

La carga de la prueba

Sobre cómo mejorar la tutela efectiva de las partes a la luz de las reglas de juicio aplicables ante la insuficiencia o falta de prueba

Ramon Escaler Bascompte

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

La carga de la prueba

**Sobre cómo mejorar la tutela efectiva
de las partes a la luz de las reglas de
juicio aplicables ante la insuficiencia
o falta de prueba**

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2017 Ramon Escaler Bascompte

© 2017 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-55-6

Depósito legal: B-10303-2017

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

En memoria del Prof. Manuel Serra Domínguez.

*Al Prof. Francisco Ramos Méndez,
mi querido Maestro.*

*A l'Ona i la Sílvia,
pels seus somriures que m'omplen de força.*

Índice

ABREVIATURAS	13
I. INTRODUCCIÓN. SOBRE CÓMO MEJORAR LA TUTELA EFECTIVA DE LAS PARTES A LA LUZ DE LAS REGLAS DE JUICIO APLICABLES ANTE LA INSUFICIENCIA O FALTA DE PRUEBA	15
II. METODOLOGÍA	21
III. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS REGLAS DE JUICIO APLICABLES ANTE LA INSUFICIENCIA O FALTA DE PRUEBA (CARGA DE LA PRUEBA)	23
1. ¿Carga de prueba o regla de juicio? ¿Distintos fundamentos?	24
2. Reglas de cargas estáticas <i>versus</i> cargas probatorias dinámicas: ¿incompatibles o complementarias?	30
3. Naturaleza procesal de la regla. Efectos prácticos	32
4. ¿Es posible la inversión de la carga de la prueba?	34
4.1. ¿Inversión legal?	37
4.2. ¿Inversión convencional?	40
IV. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN	47
1. En función del objeto de prueba: la relevancia del momento de fijación de los hechos controvertidos	48
1.1. ¿Existe la carga de la prueba de la costumbre y del derecho extranjero? ..	50
1.2. Influencia del principio de adquisición procesal	55
2. Diferenciación de las normas de valoración	59
2.1. La dosis de prueba	61
2.2. Las presunciones	68
2.2.1. Verdaderas presunciones o ¿reglas de carga encubiertas?	69
2.2.2. La prueba de la apariencia (<i>prima facie</i>). <i>Res ipsa loquitur</i>	73
3. ¿Es compatible con la iniciativa probatoria del tribunal?	76

V. REGLA GENERAL Y NORMAS CORRECTORAS. ANÁLISIS CRÍTICO	
DEL ART. 217 LEC	81
1. Regla de juicio aplicable ante la insuficiencia o falta de prueba	83
2. Criterios de distribución estáticos como norma general	84
3. Criterios especiales en procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita ..	93
4. Criterios especiales para la igualdad de hombres y mujeres	94
5. Criterios especiales en otras leyes	101
5.1. De forma expresa	102
5.2. De manera indirecta, como falsa presunción	107
6. Regla dinámica: facilidad y disponibilidad	114
6.1. La facilidad probatoria: criterios de determinación que la fundamentan. . .	122
6.1.1. Por la posición de las partes con relación a la materia objeto del proceso	123
6.1.1.1. La responsabilidad extracontractual por daños en actividades de riesgo anormalmente peligrosas: desplazamiento de la prueba de la debida diligencia al demandado	125
6.1.1.2. La prueba de la relación de la causalidad y el daño a cargo del administrador societario demandado en acciones de responsabilidad extracontractual: excepción al criterio general que los carga al actor	129
6.1.1.3. La carga de la prueba del demandado de la debida información de los riesgos en supuestos de responsabilidad por daños. Especial atención a la responsabilidad civil médica	132
6.1.1.4. Hechos negativos: desplazamiento de prueba al sujeto que debía realizarlos. En especial, el incumplimiento de contratos	135
6.1.1.5. Reclamaciones fundamentadas en la inexactitud o falsedad de la información: la prueba de su veracidad por el demandado. En particular, la simulación de contratos	137
6.1.1.6. Posición dominante en la relación jurídica. En concreto, en materia de consumidores y usuarios	139
6.1.2. Por la conducta de las partes en litigio	140
6.1.2.1. <i>Lege ferenda</i> , la instancia de parte como condición de aplicabilidad de las reglas flexibles.	140
6.1.2.2. Otras conductas contingentes	142
6.2. La disponibilidad como criterio específico de determinación de facilidad probatoria. Particularidad en los procesos de familia: compartida	144
VI. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA REGLA EN LA DINÁMICA DEL JUICIO	149
1. La preparación del juicio	150
1.1. ¿Cómo influye la carga de la prueba en la decisión de acudir a juicio?	150
1.2. ¿Sería conveniente importar la técnica del « <i>pre-trial discovery</i> »?	155
2. La demanda. Contenidos orientados por la regla de juicio	158
3. La contestación a la demanda desde la perspectiva de la regla de juicio. En particular, la rebeldía estratégica	162

