

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1: LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL	6
I. INTRODUCCIÓN	6
II. EL CONCEPTO	6
II.I CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES	8
III. FUNCIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	11
IV. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	13
A) REGLA LEGAL GENERAL PARA DISTRIBUIR LA CARGA DE LA PRUEBA (217. 2 Y 3 LEC)	14
B) LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES.....	14
C) REGLAS ESPECIALES DE DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA (217.7 LEC)	16
CAPÍTULO 2: DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA	18
I. INTRODUCCIÓN	18
II. CONCEPTO DE FACILIDAD.....	19
III. CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD	20
IV. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD.....	21
CAPÍTULO 3: JURISPRUDENCIA EN LA QUE SE APLICA LA DISPONIBILIDAD Y LA FACILIDAD PROBATORIA	24
I. INTRODUCCIÓN	24
II. FACILIDAD PROBATORIA.....	25
A) LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA.....	25
B) HECHOS NEGATIVOS	29

III. DISPONIBILIDAD PROBATORIA.....	31
A) NEGATIVA INJUSTIFICADA DEL SOMETIMIENTO A PRUEBA DE PATERNIDAD.....	31
B) POSESIÓN DEL OBJETO DE LA PRUEBA	34
C) INDISPONIBILIDAD NEGLIGENTE	36
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFIA	42
ANEXO DE JURISPRUDENCIA.....	43

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal (reforma 2010)
CC	Código Civil
Ed.	Edición
Fjo jco.	Fundamento Jurídico
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Nº	Número
Ob. Cit.	Obra citada
Pp.	Páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar en qué consisten y como operan los principios de facilidad y disponibilidad probatoria presentes en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuales se encargan de flexibilizar la aplicación de las reglas referentes a la carga de la prueba.

Para mayor entendimiento sobre todo lo que envuelve a estos dos principios hemos hecho un estudio sobre la carga de la prueba en general, haciendo referencia y parándonos en cada punto del art. 217 LEC con la finalidad de entender mejor que pretende dicho artículo y cuál es la finalidad de la carga de la prueba. Así como también rebuscando en sus orígenes y demás aspectos relacionados con esta figura procesal.

Una vez estudiada la carga de la prueba y sabiendo cuando opera y cuando no, hemos procedido a explicar los conceptos de disponibilidad y facilidad por separado, procurando de este modo saber cuál era la finalidad del legislador a la hora de introducir en el texto legal dos conceptos tan similares entre sí, además de saber cuál es el significado de cada uno.

Una vez finalizado éste análisis conceptual hemos procedido a hacer una diferenciación entre ambas reglas procesales con el fin de encontrar tanto sus diferencias como sus semejanzas, éstas últimas más que abundantes.

Posteriormente hemos procedido a hacer un análisis jurisprudencial que nos ha permitido apreciar la aplicación en la vida real de estos dos principios flexibilizadores de la carga de la prueba.

Dicho análisis se ha centrado en los casos en los que se pudo apreciar de manera más que clara la operatividad de las estudiadas reglas procesales, intentando en todo momento que fuesen procedimientos de actualidad.

Finalmente, el trabajo concluye con una valoración personal y conclusiones finales a las que se ha llegado una vez concluido el presente.

CAPÍTULO 1: LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo haremos un recorrido sobre todo aquello que engloba la carga de la prueba. Comenzaremos con una descripción de la carga de la prueba donde daremos una definición que deje clara su función en el ordenamiento jurídico utilizando a varios autores de prestigio para hacer más entendible dicha figura.

A continuación, veremos cómo se manifiesta en otras ramas del derecho distintas de la civil, lo cual nos dará una panorámica más amplia de la carga de la prueba, además de ayudarnos a entender mejor su presencia en el ámbito procesal civil.

También haremos hincapié en las características principales que la componen, lo cual nos permitirá situar de mejor forma los momentos procesales en los cuales se manifiesta, así como quienes son sus destinatarios dependiendo del citado "*momento procesal*" en el que aparece, así como también cuando es de aplicación o no el art. 217 LEC donde se sitúa esta figura procesal.

Pasaremos a ver las dos funciones que ejerce la carga de la prueba, donde distinguiremos entre regla de juicio y carga procesal, haciendo un recorrido sobre las discrepancias que existen en la doctrina en cuanto a la concepción de estos preceptos.

Una vez estudiado lo anterior, me detendré en analizar la distribución de la carga de la prueba, momento en el cual serán estudiadas las reglas legales generales y aquellas especiales referentes a la disponibilidad y facilidad probatoria.

II. EL CONCEPTO

El Derecho Probatorio ha obtenido a lo largo del tiempo una gran relevancia e importancia en la práctica jurídica. Se trata de una rama o especialidad del Derecho Procesal que se encarga de todo lo relacionado con la práctica, fijación y evaluación de la prueba en un procedimiento, es decir, aquella especialidad destinada a determinar quién ha de probar, que se ha de probar y como se valora la prueba.

Ahora bien, para hacer un análisis más profundo sobre el concepto creo adecuado referirme al siguiente autor, LUÍS MUÑOZ SABATÉ quién nos aporta una definición

muy acertada sobre qué es la prueba basándose en su finalidad. En sus términos dice: "*es la actividad para convencer al juez de la verdad de una afirmación*"¹; se trata en esencia del instrumento predeterminado por la ley para que las partes puedan demostrar la realidad de un suceso controvertido ante el órgano enjuiciador con la finalidad de crear en éste una clara certeza y convicción de que el hecho alegado es real y éste pueda fallar a su favor.

El aforismo latín "*da mihi factum, dabo tibi ius*" y el principio de aportación de parte, regulado en los arts. 216 y 282 LEC, en los que se basa el Derecho Probatorio establecen que son las partes las que deben aportar los hechos y las pruebas para defender su interés procesal y conseguir finalmente sus pretensiones, mientras que el juez únicamente se encarga de emitir una resolución judicial en base a aquellos que hayan sido efectivamente probados.

Así pues, en base a la anterior definición, queda acreditado que las partes son las que ostentan el *onus probandi* o carga de la prueba, lo que significa que no solo han de alegar los hechos sino también probarlos.

Ahora bien, la carga de la prueba no se encuentra sustentada de manera equitativa entre ambas partes, sino que como regla general será aquel que acusa el que tendrá que demostrar que ha habido un quebrantamiento de la ley ("*affirmanti incumbit probatio*"). Tal afirmación la encontramos tipificada en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto el art. 217.2 LEC: "*Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos...*".

Éste precepto procesal nos determina en que momento el órgano jurisdiccional ha de acudir a las reglas sobre carga de la prueba para resolver un litigio: "*Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión...*". En este sentido, la carga procesal se hace presente en el momento en que, finalizada la práctica de la prueba, las partes no han conseguido probar los hechos controvertidos en los que fundamentaban su *petitium* y el juez ha de

¹ Muñoz Sabaté, Luís. *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001. 25 y 26 pp. 84-7698-622-X

fallar obligatoriamente², ya que en caso de no hacerlo incurriría en un delito tipificado en el art. 448 del CP.

Además, el mismo art. 217.1 LEC establece que parte se verá perjudicada, en caso de no haber probado los hechos en los que fundamentaba su pretensión de acuerdo con las reglas sobre carga de la prueba: "... desestimará 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".

Atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, es posible que el juez no sea capaz de emitir una resolución justa por la escasa o nula demostración de los hechos controvertidos alegados por los litigantes, lo cual podría derivar en una vulneración de los art. 24 y 117 CE referentes a la potestad de los jueces y Tribunales de resolver en base al imperio de la ley respetando el derecho de todas las personas a obtener una tutela efectiva por parte de éstos sin producirles indefensión. A su vez, el art. 11.3 LOPJ y el 1.7 CC imponen a los jueces este deber de dar una solución a todos los litigios que se les planteen de acuerdo con lo que establecen las leyes. Para ello el legislador decidió establecer en la LEC un artículo referido a la carga de la prueba (217 LEC), el cual otorga al juez un criterio final que le permitirá resolver aun cuando no exista prueba suficiente, pudiéndose amparar en la ley.

II.I CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Una vez delimitado en concepto o significado de la figura jurídica que estoy estudiando en el trabajo, voy a pasar a analizar cuáles son los elementos o aquellas notas que la caracterizan. En este mismo sentido, encontramos que la imperatividad y subsidiariedad se configuran como dos de las características principales de la carga probatoria. Ambos con significados diferentes pero que unidas comparten espacio dentro de la actividad probatoria.

Ahora bien, antes de entrar en el contenido de este apartado, es importante destacar la carga de la prueba se encuentra regulada por las llamada *onus probandi* o *normas de*

²PROHIBICIÓN DEL "NON LIQUET" (regla jurídica clásica «iurare rem sibi non liquere iudex licet» determinaba que era lícito que el juez romano no resolviera cuando no encontrara solución justa y clara al asunto litigioso). En este caso está prohibido que el Juez se niegue a resolver.

la carga de la prueba. Éstas se caracterizan por ser normas de naturaleza procesal y de *ius cogens* tanto para las partes (que no pueden pactar una modificación o inversión de la carga de la prueba) como para los jueces (los cuales han de seguir aquello que establece la ley sin poder alterarlo de ninguna manera).

