

«El Juez Civil y el Hecho Incierto. Un Estudio Desde la Perspectiva de los Principios de Facilidad y Disponibilidad Probatoria»

Por: Mercedes Fernández*

Los estudios que abordan los aspectos más importantes de la ciencia procesal, hoy por hoy, brindan los alcances más fructíferos en el discurso jurídico. El nivel de especialidad posee la impronta de diestros estudiosos como en el texto que presentamos a continuación; Mercedes Fernández, catedrática de la Universidad de Alicante, esgrime una serie de consideraciones entorno a los tópicos del juez civil y el hecho incierto para luego sumar a ello, los vínculos convergentes que posee aquellos con los principios de facilidad y disponibilidad en materia probatoria. Sin duda alguna, un texto esencial que marca el derrotero de estudios posteriores en un tema pocas veces tratado con tanta solvencia académica.

I. Algunas precisiones conceptuales

En el proceso adquieren un papel central las reglas de la carga de la prueba, que engloban dos fenómenos que, aunque conectados entre sí, son independientes, por cuanto los sujetos afectados y los momentos procesales en los que adquieren relevancia son diferentes. De un lado, las partes intervinientes en el proceso han de atenerse a estas reglas en la fase probatoria, ya que son las que les informan, en primer lugar, de que son ellas las que tienen la responsabilidad de aportar las pruebas como consecuencia del principio de aportación y, en segundo lugar, de cuáles son los hechos que cada una de ellas tiene que acreditar para que la expectativa de obtener una sentencia favorable se haga efectiva. Desde este punto de vista, puesto que su función es la de distribuir la incumbencia probatoria entre las partes, reciben la denominación de *reglas de distribución* de la carga de la prueba. De otro lado, la segunda de las funciones o dimensiones de las reglas sobre carga de la prueba encuentran su momento de aplicación no ya en la fase de prueba, sino en un estadio posterior (en la denominada *fase de decisión*), y tiene como destinatario al juez, no a las partes. En efecto, el ordenamiento jurídico pone a su disposición los criterios necesarios para tomar una decisión cuando los hechos que son relevantes para la resolución de la causa han quedado inciertos por ser insuficiente la prueba practicada. Se trata, pues, de un expediente de decisión judicial de carácter formal, por cuanto la resolución judicial se apoya exclusivamente en el dictado de la ley al no haberse podido determinar la verdad o falsedad de los hechos, y por ello está justificada con independencia de

su coincidencia con la realidad de los hechos¹. En clara alusión a esta finalidad, esta otra manifestación de la carga de la prueba se denomina habitualmente de *regla de juicio*.

Es evidente, pues, que mientras la carga de la prueba formal hace referencia a la prueba como actividad que las partes tienen que desarrollar (como consecuencia del principio de aportación de parte), la carga de la prueba material o regla de juicio alude a la prueba como resultado, esto es, a la insuficiencia de la prueba para mostrar la verdad de los hechos y, en consecuencia, a la decisión que en estos casos tiene que adoptar el juez (como consecuencia de la prohibición del *non liquet*). Pero, aunque respondan a fundamentos distintos, cabe encontrar una explicación común a ambas funciones o manifestaciones, pues su establecimiento obedece, sin duda, al deseo del legislador de evitar la autotutela mediante la instauración de un proceso civil informado por los principios dispositivo y de aportación que ofrezca una solución a los conflictos sociales de carácter privado.

1. La situación de hecho incierto: la regla de juicio

El juez, al valorar las pruebas, puede llegar a alguna de las siguientes conclusiones: en primer lugar, considerar que los hechos existieron o, por el contrario, que no existieron. En estos casos, cuando tiene la absoluta certeza de que los hechos existieron (o de que no existieron), resulta irrelevante hablar de carga de la prueba en su vertiente de regla de juicio, pues el juzgador dictará sentencia únicamente sobre la base del resultado de la valoración

* Universidad de Alicante (España)

1 En concreto, la incerteza se equipara a la inexistencia del hecho. Taruffo, M., «Onere della prova», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Ed. UTET, Torino, 1995, Vol. XIII, pág. 66.

de la prueba. En estos supuestos, por tanto, no sólo es irrelevante hablar de carga de la prueba material, sino que también lo es, a efectos prácticos, determinar quién los probó, y ello como consecuencia del principio de adquisición procesal², en virtud del cual el resultado de los actos procesales pasa a formar parte del proceso con independencia de quién los realizó, pudiendo beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes³.

Pero, en segundo lugar, puede suceder que el juez considere que no ha quedado suficientemente probada ni la existencia ni la inexistencia de los hechos controvertidos, bien por no haber sido aportadas pruebas al respecto, bien porque las pruebas aportadas han sido insuficientes. Es en este segundo supuesto en el que la necesidad de resolver sobre el fondo del asunto obliga al establecimiento de unas reglas que le indiquen al juez en qué sentido ha de dictar la sentencia y, por tanto, cuál de las partes ha de resultar perjudicada por la insuficiencia probatoria⁴. Del mismo modo que existe una regla de juicio según la cual el órgano jurisdiccional desestimará las pretensiones no ajustadas a Derecho — regla de juicio derivada del sometimiento judicial a la ley—, existe una regla de juicio que le exige rechazar las pretensiones cuya base fáctica no haya sido acreditada⁵. Ambas tratan de evitar la arbitrariedad judicial y proteger la seguridad jurídica⁶.

La situación de hecho incierto es, pues, la condición de aplicación de la regla de juicio fáctica. En efecto, las reglas sobre la carga de la prueba nos dan la solución a la situación de hecho incierto, pero no nos informan, sin embargo, acerca de cuándo cabe considerar que un hecho es incierto, lo que depende exclusivamente del estándar de prueba exigido⁷.