4. Audiencia previa: un escenario ideal para la concreción de la regla de carga en el caso concreto	167
4.1. La fijación de hechos controvertidos como mecanismo de eficiencia de las reglas de carga	168
4.2. La proposición de prueba en atención a la regla de carga	172
4.3. La necesidad de una solución análoga, <i>lege ferenda</i> , para el juicio verbal	178
4.4. Admisión de prueba: ajena a las reglas de carga	179
5. La omnipresencia de la carga de la prueba en el juicio oral	180
5.1. Práctica de las pruebas: la obstativa conducta de las partes como criterio de flexibilidad de las reglas de carga	181
5.2. Conclusiones sobre hechos controvertidos	184
6. Las diligencias finales como mecanismo evitador de indefensiones derivadas de las reglas de carga flexibles	191
7. La sentencia: la aplicación de las reglas de carga al enjuiciar hechos dudosos o faltos de prueba	195
8. El control de la errónea aplicación de la regla de juicio y/o la indefensión causada por la misma	199
8.1. Recurso de apelación	200
8.2. Recurso extraordinario por infracción procesal	207
8.3. El incidente de nulidad de actuaciones	212
8.4. Rescisión de sentencias firmes en rebeldía	216
8.5. La revisión de sentencias firmes	218
8.6. El recurso de amparo	221
8.7. Reclamaciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	224
VII. ¿CÓMO SE RESUELVE LA INSUFICIENCIA PROBATORIA EN ARBITRAJE?	227
1. ¿Cabe pactar una regla de carga de la prueba? ¿En su caso, y si no se respeta?	228
2. ¿Cómo proceden los árbitros ante la ausencia de una regla de juicio aplicable ante la insuficiencia probatoria en la Ley de Arbitraje? ¿Hay riesgo de indefensión?	230
VIII. ANEXO. PROPUESTA DE REFORMA DE LA NORMATIVA REGULADORA CARGA DE LA PRUEBA DE LA LEC Y DE LA LEY DE ARBITRAJE	237
IX. CONCLUSIONES	247
BIBLIOGRAFÍA	253
JURISPRUDENCIA	261

Abreviaturas

AC	Aranzadi Civil. Base de datos Aranzadi Bibliotecas
art.	artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Dir.	Director
Ed.	Editorial
EEMM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
LA	Ley de Arbitraje
LC	Ley Concursal
LCC	Ley Cambiaria y del Cheque
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LCTT	Ley del Contrato de Transportes Terrestres de mercancías
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
LJS	Ley de la Jurisdicción Social
LM	Ley de Marcas
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LP	Ley de Patentes
LSC	Ley de Sociedades de Capital
pág.	página

RJ	Base de datos Aranzadi Bibliotecas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen

I | Introducción. Sobre cómo mejorar la tutela efectiva de las partes a la luz de las reglas de juicio aplicables ante la insuficiencia o falta de prueba

El desarrollo de esta monografía sobre la carga de la prueba ha supuesto un importante reto de superación personal, tanto en la vertiente investigadora como emocional, puesto en su camino han confluído ambos aspectos. Desde el punto de vista más sentimental, del algún modo, el trabajo ha devenido mi humilde homenaje póstumo al malogrado Prof. Manuel Serra Domínguez, con quien tuve la ocasión de compartir valiosas experiencias académicas. El tema objeto de análisis aborda una de las materias predilectas del citado profesor, lo que se evidenciará a lo largo de esta obra poniendo de relieve que sus estudios sobre la institución siguen siendo toda una referencia. Como si de cerrar un círculo se tratase, una vez inmerso en el análisis del tema, gocé de la fortuna de recibir una ayuda de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez¹, promocionando el estudio de obras en materia de Derecho Procesal, lo que me ha permitido disponer de mejores medios para completar un estudio más exhaustivo de la institución.

En efecto, esta monografía sobre la carga de la prueba tuvo su embrión en un artículo que desarrollé con motivo de mi participación en un proyecto de investigación que tenía por cometido analizar los principales problemas de la prueba civil². Debo agradecer al Prof. Joan Picó Junoy, responsable del citado proyecto³, que me invitara a colaborar en un grupo de trabajo especializado

1. Este trabajo se ha desarrollado con la ayuda para la realización de estudios monográficos concedida por la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, hecha pública en el acto de clausura del Primer Memorial Manuel Serra Domínguez, en fecha 30 de noviembre de 2015.

2. Pueden verse sus conclusiones en «Propuesta de reforma de la normativa sobre carga de la prueba contenida en la LEC», en obra colectiva pendiente de publicación (dir. PICÓ JUNOY J.).