No obstante, encontramos que existe discrepancia doctrinal entre si las normas sobre la carga de la prueba son de naturaleza procesal, o bien, son de derecho sustantivo.

Según el criterio que sigamos, la solución ante la posibilidad de invertir la carga de la prueba de manera convencional mediante el pacto entre las partes, durante o antes del proceso, sería totalmente diferente. Es decir, el hecho de que las partes pacten sobre cuál de ellas tendrá que sufrir las consecuencias que se deriven por falta de prueba, tendría una resolución diferente según si consideramos que las normas de *onus probandi* son de derecho sustantivo o bien de derecho procesal.

A continuación voy a entablar una diferenciación al respecto:

- a) En el primero de los casos, referente a que las normas de *onus probandi* pertenecen al derecho sustantivo, el juez debería admitir la validez de tal pacto entre las partes que deciden sobre en quien ha de recaer la carga de la prueba.
- b) En el segundo de los casos, y el más acertado, a nuestro parecer, se afirma que las normas sobre carga de la prueba pertenecen al derecho procesal, de manera que el juez debería inadmitir y declarar nulos estos pactos que alteran la carga de la prueba prevista por el art. 217 LEC.

Vemos que hay dos caminos de interpretación claramente diferenciados, y del mismo modo otro de los sectores doctrinales entiende que es posible alterar de manera convencional la carga de la prueba, así como otros códigos extranjeros defienden esta posibilidad (art. 2698 del Código Civil Italiano el cual establece: "*serán nulos todos los pactos sobre la alteración de la carga de la prueba cuando se traten de derechos no disponibles para las partes o bien cuando dicha modificación supusiera la imposibilidad o le hiciese excesivamente difícil a una de éstas el ejercicio de su derecho*", a sensu contrario significaría que todos los que se traten de derecho disponible y que no hagan excesivamente difícil ejercer el derecho probatorio por la otra parte serán válidos)

En este sentido, creo que importante apuntar que en nuestro ordenamiento jurídico no existen normas que prohíban este pacto convencional sobre la carga de la prueba, aunque algunas normas especiales sí que lo expresan (por ejemplo: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Ahora bien, del art. 217. 1 y 5 LEC podemos extraer que no cabe la dicha posibilidad de alterar la carga de la prueba.

Además, el Tribunal Supremo (TS) también se ha pronunciado en este sentido, prohibiendo dichos pactos entre las partes que puedan alterar la carga de la prueba, puesto que supondría cohibir al juez para que juzgue de acuerdo con lo pactado y no con aquello que determina la ley.

Así pues, entendemos que el hecho de pactar la modificación de la carga de la prueba llevaría al juez a invalidar y declarar nulo dicho acuerdo.³

Llegados a este punto, y en base a la jurisprudencia del TS afirmamos que en nuestro ordenamiento jurídico las normas de *onus probandi* son de *ius cogens*, lo cual significa que no son disponibles para las partes y por lo tanto no pueden pactar sobre ello. Lo cual determina, finalmente, el carácter imperativo al que veníamos haciendo referencia.

Las normas sobre la carga de la prueba sita en el art. 217 LEC únicamente son aplicables cuando una vez valorada la prueba por el juez no quedan suficientemente probados los hechos que se alegan. Por ello decimos que tienen carácter subsidiario, ya que solo son aplicables cuando los hechos que fundamentan un litigio, una vez practicada la prueba, quedan como inciertos.

Si por el contrario, en la valoración de la prueba quedasen suficientemente acreditados los hechos el juez no tendrá que acudir al art. 217 LEC en ningún momento, dado que será indiferente quien tuviese la carga de la prueba.

De manera que como bien afirma SILVIA GARCÍA-CUERVA GARCÍA⁴: "*el juzgador solo necesita las normas sobre la carga de la prueba cuando en la fijación de los hechos controvertidos para resolver el conflicto se encuentre ante una deficiencia*

³ Corbal Fernández, Jesús Eugenio; Izquierdo Blanco, Pablo; Picó i Junoy, Joan. *Práctica Procesal Civil*. 23ª Ed. Barcelona: Editorial Bosch, 2014. 2048 pp. 978-84-16018-32-1

⁴ Silvia García-Cuerva García. (2007). *Las reglas generales del onus probandi*. Dir. Abel Lluch, Xavier; Picó I Junoy, Joan. *Objeto y carga de la Prueba Civil*, (pp.55). Barcelona: J.M. Bosch Editor

probatoria. Por eso la carga de la prueba es subsidiaria, se contempla posteriormente a la valoración de la prueba".

III.FUNCIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En este apartado, vamos a estudiar cuál es la función que tiene atribuida la carga de la prueba, es decir, qué se quiere conseguir en base a ésta inversión buscando en el interior de nuestro sistema jurídico. Pues bien, en primer lugar nos encontramos con que el legislador, a través de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 (IX, párrafo veintiocho) nos indica 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"*. De ello, podemos extraer que la propia ley distingue, esencialmente, dos funciones de esta figura:

- a) La regla de juicio, cuyo destinatario es el juez.
- b) La regla general, destinada a las partes.

La primera de ellas se refiere a la función principal y más importante de la carga de la prueba, por el hecho de ser la que determina si es de aplicación o no el art. 217 LEC y va destinada a proporcionarle al órgano enjuiciador un mecanismo legal que le permita resolver cuando los hechos que fundamentan un litigio permanezcan como inciertos una vez valorada la prueba.

Vemos aquí que esta función va destinada al juez y que el momento procesal en el cual se manifiesta y se hace presente es a la hora de emitir el fallo, cuando una vez practicada la prueba, los hechos no quedan suficientemente probados (art. 217.1 LEC).

En cambio, la segunda de las funciones no tiene como destinatario el juez sino las partes, ya que los apartados segundo y tercero del art. 217 LEC establecen las reglas generales que éstas tendrán que tener en cuenta a la hora de saber sobre quién recae la carga de la prueba y por consiguiente tendrá que sufrir las consecuencias en caso de ausencia de elementos probatorios.

Podríamos decir que, el momento en el cual se hace presente esta función engloba todo el proceso hasta llegar al momento en que el juez ha de emitir un fallo, ya que las

partes elaboran sus estrategias y procuran proporcionar las pruebas suficientes para argumentar la existencia de los hechos que alegan, poniéndole mayor empeño y dedicación aquella parte que sustenta la carga de la prueba, por el hecho de ser la "perjudicada" en caso de no probarse suficientemente lo que alega.

Ante esta diferenciación, nos encontramos que la carga de la prueba tiene una doble manifestación: de un lado, encontraríamos *la regla de juicio* dirigida al juez, cuya finalidad es que éste pueda emitir un fallo en caso de que los hechos permanezcan inciertos, sin faltar, de este modo, a la prohibición de *non liquet*, y cumpliendo con su obligación de ejercer la potestad jurisdiccional, mientras que de otro lado, encontraríamos lo que llamamos carga procesal o regla de conducta para las partes, cuya definición podría ser: aquella necesidad que tiene la parte que sustenta la carga de la prueba de demostrar, mediante actuaciones probatorias, los hechos en los que fundamenta su demanda a fin de prevenir un perjuicio procesal y obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

Esta figura ha planteado una controversia en la doctrina, ya que unos la clasifican como situación jurídica activa (facultad o derecho subjetivo) y otros como situación jurídica pasiva (obligación). La diferencia entre ambas radica, como bien establece MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ, "*en el papel que juega la voluntad del sujeto en el momento de realizar una determinada actuación (en términos generales, imprescindible en el caso de considerarla como situación jurídica activa e indiferente en el segundo caso)*"⁵.

De manera que, en la primera de las clasificaciones se entiende que la carga procesal es una facultad que ostentan las partes de ejercitar, o no, su derecho a presentar las pruebas necesarias que demuestren la veracidad de los hechos que alegan, sabiendo que una actitud pasiva a la hora de demostrar aquello en lo que fundamenta su *petitium* puede llevar al juez a emitir un fallo que le resulte desfavorable.

Podemos decir que se trata de una situación jurídica activa con alto contenido obligatorio, ya que la parte ha de demostrar los hechos que alega para que el juez emita una resolución satisfactoria a sus pretensiones.

⁵ Fernández López, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. 1ª Ed. Madrid: LA LEY, 2006. 39 pp. 84-9725-687-5

En cambio, si clasificamos la carga procesal como una situación jurídica pasiva entendemos que se trata de un deber, cuyo no ejercicio no supondría sanción jurídica sino la obtención de una desventaja procesal.

Entendemos, desde este punto de vista, que la carga procesal es un deber atípico, ya que el sujeto gravado con la carga de la prueba se encuentra obligado a probar los hechos que alega, no porque se le vaya a sancionar por no hacerlo, sino porque en caso de no cumplir con su deber obtendrá una resolución judicial desfavorable. De manera que la sanción que recibiría no es una sanción jurídica como tal, sino una resolución que frustrará sus pretensiones impidiéndole que vuelva a iniciar un procedimiento con idéntico objeto, sujeto y causa, puesto que en virtud del principio *non bis in idem* no se puede iniciar un procedimiento idéntico a otro que ya se ha enjuiciado anteriormente.

