Se trataría de un acuerdo torticeramente destinado a burlar la aplicación de una norma de *ius cogens*, de modo que debería considerarse inaplicable por un juez que ha de atender no a las denominaciones o calificaciones incorrectas o indebidas de las partes (por muy libres que sean en la configuración de una relación jurídica) sino a la verdadera naturaleza de los hechos.

Se cita como ejemplos de inversión convencional de la carga de la prueba las cláusulas “que dice ser”, “peso desconocido” y similares que de acuerdo con la Ley pueden introducirse en los conocimientos de embarque. Cláusulas que, se dice, suponen una modificación del supuesto de hecho del art. 353 del Código de Comercio y determinan que el cargador tenga que probar que las indicaciones contenidas en el conocimiento son exactas mientras que en condiciones de normalidad debería ser el porteador quien debería probar la inexactitud o falsedad de las declaraciones contenidas en el conocimiento⁵⁰⁶. En mi opinión, tampoco se produce aquí una verdadera inversión de la carga de la prueba. Pero todavía han de distinguirse dos situaciones. De un lado, la de normas que establecen carga de la prueba, pero que prevean la posibilidad de que de la relación material derive otra cosa, del tipo “salvo pacto en contrario” o similares. De otro, atribución de posibilidades legales de opción por las partes, de modo que, en función de la opción dada se atribuiría una distribución de la carga de la prueba. Veámoslas con algún detalle.

505. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, págs. 315-6.

506. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 233. Palabras que se reproducen literalmente en la STSJ Extremadura (Sala de lo Social), 18 de mayo de 1998 (Ponente: D. Alfredo García-Tenorio Bejarano. AS 1998\2386).

Respecto de las normas que autorizan “que las partes pacten lo contrario” o similar, la respuesta para negar la inversión de la carga de la prueba se presenta como bastante obvia. Ciertamente estos preceptos autorizan a las partes para que pacten establecer un régimen jurídico material que implique unos resultados distintos a los previstos con carácter general o principal en la norma sobre carga de la prueba. Sin embargo, no se trata de un resultado distinto a la norma misma en cuanto ésta prevé y contiene, sea alternativa o subsidiariamente, también la posibilidad derivada del propio pacto entre las partes. Parece bastante claro que no es posible invertir una carga de la prueba cuando ésta se halla prevista en la misma norma. Cuando la norma autoriza o prevé la posibilidad de que las partes pacten “lo contrario” u “otra cosa”, establece una alternativa, una principal, en caso de que no se pacte nada, y otra subsidiaria, para el caso de que se pacte. Si las partes optan por esta segunda posibilidad legal, ninguna alteración va a producirse respecto de lo previsto en la ley. En fin, la norma establece la posibilidad de configuración y en función de la misma unas consecuencias. Si la norma sobre carga de la prueba contiene una alternativa que le permite adaptarse a la relación jurídica establecida por las partes, es imposible una inversión convencional de la norma sobre carga de la prueba. Veamos un ejemplo de los clásicos.

El Código de Comercio distribuye la responsabilidad entre cargador y porteador según unos riesgos:

- Al cargador, de los daños durante el transporte por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas. Por tal motivo, el art. 361 CCom atribuye al porteador la carga de la prueba de estos avatares como son el caso fortuito, fuerza mayor...
- Al porteador se atribuyen cuando se probare que los daños ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligencia, a no ser que el carga-

dor hubiese cometido engaño en la carta de porte suponiéndolas de género o calidad diferente de los que realmente tuvieron.

