

Precisiones sobre la carga de la prueba

Se resaltan, en especial, los requisitos que exige la jurisprudencia para aplicar la regla de la carga material de la prueba y la solución adoptada en los supuestos de prueba de hechos negativos en los que existe imposibilidad o dificultad grave para la parte de probarlos.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Las infracciones de las normas reguladoras de la carga material de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en especial en su regla primera, se han venido alegando con frecuencia ante el Tribunal Supremo como motivos del anterior recurso extraordinario por infracción procesal (y es de esperar que lo serán también ahora en el recurso de casación por infracción de normas procesales). Y con la misma frecuencia han sido rechazadas, muchas de ellas en la fase de admisión, la mayor parte de las veces porque el recurrente desconoce cuáles son los límites de esta institución procesal, que han sido interpretados estrictamente por la jurisprudencia.
2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre del 2015 (JUR 2015\270611), por ejemplo, precisa la que podríamos denominar *doctrina general* sobre estos límites: esta institución tiene por finalidad establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes y, por eso, sólo se produce la infracción de las normas que la regulan si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de ella según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del artículo 217 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia. Estas reglas toman en consideración no sólo la posición que en el litigio ocupe la parte interesada en la prueba de los hechos (incumbe al actor la carga de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes), sino también la relación que tenga la parte con las fuentes de la prueba, la naturaleza de los hechos mismos y la naturaleza del litigio.

A partir de esta doctrina, esa misma jurisprudencia ha precisado los requisitos que se exigen para la aplicación de la norma contenida en el artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre del 2014 (RJ 2014\6872), que cita la Sentencia de 26 de septiembre del 2008 (RJ 2008\5575) del mismo tribunal, resumió la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos:

Para que se produzca la infracción del artículo 1214 (actual art. 217.1 LEC) es preciso que concurran los requisitos consistentes en: i) Existencia de un hecho precisado de prueba por ser controvertido y necesario para resolver la cuestión litigiosa. ii) Que se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total 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), y teniendo en cuenta que, probado un hecho, resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal. Y iii) que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba.

En esta nota me referiré a los dos primeros requisitos.

3. Se requiere, en primer lugar, la existencia de un hecho necesitado de prueba y relevante para la solución del conflicto:

a) Este requisito es evidente. El problema puede presentarse cuando los hechos que se han de probar, en los que se fundamenta la pretensión (o la excepción), son hechos negativos. Sobre ellos deberá tenerse en cuenta lo siguiente: 1) que, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre del 2006 (RJ 2006\75269) reproduciendo la Sentencia de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4782), «es también doctrina jurisprudencial, reiterada y constante que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo (por la parte que tiene la carga formal de hacerlo) por hechos o circunstancias positivas»; por ejemplo, por medio de un hecho incompatible con el hecho que se niega o, incluso, aunque excepcionalmente, de forma directa cuando es posible percibirlo sensorialmente. Y 2) que el principio de igualdad de armas comporta que no pueda imponerse con carácter necesario la prueba de los hechos negativos cuando es más simple la prueba del acto positivo contrario por parte del otro litigante (véase la STC 140/1994, de 9 de mayo).

b) La jurisprudencia ha abordado los supuestos de imposibilidad o dificultad grave para la parte de probar este tipo de hechos adoptando diversas soluciones:

1) En el primer caso (imposibilidad probatoria), traslada la carga de la

prueba a la contraparte, que deberá probar el hecho positivo correspondiente (inversión de la carga de la prueba); la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha dicho que la exigencia de una prueba imposible es contraria al artículo 24 de la Constitución española porque causa indefensión a la parte (STS 110/2017, de 17 de enero; STS 2815/2017, de 18 de julio; STC 14/1992, de 10 de febrero, y STC 224/2006, de 20 de noviembre). No obstante, también ha declarado que la mera imposibilidad probatoria de un hecho no puede traducirse, sin más, en un desplazamiento de la carga de la prueba, pues ello requiere que sea factible para la parte a la que tal desplazamiento habría de perjudicar (véanse las SSTS 949/2004, de 8 de octubre; 133/2010, de 9 de marzo; 859/2010, de 31 de diciembre; 400/2012, de 12 de junio, y 316/2016, de 13 mayo). Como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo 316/2016, de 13 mayo, la negación del vendedor demandante de haber recibido el precio y su afirmación de que le resulta imposible probar tal hecho, al tratarse de un hecho negativo (que no hubo precio) de cuya prueba no dispone ni puede disponer en ningún caso, mientras que los demandados sí que disponen o pueden disponer de ella, no es suficiente por sí misma para desplazar hacia el comprador demandado la carga de la prueba en contrario. Aunque, por aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, correspondería a los compradores la prueba de la entrega del dinero, «sucede que ello

ha sido imposible probarlo por inexistencia de toda documentación bancaria o de otro tipo dado el dilatado tiempo transcurrido entre la fecha del otorgamiento de las escrituras y el ejercicio de la acción de nulidad». Esa imposibilidad puede producirse en tales casos o en otros y, en ellos, la falta de prueba no puede perjudicarlos.