2. La carga de la prueba formal.

2.1. Cargas procesales y carga de la prueba.

La carga de la prueba es una de las manifestaciones —quizás la más importante— de la categoría de las cargas procesales, protagonistas indiscutibles del proceso civil. Éstas pueden analizarse tomando como puntos de referencia tres cuestiones que, según pone de manifiesto Gavazzi, son ineludibles en el estudio de cualquier situación jurídica subjetiva (obligaciones, situaciones de sujeción, derechos, facultades, etc.): qué clase de norma es la que establece la carga procesal, qué interés se persigue con su establecimiento y, por último, cuáles son las consecuencias de su no ejercicio⁸. Desde esta perspectiva, se puede definir la carga procesal como un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la

realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la expectativa de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo no ejercicio, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable).

De este concepto se pueden extraer las notas fundamentales que perfilan esta figura procesal y que son fundamentalmente cuatro: la carga es, en esencia, un poder de ejercicio facultativo (confiere un poder para que su destinatario lo ejercite sólo si desea alcanzar una determinada finalidad; se trata, pues, de una regla técnica que indica el comportamiento a seguir para lograr un estado de cosas determinado: «si quieres conseguir X, tienes que hacer Y»); tiene carácter instrumental (por cuanto su cumplimiento es el medio para lograr un fin que se considera valioso); su finalidad es permitir la obtención o satisfacción de un interés jurídico propio (por ello Goldschmidt se refería a las cargas procesales como *imperativos del propio interés*⁹) y, por último, su no ejercicio no genera la aplicación de una sanción jurídica, sino la pérdida de una posibilidad procesal y, en consecuencia, una disminución de las posibilidades de obtener una resolución favorable (lo que no puede considerarse una sanción en sentido estricto y supone una diferencia más entre la categoría de la carga y la obligación procesal).

La carga de la prueba en su vertiente formal no es sino una de las manifestaciones de las cargas procesales, con las que comparte notas esenciales y que se puede definir como el poder de ejercicio facultativo conferido a las partes para aportar pruebas de los hechos, ejercitando, si así lo desean, el derecho a la prueba y cuyo incumplimiento no conlleva sanción jurídica alguna, sino la posible aplicación de la regla de juicio (carga de la prueba material) para determinar cuál de las partes ha de ser la perjudicada por la inexistencia o insuficiencia de prueba.

A la vista de configuración que se acaba de realizar, no cabe duda de que la carga de la prueba es una realidad procesal correlativa al derecho a la prueba, puesto que éste sólo se ejercitará cuando las partes tengan interés en obtener una sentencia favorable y, por tanto, realicen todas las actuaciones procesales dirigidas a ello. La relación entre carga de la prueba y derecho a la prueba es, pues, una relación de medio a fin, en la medida en que el ejercicio de éste presupone el cumplimiento previo de la carga de la prueba. En efecto, mientras el derecho a la prueba implica, genéricamente, la posibilidad conferida a las partes de llevar a cabo la

2 Acerca del significado de este principio puede verse Corbal Fernández, J. E., «La adquisición procesal y la carga de la prueba», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXIV (*La prueba en el proceso civil*), 1993.

3 De acuerdo con esta idea, si tras realizar una valoración conjunta de la prueba el juez considera probado un hecho, no será de aplicación la regla de juicio, y ello aunque alguna de las partes no haya aportado pruebas, pues lo relevante en este caso no es quién ha probado, sino que los hechos han sido acreditados. Asencio Mellado, J. M.^a, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, Tomo III, pág. 172. Lo mismo sucede cuando el convencimiento se alcanza gracias a pruebas ordenadas de oficio.

4 López Frago, 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. 255; Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, 3.^a ed., Madrid, 2002, pág. 57 y Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 251.

5 Garberí Llobregat, J., *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, Tomo II, pág. 440.

6 Rosenberg, L., *La carga de la prueba* (1951) (trad. por Krotoschin, E.), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pág. 58.

7 Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba...*, cit., pág. 258.

8 Gavazzi, G., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Ed. Giappichelli, Torino, 1970, pág. 13.

9 Goldschmidt, J., *Principios generales del proceso. I. Teoría general del proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2.^a ed., Buenos Aires, 1961, págs. 91 y ss.

actividad probatoria dirigida a garantizar su defensa, la carga de la prueba es, en definitiva, la realización misma de dicha actividad, pues, como afirma Taruffo, «se trata en realidad de las dos caras de una misma moneda, en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la *posibilidad* de satisfacer la carga de la prueba, o sea, de allegarse de todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas tiene la carga de probar»¹⁰.

2.2. La distribución de la carga de la prueba

La complejidad de esta materia, unida a la escasa regulación que siempre la ha caracterizado, tradicionalmente ha ocasionado la búsqueda constante de una regla que, con carácter general y abstracto, facilite la labor de distribuir la carga de la prueba entre las partes.

Ya en el Derecho Romano se formularon reglas *ad hoc*¹¹, algunas de las cuales han trascendido hasta nuestros días: *onus probandi incumbit actori; necessitas probandi incumbit ei qui agit; actore non probante reus est absolvendus; reus in excipiendo actor est; ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmanti non neganti incumbit probatio o negativa non sunt probanda*. Todas ellas eran reglas particulares cuya función era resolver casos concretos en los que las pruebas decisivas habían arrojado un resultado insatisfactorio.

Frente al casuismo romano, se ha buscado insistentemente un criterio general de distribución de la carga de la prueba. Para ello, se ha recurrido a clasificaciones de los hechos que tiene que probar cada parte.

La más extendida de estas clasificaciones es, quizá, la que distingue entre hechos constitutivos, impositivos, modificativos, extintivos y excluyentes¹².