Finalmente, nos parece que la concepción de carga procesal más acertada es la que nos proporciona SILVIA GARCÍA-CUERVA GARCÍA: "*en definitiva, las partes tienen la carga procesal de promover la actividad probatoria, esto es, un imperativo fundado en su propio interés. Y es una auténtica carga y no una obligación jurídica por cuanto que su incumplimiento no determina la imposición de una sanción sino que la desatención de su carga les genera el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencias no encuentren amparo en la resolución judicial que ponga fin al conflicto*"⁶

IV. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Poco a poco, vamos examinando todos y cada uno de los elementos de la carga de a prueba, pero para finalizar este capítulo primero, antes hay que ver que dice el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia en relación a la distribución de la carga de la prueba, es decir, a quién y a quién no le corresponde probar en base a unas reglas.

⁶ Silvia García-Cuerva García. (2007). *Las reglas generales del onus probandi*. Dir. Abel Lluch, Xavier; Picó I Junoy, Joan. *Objeto y carga de la Prueba Civil*, (pp.57). Barcelona: J.M. Bosch Editor

A) REGLA LEGAL GENERAL PARA DISTRIBUIR LA CARGA DE LA PRUEBA (217. 2 Y 3 LEC)

Anteriormente hemos hecho referencia a la carga de la prueba material plasmada en el art. 217.1 LEC. En este punto nos centraremos en explicar la carga formal de la prueba, sita en el art. 217.2 y 3 LEC, los cuales establecen la regla general de como se ha de distribuir la carga de la prueba.

El art, 217.2 LEC dice lo siguiente: "*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*". Esto significa que en los hechos constitutivos ("*El que constituye el derecho material que alega como causa de pedir el actor, más el que funda las demás condiciones de la acción*") es el actor o reconviniente el que sustenta la carga de la prueba, de manera que si no consigue demostrar estos hechos obtendrá, muy probablemente, una resolución desfavorable a sus pretensiones.

Por otro lado, el art. 217.3 LEC establece que: "*Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*". Con ello, el legislador viene a decirnos que cuando se trate de probar hechos impeditivos ("*El que impide a un hecho constitutivo desplegar su normal eficacia*"), extintivos ("*El que producido con posterioridad ha venido a destruir la eficacia desplegada por el hecho constitutivo*") o excluyentes ("*El que, originado, con anterioridad, de modo coetáneo, o con posterioridad al hecho constitutivo, otorga al demandado el derecho de enervar (de paralizar o excluir) la acción que el demandante ejercita*") será el demandado o el reconvenido quién ostentará el *onus probandi*.

B) LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES.

Ahora bien, en este mismo instante tenemos que hacer referencia a un elemento importante que afecta a estas reglas que regulan la distribución de la carga de la prueba, me refiero a los límites constitucionales que provocan una alteración de lo que se concibe en los preceptos 217.2 y 3 de la LEC.

En primer lugar, encontramos las pruebas imposibles o diabólicas, las cuales en el caso de ser exigidas, cumpliendo con las reglas generales de la carga de la prueba, generarían indefensión a la parte que ostentare la obligación de probar en base a lo que establece el art. 217.2 o 3 de la LEC.

Un claro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 de Junio de 2014⁷, la cual hace referencia a la imposibilidad de demostrar un hecho negativo, en este caso, de que el acreedor demandante pruebe que el demandado carece de bienes a su nombre. Y se ampara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero de 1992⁸, la cual se pronuncia sobre la imposibilidad de atribuir la carga de la prueba a aquél que no puede probar los hechos que le corresponden según la distribución de la carga de la prueba causándole una grave indefensión en un procedimiento.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que se distribuya la carga de la prueba dando un privilegio o supremacía a una de las partes a la hora de ejercer su derecho probatorio no podrán ser adoptados.⁹

Esto viene reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual en su Sentencia 227/1991, de 28 de Noviembre de 1991, ha establecido lo siguiente: "*la adquisición de una situación hegemónica en fase probatoria (cuando una de las partes deja de suministrar datos sobre los antecedentes fácticos obrantes exclusivamente en su poder), es contraria al principio procesal de igualdad, que ha de estar presente también en fase probatoria como una de las garantías esenciales del artículo 24.2 CE, pues según el diseño constitucional del proceso, la evidencia como presupuesto ineludible de la sentencia, ha de obtenerse evitando las situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso, garantizando la igualdad efectiva de posibilidades y cargas del actor y demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio*"¹⁰.

⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica- base de datos CENDOJ]. Sentencia 328/2014, de 18 de Junio de 2014

⁸ España. Tribunal Constitucional (Pleno) [versión electrónica- base de datos Aranzadi WestLaw]. Sentencia 14/1992, de 10 de Febrero de 1992

⁹ Montero Aroca, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ªEd. Navarra: Thomson Reuters, 2011. 129-131 pp. 978-84-470-3662-2

¹⁰ España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª) [versión electrónica- base de datos WestLaw]. Sentencia 227/1991, de 28 de Noviembre de 1991

C) REGLAS ESPECIALES DE DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA (217.7 LEC)

Estas reglas especiales se diferencian ampliamente de las anteriores. Para proceder al buen estudio de este apartado es necesario e imprescindible atender a lo dispuesto en el art. 217.7 de la LEC. Éste precepto no hace referencia a un supuesto de inversión judicial de la carga de la prueba, ya que es la misma ley la que establece estos dos criterios modificativos de la regla general de distribución probatoria a las que los jueces han de recurrir cuando sea necesario.

Este art. 217.7 LEC establece lo siguiente: *"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"*.

Por lo tanto, en consonancia con la transcripción, el artículo determina dos criterios que ha de seguir el juzgador a la hora de distribuir la carga de la prueba: la facilidad y la disponibilidad. Es decir, en el caso que una de las partes tenga más facilidad de probar o tenga una mayor disponibilidad de la prueba será la que se verá perjudicada con una sentencia desfavorable en caso de quedar inciertos los hechos alegados por no llevar a cabo el ejercicio probatorio.

En este sentido se ha manifestado en Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/1994, de 17 de Enero de 1994, la cual ante un caso de negativa a la hora de hacerse las pruebas de paternidad por parte del demandado establece que *"cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad"* 11.

En conclusión, extraemos que el art. 217.7 LEC, el cual analizaremos más detenidamente en capítulos posteriores, es un mecanismo legal que distribuye la carga de la prueba en base a dos criterios (disponibilidad y facilidad) basados en los principios de

¹¹España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª) [versión electrónica- base de datos WestLaw]. Sentencia 7/1994, de 17 de Enero de 1994

igualdad procesal, justicia distributiva y tutela judicial efectiva, ya que su fin es gravar con la carga de la prueba a aquél que tiene más proximidad con las fuentes probatorias.

CAPÍTULO 2: DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA

I. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora nos hemos centrado en estudiar la carga de la prueba, su concepto y todos sus elementos, así como su regulación y haciendo referencia a diferente jurisprudencia que resulta de aplicación a este trabajo. Una vez delimitado todo lo anterior, empezamos un nuevo capítulo haciendo referencia las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria que son de configuración jurisprudencial que finalmente se han visto reconocidas legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que podemos encontrar mencionadas en el ya citado art. 217.7 LEC.

Tal y como hemos visto anteriormente, el precepto procesal hace referencia a estos principios correctores estableciendo lo siguiente *"para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada litigio"*, con lo cual, la regla general de distribución de la carga de la prueba se verá condicionada y alterada en aquellos casos en que una de las partes tenga mayor facilidad o disponibilidad de la prueba.

En este sentido, vamos a analizar por separado cada una de estas reglas especiales, pero creo conveniente adelantar que el hecho de diferenciar estos conceptos resulta, cuanto menos, complicado, puesto que la jurisprudencia los utiliza de manera indistinta, como si fuesen sinónimos. Cuando en realidad se refieren a principios diferentes, aunque relacionados entre sí, ya que como veremos en este capítulo la única diferencia que separa a estos conceptos es casi inapreciable, pero existente, de manera que si no fuese así el legislador no hubiese dispuesto de dos conceptos para referirse a lo mismo.

II. CONCEPTO DE FACILIDAD

Como ya hemos hecho referencia en el apartado anterior de este capítulo, la jurisprudencia utiliza los términos "*facilidad*" y "*disponibilidad*" de manera indistinta, como si de sinónimos se tratase, pero en realidad ambos conceptos son diferentes y se refieren a realidades distintas, por ello el legislador los mencionó ambos en el art. 217.7 LEC como dos reglas especiales que alteran o modifican la regla general de distribución de la carga de la prueba sita en el art. 217.2 y 3 LEC.