Establecida así la regla general, el mismo art. 361 CCom lo condiciona a que “expresamente no se hubiere convenido lo contrario”. Significa esto que la ley autoriza a que las partes pueden pactar que la responsabilidad no se atribuya al cargador sino que la asuma el porteador incluso en los riesgos de caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas. ¿Puede afirmarse que de esta forma se ha producido alteración del *onus probandi*? En mi opinión, en modo alguno. Esta nueva relación es diversa a la contemplada en la regla general pero incluida igualmente como supuesto normativo. Las partes no están, como en alguna ocasión se ha dicho⁵⁰⁷, regulando de forma distinta a la prevista la ley, sino de la forma que la ley contempla alternativa, subsidiariamente o como excepción. Una vez establecido el pacto, al porteador le resultará inútil la prueba sobre la existencia de unos riesgos puesto que, aunque consiguiera probarlos, no le permitiría quedar eximido de una responsabilidad que la tiene asumida previamente incluso aunque concurran. Como la distribución de la carga de la prueba contemplada legalmente depende básicamente tanto de la posición que las partes ocupen en el proceso y de la pretensión que formulen en atención a la configuración de las relaciones jurídicas materiales que les relacionen, en este caso, lo que deriva es un supuesto de prueba inútil sobre un posible caso fortuito o fuerza mayor que aunque fueran verdaderos y se consiguiera convencer al juez de su probabilidad, no van en ningún caso a relevarle de su responsabilidad.

Otro ejemplo más concreto. Entre las previsiones de la Ley de 22 de diciembre de 1949 se disciplinan las responsabilidades del porteador y del buque por pérdidas en el contrato de transporte marítimo. Conforme a su art. 11, y teniendo en cuenta lo señalado antes, el porteador

507. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba*, cit., pág. 175.

y el buque serán responsables de las pérdidas o daños causados a las mercancías con arreglo al valor que el cargador haya declarado por bulto o unidad, siempre que dicha declaración conste en el conocimiento de embarque y no haya formulado en el mismo la oportuna reserva el porteador, su agente o el capitán del buque. De ese modo:

- a) Si no se hubiera hecho constar esta reserva, la declaración del cargador constituirá una presunción a su favor, y la prueba para impugnar aquélla será a cargo del porteador.
- b) Si en el conocimiento de embarque constara la reserva del porteador, su agente o el capitán del barco, la prueba incumbirá al cargador.
- c) Si el cargador no hubiera declarado en el conocimiento de embarque el valor de la mercancía, pero sí su naturaleza, y el porteador, su agente o el capitán del barco no hubieran formulado reserva sobre dicha declaración en el conocimiento de embarque se atenderá el porteador, para la indemnización, al precio de la mercancía en el puerto de embarque, pero limitado siempre ese valor a la cantidad máxima de 5.000 pesetas papel por bulto o unidad. Por convenio entre el porteador, el capitán o el agente del porteador y el cargador, podrá fijarse una cantidad máxima diferente de la antes señalada, con tal que esta máxima convencional no sea inferior a la cifra anteriormente indicada.

Asimismo, en la misma Ley se regula en su art. 18.8º y 9º que el conocimiento de embarque exprese: “El número de bultos o de piezas, o la cantidad o el peso, según los casos, tal como los haya consignado por escrito el cargador” y “El estado y condición aparentes de las mercancías”⁵⁰⁸. Sin embargo, a continuación previene que “ningún por-

508. Como datos de interés, entre otras cosas, esta Ley previene en su art. 14, los efectos de las inexactitudes en las características de las mercancías en el contrato de transporte marítimo, según

teador, capitán o agente del porteador tendrá obligación de declarar o mencionar en el conocimiento las marcas, número, cantidad o peso cuando tenga razón fundada para suponer que no representan exactamente las mercancías recibidas por él, o que no haya tenido medios razonables de comprobarlo. En este caso debe hacer mención especial en el conocimiento de estas razones o de esta imposibilidad”.