Los hechos *constitutivos* son aquellos que fundamentan fácticamente la pretensión del actor o, si se quiere, los que constituyen el presupuesto del derecho que reclama. Son los que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación solicita el demandante y, por tanto, le corresponde a él acreditarlos (por ejemplo, si la pretensión consiste en el pago de cierta cantidad como consecuencia de un incumplimiento contractual, el demandante tendrá que probar la existencia del contrato).

Por su parte, los hechos *impeditivos* son los que, como su denominación indica, impiden o imposibilitan el nacimiento de la relación jurídica o del derecho cuya existencia alega el demandante. Son hechos impositivos

los vicios del consentimiento, la falta de causa, el término, el modo, etc. Por ello, su prueba corre a cargo del demandado, que es el interesado en demostrar que, aun dándose los hechos constitutivos, no pueden surtir sus efectos.

Los hechos *extintivos*, por su parte, evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo. Esto es, no impiden que nazca normalmente, pero, llegado un determinado momento, hacen que aquélla, que durante un tiempo tuvo plena eficacia, deje de surtir efectos. Éste, por ejemplo, es el caso del pago en aquellos contratos en los que una de las partes adeuda cierta cantidad. Una vez que el demandado acredita que se ha producido el pago, la relación queda extinguida.

Algunos autores incluyen en la categoría de los hechos extintivos los llamados *hechos modificativos*, que serían los que, sin impedir el nacimiento de la relación jurídica o del derecho alegado por el actor, provocan un cambio en las condiciones de dicha relación, por lo que afectan sustancialmente a los términos en los que está formulada la pretensión. Al igual que los hechos extintivos, tienen lugar *a posteriori* del perfeccionamiento de la relación jurídica, pero no la extinguen, sino que delimitan la pretensión del actor sobre la base de unos contornos distintos a los señalados por él, lo que, en realidad, nos permite considerarlos como una categoría autónoma¹³. Además, no sólo se trata de circunstancias que benefician al demandado, sino que los cambios en las relaciones jurídicas pueden ser alegados también a favor del actor. Por ello, su prueba puede corresponder tanto a éste (si dichas circunstancias actúan como fundamento de la pretensión) cuanto al demandado, si actúan como excepciones. De este modo, quien alega un hecho modificativo de la relación jurídica, tiene la carga de acreditarlo¹⁴.

Los llamados hechos *excluyentes* son hechos que en virtud de ciertas normas apoyan un derecho del demandado que le permite oponerse a la pretensión del actor. El caso clásico es aquél en el que el demandado alega la prescripción del derecho del actor. Asimismo, la compensación, la quita, la espera, etc. (en definitiva, los acuerdos alcanzados por las partes de la relación jurídica en torno al cumplimiento de sus respectivas obligaciones), también actúan como hechos excluyentes de la pretensión del demandante.

Hay que advertir, no obstante, que esta clasificación no tiene carácter absoluto, esto es, no puede establecerse *a priori* a qué categoría pertenece cada hecho, pues un mismo hecho —que puede formar parte de distintas relaciones jurídicas— puede ser clasificado como constitutivo, impositivo, modificativo, extintivo o excluyente en función de la relación jurídica en la que

10 Taruffo, M., «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo 2005, pág. 70.

11 Vid. Micheli, G. A., *La carga de la prueba* (1942) (trad. por Sentis Melendo, S), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 18; Corbal Fernández, J. E., «La adquisición procesal...», cit., pág. 182; Cabezedo Rodríguez, N., «La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 52, 1998, pág. 255.

12 Todos estos tipos de hechos pueden dividirse, a su vez, en hechos *externos* (los que conforman la conducta material) y hechos *internos* o *psíquicos* (aquéllos relativos al estado mental del sujeto que lleva a cabo la conducta material). Ambos tipos de hechos requieren ser probados, aunque, como puede imaginarse, los segundos plantean una problemática especial. Sobre esta cuestión vid. Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (Trad. por Ferrer Beltrán, J.), Ed. Trotta, Madrid, 2002, págs. 159 y ss.

13 Prevista como tal, por ejemplo, en el art. 2697 del código italiano, según el cual «quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento. Quien excepciona la ineficacia de tales hechos, o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido, debe probar los hechos en los que se funda la excepción».

14 Corbal Fernández, J. E., «La adquisición procesal...», cit., pág. 188.

tenga lugar¹⁵. Lo mismo sucede con otras clasificaciones que, aunque con menor repercusión, se han formulado al respecto. Es el caso, por ejemplo, de la que distingue entre las condiciones o circunstancias generales —o comunes— y específicas —o esenciales— de la relación jurídica¹⁶. Las *condiciones generales* serían aquellas que han de concurrir necesariamente en todos los negocios jurídicos para que surtan plena eficacia (por ejemplo, la capacidad, el consentimiento, etc.), mientras que las denominadas *condiciones específicas* serían las que han de concurrir necesariamente en la relación jurídica de que se trata, pues constituyen las notas individualizadoras de la misma (por ejemplo, el acuerdo sobre el objeto de la venta, el precio, etc.). E igualmente sucede al distinguir entre la *normalidad* y la *anormalidad* de los hechos¹⁷, esto es, entre los hechos que acaecen de forma habitual (que, en principio, no necesitan ser probados), y los hechos excepcionales o anormales (que, para que puedan ser tenidos en cuenta, han de ser probados por quien los alega).

El principal obstáculo con el que se encuentran todas estas clasificaciones es la imposibilidad de subsumir todos los casos posibles en ellas sin tomar en consideración las particularidades de cada uno de ellos, lo que puede hacer que sean excesivamente rígidas y conducir a soluciones no deseadas¹⁸.

