

# FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL\*

## FUNDAMENTALS OF THE PROBATIVE ACTIVITY IN THE SPANISH CIVIL PROCESS

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ  
*Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Murcia*

Recibido: 08.08.2018 / Aceptado: 05.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4395>

**Resumen:** Para ganar un pleito, tan importante es tener razón como saber probar que se tiene derecho a aquello que se solicita. Lo que pone de manifiesto la relevancia práctica de la actividad probatoria y la necesidad de conocer debidamente los aspectos más destacados de la misma. A tal fin, en el presente estudio se analizan los principios que han de tenerse en cuenta en esta materia, qué debe probarse, quién tiene la carga de acreditar los hechos que se afirman ante un tribunal y con qué han de intentar justificarse las alegaciones que se hagan ante éste.

**Palabras clave:** Derecho español, proceso civil, prueba, objeto y necesidad.

**Abstract:** To win a lawsuit, being right is so important as knowing how to prove the right to those requested. This shows the practical relevance of the evidentiary activity and the need to know properly its most featured aspects. To that end, the current study analyze the principles that must be taken into account in this matter, what should be proved, who has the burden of proving the facts that are asserted in a court of law, and what needs to be used to try justify the allegations made in court.

**Keywords:** Spanish law, Civil procedure, proof, object and necessity.

**Sumario:** I. Nociones previas. II. Concepto de prueba. III. Objeto y necesidad de la prueba. 1. Los hechos. A) Hechos expresamente admitidos. B) Hechos notorios. C) Hechos tácitamente admitidos. D) Hechos favorecidos por una presunción legal. 2. La costumbre. 3. El derecho extranjero. 4. Otras normas jurídicas. 5. Las llamadas «máximas de la experiencia». IV. Carga de la prueba. V. Fuentes y medios de prueba. VI. Las diligencias finales.

### I. Nociones previas

1. Aunque el objeto de este estudio se centrará en el análisis de la actividad probatoria en nuestro proceso civil –y, más singularmente, en el estudio de su desarrollo en el llamado «proceso civil de declaración»–, parece conveniente realizar, con carácter previo, algunas precisiones sobre la misma que permitan comprender, con mayor claridad, algunas de las consideraciones que más adelante se realizarán.

---

\* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2017-86575-R), así como de la Red Temática «Justicia civil: análisis y prospectiva» (DER2016-81752-REDT).

2. Cuando nos referimos a la prueba hemos de tener en cuenta que, por lo general, en los procesos civiles, contencioso-administrativos y laborales se tutelan derechos e intereses individuales; derechos e intereses que, si se hacen valer en juicio, es porque el sujeto jurídico al que conciernen así lo desea. De donde se deduce que dichos procesos dependen, en gran medida y múltiples aspectos, de la voluntad y libre actuación de quien solicita que se le tutele jurisdiccionalmente.

De ahí que, en dichos procesos, rija el *principio dispositivo* (también llamado «principio de justicia rogada»), a tenor del cual las partes «poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercerlos o no»<sup>1</sup>. De acuerdo con dicha visión, el proceso solo existe porque así lo desea el demandante, quien, en cualquier momento –salvo que la renuncia esté expresamente excluida–, puede ponerle fin si lo considera ajustado a su interés. Es él el que delimita sobre qué ha de versar la controversia –es decir: qué es lo que se va a discutir en el proceso–, lo que incide en la actividad procesal a desarrollar y en la sentencia, ya que la primera solo podrá versar sobre las cuestiones delimitadas por el actor y la segunda no podrá ir más allá de lo que éste haya pedido en su demanda. Análogamente, el demandado es libre de comparecer, o no, en el pleito, de aceptar algunas de las peticiones que hace la parte contraria y no otras, de reconocer por completo la pretensión de su adversario, etcétera.

Todo ello es consecuencia de dos factores. De un lado, del hecho cierto, ya explicado, de que, en estos casos, el proceso no es sino un instrumento para hacer valer derechos e intereses predominantemente individuales. De otro, del reconocimiento de que los particulares pueden disponer libremente de dichos derechos e intereses, tanto dentro como fuera del proceso.

Esto no quiere decir, sin embargo, que el control del litigio se encuentre en manos de los particulares. En absoluto. Pues no les corresponde a ellos –sino a los tribunales– su dirección, siendo los titulares de los órganos jurisdiccionales los encargados de velar porque se desarrolle por los cauces legalmente determinados.