El conocimiento de embarque establecerá la “presunción, salvo prueba en contrario de la recepción por el porteador de las mercancías en la forma en que aparezcan descritas” (art. 21). Asimismo, “el hecho de retirar las mercancías constituirá, salvo prueba en contrario, una presunción de que han sido entregadas por el porteador en la forma consignada en el conocimiento, a menos que antes o en el momento de retirar las mercancías y ponerlas bajo la custodia de la persona que tenga derecho a su recepción, con arreglo al contrato de transportes, se dé aviso por escrito al porteador o a su agente, en el puerto de descarga, de las pérdidas o daños sufridos y de la naturaleza general de estas pérdidas o daños... Las reservas por escrito son inútiles si el estado de la mercancía ha sido comprobado contradictoriamente en el momento de la recepción” (art. 22).

el cual el cargador garantiza al porteador la exactitud de marcas, número, cantidad y peso en la forma que las consigne, e indemnizará al porteador de todas las pérdidas, daños y gastos que provengan o resulten de las inexactitudes. Si bien, sin límites en la responsabilidad del cargador. En su art. 15 se prevé que el cargador no será responsable de las pérdidas o daños sufridos por el porteador o el buque, y que procedan o resulten de cualquier causa, sin que exista acto, falta o negligencia del cargador, de sus agentes o de sus encargados. Si bien el art. 16 otorga al porteador y del cargador para otorgar contratos sobre mercancías, estableciendo las condiciones que crean convenientes relativas a la responsabilidad y a las obligaciones del porteador para estas mercancías, así como los derechos y las exoneraciones del porteador respecto de estas mismas mercancías o concernientes a sus obligaciones en cuanto al estado del buque para navegar, siempre que esta estipulación no sea contraria al orden público o concerniente a los cuidados o diligencias de sus agentes... con tal que en este caso no haya sido expedido ni se expida ningún conocimiento, y que las condiciones del acuerdo recaído se inserten en un recibo, que será un documento no negociable y llevará la indicación de este carácter. Si bien el art. 17 prevé que se prohíbe al porteador o al cargador insertar en un contrato estipulaciones, condiciones, reservas o exenciones relativas a las obligaciones y responsabilidades del porteador o del buque por la pérdida o daños que sobrevengan a las mercancías o concernientes a su custodia, cuidado o conservación, antes de la carga o después de la descarga.

Como puede observarse, la regulación reseñada se caracteriza por el respeto a la libertad de pactos entre las partes que le permitan configurar su relación jurídica material; y del mismo modo, implica la atribución al conocimiento de embarque de una especial eficacia probatoria, si bien éste dependerá de las condiciones en que se haya confeccionado por las partes o, en otros términos, de las cláusulas insertas en el mismo.

Si no se incluye ninguna cláusula, hará prueba del contrato de transporte y será recibo de las mercancías en principio en buen estado. En tal caso, el cargador con el solo conocimiento de embarque ya está probando sus hechos constitutivos o impeditivos dependiendo si es actor o demandado, de modo que el porteador tendrá que probar que lo que deriva del conocimiento de embarque no es correcto. En cambio, si en el conocimiento de embarque se han insertado tales cláusulas, dependiendo de las mismas, el conocimiento de embarque habrá visto mermada su eficacia probatoria, de modo que al cargador no le es suficiente con dicho documento y tendrá que probar sus hechos en que sustente su pretensión mientras que el porteador los prueba en principio con el conocimiento de embarque. En definitiva, la configuración de la relación jurídica y la confección del conocimiento de embargo no alteran lo más mínimo la norma sobre carga de la prueba. Lo que se modifica es la eficacia probatoria del conocimiento de embarque. Lo que las partes pueden pactar no es la inversión convencional de la carga de la prueba sino el alcance probatorio de un documento, del mismo modo que pueden establecer pactos en cualquier otro contrato. Veamos con algún mayor detalle.

La regla general será que el conocimiento de embarque al que no se le inserta ninguna objeción se le considere instrumento para acreditar tanto el contrato de transporte como el recibo de las mercancías, en principio en buenas condiciones y de ahí deriva las asunciones de responsabilidades. La responsabilidad y atribución de la carga de la prueba resulta consecuente con el principio o la regla general de

que las mercancías se entregan en buenas condiciones. La carga de la prueba es siempre la general si bien se cuenta con un documento como es el conocimiento de embarque que, por sí mismo y si no tiene objeciones, se presenta hábil para que el cargador pruebe la carga y las buenas condiciones de la misma. Pero la sola existencia de este conocimiento de embarque no exime al cargador de la prueba sino que, todo lo contrario, la implica puesto que la prueba es precisamente ese conocimiento de embarque en tales condiciones. Y queda patente que no queda exonerado de prueba precisamente porque si el conocimiento de embarque no cumple con la condición de no tener objeciones, el cargador habrá de probar justamente lo necesario para complementar las carencias probatorias de tal conocimiento de embarque.