Estas observaciones han llevado a algunos autores a enunciar una regla más flexible que las anteriores según la cual cada parte tiene la responsabilidad de aportar el material probatorio referido a los hechos que conforman el supuesto de hecho de la norma que le es favorable¹⁹. Ésta es la que se encuentra detrás del art. 196 del Código de Procedimiento Civil peruano, que adopta una perspectiva muy general del fenómeno de la carga de la prueba y sólo hace referencia a la carga de probar los hechos en los que se sustenta la pretensión u oposición de las partes. En cualquier caso, sigue siendo necesario atender a las circunstancias concurrentes en la concreta pretensión deducida para saber qué hechos le corresponde probar a cada una de ellas.

Se trata, pues, de una regulación que reclama la intervención judicial para concretar en cada caso los hechos que correspondía probar a cada parte. Para ello, el juez debe evitar una aplicación rígida de criterios o clasificaciones como los que hemos visto y atender a las especialidades de cada caso; esto es, volver al sano casuismo del que se trata de huir y tomar en consideración criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, que flexibilizan las reglas sobre carga de la prueba para permitir una inversión judicial de la misma en atención a las circunstancias concretas.

II. La inversión de la carga de la prueba

En virtud de los citados principios de facilidad y disponibilidad probatoria cabe realizar una distribución de la carga de la prueba distinta a la prevista con carácter general en la ley. Surge entonces la llamada *inversión de*

la carga de la prueba, de una gran importancia práctica. Ésta se puede realizar a través de distintas técnicas, pero siempre responde a un mismo objetivo: la adaptación de la carga de la prueba a las circunstancias de determinados casos que aconsejan el establecimiento de reglas distintas para facilitar la actividad probatoria de la parte que, según las reglas ordinarias, tendría la carga de probar pero que, en el caso concreto, puede encontrarse con serias dificultades o incluso con la imposibilidad de hacerlo.

Como he señalado, la distribución de la carga de la prueba se puede modificar a través de distintos mecanismos: legal, judicial y convencionalmente. A su vez, no todos ellos provocan los mismos efectos sobre la carga de la prueba, que pueden ser de dos tipos: en primer lugar, se puede producir un cambio en el tema de prueba que provoque una exoneración parcial de la carga de la prueba; y, en segundo lugar, se puede desplazar la carga de la prueba de un hecho —o, más concretamente, de su inexistencia— de una a otra parte, esto es, pueden provocar una exoneración total de la carga de la prueba a favor de la parte que, según las reglas generales, tendría que probar tal hecho. Así, mientras la exoneración parcial implica una facilitación de la actividad probatoria para una de las partes al producirse un cambio en el tema de prueba (es decir, en los hechos que tiene que probar —como sucede, por ejemplo, con las presunciones *iuris tantum*), la exoneración total supone una liberación completa de la necesidad de probar un hecho según las normas generales de distribución de la carga de la prueba, de modo que la otra parte tendrá que probar el hecho contrario. Este último efecto puede obtenerse a través de distintos mecanismos: mediante el establecimiento de reglas en los textos legales que realizan una distribución especial de la carga de la prueba en supuestos específicos (ya sea directamente, ya sea a través de presunciones aparentes); mediante la aplicación judicial de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria en el momento de dictar sentencia o, por último, a través de pactos alcanzados por las partes de una relación jurídica con repercusión sobre la carga de la prueba basadas en esos mismos principios o, al menos, que no sean contrarios a ellos.

1. Las reglas legales que invierten la carga de la prueba

1.1. La inversión directa de la carga de la prueba

Es innegable que todo ordenamiento jurídico nos ofrece múltiples ejemplos de normas que establecen una distribución de la carga de la prueba distinta a la general, pero no todas las reglas legales especiales sobre carga de la prueba invierten la regla general. Por el contrario, no es difícil encontrar algunas normas que simplemente se limitan a concretarla o especificarla para determinados tipos de relaciones jurídicas. Es el caso, entre otros muchos, del art. 1900 Código Civil español, que señala que el demandante tiene que probar la entrega de la cosa (hechos constitutivo de la pretensión)

15 López Frago, T., «La carga de la prueba...», cit., pág. 4; Taruffo, M., «Onere...», cit., pág. 69; Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba...*, cit., pág. 266.

16 Vid. Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba...*, cit., pág. 267.

17 Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba...*, cit., pág. 267.

18 Micheli, G.A., *La carga...*, cit., pág. 310.

19 Cabañas García, M., «Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil», en *Actualidad Civil*, 1996, núm. 15, pág. 356.

y al demandado le corresponde, por su parte, probar que el pago era debido (hecho impeditivo). Nada modifica este precepto, puesto que se limita a concretar la regla general de distribución.

Dejando al margen este tipo de normas, encontramos múltiples ejemplos de preceptos dedicados a invertir la carga de la prueba en casos particulares cuyo fundamento principal suele ser la protección de los intereses de quien se encuentra en una posición que dificulta la prueba del hecho. Siguiendo a Serra Domínguez²⁰, podemos clasificar estas normas según supongan una inversión *directa* de la carga de la prueba (esto es, reglas con dicha finalidad) o una inversión *indirecta* de la carga de la prueba (reglas que, aunque puedan perseguir otro tipo de fines, alteran el modo de distribución de la carga de la prueba).

Las reglas legales de inversión directa de la carga de la prueba se caracterizan por establecer de forma expresa cómo ha de distribuirse la carga de la prueba en determinados tipos de relaciones jurídicas. La forma típica de estas reglas obedecería, en términos generales, al siguiente esquema: «la prueba de X corresponde a Y». Así, por ejemplo, en el contrato de comodato —en virtud del cual una parte entrega a la otra una cosa no fungible para que la use durante un tiempo (artículo 1740 Código Civil español)— la prueba de la duración del contrato y del uso al que se destina la cosa corresponde al comodatario (artículo 1750 Código Civil español). El art. 686 párrafo 2º Código Civil español establece que quien sostenga la validez del testamento en los casos en los que éste sea impugnado por desconocimiento de la identidad del testador, deberá probar dicha identidad (es decir, el demandante sólo tiene que impugnar el testamento, de modo que la contraparte tendrá que mostrar la identidad del testador para que se declare la validez del mismo).