En cuanto a la facilidad probatoria, LUÍS MUÑOZ SABATÉ describe esta regla como "*un principio todavía mayor al que ha venido apuntando la jurisprudencia*", ya que no solo abarca aquellos supuestos dónde la contraparte le es más fácil probar, sino también aquellos en que "*la prueba resulte más económica, más rápida, más fiable o más segura de poderse practicar*"¹². Es decir, el "*onus probandi*" deberá recaer sobre aquél que tenga mayor facilidad de aportar la prueba, entendiéndose ésta no solo como la proximidad objetiva que tiene la parte con el elemento probatorio, sino también como la manera menos gravosa o rápida de acceder y aportar la prueba al proceso.

Esta regla, que permite flexibilizar la distribución de la carga de la prueba, se basa en el principio de buena fe procesal, ya que es lógico que aquél que puede obtener la prueba con mayor facilidad tenga la obligación de aportarla al procedimiento. De lo contrario nos encontraríamos ante un claro beneficio a la parte que, actuando de mala fe, no aporte las pruebas necesarias para el litigio encontrándose en una posición más que óptima para hacerlo. Por lo que la pasividad de la parte que tenga más facilidad de probar se verá gravada con la carga de la prueba, obteniendo una sentencia desfavorable a su defensa o pretensión, ya que, probablemente, tenía la facilidad para demostrar su posición en juicio.

Ahora bien, los jueces y Tribunales a la hora de aplicar este principio corrector deberán justificarlo de manera muy metódica en su resolución, ya que de lo contrario podría desembocar en un acto arbitrario que produciría, a su vez, inseguridad jurídica.

Así pues, el Tribunal ha de tener muy clara la posición que tienen las partes respecto a los elementos probatorios, sabiendo cuál de ellas tiene mayor facilidad probatoria.

¹² Muñoz Sabaté, Luís. *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, ob. Cit., Pp.179

Algunos ejemplos en los que los Tribunales aplican este principio de facilidad son los que comentaremos a continuación y analizaremos en el próximo capítulo: en primer lugar, la prueba de hechos negativos, los cuales no son tan fáciles de probar como los afirmativos o positivos, de manera que, la carga de la prueba, normalmente (salvo algunos casos), recaerá sobre la parte que haya de afirmar y no sobre aquél que haya de negar.

En segundo lugar, encontramos el ejemplo de la prueba de la negligencia médica, la cual por regla general ha de ser probada por el paciente, pero en casos de cirugía estética, en los que existe una obligación de resultado, ha de ser el médico quien ha de probar que no hubo negligencia.

Finalmente, encontramos el caso de responsabilidad extracontractual, donde si concurren tres requisitos esenciales (acción u omisión, un daño y relación causal entre estos dos primeros), se crea una presunción *iuris tantum* que provoca que sea el agente productor del daño quien tenga que probar que no hubo negligencia por su parte.

III. CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD

El segundo de los principios correctores que modifican la distribución de la carga de la prueba prevista en el art. 217.2 y 3 LEC es el de disponibilidad probatoria.

Esta regla especial se encuentra abarcada dentro del principio de facilidad, pero no es sinónimo de éste. Es decir, el hecho de disponer del elemento probatorio lleva consigo que será fácil probar los hechos en los que fundamenta su petición. De manera que, podríamos decir que la facilidad probatoria es un concepto mucho más amplio que el de disponibilidad, hasta tal punto que engloba a éste último.

Como bien establece LUÍS MUÑOZ SABATÉ: "*el principio de disponibilidad 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*"¹³.

Este mismo autor establece una doble vertiente del principio de disponibilidad, distinguiendo entre: la disponibilidad material, referente a la disposición por una de las partes de un elemento material, como podría ser un documento, esencial para el litigio.

¹³ Muñoz Sabaté, Luís. *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, ob. Cit., pp.178

Y la disponibilidad intelectual, la cual se compone de conocimientos que pueda tener una de las partes de manera forzosa u obligada de un determinado dato.

Además ese mismo autor hace alusión a la llamada "indisponibilidad negligente", la cual consiste en la pérdida o destrucción, de mala fe, de aquellas pruebas que se encontraban en posesión de una de las partes con el fin de que la otra parte no se viese beneficiada o favorecida por ellas. Define el autor que dicha pérdida o destrucción de elementos probatorios esenciales para el proceso es "*equivalente a una plena disponibilidad*"¹⁴, con lo cual el litigante que llevase a cabo tal acto se verá gravado con la carga de la prueba por el hecho de haber dispuesto de la prueba y haberla perdido de mala fe.

Dos claros ejemplos, que analizaremos en el siguiente capítulo, son: en primer lugar, la prueba de paternidad, donde la carga de la prueba recae sobre el presunto padre, ya que éste mismo dispone de todos los medios para probar si es o no el progenitor de la criatura.

Y en segundo lugar, la posesión del objeto de prueba, el cual se correspondería con la disponibilidad material que hacíamos referencia con anterioridad. En este caso, la carga de la prueba recae sobre aquél que se encuentre en efectiva posesión de los documentos o elementos materiales que fuesen esenciales para el litigio.

IV. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD

Una vez presentados y expuestos ambos conceptos debemos hacer distinción entre ambos, es decir, cuales son aquellos aspectos en que se semejan y cuales se diferencian, lo cual no es nada fácil, puesto que ni siquiera la jurisprudencia los trata como conceptos diferentes, sino todo lo contrario, los utiliza de manera indiscriminada como si de sinónimos se tratase.

Ahora bien, como ya hemos estado advirtiendo desde el principio del capítulo no es lo mismo la facilidad probatoria que la disponibilidad, ya que si fuesen sinónimos el

¹⁴ Muñoz Sabaté, Luís. *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, ob. Cit., pp. 179

legislador hubiese prescindido de uno de ellos a la hora de redactar el artículo en que aparecen.

Comenzando por las semejanzas, cabe decir que ambos conceptos son casi iguales. Los dos son principios correctores presentes en un mismo artículo, cuya pretensión es gravar con la carga de la prueba a aquella parte en el litigio que se encuentre con mayor proximidad con el elemento probatorio, consiguiendo de este modo que aquél que se encuentra con una mayor desventaja a la hora de probar por no tener a su alcance las pruebas relevantes para obtener su pretensión no se vea en una posición tan desfavorable que se podría llegar a una infracción del art. 24.1 CE referente al derecho a obtener una tutela efectiva por parte de los jueces y tribunales, ya que el hecho de gravar con la carga de la prueba a la parte que no puede obtenerla o le supone un gran esfuerzo conseguirla, cuando la contraparte se encuentra en una posición más que próxima al elemento probatorio, supondría la vulneración de dicho derecho.

Así pues, entre las semejanzas debemos destacar las siguientes: el hecho de que ambas se encuentran en un mismo apartado de un mismo artículo, ambos son principios flexibilizadores de la carga de la prueba, que tienen la misma finalidad (gravar con la carga de la prueba a la parte que le resulte más fácil o tenga mayor disponibilidad con el elemento probatorio, dejando a ambos litigantes en una igualdad de condiciones en el procedimiento, ya que de lo contrario veríamos a uno de ellos en una clara desventaja vulnerando el art. 24 CE). Además fueron creados simultáneamente por la jurisprudencia antes de que estuviesen dentro del articulado legal.

En cuanto a las diferencias, debemos decir que solamente existe una principal, la cual se encuentra en el hecho de que el concepto de facilidad es mucho más amplio que el de disponibilidad. Es así hasta tal punto que el primero abarca al segundo, ya que todo lo que se encuentra disponible es fácil de probar; en cambio todo aquello que es fácil de probar no significa que se encuentre en disposición de una de las partes, sino que le resulta más sencillo disponer del elemento probatorio.

Así pues, no es tan extraño que tantos jueces y tribunales no hagan distinción entre ambos conceptos, ya que, como hemos podido apreciar únicamente encontramos una diferencia, la cual no es demasiado notoria, sino que además nos deja ver que el concepto de disponibilidad se encuentra abarcado por uno general como es el de facilidad. Podríamos decir que el hecho de distinguir entre estos principios no es demasiado

relevante para una sentencia, ya que, la finalidad de éstos es la misma y se encuentran en un mismo artículo, además que se refieren a un mismo hecho, el de proximidad con el elemento probatorio.

Cabe decir que ningún manual de los consultados se ha parado a hacer una distinción entre estos principios, aunque sí que los han analizado por separado. Lo cual hace más notoria la dificultad de hacer una rigurosa distinción entre éstos, los cuales son casi sinónimos.

Aun así, nosotros en el siguiente capítulo hemos clasificado las sentencias dependiendo si se trata de un caso en el que opera el principio de disponibilidad o el de facilidad, argumentando siempre por qué lo creemos así, ya que como hemos afirmado antes no son sinónimos a pesar de ser muy similares.

CAPÍTULO 3: JURISPRUDENCIA EN LA QUE SE APLICA LA DISPONIBILIDAD Y LA FACILIDAD PROBATORIA

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo vamos a hacer un análisis jurisprudencial de cómo opera cada uno de los principios que nos ocupa en casos reales, haciendo distinción entre aquellas sentencias en las que es de aplicación el principio de facilidad y en aquellas en las que es aplicable el de disponibilidad.

En primer lugar hemos empezado a analizar sentencias en las que ha operado el principio de facilidad. Las cuales hacen referencia a casos de negligencia médica y de prueba de hechos negativos, en los que no es aplicable la regla general de carga de la prueba sino que opera el principio de facilidad probatoria.