El conocimiento de embarque (o carta de porte) es el nombre con el que se denomina a la evidencia del contrato de transporte en operaciones de comercio internacional. Supone una evidencia de la existencia del contrato de transporte (en cuanto puede no incluir todas las cláusulas del mismo) y un recibo de las mercancías embarcadas⁵⁰⁹, de modo que prueba la cantidad embarcada, sin perjuicio de que los navieros-porteadores puedan demostrar que la mercancía no fue embarcada. De ese modo, si el conocimiento de embarque acredita el contrato de transporte y las mercancías embarcadas, es obvio que, como regla general y salvo objeciones en el mismo, ha de corresponder al porteador la contraprueba de lo que se acredita mediante el conocimiento de embarque. Sin embargo, esto tiene sus excepciones cuando en el conocimiento de embarque se han establecido objeciones haciendo constar las palabras:

- “Peso y contenido desconocido”. En tal caso, el conocimiento de embarque ya no tiene la virtualidad de acreditar un peso y contenido que se declara desconocido. La eficacia probatoria de este desconocimiento de embarque que le correspondería en condiciones de

509.El capitán (o los agentes del buque en su nombre) firman un *Mate's* contra la recepción de la mercancía y sobre el mismo se confecciona el conocimiento de embarque.

normalidad se limita cuando se declara desconocer lo que contiene. En consecuencia, en tal caso, corresponderá acreditar al cargador la acreditación de un peso y contenido con otros medios distintos a un conocimiento de embarque inhábil ahora para la prueba.

- “Peso desconocido”. En tal caso en el conocimiento de embarque constará el número de bultos, de modo que los portadores responderán solamente por el número de bultos, que es lo que consta en el conocimiento de embarque y por tanto lo que se acredita. Sin perjuicio de que pudiera demostrarse por el porteador que el número de bultos no es el que se manifiesta en el conocimiento.
- “Embarcado en aparente buen orden y condición” (*clean bill of lading*), se acredita que “aparentemente” estaban en buen orden, de modo que los portadores responderán pero solamente por los defectos que puedan ser objeto de identificación mediante inspección razonable. Si se entregó “en malas condiciones”, el porteador no será responsable salvo que el cargador demuestre que el daño ha sido causado por culpa del porteador.

De otro lado, los conocimientos de embarque con indicaciones sobre el mal estado de la mercancía o su embalaje suelen ser problemáticos a efectos de ser aceptados por las entidades financieras. La práctica de determinados portadores de entregar a los cargadores conocimientos *clean bill of lading* a efectos de negociación financiera pero con una carta eximiendo a los portadores de toda responsabilidad, se considera como fraude⁵¹⁰.

Con todo esto queda patente que no se produce en estos casos ninguna suerte de inversión convencional de la carga de la prueba. El cargador

510. Véase la Circular de 6 de noviembre de 2003 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sobre aspectos relativos a la contratación y fijación de tarifa del Transporte Internacional de Carga para ser considerados en los procesos de valoración aduanera, especialmente su punto 5.4.2.

siempre tendrá que probar los hechos que le favorecen y lo mismo el porteador-naviero respecto los que igualmente le favorezcan. Lo que ocurre es que para ello contarán con un conocimiento de embarque que, según se haya pactado, tendrá una eficacia probatoria diversa: sin objeciones, permitirá al cargador probar de forma plena, en cuyo caso le corresponderá el esfuerzo probatorio al porteador; o con objeciones, al contrario, el cargador requerirá complementar la prueba pues a tal efecto el conocimiento se presenta como insuficiente, en la misma medida, el porteador podrá quedar exonerado. En definitiva, no se trata de modificación convencional de la carga de la prueba sino de que convencionalmente se modula la eficacia probatoria de un documento. Nos hallamos ante un fenómeno relacionado o influyente pero totalmente ajeno a la fijación convencional de la carga de la prueba.