1.2. La inversión de la carga de la prueba a través de presunciones.

Como he señalado, la inversión legal de la carga de la prueba se puede producir también de forma indirecta, mediante el empleo de distintos tipos de reglas presuntivas que conllevan una distribución especial²¹. Las presunciones son reglas de la carga de la prueba en sí mismas consideradas, por lo que no debería hablarse de ellas en términos de «complemento» de las «verdaderas» reglas de la carga de la prueba.

Pero no todas las presunciones tienen los mismos efectos sobre la carga de la prueba. Las denominadas *presunciones en sentido estricto* están integradas por tres elementos esenciales: el hecho base o indicio, el hecho presunto o presumido y la relación o nexo causal entre éstos. El hecho base permite, una vez acreditado, deducir el hecho presumido, pues entre éste y aquél se establece, de acuerdo con las reglas del criterio humano, una relación lo suficientemente directa como para realizar dicha inferencia. Se produce, por tanto, un

cambio en el tema de prueba que, si bien no provoca una exoneración total o un desplazamiento de la misma de una a otra parte (pues no afecta a quién tiene que probar), sí implica una modificación en el *thema probandi*, esto es, en los hechos que las partes tienen que acreditar, de manera que cuando el indicio o hecho base de la presunción quede probado, si se trata de una presunción *iuris tantum*, la parte contraria tendrá que dirigir su actividad probatoria en dos sentidos: bien atacando a la existencia o a la eficacia del hecho base de la presunción, bien demostrando que la regla según la cual del hecho base puede deducirse la existencia del hecho presumido no tiene virtualidad en el caso concreto y, por tanto, el nexo causal exigido no se ha producido²².

Nuevamente, el Código Civil español nos ofrece buenos ejemplos. El artículo 1210.2 establece una presunción de subrogación en el crédito cuando, entre otras posibles circunstancias, un tercero pague la deuda con aprobación del deudor. Para que la presunción pueda ser tenida en cuenta es necesario que el hecho base —el pago por un tercero con aprobación del deudor— quede probado, y si ello sucede, la contraparte tendrá que acreditar, bien que el pago no se produjo o que se produjo sin aprobación del deudor (es decir, que no se da el hecho base), bien que, habiéndose producido el pago, el efecto no ha sido el de la subrogación (esto es, que a pesar de darse el hecho base, no concurre el nexo causal exigido y, por tanto, no cabe considerar probado el hecho presumido).

Un efecto algo distinto es el que producen sobre la carga de la prueba las presunciones *iuris et de iure*, por cuanto se caracterizan por fijar el hecho presumido de modo tal que, si es probado el hecho base, no cabe aportar prueba en contrario del mismo. Es el caso, por ejemplo, de la regla presuntiva prevista en el art. 71.2 de la Ley Concursal española, según la cual se presume *iuris et de iure* que los actos de disposición realizados a título gratuito en los dos años anteriores a la declaración del concurso se han realizado en perjuicio de la masa activa.

Junto a las dos típicas formas de presunción legal que se acaban de analizar (y que responden a la estructura hecho base-nexo causal-hecho presumido), coexisten las llamadas *presunciones aparentes*, *falsas presunciones* o *verdades interinas*, cuyo efecto sobre la carga de la prueba es mucho más evidente que en el caso de las anteriores. En efecto, en ocasiones encontramos reglas de distribución de la carga de la prueba que adoptan la forma de presunciones, pero que en realidad tienen como única función establecer un reparto del *onus probandi* atendiendo a las particularidades derivadas de determinados tipos de relaciones jurídicas. La principal diferencia entre estas reglas (que, al igual que las *iuris tantum*, admiten prueba en contrario) y las presunciones antes analizadas radica en que las presunciones aparentes o verdades interinas suponen que la parte favorecida por ellas no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno, sino que el hecho presumido se

20 Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo XVI, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1991, págs. 52-53.

21 Para un estudio más detallado de esta cuestión, vid. Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 41 y ss.

22 En este sentido vid. Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 5.ª ed., 2004, pág. 366.

considera tal sin necesidad de que quede constancia de hecho base alguno. Ello produce un efecto distinto al de las presunciones propiamente dichas, pues en éstas la prueba del indicio resulta esencial para que la presunción pueda ser aplicada, mientras que en las presunciones aparentes la parte que resulta beneficiada por ella queda totalmente exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presumido. Es el caso, por ejemplo, de la presunción de buena fe del poseedor establecida por el artículo 434 CC español, que implica que quien afirme lo contrario tiene la carga de probarlo, puesto que el poseedor que ve puesta en entredicho su buena fe nada tiene que probar porque se considera que es menos problemático acreditar la existencia de mala fe a partir de actos concretos que acreditar la concurrencia de buena fe durante todo el tiempo de la posesión.