En segundo lugar, analizaremos la aplicación del principio de disponibilidad en sentencias sobre el sometimiento a prueba biológica de paternidad, es decir, como opera dicha regla en los casos en que el demandado se niega a practicarse dicha prueba sin ningún tipo de justificación. Así como también en una sentencia en la que la parte demandada tiene total disponibilidad del elemento probatorio relevante para la resolución del caso. Finalmente hemos decidido cerrar este capítulo con el análisis de un caso en que hubo una indisponibilidad negligente de la prueba, lo cual supone como bien afirmaba LUÍS MUÑOZ SABATÉ un caso en que sería de aplicación dicho principio de disponibilidad probatoria.

En este capítulo no solo veremos cómo se aplica en cada caso las reglas de facilidad y disponibilidad sino también cuando opera una y no la otra, a pesar de la nula apreciación de ello por parte de jueces y tribunales.

II. FACILIDAD PROBATORIA

A) LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos en España no se prevé la responsabilidad objetiva de los médicos a la hora de prestar su servicio, de manera que son los mismos pacientes o sus familiares, los cuales, como regla general, han de probar que existe un daño causa de una intervención médica y que además ha sido responsabilidad del profesional que la ha llevado a cabo por haber actuado de manera negligente.

De todo ello sacamos en claro que el personal médico-sanitario no tienen un deber de resultado, es decir, no están obligados a curar al paciente, sino que su función es la de actuar de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, lo cual significa que el deber del médico es utilizar todos los medios necesarios y que estén a su alcance para conseguir el resultado deseado, que será la cura del paciente.

Así pues, la obligación del personal médico es de medios, no de resultado.

Ahora bien, a pesar de todo lo expuesto anteriormente existen casos en los que de manera excepcional es el médico o el sanitario el que se encuentra gravado con la carga de la prueba y no el paciente perjudicado. Nosotros nos centraremos en la excepción relacionada con la facilidad probatoria de estos profesionales en un procedimiento civil.

Dicha excepción se basa en que en algunos casos los familiares y pacientes demandantes no se encuentran en una posición de igualdad a la hora de presentar pruebas para esclarecer los hechos que fundamentan el objeto del litigio, como la que tiene el personal médico. Es decir, existen supuestos en los que el profesional se encuentra con mayor facilidad, por su posición de profesional, de disponer de todas aquellas pruebas necesarias en un determinado procedimiento que resultarían relevantes e incluso esenciales para que el juez o tribunal no tenga ninguna duda de cuáles son los hechos reales que acaecieron y argumentan la demanda.

Para mayor entendimiento, hemos analizado dos sentencias en las cuales se hace referencia a esta posición de facilidad probatoria del personal médico.

En primer lugar, la STS 8802/2002, de 23 de diciembre de 2002¹⁵, la cual resuelve el caso de la pequeña Beatriz, una recién nacida con parálisis cerebral a causa del prolongado tiempo del período expulsivo en el parto.

El problema principal de este caso radicaba en la falta de prueba para que el perito pudiese presentar un informe pericial exacto de la causa que había llevado a la bebé a padecer un parálisis cerebral de tal magnitud pudiendo discernir si fue por la mala praxis de la ginecóloga (demandada en este procedimiento) o por el contrario a pesar de cumplir de manera diligente y utilizando todos los medios posibles no pudo evitar tal consecuencia.

Dicha falta de prueba se resume en la no aportación por la parte demandada de los informes sobre el seguimiento del embarazo, la historia clínica obstétrica, así como datos sobre el expulsivo, entre otros. Los cuales eran más que necesarios para determinar la responsabilidad de la ginecóloga que asistió el parto de la pequeña, la cual además se encontraba en una posición más que próxima para conseguir los informes antes mencionados, ya que se encontraban en su puesto de trabajo, de manera que le era indudablemente fácil conseguirlos.

Por lo expuesto, en el fundamento jurídico tercero de dicha sentencia el Alto Tribunal considera que las anteriores instancias que habían desestimado la demanda de los familiares de la pequeña no habían cumplido con la doctrina de dicho tribunal en cuanto a quién le corresponde probar en casos en los que existe facilidad por una de las partes a la hora de aportar pruebas relevantes al caso.

Así pues, la falta de aportación de las pruebas documentales mencionadas con anterioridad no permitió al perito hacer un informe exacto sobre si la causa de la parálisis fue un sufrimiento fetal agudo no imputable a la mala praxis de la ginecóloga o bien había sido por un prolongado periodo expulsivo en el parto. De manera que dicha falta de prueba en las anteriores instancias perjudicaron al demandante, ya que no quedaba acreditado de manera clara que la parálisis cerebral de la criatura había sido por el segundo motivo expuesto en líneas anteriores, lo cual sería totalmente imputable a la profesional, ya que como bien dice el dictamen pericial basado en la praxis médica un

¹⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ]. Sentencia 8802/2002, de 23 de Diciembre de 2002

período expulsivo superior a 30 minutos es excesivo y en el caso que nos ocupa duró 3 horas.

Finalmente el Tribunal Supremo falló estimando el recurso de casación interpuesto por el familiar de la pequeña haciendo recaer una sentencia desfavorable para la ginecóloga, la cual encontrándose en una posición de facilidad probatoria no aportó la documentación necesaria para la resolución del caso. Esto lo encontramos en las palabras del tribunal cuando dice lo siguiente: "*[...] la falta de esa información es la que no le permite (al perito) asegurar su opinión de que fue la prolongación del periodo expulsivo propiamente dicho la causa del sufrimiento fetal con suacidosis metabólica secundaria. Y las Sentencias de instancia yerran al hacer recaer las consecuencias de ello sobre quién no se encontraba en posición favorable para probar. Sí en cambio podía, y debía haberlo hecho la parte demandada*"¹⁶.

Más reciente y mediática fue la sentencia que reabrió el caso de Antonio Meño¹⁷, el cual quedó en coma vegetativo irreversible consecuencia del sometimiento a una intervención de cirugía estética, en concreto una rinoplastia. Los padres del muchacho agotaron todas las vías posibles para reclamar la responsabilidad del anestesista, el cual, según la familia del perjudicado, fue el responsable del daño desproporcionado del paciente, ya que consecuencia de su mala praxis dejó al chico sin oxígeno durante un periodo de tiempo suficiente como para que acabase en coma.

La causa de que ningún juez ni tribunal estimaran las pretensiones de la parte demandante era que se basaron en un informe pericial que a su vez se fundamentaba en otro que había elaborado y presentado como prueba el propio demandado, el cual desvirtuaba la posibilidad de que el paciente entrase en coma por negligencia de dicho profesional.

Estos hechos acaecieron en el año 1989, pero fue en año 2010 cuando apareció un testigo nuevo que se encontraba en el quirófano como recién licenciado que estaba como aprendiz recién licenciado en medicina en el momento de la operación, el cual no supo

¹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ]. Sentencia 8802/2002 fto. jco. 3º.

¹⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 6204/2010, de 15 de Noviembre de 2010

que le habían desestimado la demanda a la familia de Antonio hasta que les vio manifestándose públicamente ante los medios de comunicación.

En este momento la familia de Antonio interpuso ante el Tribunal Supremo un recurso de revisión fundamentado en el art. 510.4 LEC, el cual permite la revisión en aquellos casos en que una de las partes haya ganado como consecuencia de una maquinación fraudulenta de las pruebas presentadas.

Este nuevo testigo aseguraba que una vez puesta la anestesia a Antonio el anestesista se fue a asistir a otro paciente en otro quirófano y que acto seguido se produjo una alteración del ritmo cardíaco de Meño, momento en el cual se llamó al anestesista. Cuando llegó este último y destapó la cara del paciente vio que el tubo que le proporcionaba oxígeno estaba desconectado e intentó reanimarle, cosa que no fue posible. En este momento le dejaron en coma barbitúrico inducido y lo trasladaron a la UVI.

Teniendo en cuenta este nuevo testimonio que deja en claro la negligencia por parte del anestesista y por tanto su responsabilidad civil ante la familia de Antonio Meño el Alto Tribunal estimó el recurso de revisión anulando las sentencias anteriores y consecuentemente dando la posibilidad a esta familia a reabrir el caso y reclamar justicia.

En este caso la facilidad probatoria la encontramos en el hecho de que el profesional médico aprovechándose de su proximidad con el elemento probatorio obtuvo con facilidad los informes y documental que le hacían responsable y los alteró maliciosamente dejando a la familia de Antonio en una posición de total indefensión, ya que para ellos era imposible demostrar que fue la mala praxis de dicho profesional la que llevó a su hijo a un estado de coma vegetativo que finalmente desembocó, 23 años después, en la muerte del muchacho.

Así pues, podemos catalogar la actuación del médico, en este caso, como la utilización fraudulenta de la facilidad probatoria, ya que fue gracias a dicha posición y obligación de probar las que proporcionaron al profesional la posibilidad de alterar los elementos probatorios de manera maliciosa consiguiendo sentencia favorable.