Estoy en condiciones de afirmar, con cierta rotundidad, que no es posible ni en cualquier caso admisible ninguna verdadera inversión convencional de las normas sobre carga de la prueba. La configuración de la relación jurídica material podrá ser relevante para que, tal y como se conforme, derive de la misma una atribución concreta de la carga de la prueba a las partes. Pero esto no implica inversión de la carga de la prueba mientras no se altere convencionalmente la norma.

Cualquier pacto no contemplado o autorizado por la ley (ni siquiera de forma genérica conforme al art. 1555 CC), como los pactos que no configuren relaciones jurídicas sino solamente alteren su calificación pero no su naturaleza, por ejemplo denominado como impeditivo un hecho que es constitutivo conforme la relación jurídica establecida, han de considerarse como claros supuestos de alteración de las normas sobre carga de la prueba que, por ser de *ius congens*, ha de entenderse como no realizado o no puesto en el contrato.

En los casos en que expresamente la norma contiene una distribución determinada de la carga de la prueba y contempla al mismo tiempo la posibilidad de establecer pactos que supongan unas consecuencias distintas a las

previstas inicialmente, no se produce una verdadera inversión de la carga de la prueba sino solamente se manifiesta la opción tomada por las partes entre alguna de las alternativas normativas sobre carga de la prueba.

Y, por último, tampoco supone una verdadera inversión de la carga de la prueba el hecho de que las partes, con sus pactos, puedan atribuir mayor o menor eficacia probatoria a un documento de modo que, partiendo del mismo, a las partes puedan quedarles mayores o menores ámbitos con necesidad de prueba. Todo ello ciertamente tendrá incidencia clara sobre la carga de la prueba que corresponde a las partes, pero, si bien se mira, no más que cualquier configuración jurídica de relaciones entre las partes que, en la *litis*, y entre otras cosas, determinará lo que ha de ser probado por las partes en cuanto, en caso contrario, establece el sentido de la resolución judicial.

Otra cosa es, por supuesto, que a todo esto se le quiera llamar “inversión convencional de la carga de la prueba” o cualquier otra expresión similar. Ciertamente sirven de algún modo para llamar la atención sobre la circunstancia de que la norma sobre carga de la prueba se comporta de modo distinto en función del supuesto concreto sobre el que se aplique, algo así como la respuesta de las ruedas de un mismo vehículo en los distintos firmes sobre los que se circule. Sin embargo, considero que tales expresiones no describen con precisión ni son clarificadoras para denominar con propiedad a este aspecto concreto de la general trascendencia de la configuración de las relaciones jurídicas materiales entre las partes y su influencia en el proceso.

6. Control de la infracción de las normas sobre la carga de la prueba mediante los recursos

En comparación con el control de la valoración de la prueba mediante los recursos, y especialmente cuando se trataba de valoración libre –y valoración conjunta como instrumento para generalizar la valoración li-

bre en detrimento de la legal-, la cuestión se simplifica en cierta medida puesto que la carga de la prueba se contiene siempre en una norma.

Se produce infracción de la norma sobre carga de la prueba por inaplicación o por aplicación defectuosa. Esta infracción permitirá fundar el recurso de apelación y, como norma procesal, tal y como vimos que entiende el Tribunal Supremo⁵¹¹, así como los Tribunales Superiores de Justicia⁵¹², mediante el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.2º LEC)⁵¹³.

El problema es más bien de deslinde con la infracción de la valoración de la prueba. Las normas sobre carga de la prueba operan para condicionar el sentido de la resolución, cuando ante un hecho que, por relevante y controvertido, merecería ser probado, sin embargo no se considera como tal por falta o insuficiencia probatoria. Ante esta situación, estas normas atribuyen las consecuencias negativas de la ausencia probatoria, fruto de la necesaria inaplicación de normas en el vacío, de modo que quien lo pretendía no podrá beneficiarse en concreto por más que la norma le fuera genéricamente beneficiosa.