2. La inversión judicial de la carga de la prueba.

2.1. La flexibilidad de las reglas sobre carga de la prueba.

La distribución de la carga de la prueba en los términos previstos en el art. 196 del código de procedimiento civil es aplicable, con carácter general, a todo tipo de supuestos en los que permanezcan inciertos hechos controvertidos relevantes para la resolución judicial. No obstante, es contraproducente una aplicación automática de la regla prevista en el citado precepto, ya que la concurrencia de circunstancias especiales puede hacer necesario proceder a la inversión de la carga de la prueba y, por tanto, a atemperar su rigor. En efecto, aunque también las reglas generales responden al principio de facilidad probatoria (puesto que lo habitual es que lo más fácil sea que cada parte pruebe los hechos en los que se apoya su respectiva posición en juicio), su aplicación indiscriminada, sin atender a las circunstancias del caso concreto, puede provocar que se desvirtúe dicha finalidad. Por ello, debe moderarse la aplicación de la citada regla de distribución a la vista de las circunstancias concurrentes, de modo que se evite la indefensión a la que se podría llevar a alguna de las partes si se aplicase rígidamente. Montero Aroca utiliza un ejemplo muy claro para explicar esta idea: pensemos que un pequeño suministrador se enfrenta a una empresa reclamándole el pago del precio de las mercancías entregadas. El único documento en el que consta dicha entrega está firmado por un ex-trabajador de la empresa al que el actor no logra localizar para que declare en el juicio y, por su parte, el demandado niega que la mercancía fuera entregada. En un supuesto como el descrito, si bien el hecho constitutivo sería la entrega de la mercancía —y, por tanto, tendría que acreditarlo el actor—, es innegable que la mejor situación en la que se encuentra la empresa, que podría aportar un extracto de las operaciones diarias realizadas, tal y como consta en sus archivos informatizados, aconseja que sea ésta —parte demandada— la que acredite que no se realizó la entrega, de modo que la falta de prueba ha de perjudicarle a ella²³. En definitiva, se trata de supuestos

en los que una de las partes tiene un mejor acceso a las fuentes de prueba a su favor y a favor de aquéllos con quienes mantiene relaciones jurídicas y que, por tanto, pueden llegar a ser contraparte en un proceso²⁴.

La previsión de este tipo de criterios flexibilizadores de las reglas sobre carga de la prueba fue uno de los grandes aciertos de la ley procesal española de 2000, que reconoció de este modo lo que venía siendo una práctica muy extendida entre los jueces, que los aplicaban siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba *diabólica*, so pena de causarles indefensión contraria al artículo 24.1 de la CE, por no poder acreditar sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes.

No hay que desconocer, sin embargo, los riesgos que encierra el casuismo que supone aplicar este tipo de principios para modificar la distribución de la carga de la prueba. En efecto, puede producirse una gran inseguridad jurídica para las partes, pues según el criterio general de distribución les correspondería la prueba de otros hechos, de modo que pueden encontrarse con una resolución desfavorable sin que hayan podido evitarlo al confiar en la aplicación de la regla general²⁵. Además, como ha señalado Taruffo, se corre también el grave riesgo de comprometer el principio de contradicción manipulando discrecionalmente en cada caso la distribución de la carga de la prueba²⁶. Sin embargo, estos peligros pueden conjurarse si los letrados que intervienen en el proceso conocen la jurisprudencia aplicable al tipo de casos de que se trate. En efecto, el conocimiento del precedente judicial permite saber, *a priori*, con casi total seguridad, si será o no aplicado el principio de facilidad probatoria en atención a cuál de las partes se encuentra más cercana a la fuente de prueba y, por tanto, sobre quién podría pesar la carga de la prueba, evitando así el riesgo de resultar perjudicado por permanecer inactivo al confiar en la aplicación de la regla general.

Por último, también sería de utilidad para evitar estos peligros que, en los casos de inversión judicial de la carga de la prueba, el juez advierta a las partes —si es que cuenta con indicios de ello— de la insuficiencia de la prueba que han propuesto y de las consecuencias que ello llevará aparejado²⁷. Se evitarían así las consecuencias negativas de la modificación de la regla general cuando las partes ya no le pueden poner remedio alguno.

2.2. El principio de facilidad probatoria

El principio de facilidad probatoria es un principio mucho más amplio que el de disponibilidad, de modo tal que, si bien todos los casos de disponibilidad entran también en el campo de actuación del principio de facilidad, no todos los supuestos a los que cabe aplicar el principio de facilidad reúnen las condiciones para

23 Montero Aroca, J., (con Ortells Ramos, M., Gómez Colomer, J. L. y Montón Redondo, A.) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 195.

24 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal...*, cit., pág. 372.

25 Cabañas García, M., «Tratamiento de la carga de la prueba...», cit., pág. 368.

26 Taruffo, M., «Onere...», cit., pág. 77.

27 Posibilidad que la ley procesal española prevé en el art. 429.1 II, sobre el que he realizado algunas observaciones en «Las facultades probatorias del juez civil previstas en el artículo 429.1 II LEC», *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 21, noviembre de 2005.

aplicar el de disponibilidad probatoria. En otras palabras, el principio de disponibilidad es un concepto derivado del de facilidad, que es más amplio²⁸.

Su alcance ha de determinarse en atención a la posición que cada parte ocupa respecto de la prueba de un determinado hecho. Como se ha señalado antes, generalmente lo más sencillo es que cada parte acredite los hechos que le son favorables y, por tanto, que sustenten sus respectivas pretensiones. En estos casos, será de aplicación la regla general de distribución de la carga de la prueba, precisamente porque así lo aconseja el propio principio de facilidad. Pero, en ocasiones, aunque cada parte pueda probar los hechos que les son favorables, la parte contraria a la que le corresponde probar un determinado hecho puede aportar dicha prueba al proceso más rápidamente o más fácilmente, por lo que sobre ella deben recaer las consecuencias de la falta de prueba de tal hecho. Para Muñoz Sabaté, sin embargo, el alcance del principio de facilidad es todavía mayor, puesto que no englobaría sólo los casos en los que es más fácil o rápido para la contraparte aportar una prueba, sino también todos aquellos en los que ésta puede aportarla con un menor coste económico, de forma más fiable o asegurando su práctica más que la parte a la que beneficia dicha prueba²⁹. Sin embargo, a la hora de fijar los criterios a tener en cuenta para determinar cuándo es aplicable el principio de facilidad y a pesar de esta amplia caracterización, el autor considera que el principio de facilidad probatoria —y también el de disponibilidad— no responde a la posición que cada parte ocupa en el proceso, sino a su comportamiento en el seno de éste³⁰. No obstante, considero que la aplicación de estos principios depende por igual de ambas circunstancias: por un lado, es necesario evaluar cuál de las partes está en mejor posición para aportar la prueba del hecho y, por otro lado —como consecuencia de lo anterior—, hay que determinar también si dicha parte actúa o no de acuerdo con el principio de buena fe procesal, en virtud del cual le correspondería aportar la prueba si se encuentra en mejor posición que la otra parte. En efecto, el principio de buena fe procesal exige que aquél a quien le resulte más fácil la prueba de un hecho lo acredite. Lo contrario implicaría la posibilidad de que quien no colabore puede lograr con ello un claro beneficio, lo que no es procesalmente aceptable por contravenir el citado principio.