Finalmente, cabe decir, que en el caso de no haber habido ningún tipo de prueba proporcionada por el anestesista hubiese desembocado en una sentencia favorable para la familia de Meño, ya que le era más fácil acceder a la prueba a dicho profesional de la medicina. Además, al encontrarnos ante una intervención quirúrgica de resultado y no de

medios lo cual nos lleva a otra de las excepciones a la regla general a la hora de gravar a una parte u otra con la carga de la prueba. En estos casos el médico no solo tiene la obligación de utilizar todos los medios necesarios para la buena praxis sino que también se obliga a proporcionar al paciente un resultado, de manera que se el grava con la carga de la prueba en caso de no obtener el resultado prometido o bien no haber sido diligente a la hora de utilizar los medios.

Cabe añadir, que una vez reabierto el caso de Antonio la familia concilió con las compañías aseguradoras también demandadas junto al anestesista, las cuales resarcieron el daño causado con 1 millón de euros poniendo punto y final a un sinnúmero de recursos y juicios.

B) HECHOS NEGATIVOS

Si partimos del aforismo "*incumbit probatio qui dicit, non qui negat*", al cual ya hicimos referencia en el primer capítulo, extraemos la regla general de la carga de la prueba, la cual consisten en que quien debe probar es aquél que afirma y demanda, no el que contesta basándose en la negativa de los hechos alegados por el demandante. Así pues, tendrá que ser éste último el que pruebe los hechos en los que fundamenta su demanda, ya que normalmente éstos son positivos y por lo tanto más fáciles de probar que la negativa por parte del demandado.

Ahora bien, la trama se complica en aquellos casos en los que el demandante basa su pretensión en un hecho negativo que además no le es posible demostrar con otros hechos positivos quedando en una clara situación de indefensión frente al demandado, el cual al tener que probar un hecho positivo le resulta más fácil.

En estos casos, como bien afirma SUZANA PAZOS MÉNDEZ: "*no podemos afirmar tajantemente que este sea un supuesto de imposibilidad probatoria. Sí lo es cuando se trata de lo que la doctrina denomina hecho negativo indefinido. Como ocurre, por ejemplo, con la afirmación "nunca he estado en Madrid". Este hecho es imposible de probar para quien lo alegue porque obligaría a demostrar dónde ha estado cada minuto de su vida*"¹⁸

¹⁸ Abel Lluch, Xavier; Picó I Junoy, Joan. *Objeto y carga de la Prueba Civil*, ob. Cit., pp. 96

A pesar de todo ello, cuando la negación es determinada, es decir, si en lugar de decir "*nunca he estado en Madrid*" decimos que no estuvimos allí un día concreto lo podremos demostrar con el hecho positivo del lugar donde estuvimos esa jornada, de manera que no es un hecho imposible de probar.

Ahora bien, existen casos en los que resulta imposible para el demandante probar el hecho negativo en el que basa su demanda. La STS 1220/2002, de 12 de Diciembre de 2002¹⁹, ya estableció que "*no se podía gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor, pues está a disposición del demandado de rescisión la prueba más fácil del hecho positivo de que tienen bienes realizables que no se han perseguido. [...] A los demandados correspondía la prueba positiva de que existían otros bienes aptos para ese fin, lo cual es más lógico que exigirle al primero la prueba diabólica de que el deudor carece de todo bien*". Con ello, el Alto Tribunal quiere decir que en aquellos casos en los que los acreedores reclamen el pago de sus deudores no tienen la obligación de demostrar que éstos no tienen solvencia, ya que no les resulta nada fácil disponer de dicha información; en cambio, la parte demandada sí que la tiene, siendo de más sentido común que sea éste el que demuestre que su solvencia.

Otro de los casos en los que opera el principio de facilidad son aquellos que versan sobre el consentimiento informado de los pacientes que se someten intervenciones médicas, ya que es la clínica o el médico quienes se encuentran con mayor facilidad de disponer del documento firmado por el paciente en el que se ha tenido que informar a éste de todos los riesgos, posibles efectos secundarios, etc. antes de que éste se sometiera a dicha intervención.

Esto es así, por el hecho de que para el paciente es de extrema dificultad demostrar que no se le informó de manera correcta y exhaustiva de todo lo relacionado con la intervención a la que se va a someter.

Un claro ejemplo se encuentra presente en la SAP de Madrid 6967/2015, de 19 de Mayo de 2015²⁰ donde la demandante asegura no haber estado informado de todo lo relacionado con el tratamiento de implantología al que se iba a someter, negando que hubiese un consentimiento informado por su parte. Lo cual fue desvirtuado por completo

¹⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos ARANZADI WESTLAW] Sentencia 1220/2002, de 12 de Diciembre del 2002

²⁰ España. Audiencia Provincial de Madrid [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 6967/2015, de 19 de Mayo del 2015

con la presentación de las pruebas pertinentes por parte de la clínica dental, la cual se encontraba en una posición de mayor facilidad a la hora de disponer de documentación en la que se proba la existencia de dicha información y la firma de la paciente, la cual aceptaba someterse a dicha intervención.

III.DISPONIBILIDAD PROBATORIA

A) NEGATIVA INJUSTIFICADA DEL SOMETIMIENTO A PRUEBA DE PATERNIDAD

En los procedimientos en los que se reclama la paternidad o bien se impugna ésta misma la parte demandante se encuentra en clara desventaja, puesto que la única manera de demostrarlo es exigiendo la prueba biológica del demandado, el cual en la mayoría de casos se niega a someterse a pesar de que hacerlo no le supone ningún menoscabo físico, ni de otro tipo. En estos casos no es posible obligar de manera coactiva a dicha parte a practicarse la prueba de paternidad, puesto que iría contra el art. 17.1 CE referente al derecho fundamental de toda persona a la libertad.

A pesar de todo lo expuesto cabe añadir que dicha negativa por parte del demandante no puede favorecerle en el procedimiento obteniendo una sentencia favorable a su posición frente a la reclamación, de manera que de acuerdo con el principio de disponibilidad probatoria se le grava con la carga de la prueba creando de su negativa a someterse a la prueba biológica no una "*ficta confessio*" pero si un indicio de que existe la paternidad reclamada, la cual juntamente con otros indicios probatorios podrían llevar al juez o tribunal a dictar una sentencia favorable a la parte demandante a pesar de no tener los resultados de la prueba que se reclamaba en un principio.

Para entender mejor todo ello hemos analizado dos sentencias referentes a casos de la misma índole.

En primer lugar la STC 118/2006, de 24 de Abril del 2006²¹, la cual establece lo siguiente en relación a todo lo expuesto anteriormente: "*La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado a la práctica*

²¹ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) [versión electrónica-base de datos BUSCADOR DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL] Sentencia 118/2006, de 24 de Abril del 2006

de la prueba biológica la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial, ficta confessio o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista". Con esto el Tribunal Constitucional advierte que la negativa a someterse a la prueba de paternidad supondrá un indicio probatorio de gran relevancia, ya que disponiendo de manera total del elemento probatorio no quiere proporcionarlo al procedimiento, lo cual supone una gran obstrucción para la administración de justicia, la cual ha de dictar sentencia basándose en indicios y no en pruebas decisivas como es la biológica.

Ahora bien, únicamente con la negativa al sometimiento de la prueba no es suficiente para motivar una sentencia que estime la existencia de filiación entre la demandante o hijo de ésta con el demandado, sino que además es necesario presentar otras pruebas que proporcionen indicios que revelen la existencia de relaciones sexuales ente el demandado y la demandante o la madre de éste último, ya que en ocasiones es el hijo el que reclama la filiación. Ello se encuentra previsto en el art. 767.4 LEC, el cual permite al tribunal o juez declare la paternidad del demandado cuando éste se niegue a someterse a las pruebas y además existan otros indicios que revelen la existencia de relaciones íntimas entre los afectados.

En relación a la prueba de que ha habido contacto carnal, establece el Tribunal que no es suficiente acreditar que existe o existió una relación de amistad o laboral, ya que ello no esclarece que además hubiese habido relaciones íntimas.

Atendiendo a todo ello el juez o tribunal ha de motivar la sentencia de manera muy minuciosa y exhaustiva respetando las exigencias constitucionales de los arts. 24.1 y 120.3 CE, lo cual es cuanto menos complicado cuando no se cuenta con la prueba de paternidad, ya que el órgano juzgador ha de basarse en indicios que le lleven a la conclusión de que existe la filiación reclamada.

Además la trama se puede llegar a complicar mucho más cuando el que reclama la filiación es el hijo que no cuenta con más prueba que la confesión de su madre, o bien cuando se tratan de hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales donde es muy difícil presentar pruebas que demuestren la paternidad del amante. En estos casos tanto jueces y tribunales como la parte demandante se encuentran atados de pies y manos. Los primeros porque, siguiendo con lo que establece la jurisprudencia no pueden estimar la paternidad

de un individuo sin más prueba o indicio que la mera negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad. Y los segundos, por el hecho de no tener más indicios ni pruebas que demuestren la relación íntima que tuvieron que su propia versión.

En segundo lugar hemos decidido analizar una sentencia más reciente del Tribunal Supremo en un caso similar al de la sentencia anterior.