- 2) En los supuestos en que se presentan dificultades graves para probar el hecho negativo, pero no imposibilidad, esta misma jurisprudencia adopta diversas soluciones en función del caso concreto de que se trate. Unas veces aplica la anterior solución; por ejemplo, cuando «hay dificultad sobresaliente de orden objetivo» (véase la STS de 4 de mayo del 2000, RJ 2000\3385). En otras ocasiones no ha llegado al extremo de trasladar la carga de la prueba a la otra parte, pero, o bien acude a los principios de facilidad o de disponibilidad probatoria haciendo recaer la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible (por tener la fuente de prueba en su poder) o más fácil hacerlo, o bien valora el hecho de que se trate prescindiendo del rigor de las exigencias probatorias que tendría en cuenta si se tratara de un hecho positivo.
- c) En todo caso, la jurisprudencia ha precisado el carácter genérico del precepto contenido en el artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que «no puede aplicarse de forma tan rígida que obstaculice e invada el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba, ni impedir

a los tribunales conjugar la conducta de ambas partes, incluso las meramente negativas, con cualquiera de las pruebas aportadas». Y, por eso, ha declarado que no se quebranta el principio constitucional de legalidad cuando se condena, en aplicación de una ley, con una base probatoria, aunque la naturaleza de los hechos requiera que la distribución de la carga de la prueba se altere para la averiguación de la verdad, sobre criterios de experiencia, porque las normas sobre la carga de la prueba han de interpretarse con cierta flexibilidad (STS de 20 de marzo de 1987, RJ 1987\1712).

Y esta jurisprudencia hay que ponerla en relación con el principio (constitucional, ya que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva) de igualdad de armas, al que antes me refería, que garantiza una igualdad efectiva de las posibilidades y cargas de las partes en esta materia para lograr la plenitud del resultado probatoria. Por eso hay que entender que habrá que tenerla presente en todos aquellos supuestos en los que la aplicación de la regla general produzca una situación de privilegio de alguna de las partes en la prueba de los hechos.

4. La aplicación de las normas sobre la carga de la prueba se excluye obviamente cuando los hechos no precisan ser probados (hechos notorios y hechos admitidos):

a) A los hechos notorios ya me referí en una nota anterior, subrayando que el problema que se presenta es de delimitación. A juicio de la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 3 de febrero del 2016 (RJ 2016\1), el requisito de que la notoriedad sea «absoluta y general», exigido por el artículo 281.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil

para que el hecho notorio quede exento de la necesidad de ser probado, no puede ser entendido de forma tan rígida que convierta la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es de conocimiento «general y absoluto» por todos los miembros de la comunidad. Por ello, se estima suficiente que «el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho —límite temporal—, entre los ciudadanos medios, miembros de la comunidad cuando se trata de materias de interés público, y entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan —ámbito de la difusión del conocimiento—, [y] en la que se desarrolla el litigio —límite espacial—, con la lógica consecuencia de que en tal caso, quedan exentos de prueba».

b) Sobre los hechos admitidos, ninguna dificultad presenta la admisión expresa por la contraparte de los hechos alegados por la contraria. En cuanto a la *ficta confessio* prevista en el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también se plantea un problema de límites con respecto a los cuales habrá que tener presentes los siguientes criterios: 1) siendo la *ficta confessio* una facultad discrecional sometida al prudente arbitrio judicial (véase la STS de 21 de mayo del 2002, RJ 2002\4454), «la revisión en la apelación de la aplicación potestativa de dicha admisión tácita de los hechos ha de venir acompañada de una crítica racional y con sólida base, del arbitrio judicial aplicado, en tanto contravenga las reglas de la sana crítica o de la valoración probatoria concreta del acervo probatorio» (SAP Gerona, Sección 2.ª,

de 22 de julio del 2010, AC 2010\1643), y 2) que, en cualquier caso, «como regla general, no debe acudir a la *facta confessio* del demandado ante una carencia total y absoluta de prueba por parte del actor, sino que la *facta confessio* sólo debe servir para complementar una prueba deficiente».

5. Se requiere, en segundo lugar, la ausencia de prueba del hecho o su insuficiencia probatoria; el artículo 217.1 se refiere a los casos en que «el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión».

Como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo 262/2013, de 30 de abril (JUR 2013\181166), «el llamado *problema de la carga de la prueba* surge sólo en el caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes y a los que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida. Es en ese caso, por la prohibición del *non liquet*, cuando se hacen necesarias unas reglas que determinen cuál es la parte sobre la que ha de recaer el perjuicio derivado de la falta o insuficiencia de prueba. Por esa razón, las mencionadas reglas exclusivamente se infringen cuando, por no haberse considerado probados hechos necesitados de demostración, se atribuyan las consecuencias del defecto a quien, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la laguna o deficiencia probatoria. Carece de sentido, en consecuencia, denunciar un deficiente reparto del *onus probandi* en casos en los cuales el tribunal de instancia, tras la correspondiente valoración de los medios de

prueba practicados, hubiera declarado que los hechos controvertidos de que se trate han quedado demostrados, con independencia de la parte que hubiera proporcionado el medio de prueba que produjo ese efecto».

En definitiva, no cabe alegar infracción de la carga de la prueba cuando el juzgador ha declarado probado un hecho, aunque esa declaración no sea el resultado de la apreciación de un concreto medio de prueba, sino que se base en el expediente de la apreciación conjunta de la prueba (véase la STS de 26 de enero del 2018, RJ 2018\255), porque, cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba, no es posible invocar un motivo para desarticularla (STS de 18 de mayo de 1992, RJ 1992\4129).

Cuando se declara probado un hecho, «puede haber error patente o arbitrariedad - incoherencia, pero ello afecta a la motivación (o a la valoración) y no a la carga de la prueba». Por eso ha insistido la jurisprudencia en que el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en él una alegación de error en la valoración probatoria. Y esta jurisprudencia fue recogida en los criterios adoptados por la Sala Primera en el Acuerdo No Jurisdiccional de 27 de enero del 2017, sobre admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en los que se dijo que «es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre un mismo hecho».

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.