3. Datos del proyecto: «La prueba civil a examen: estudio de sus problemas y propuestas de mejora», (referencia DER 2013-43636-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

en materia de prueba, lo que me ha enriquecido enormemente los conocimientos sobre la materia.

En toda esta secuencia explicativa de la razón de ser de la elección del tema de trabajo, no podía faltar la alusión al Prof. Francisco Ramos Méndez, mi Maestro, quien ha guiado toda mi carrera investigadora desde sus inicios. Nunca le podré agradecer suficientemente los sabios consejos que me ha ofrecido siempre que los he necesitado. También en esta ocasión, sus sugerencias me fueron de gran utilidad a la hora de concretar el cometido que asumiría en el citado proyecto, lo que me hizo decantar por el examen de los aspectos problemáticos que genera la figura de la carga de la prueba.

Desde un plano estrictamente técnico-dogmático, el estudio de dicha institución infunde mucho respeto, puesto ha venido preocupando desde la doctrina clásica hasta la actualidad. Se ha producido una amplísima bibliografía sobre el tema, dado que prácticamente cualquier autor que ha escrito sobre prueba, de alguna manera u otra, se ve obligado a referirse al mismo. Y es que, como se verá, la figura relativa a la carga de la prueba incide en distintos aspectos de la fase probatoria, lo que obliga a analizar las diferentes actividades probatorias que se plantean durante la dinámica de un juicio, para desarrollar un debido diagnóstico de las consecuencias procesales que conlleva su régimen normativo. Ello lo convierte en una materia de estudio apasionante, pero conviene acotar muy bien la perspectiva desde la que se aborda, en aras a que el trabajo aporte conclusiones que puedan mejorar la aplicación práctica de la institución, evitando que la investigación se desborde por distintos cauces que se alejan de la esencia de la figura.

Con ello ya se está adelantando que el estudio se focalizará desde un determinado punto de vista: la propuesta de soluciones eficientes a los problemas que las reglas sobre carga de la prueba están generando en la actualidad. Lógicamente, para entender debidamente las dificultades presentes en ocasiones habrá que analizar su evolución histórica. Asimismo, como punto de partida, habrá que delimitar el marco teórico de la institución con respecto a figuras afines.

Ahora bien, teniendo en cuenta el largo devenir histórico de la figura, hay que ser humildes con los objetivos de la investigación. No se parte con la idea de ofrecer una respuesta conceptual definitiva, ni completamente original, a un tema que ya han abordado los más prestigiosos procesalistas. Lo que se pretende es ofrecer una visión sistematizada del tema desde un punto de vista en el que debieran coincidir las divergentes posturas doctrinales que se han enfrentado a la materia, esto es, indagando si resulta posible mejorar la tutela efectiva de las partes a la luz de la regulación prevista para dicha institución.

En otras palabras, si se está de acuerdo en que el art. 24 de la CE recoge la garantía procesal por excelencia, esto es, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se intentará delimitar cuál es la lectura de la figura que puede ser más favorable en aras al debido respeto de la misma. En este sentido, habrá que analizar si la legislación vigente se adapta a dichas exigencias constitucionales o bien debiera revisarse. El subtítulo de la obra describe dicho cometido nuclear: «Sobre cómo mejorar la tutela efectiva de las partes a la luz de las reglas de juicio aplicables ante la insuficiencia o falta de prueba». En definitiva, se trata de acotar cuál es la lectura constitucional más plausible de la institución acorde a los tiempos modernos.

En esta labor habrá que examinar al detalle el artículo 217 LEC, que es el que contiene la regulación básica de la carga de la prueba en el proceso civil. Dicho precepto tuvo la virtud de recoger lo que se podían considerar los aspectos doctrinales/jurisprudenciales en los cuales se había alcanzado un mayor consenso, pero, a poco que se profundiza, se observa que siguen flaqueando en muchos extremos. Y es que, si bien hoy en día está asumido que dichas normas de carga de la prueba sirven al juez, como regla de juicio, para dar una respuesta en aquellos casos en que tiene duda sobre la existencia de los hechos jurídicamente relevantes para un caso concreto, puesto no se discute que el art. 1.7 CC le prohíbe el *non liquet*, se sigue debatiendo sobre cuál debe ser la mejor configuración de dichas reglas.