Cuanto antecede determina que, en los procesos regidos por el principio dispositivo, y como manifestación de éste, quepa hablar de otro principio, el *principio de aportación de parte*, en función del cual se confía a los litigantes la tarea de alegar y probar los hechos que les interesen, labor que se concreta en los aforismos *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame el hecho, y yo –juez– te daré el derecho) y *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* (el juez falla conforme a lo alegado y probado por las partes). En ellos, son los contendientes –y solo ellos– los que aportan los hechos sobre los que ha de discutirse en el pleito, obligando con ello al juez, que no puede fundar su decisión en otros hechos, ni puede prescindir de los que las partes hayan sometido a su consideración. «Qué efectos jurídicos se deriven de tales hechos, en relación con las pretensiones deducidas, es cosa que corresponde decidir a la función soberana del juzgador, previa la declaración de los hechos. El juez solo es libre de considerar como dados o no los hechos controvertidos. De los alegados por una parte y admitidos por la contraria ha de partir en todo caso en la sentencia, independientemente de su convencimiento»<sup>2</sup>.

Con todo, como dijimos al principio, lo anterior solo es válido en términos generales, pues existen algunos procesos civiles –los denominados «procesos civiles no dispositivos»– en los que el interés del Estado en la tutela de determinados derechos prevalece sobre cualquier otra consideración, razón por la cual se concede a los jueces mayores poderes que en los demás procesos.

De lo expuesto se deduce que, con carácter general, en el proceso civil:

- Son las partes las que han de aportar los hechos al proceso, careciendo el juzgador de dicha facultad. El actor afirmará los hechos que constituyan el fundamento de su pretensión y el demandado hará lo propio respecto de los hechos que fundamenten su resistencia.
- Las partes tienen la facultad de admitir como ciertos los hechos alegados por sus contrarios, supuesto en el cual el tribunal debe tenerlos por fijados. El juez solo es libre de considerar como ciertos, o no, los hechos controvertidos.

<sup>1</sup> E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. Primero, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1976, p. 214.

<sup>2</sup> E. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, *loc. cit.*

- Sobre las partes recae la carga de probar los hechos discutidos, en el doble sentido de que son ellas quienes deben solicitar que el pleito se reciba a prueba y quienes deben proponer los concretos medios de prueba de que quieran valerse, y de que es sobre ellas sobre las que recaerán las consecuencias que puedan derivarse de que los hechos alegados no queden suficientemente acreditados.

3. Sentado lo anterior, procede subrayar a continuación que todo proceso presupone la existencia, al menos, de dos partes: una que solicita una concreta tutela jurisdiccional, y otra frente a la que ésta se requiere.

La primera funda su petición en un conjunto de hechos históricos jurídicamente trascendentes que conforman la causa por la que solicita el amparo judicial –la llamada *causa petendi*–, entre los que destacan los denominados hechos constitutivos, es decir, aquellos que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que solicita.

La segunda, si se resiste a dicha petición, puede hacerlo de formas muy diferentes, pues su oposición puede limitarse a negar la causa de pedir aducida de contrario y a solicitar que no se le condene, pero también puede basarse en otros hechos, distintos a los alegados por el actor, que, a su entender, justifiquen dicho resultado.

De lo anterior se sigue, al menos, que, así como el demandante debe alegar los hechos que hemos denominado constitutivos, el demandado puede alegar hechos que fundamenten su resistencia: sean éstos impeditivos (aquellos que, recogidos en una norma, impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su normal eficacia; por ejemplo, que el contrato aducido por el actor es nulo por no concurrir algunas de las condiciones generales que la ley exige, las del artículo 1.261 del Código Civil), extintivos (los que suprimen los efectos de los hechos constitutivos; por ejemplo, que la obligación que se reclama fue satisfecha) o excluyentes (los que niegan los efectos de los hechos constitutivos; por ejemplo, que las partes suscribieron un pacto de no pedir durante determinado tiempo aún no cumplido).

Todos ellos son relevantes para delimitar el objeto del debate –no el objeto del proceso, que es cosa distinta, que viene determinado por la petición que el actor dirige a un órgano jurisdiccional–. Pues en torno a los mismos girará la discusión sobre la que versará la litis; son ellos los que han de resultar acreditados en el pleito y es sobre ellos sobre los que el tribunal deberá pronunciarse en su sentencia.