511. También la mayor parte de los autores. Por ejemplo, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", cit., pág. 6. GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 48. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., pág. 113. Todos ellos se refieren además a la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 41 y ss LOTC).

512. Según el ATSJ Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1), 8 de septiembre de 2006 (Ponente: Dña. Carmen Samanes Ara. RJ 2007/957), "*el de casación ha quedado circunscrito, como tiene declarado el TS (por todos, AA TS 1º de 22 de noviembre de 2005 y 24 de enero de 2006) a la estricta función revisora de las normas sustantivas (nomofiláctica) con las que han de resolverse todas las pretensiones deducidas por las partes. Esta delimitación del ámbito objetivo de los recursos extraordinarios comporta un desplazamiento hacia el recurso por infracción procesal de todas las cuestiones de esta naturaleza, aunque se encuentren vinculadas a la decisión sobre el fondo del asunto, como ocurre con las que sirven para la conformación de la base fáctica y, por tanto, con las relativas a la distribución de la carga de la prueba, la aplicación de las reglas y principios que rigen la actividad probatoria y su valoración, así como la formación del juicio de hecho subsiguiente a dicha valoración*".

513. Sobre el deslinde del motivo único de casación con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal me remito a lo que indiqué con ocasión del control de la valoración así como, sobre todo, a las consideraciones de ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 549-50.

Cuando se estima probado un hecho, por tanto, no hay infracción posible sobre carga de la prueba sino un tema de valoración⁵¹⁴. El tema se complica algo más si llegan a coexistir simbióticamente ambas cuestiones. Esto ocurrirá cuando, no obstante haberse desplegado actividad probatoria, se considere que ésta es insuficiente para la fijación fáctica. Una actividad valorativa inadecuada puede concluir con la insuficiencia probatoria cuando conforme a las reglas sobre valoración correspondientes, debía haberse probado. A continuación, se produce una aplicación de las normas sobre carga de la prueba coherente con el error valorativo pero consecuentemente erróneo como el mismo. En este caso, es claro que nos encontramos igualmente con un problema de valoración pues la aplicación de la norma sobre carga de la prueba es una consecuencia necesaria y coherente con “la misma”. Revisada la valoración, la misma coherencia impondrá que no sea necesaria aplicar las consecuencias negativas de la regla de la carga de la prueba.

La infracción a las normas sobre carga de la prueba, ha de insistirse, se producirá cuando, ante la inexistencia o insuficiencia probatoria, se hacen recaer las consecuencias sobre quien no tenía que soportar la carga de la prueba⁵¹⁵. o, en otros términos, y ahora sí con alguna

514. ASENSIO MELLADO, J. M^a., “Artículo 217. Carga de la prueba”, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-171. Por su parte, dice la STS (Sala 1^a, Secc. 1^a), 21 de enero de 2008 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2008\212) que “1.- Para que se produzca la infracción del artículo 1.214 es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho “afirmación fáctica positiva o negativa” precisado de prueba y controvertido. No precisan de prueba los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho, resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y, d) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es entonces cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material; 2.- No cabe aducir infracción de la doctrina de la carga de la prueba “artículo 1.214 Código Civil” para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad “incoherencia”, pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba; y, 3.- El artículo 1.214 Código Civil no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una denuncia de error en la valoración probatoria”.

515. ASENSIO MELLADO, J. M^a., “Artículo 217. Carga de la prueba”, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, pág. 1-179. Por su parte, como dice el ATS (Sala 1,

propiedad en el término, cuando se haya “invertido” en el fallo la distribución de la carga de la prueba⁵¹⁶.