En definitiva, el principio de facilidad es aplicable en los casos en los que, aunque la parte que tiene la carga de probar un hecho pueda acreditarlo, a la contraparte le resulta mucho más fácil aportar dicha prueba. En estos casos, el ordenamiento jurídico ofrece dos posibilidades: por un lado, se establecen reglas legales especiales que —directamente o a través de presunciones— cargan con la prueba del hecho a quien le resulta más fácil (inversión legal) y, por otro lado, los órganos judiciales,

cuando el hecho a probar haya quedado dudoso, pueden invertir la carga de la prueba (inversión judicial), de modo tal que la falta de prueba perjudique a quien tenía en su mano acreditarlo sin grandes dificultades³¹. A su vez, la inversión judicial se puede producir de dos formas, al igual de lo que sucede con la inversión legal: bien directamente, bien a través de una presunción creada por el propio juez³².

2.3. El principio de disponibilidad probatoria.

El segundo de los criterios que permiten modificar las consecuencias de la falta de prueba a la vista de las circunstancias del caso es el de *disponibilidad probatoria*. Aun cuando se trata de un principio muy similar al de facilidad que se acaba de analizar (de hecho, en muchas ocasiones, los tribunales aluden a ellos indistintamente), su significado es mucho más limitado. En efecto, al igual que el principio de facilidad probatoria, el principio de disponibilidad entra en juego en situaciones en las que la aplicación rígida de la carga de la prueba llevaría a conclusiones inaceptables. Pero, a diferencia de la amplitud con la que el órgano jurisdiccional puede evaluar si una determinada situación exige o no la aplicación del principio de facilidad, el principio de disponibilidad le deja un menor margen de maniobra para su aplicación (lo que no impide, lógicamente, que todos aquellos casos en los que no pueda aplicarse el principio de disponibilidad puedan ser catalogados como situaciones que autorizan al órgano jurisdiccional a invertir la carga de la prueba en virtud del principio de facilidad).

El principio de disponibilidad implica que la parte contraria a la que, según las reglas generales, tiene la carga de probar, es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión de la contraparte⁽³³⁾. Para Muñoz Sabaté, desde una perspectiva bastante más amplia, el principio de disponibilidad alude a una situación que ha denominado «de cercanía, acceso o contacto del litigante» con la fuente de prueba en virtud de la cual éste podría incorporarla al proceso sin grandes obstáculos³⁴. Sin embargo, el principio de disponibilidad no implica únicamente una mayor cercanía a la fuente de prueba. Como ha señalado Asencio Mellado, mientras el principio de facilidad supone que a una parte le resulta más fácil probar un hecho que a la parte a la que le corresponde la carga de probarlo, el principio de disponibilidad implica no sólo una mayor facilidad, sino la posibilidad —en exclusiva— de acreditar fehacientemente ese hecho o, mejor dicho, el hecho contrario al que le correspondería probar a la otra parte³⁵, y ello porque se produce alguna de las situaciones puestas de manifiesto por Muñoz Sabaté: una disponibilidad *material*, consistente en un acceso exclusivo a la fuente o al medio de prueba, o una disponibilidad *intelectual*, que se produce cuando

28 En este sentido, Asencio Mellado, J. M.ª, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso civil práctico*, Ed. La Ley, 2001, Tomo III, págs. 177-178 y Muñoz Sabaté, Ll., *Fundamentos de prueba judicial civil. Ley 1/2000*, JM Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 179.

29 Muñoz Sabaté, Ll., *Fundamentos...*, pág. 179.

30 Muñoz Sabaté, Ll., *Fundamentos...*, pág. 180.

31 En este sentido, Vallespín Pérez, D., «Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español», en *Justicia*, 1999, núm. II, pág. 302.

32 Para Taruffo, la inversión judicial de la carga de la prueba se produce siempre a través de presunciones. Taruffo, M., «Onere...», cit., pág. 77.

33 Asencio Mellado, J. M.ª, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso civil...*, cit., Tomo III, p. 177.

34 Muñoz Sabaté, Ll., *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 178.

35 Asencio Mellado, J. M.ª, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso civil...*, cit., Tomo III, págs. 177-178.

la parte es la única que conoce el dato que hay que incorporar al proceso. Por ejemplo, en esta línea, el Tribunal Supremo español ha sido tajante al afirmar que la mera creencia del demandado de que no debió admitirse la demanda de paternidad no justifica en modo alguno su negativa a someterse a la prueba biológica, puesto que al disponer en exclusiva de la prueba decisiva, esa posibilidad le convertiría en dueño del proceso³⁶.