La STS 299/2015, de 28 de Mayo de 2015 tiene como objeto de la demanda la declaración de filiación extramatrimonial e impugnación de la filiación matrimonial.

El Alto Tribunal basándose en su propia doctrina establece lo siguiente: "*la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una ficta confessio [confesión presunta] del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta*" y añade que "*De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba , siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)"²².*

En este caso la demandante presentó testigos que reforzaban el indicio de paternidad junto con la negativa por parte del demandado por filiación extramatrimonial,

²² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia, de 28 de Mayo del 2015

de manera que finalmente el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación presentado por la demandante, ya que como bien establece éste mismo: *"La existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa, y colma su eficacia indiciaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica integrada por los indicios antes reseñados, que demuestran la observación por diferentes personas que los conocen de actitudes de familiaridad, compañía y expresión de una relación de cariño durante un periodo de tiempo significativo entre los litigantes, anterior y coincidente con el de la concepción, que permiten reconocer la verosimilitud, en términos de razonabilidad, de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción hominis [de hombre, es decir, no legal], pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica como indicio especialmente cualificado -en el concierto jurídico de los derechos afectados-, pero necesitado para su plena virtualidad -en el sistema constitucional de derechos fundamentales, interpretado por el Tribunal Constitucional- del apoyo de otros indicios, como los que, extraídos de la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, hemos ponderado racionalmente según las reglas del criterio humano."*²³. De manera que ambos indicios llevaron al Alto Tribunal a considerar que existía paternidad por parte del demandado.

B) POSESIÓN DEL OBJETO DE LA PRUEBA

Existen casos en los que la parte demandada tiene a su disposición el objeto material cuya aportación es de gran relevancia para la decisión judicial, siendo pues una prueba fundamental para el procedimiento. La cual a su vez se encuentra fuera del alcance de la parte demandante, la cual se encuentra en una posición de clara desventaja en dicho proceso.

Un caso real y polémico fue el de una actriz fotografiada por paparazis en topless mientras tomaba el sol en una zona privada, cuyas fotos fueron posteriormente publicadas

²³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia, de 28 de Mayo del 2015

en una revista muy reconocida en nuestro país obteniendo una gran cantidad de dinero por las numerosas ventas y vulnerando el derecho a la intimidad y al honor presentes en el art. 18 CE, ya que en ningún momento la demandante dio su consentimiento para que dicho material fotográfico fuese publicado²⁴.

La perjudicada presentó recurso extraordinario por infracción procesal, ya que consideraba que en anteriores instancias se había vulnerado el art. 217.7 LEC, referente a la disponibilidad probatoria, ya que, a la hora de contestar a la demanda, en la que ella solicitaba 100.000 euros en concepto de indemnización, cuya cuantificación se hizo en base a un informe pericial presentado por ella misma, el cual se basaba en los posibles beneficios de la revista, entre otros aspectos. En contestación, los representantes legales de la revista únicamente se limitaron a negarse a proporcionar tal cantidad por considerarla desproporcionada, sin aportar ningún tipo de informe o documento que probara el verdadero beneficio obtenido con la publicación de dichas fotos.

Además, basándose en la interpretación del Tribunal De Derechos Humanos, la cual ha de ser acogida y en base a la cual se ha de interpretar el art. 217 LEC, se ha de considerar que "*conforme al apdo.7 del art. 217 LEC no puede exigirse a ningún litigante una prueba que vaya más allá de cualquier posibilidad razonable, menos aún podrá exigírsele cuando con ello se menoscabe o dificulte la tutela de un derecho fundamental hasta el punto de dejarle indefenso [...]*"²⁵. De manera que no es exigible a la parte demandante la prueba de cuanto fue el beneficio de la revista en el número en que se publicaron sus fotos y cuantificar cuál debe de ser su indemnización, ya que ella no se encuentra en disposición de dicha información.

Así pues, el Alto Tribunal consideró que la sentencia recurrida gravaba indebidamente a la demandante con la carga de probar algo que no se encontraba en su disposición, cuando era la demandada la que se encontraba en total disposición de dichos elementos probatorios que hubiesen permitido cuantificar de manera inequívoca la indemnización con la que la revista debía resarcir a la actriz.

Finalmente, el Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la demandante considerando que para demandados podrían haber

²⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 1063/2015, de 17 de Marzo del 2015

²⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 1063/2015, de 17 de Marzo del 2015 fto. jco. 8º

rebatido de manera sumamente fácil el informe presentado por la parte demandante, puesto que ellos se encontraban en posesión material de todas las pruebas que podrían haber demostrado que la cantidad reclamada era excesiva. Ahora bien la pasividad que mostraron en este procedimiento no les puede situar en una situación más favorable que la demandante, dejando a esta en un estado de indefensión totalmente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva presente en el art. 24.1 CE.

C) INDISPONIBILIDAD NEGLIGENTE

Como bien afirmaba LUÍS MUÑOZ SABATÉ existen casos en los que el demandado gravado con la carga de la prueba por tenerla a su disposición la pierde o la destruye de manera negligente y maliciosa con el fin de eliminar aquellos elementos probatorios que de existir y no presentarlos llevarían al juez o tribunal a dictar sentencia desfavorable por su clara pasividad a la hora de presentar las pruebas necesarias y relevantes para el litigio; y de presentarlas, probablemente, probaría su culpabilidad.

Este caso lo encontramos claramente reflejado en la STS 261/2014, de 20 de Mayo de 2014²⁶, la cual resuelve una demanda de revisión fundamentada en el art. 510.1 y 4 LEC por la aparición de documentos desconocidos por la demandada en 1ª instancia.

Dicho recurso finalmente fue desestimado aunque la misma sentencia presenta un voto particular, que a nuestro parecer resulta más justo y apropiado para el caso que resuelve.

Ahora bien, lo que realmente nos interesa de este procedimiento es que el gestor de la cooperativa demandada, disponiendo de una serie de documentos que hubiesen probado los verdaderos hechos acaecidos, probando que el demandante mentía en su contestación, no lo hizo por tener una relación estrecha con éste último.

Una vez cesado de su cargo, el nuevo gestor y otros empleados encontraron la documentación en cuestión, la cual probaba que la compra venta por la que se pleiteó no era por una cantidad de 10.000.000 ptas. sino de 35.800.000, cosa que alegó la cooperativa demandada pero no pudo demostrar a causa de la indisponibilidad negligente

²⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 261/2014, de 20 de mayo de 2014

de su propio gestor, el cual con el fin de beneficiar al demandante, de todos aquellos documentos en los que quedaba más que reflejado.

En este caso la indisponibilidad negligente no la hace la cooperativa en perjuicio del demandante, sino que es uno de los empleados con un cargo más que responsable el que ocultó de manera maliciosa todas aquellas pruebas que demostraban que la cooperativa tenía razón, llevando a los jueces y tribunales de instancias anteriores a dar la razón al demandante.

Si trasladamos este supuesto a un caso de las mismas características donde el demandado, gravado por la carga de la prueba a causa de su total disposición del elemento probatorio, hubiese destruido u ocultado negligentemente todos aquellos elementos que pudiesen demostrar la verdad de los hechos, obstaculizando a la administración de justicia, y obteniendo gracias a ello una sentencia favorable, veríamos con más claridad la posición de indefensión de la otra parte, la cual al no encontrarse en posesión de las pruebas pertinentes es muy probable que no obtenga una tutela judicial efectiva protegida por el art.24.1 CE.

De manera que, la disponibilidad puede aparecer en algunos supuestos en un sentido negativo, ya que el hecho de destruir pruebas que se encuentran en posesión de la parte gravada con la carga de la prueba causa indefensión en la otra parte, la cual se encuentra en clara desventaja a la hora de poder demostrar la verdad en un juicio.

Todo ello supone para el órgano juzgador un grave problema, ya que existen casos, en los que no es posible saber si la documentación o pruebas se encuentran en posesión de una de las partes, o si ni siquiera existe dichos elementos probatorios, de manera que no puede gravar con la carga de la prueba a dicha parte cuando existan hechos dudosos.

CONCLUSIONES

Una vez finalizado el presente trabajo hemos llegado a un seguido de conclusiones que plasmaremos a continuación.

La primera de ellas es que las reglas sobre carga de la prueba no solo van destinadas al juez, sino también a las partes, ya que aquella que se vea gravada con ésta deberá poner mayor empeño en probar aquello que alega si no quiere que la sentencia emitida sea desfavorable a sus pretensiones. Esto es, que en el caso de quedar como inciertos los hechos en los que se basa el procedimiento será aquél gravado con la carga de la prueba el que verá frustrado su *petitium*.

La segunda, es que las reglas sitas en el art. 217 LEC son de aplicación subsidiaria, es decir, únicamente son recurridas por el juez cuando los hechos en que envuelven un procedimiento no quedan suficientemente probados y, aun así, ha de emitir una resolución que ponga fin al proceso.