Esto incluye también la norma por la que, como vimos, es posible tomar en consideración determinadas circunstancias concretas de la actividad probatoria del proceso que sean importantes para modificar la atribución reglada de la carga de la prueba. En este caso, el control de la infracción de esta norma sin duda se complica. Ahora bien, el juez tendrá que motivar las circunstancias que justifican esa modificación para que la parte y el órgano *ad quem* puedan evaluar si se ha infringido o no el art. 217.7 LEC⁵¹⁷.

Esta infracción, por tanto, no es hábil para desvirtuar las conclusiones valorativas de la sentencia pues los preceptos que contienen normas sobre distribución de la carga de la prueba, principalmente el art. 217 LEC, no contienen regla de valoración alguna⁵¹⁸, ni siquiera cuando deciden ponderar la regla general atendida la disponibilidad y facilidad probatoria. Y si con todo esto no fuera suficiente, el Tribunal Supremo ha exigido en el recurso de casación, igualmente trasladable

Secc. 1), 18 de septiembre de 2007 (Ponente: D. Román García Varela. RJ 2007/6264), “la referida infracción sólo pueda producirse, cuando, acreditada una insuficiencia o falta de prueba de un hecho determinado, las consecuencias negativas de tal carencia o insuficiencia de prueba se hacen recaer sobre la parte que no tenía que soportar la carga de la prueba”.

516. Por ejemplo, STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 19 de julio de 2007 (Ponente: D. Román García Varela. RJ 2007/4692).

517. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, cit., pág. 111.

518. Como explica la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 31 de enero de 2008 (Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. RJ 2008/1694), “el artículo 217 de esta norma- tiene siempre carácter excepcional, estando reservada a aquellos casos en que el tribunal ha alterado la regla, haciendo recaer, ante la falta de acreditación de un hecho, la carga de su demostración sobre quien no debe soportarla -el actor; los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la demanda y a la reconvencción, y el demandado y actor reconvenido, los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de la demanda o reconvencción-, lo que excluye la posibilidad de la denuncia de su infracción cuando el tribunal sentenciador ha tenido por acreditado un hecho (...), sin que pueda articularse un motivo de casación en torno a la vulneración de la norma relativa a la distribución del “onus probandi” para desvirtuar las conclusiones de índole fáctica de la sentencia recurrida, pues, como hasta la saciedad se ha dicho, el precepto no contiene regla de valoración de la prueba”.

al recurso extraordinario por infracción procesal, que la revisión del juicio formulado en torno a la carga de la prueba únicamente pueda ser revisado (*conditio* de admisibilidad, por tanto, no de estimación) en el caso de que se infrinja el derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir en una manifiesta vulneración de las reglas del razonamiento⁵¹⁹.

Las posibilidades de obtener un resultado favorable en un recurso quedan considerablemente limitadas, puesto que las posibilidades prácticas de infracciones del *onus probandi*, una vez deslindado debidamente este supuesto con el de la valoración, no son tan habituales como podría inicialmente pensarse. En la abrumadora mayoría de las ocasiones, los recursos, principalmente las apelaciones, contienen discrepancias valorativas con la contenida en la sentencia. Ésta última dotada de imparcialidad frente a la posición parcial de la recurrente, como tantas veces se ha argumentado por los órganos *ad quem* para, según los casos, desestimar o inadmitir los recursos.

Como ocurría con la valoración, la infracción de las reglas sobre carga de la prueba, como norma procesal, permitirá fundar un recurso extraordinario por infracción procesal⁵²⁰. Todo ello sin perjuicio de que, como ya se indicó, técnicamente resultaría más correcto y razonable que sirviera de fundamento del recurso de casación en cuanto, por una parte, las normas infringidas son aplicables para resolver cuestiones del objeto del proceso; y por otra, ser más adecuada la modificación directa del contenido de la sentencia que permite la casación en caso de estimación del recurso.

519. En esos términos, la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 31 de enero de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007\1706).

520. Con fundamento jurisprudencial y en la naturaleza procesal de las normas sobre carga de la prueba, entre otros, PAZOS MÉNDEZ, S., "Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil", en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 88-90.