Así caracterizado, el principio de disponibilidad tiene como finalidad última evitar la clara situación de indefensión que se produciría si la parte que tiene en su poder un medio de prueba del que no dispone la parte a la que favorece impidiese —con una actitud obstruccionista carente de justificación alguna— la introducción de dicha prueba en el proceso. Por ello, aunque la regla general de distribución de la carga de la prueba implique que la parte que no acredita su pretensión ha de sucumbir, en la situación que se acaba de describir, el órgano jurisdiccional puede hacer recaer sobre la contraparte las consecuencias desfavorables de la falta de prueba. Y ello incluso aunque la parte que originariamente tenía la carga de la prueba pudiese aportar medios de prueba distintos a los que están en poder de la contraparte, siempre que éstos no tengan la suficiente entidad para acreditar, por sí solos, su pretensión³⁷.

Por tanto, la situación de indefensión que se produce para quien no puede emplear todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, y el deber de colaboración con la Administración de Justicia que pesa sobre quien dispone de la prueba, autorizan en último término al órgano jurisdiccional a aplicar en cada caso el principio de disponibilidad probatoria y, en su virtud, a imponer las consecuencias negativas de la falta de prueba a la parte obstruccionista³⁸. Así lo viene afirmando el Tribunal Constitucional español, que considera que el principio de disponibilidad permite evitar la indefensión de quien ejercita su pretensión de buena fe. En efecto, en relación con las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad, entiende que quien tiene en su poder la fuente de prueba tiene el deber de colaborar «a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE»³⁹.

3. La inversión convencional de la carga de la prueba

La última de las fórmulas a través de las cuales se puede invertir la carga de la prueba es mediante pactos extraprocesales entre las futuras partes del litigio en el marco de una determinada relación jurídica. Esto

es lo que se conoce como inversión *convencional* de la carga de la prueba y viene dada por la existencia de un componente material en la carga de la prueba consistente en el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación se pide en el proceso. Puede ocurrir que dichas normas permitan que el supuesto de hecho que establecen pueda ser configurado por las propias partes, pues éstas, en la constitución de las relaciones jurídicas de carácter privado, tienen libertad para dotar de un determinado contenido a dichas relaciones, siempre que sus normas reguladoras así lo permitan. De este modo, preceptos legales en los que se contienen cláusulas del tipo «sí de la obligación no se desprende otra cosa», «salvo pacto en contrario», etc., permiten que los términos de la relación jurídica se fijen de un modo diverso al previsto legalmente. La configuración del supuesto fáctico de forma distinta a la establecida por la ley, cuando sea posible por tratarse de una materia disponible, puede influir decisivamente en el modo de entender o interpretar la distribución del *onus probandi*. Un ejemplo ya clásico en la doctrina de este tipo de modificación de la carga de la prueba, provocada por un pacto de Derecho material, nos lo ofrece la regulación que el Código de Comercio español establece para el contrato mercantil de transporte terrestre. La carta de porte —documento en el que constan los datos fundamentales del contrato— ha de contener, entre otros extremos, la descripción de la mercancía, con expresión de su peso y calidad (artículo 350.4º). Ello supone que, conociendo la mercancía transportada y de acuerdo con el artículo 361 del mismo texto legal, el transporte se realizará por cuenta y riesgo del cargador, de modo que si las mercancías sufren algún daño, el porteador tendrá que probar que el deterioro se produjo por «caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas», exonerándose así de responsabilidad. Pero el mismo artículo 361 permite que las partes pacten lo contrario, es decir, mediante el empleo de cláusulas del tipo «ignoro peso y contenido», por las que el transporte se realiza por cuenta y riesgo del porteador, de modo que en este caso es al cargador a quien corresponde la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor, etc. Estas cláusulas contractuales hacen recaer sobre el cargador la prueba del contenido del contrato. Por ello se dice que se produce una modificación de la carga de la prueba, pues si la cláusula no existiese sería el porteador quien tendría que acreditar la falsedad de los datos contenidos en la carta de porte.

La admisión de este tipo de pactos que proyectan su eficacia sobre la distribución de la carga de la prueba está sometida, no obstante, a ciertas limitaciones. Tradicionalmente, el juego de la autonomía de la voluntad como reguladora de las relaciones jurídicas entre particulares se encuentra reducida, como se ha visto, a materias de carácter disponible⁴⁰. La eficacia que puede tener en el proceso y, concretamente, en esta materia, la autorregulación basada en la autonomía de la voluntad es clara: el establecimiento de pactos que producen efectos sobre el *onus probandi* —pues

36 STS 689/2004, de 7 de julio.

37 Asencio Mellado, J. M.ª, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso civil...*, cit., Tomo III, pág. 177.

38 Esto último es puesto de manifiesto por Asencio Mellado, J. M.ª, en Gimeno Sendra, V. (Dir.), *Proceso civil...*, cit., Tomo III, pág. 177.

39 STC 7/1994, de 17 de enero.

40 Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba...*, cit., pág. 281.

asignan la carga de la prueba de un hecho a la parte a la que según la ley no le correspondería hacerlo— sólo es admisible cuando con ello no se imposibilite o se haga sumamente difícil cumplir la carga de la prueba. Por tanto, la existencia de tales pactos ha de estar guiada o, cuanto menos, no ser contraria al principio de facilidad. Y, en último término, siempre será el órgano jurisdiccional quien decidirá si estos pactos son o no de aplicación y, en su caso, si en virtud del principio de facilidad o de disponibilidad se ha de distribuir la carga de la prueba de otro modo.

La única referencia en la legislación española en la que se establece expresamente un límite genérico a la inversión convencional de la carga de la prueba la

encontramos en el **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Concretamente, el art. 82.4 e) considera abusiva toda cláusula que *indebidamente le imponga la carga de la prueba al consumidor o usuario, entendiéndose por *indebida* toda inversión en su perjuicio.*** Extendiendo la eficacia de este precepto a cualquier situación procesal en la que una de las partes se encuentre en una posición de debilidad respecto de la otra, las consecuencias de un pacto con efectos sobre la carga de la prueba que no cumpla con la citada condición ha de reputarse nulo por no respetar los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. 