La tercera, es que el objetivo final de la distribución de la carga de la prueba es, en definitiva, salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva regulado como derecho fundamental en el art. 24 CE, por ese motivo no siempre recae la carga de la prueba sobre la misma parte, ya que la regla general llegar a desembocar en una situación injusta y de indefensión para alguna de las partes. Por ello el art. 217 LEC intenta que exista igualdad de condiciones para ambas partes en el procedimiento.

La siguiente de las conclusiones a la que hemos llegado es que los principios de facilidad y disponibilidad probatoria son conceptos diferenciados entre sí, aunque íntimamente conectados, que tienen como finalidad flexibilizar la carga de la prueba gravando a la parte con que tenga mayor proximidad con el elemento probatorio, con el fin de adaptarse a cada caso concreto, evitando situaciones injustas.

Estos principios permiten al órgano enjuiciador emitir una resolución, relativamente justa, en aquellos procesos en que los hechos no quedan probados, cuyo perjudicado será aquél al que le fuese más fácil presentar las pruebas pertinentes para demostrar los hechos en los que se basa caso.

En cuanto a los casos concretos que hemos analizado en el presente trabajo cabe decir lo siguiente: en primer lugar, y sobre la responsabilidad extracontractual del

personal médico-sanitario, hemos de decir que la clasificación que hace la jurisprudencia intenta ser lo más justa posible, diferenciando aquellos casos en que el profesional tiene el único deber utilizar los medios necesarios para prestar atención a los pacientes, de aquellos en los que el deber del médico es el de proporcionar un resultado determinado, como son las operaciones de cirugía estética.

Es de una lógica incuestionable el hecho de gravar con la carga de la prueba al personal médico-sanitario en aquellos casos en que el resultado de la operación estética no presenta los resultados pactados, aún más cuando éste produce en el paciente un daño desproporcionado, el cual no tenía por qué soportar. Ahora bien, nos encontramos que, a causa de la facilidad que tienen los profesionales de disponer de los informes y documentación probatoria, éstos se aprovechan de ello para alterar las pruebas y obtener un resultado favorable a sus pretensiones dejando a los pacientes y sus familiares en una clara situación de injusticia e indefensión. Un claro ejemplo sería el caso de Antonio Meño, un joven que en el transcurso de una operación de cirugía estética quedó en estado vegetativo a causa de una clara negligencia médica. En el procedimiento que abrió la familia del paciente, uno de los profesionales alteró los informes y documentos que achacaban el desastroso resultado a su mala praxis, consiguiendo una sentencia favorable que dejaba al joven Meño indefenso ante la justicia. Consideramos que estos documentos modificados maliciosamente no deberían de haberse tenido en cuenta por el Tribunal, puesto que no existe un motivo suficiente como para no considerar responsable al personal médico en aquellos casos en los que éste se compromete a proporcionar un determinado resultado y de lo contrario lleva al paciente al borde de la muerte.

Creemos, por lo tanto, que en aquellos casos en los que el paciente se somete a una intervención de resultado y, no solo no obtiene éste, sino que además sufre un daño claramente desproporcionado en relación a dicha operación, se deberían analizar con más detenimiento aquella documental que presente el equipo médico para evitar situaciones de clara injusticia como la de Antonio, ya que desde un punto de vista lógico no es posible que tras una operación de cirugía estética el paciente quede en estado vegetativo pudiendo haber, incluso, muerto en dicha intervención.

En segundo lugar, el TS flexibiliza mediante el principio de facilidad la carga de la prueba cuando a la parte demandante fundamenta sus pretensiones en un hecho negativo, como sería el caso de la negativa de haber consentido una intervención médica

de manera informada. En estos casos consideramos acertada e incuestionable la jurisprudencia del Alto Tribunal, puesto que es mucho más fácil para la clínica o el médico presentar un documento firmado por el paciente aceptando cualquier riesgo que tenga la intervención a la que se va a someter, que a éste último demostrar que no hubo tal aceptación expresa.

En tercer lugar, en cuanto a la negativa de la prueba de paternidad, creemos que a causa de la enorme disponibilidad del presunto padre del elemento probatorio es lógico que el TS grave con la carga de la prueba a esta parte y no a la demandante. Ahora bien, la jurisprudencia del TC y del TS considera que la negativa del padre a someterse a la prueba de paternidad es un indicio que pos si solo no es suficiente para determinar que existe la filiación reclamada, sino que también son necesario otros indicios que lo acompañen. En nuestra opinión, es claramente complicado para el órgano enjuiciador determinar cuando existen indicios suficientes y cuando no, ya que ni el Alto Tribunal ni el TC han delimitado los límites de dichos indicios. Así pues, es posible que lo que para un juez es indicio suficiente para otro puede que no, lo cual puede llegar a producir la indefensión de la demandante.

Seguidamente, en cuanto a la posesión del objeto de la prueba, consideramos que es incuestionable el hecho de gravar con la carga de la prueba a aquél que dispone directamente del elemento probatorio, como bien ha ido haciendo el TS, ya que no es posible exigir a la parte que le es imposible disponer de dichas pruebas que demuestre los hechos que alega, sino que las tendrá que presentar la otra parte.

En último lugar, en cuanto a la indisponibilidad negligente, consideramos que también es una tipología de la disponibilidad probatoria, puesto que el hecho de no disponer del elemento probatorio de manera maliciosa para obtener una sentencia favorable utiliza la disponibilidad que tiene sobre la prueba para destruirla y perjudicar a la otra parte dejándola en una posición de clara indefensión.

Esto supone una complicación para el Tribunal, el cual ha de estudiar minuciosamente como se ha perdido la prueba y determinar si ha sido por negligencia de la parte o bien por fuerza mayor.

Finalmente consideramos que, en aquellos casos en que no quedan suficientemente probados los hechos, no resulta fácil determinar quién ha de sustentar la carga de la prueba, y por tanto ha de recibir una sentencia desfavorable, ya que tanto los

criterios de facilidad y disponibilidad no están lo suficientemente delimitados como para que no quepa duda de cuando se ha de flexibilizar la carga de la prueba.

Así pues, consideramos que a pesar de todas las sentencias del TS y del TC en las que se hace referencia a la aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad, no existe un criterio de aplicación lo suficientemente tasado, con lo cual ha de ser el Tribunal el que ha de interpretar dichos principios y aplicarlos de acuerdo con su criterio, y velando por la protección del art. 24 CE, al caso concreto sin desbordar la fina línea que separa la discrecionalidad del Juez con la arbitrariedad.

BIBLIOGRAFIA

- Abel Lluch, Xavier; Picó I Junoy, Joan. *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007. ISBN: 978-84-7698-775-9
 - Código Civil (2013). Madrid: Tecnos
 - Código Penal (2012). Madrid: Tecnos
 - Constitución Española de 1978 (2011). Madrid: Tecnos.
 - Corbal Fernández, Jesús Eugenio; Izquierdo Blanco, Pablo; Picó i Junoy, Joan. *Práctica Procesal Civil*. 23ª Ed. Barcelona: Editorial Bosch, 2014. ISBN: 978-84-16018-32-1
 - Fernández López, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. 1ª Ed. Madrid: LA LEY, 2006. ISBN: 84-9725-687-5
 - Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (2013). Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Ley Orgánica del Poder Judicial (2011). València: Tirant lo Blanch
 - Montero Aroca, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª Ed. Navarra: Thomson Reuters, 2011. ISBN: 978-84-470-3662-2
 - Muñoz Sabaté, Luís. *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, ISBN: 84-7698-622-X
- Recursos electrónicos:
- Aranzadi Bibliotecas [en línea]. <www.aranzadidigital.es>
 - Tirant lo Blanch. [en línea]. <www.tirantonline.com>
 - Buscador de Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial. [en línea]. <www.poderjudicial.es>
 - Buscador de Jurisprudencia Constitucional. [en línea]. <www.tribunalconstitucional.es>
- Artículos en línea:
- ALBI NUEVO, JULIO: "*La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*" [En línea]
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4524529>>

- LUNA YERGA, ÁLVARO: "*Regulación de la carga de la prueba en la LEC*"
[En línea]

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=724377>>

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª) [versión electrónica- base de datos WestLaw] Sentencia 227/1991, de 28 de Noviembre de 1991
- España. Tribunal Constitucional (Pleno) [versión electrónica- base de datos Aranzadi WestLaw] Sentencia 14/1992, de 10 de Febrero de 1992
- España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª) [versión electrónica- base de datos WestLaw] Sentencia 7/1994, de 17 de Enero de 1994
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) [versión electrónica-base de datos BUSCADOR DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL] Sentencia 118/2006, de 24 de Abril del 2006

TRIBUNAL SUPREMO

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos ARANZADI WESTLAW] Sentencia 1220/2002, de 12 de Diciembre del 2002
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 8802/2002, de 23 de Diciembre de 2002
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 6204/2010, de 15 de Noviembre de 2010
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 261/2014, de 20 de mayo de 2014
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica- base de datos CENDOJ]. Sentencia 328/2014, de 18 de Junio de 2014
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 1063/2015, de 17 de Marzo del 2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

- España. Audiencia Provincial de Madrid [versión electrónica-base de datos CENDOJ] Sentencia 6967/2015, de 19 de Mayo del 2015