Probablemente, en buena medida el problema derive de que es muy difícil sistematizar una regla de juicio adecuada a las particularidades de cada caso, por el inevitable casuismo que se manifiesta en su aplicación práctica. La dificultad se acrecienta cuando, partiendo de ideologías y principios muy distintos, se aboga por soluciones de lo más diverso, desde los que defienden unas reglas de juicio estáticas, hasta quien sostiene una flexibilidad casi absoluta, pasando por fórmulas intermedias. Posiblemente todas tengan parte de razón y sean igualmente válidas en función de los principios que informan la política legislativa de cada sistema procesal. Sin embargo, quizás algunas fórmulas chirríen más que otras en cuanto a obstaculizar la tutela efectiva de las partes. Si esto es así, habría que revisarlas y abogar por las más respetuosas con las garantías procesales. Éste será el objetivo principal de esta investigación: chequear la aplicación práctica de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC a la luz de la tutela efectiva de las partes. De las conclusiones que se extraigan, algunas podrán tenerse en cuenta para la aplicación práctica de la normativa vigente; otras, en cambio, advertirán la necesidad de una reforma legislativa en la materia.

Hay que tener en cuenta que la perspectiva de la investigación no es extraña a la LEC. Al contrario, en el apartado IX de su Exposición de Motivos, de manera

acertada, se señala que: «...Las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen **reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes...**». El propio legislador pone de manifiesto que la actividad procesal de las partes puede depender de la configuración de las reglas sobre la carga de la prueba. Si optara por una regla de juicio estática, las partes tendrían la seguridad jurídica de las consecuencias que les puede acarrear la falta de prueba cuando la carga pese sobre ellas. El problema es que el art. 217 LEC admite cierta flexibilidad, adaptada a las exigencias del caso concreto, lo que posiblemente sea justificado para evitar situaciones de indefensión que había puesto de relieve la jurisprudencia. Ello puede provocar que una parte que había orientado su actividad procesal pensando en una determinada regla de carga estática, en el momento de la sentencia vea que se le aplica otra regla de juicio distinta.

La inseguridad jurídica que ello genera aboca a situaciones de indefensión que afectan de lleno a la tutela judicial efectiva. Nótese que, para evitar una situación de indefensión de la parte que no podía probar un hecho atendiendo a reglas estáticas, es posible que se apliquen reglas más flexibles que la modifiquen, lo que puede repercutir en una indefensión de la contraparte que lo desconoce hasta que se dicta sentencia. La tutela judicial efectiva de ambas partes está en juego en función de la decisión que se tome. La inevitable casuística a la que debe responder una justa aplicación de las reglas de la carga de la prueba no debiera impedir una respuesta legislativa que equilibrara la situación.

Lamentablemente, nuestro legislador, a pesar de las buenas intenciones apuntadas en la citada EEMM de la LEC, omite cualquier medida correctora de la inseguridad que puede generar a las partes la aplicación de normas flexibles de carga de la prueba. En este sentido, cuando se acuda a la regla de juicio dinámica del art. 217.7 LEC, las partes no tendrán ninguna certeza sobre el uso de un criterio distinto a la regla general estática antes de sentencia. De poca orientación les servirán las reglas de carga, más bien al contrario, les generarán una incertidumbre que puede ser perjudicial en aras a encaminar su actividad y, por ende, dificultar una verdadera tutela judicial efectiva.

En otras palabras, si como apunta el legislador, las normas de carga de la prueba orientan la actividad de las partes, éstas deben ofrecer la seguridad de saber cuál es la regla de juicio que aplicará el juez ante posibles dudas sobre hechos relevantes. Las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, manifestada especialmente en su vertiente de derecho a la prueba, exigen que se deba garantizar la propuesta de prueba conforme a la regla de carga que se estime más adecuada en el caso concreto. Posiblemente haya distintas fórmulas para hacerlo, quizás ninguna ideal, pero lo que es seguro es que la formulación del

art. 217 LEC, admitiendo la flexibilidad de las reglas de carga en sentencia, sin orientación previa de las partes durante el proceso, no encaja del todo con las exigencias constitucionales.

En esta obra se intentarán aportar soluciones en aras a que las normas de la carga de la prueba, ni dificulten en exceso el acceso a la justicia de quien se cree con razón para articular una demanda, pero ante los previsibles impedimentos que tenga para producir una prueba, aparejado al temor de que se le aplique una regla de carga estática, ya no lo haga; ni, por el contrario, que alguna parte que de entrada confía en las reglas estáticas, se vea sorprendida por una aplicación de reglas de carga flexibles en un momento procesal en el que ya no puede hacer nada para probar los hechos que se le cargan. Los mecanismos de audiencia y contradicción previstos durante la dinámica del juicio debieran poder acomodar las necesidades de ambas partes. Asimismo, garantizando la intervención de las partes en dicho ámbito, la conducta que adopten sobre la necesidad de acudir a reglas de cargas flexibles puede devenir un criterio determinante para el órgano judicial a la hora de valorar la conveniencia de hacer uso de las mismas en un caso concreto, lo que también facilitaría su tarea enjuiciadora al respecto.