4. Como hemos señalado, el principio de aportación de parte implica que son los litigantes los que deben afirmar los hechos que les interesan invocar a favor de sus respectivas posiciones.

De ello se siguen varias consecuencias:

- En primer lugar, que es el actor el que tiene la carga de alegar los que hemos denominado hechos constitutivos, en tanto que es el demandado el que tiene la carga de alegar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que considere que le pueden favorecer.
- En segundo término, que, si los hechos afirmados por el demandante son admitidos por sus contrarios, dichos hechos son ciertos para todos y, en consecuencia, no se suscita disputa alguna en relación con ellos. En tal supuesto, ciertamente inusual en la práctica, aunque posible, la contienda no versa sobre los hechos sino sobre la valoración jurídica que los mismos merecen para las partes; es decir, sobre las consecuencias jurídicas que, a su entender, se derivan de ellos, cuestión sobre la que el tribunal deberá pronunciarse en su sentencia.
- Y, finalmente, que, si todos o alguno de los hechos aducidos por alguna de las partes, es negado por otra que se encuentre en la posición procesal adversa, dicha negativa da lugar a que estemos ante hechos controvertidos y, en consecuencia, discutidos.

5. Fijadas las anteriores premisas, estamos en condiciones de centrar nuestra atención en la función encomendada a los tribunales en nuestro sistema de justicia.

El principal deber de éstos es decidir las contiendas cuya resolución jurídica se les encomiende. Así lo disponen tanto el artículo 1.7 del Código Civil como el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y no de cualquier manera, sino de conformidad con el sistema de fuentes establecido, y, por ende, de acuerdo con el modo que se haya reglado a tal fin.

En nuestro sistema –y, más singularmente, por lo que ahora nos interesa, en el orden civil–, ello implica que han de respetar que sean las partes las que fijen el objeto del debate procesal; las que soliciten, en su caso, el recibimiento del pleito a prueba; y las que propongan los medios de prueba de que deseen valerse, sin que los tribunales tengan la posibilidad de investigar si son ciertos o falsos los hechos alegados por aquellas, ni puedan subsanar las omisiones que éstas hayan podido cometer en la defensa de sus respectivas posiciones, aunque sí les es dado comprobar si los hechos se han introducido en la litis del modo legalmente dispuesto e inadmitir los medios probatorios en los casos normativamente previstos.

## II. Concepto de prueba

6. Aclarados los anteriores extremos, estamos en condiciones de definir lo que es la prueba. Entendemos por tal la actividad procesal que desarrollan las partes con el tribunal que tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de una afirmación o fijar ésta como cierta a los efectos de un proceso<sup>3</sup>.

Si se reflexiona con tiento sobre lo que se acaba de apuntar, enseguida se reparará en la importancia que, normalmente, tiene la actividad probatoria para el éxito de las pretensiones de las partes. Pues, para ganar un pleito, tan importante es tener razón como saberla probar. Ya que, si ésta no se acredita debidamente, salvo que la discusión verse sobre cuestiones estrictamente jurídicas, difícilmente se obtendrá la tutela jurisdiccional que se desea. Tan importante es, pues, tener razón como convencer al juzgador de que se tiene derecho a obtener la tutela que se postula; al menos, cuando éste debe basar su decisión en la valoración de medios de prueba sometidos a su íntima convicción.

7. De lo expuesto se colige, además, otras dos importantes consecuencias.

En primer lugar, que, como ya se señaló, con carácter general, la iniciativa probatoria corresponde a las partes que discuten sus pareceres ante la jurisdicción.

Y, en segundo término, en directa relación con lo anterior, que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones y hechos alegados por las partes en la causa; hechos, por lo demás, que son los únicos que puede tener en cuenta el juzgador para resolver, a quien, por otra parte, no le está permitido desconocer los hechos sobre los que exista conformidad o consenso entre los contendientes.

Dicho con otras palabras. Así como los tribunales no pueden aplicar normas alegadas por las partes si las mismas no existen, ni pueden dejar de tomar en cuenta las que efectivamente existan, aunque no sean aducidas por quienes comparecen ante ellos, la determinación de los hechos sobre los que versa la contienda procesal, y la de los medios con los que se desea constatar las afirmaciones realizadas sobre éstos, no les corresponde a ellos, sino a las partes. Al menos con carácter general, pues no faltan supuestos en los que, por estar en juego cuestiones de orden público (como ocurre, por ejemplo, en los procesos sobre el estado civil de las personas), no rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad y sus manifestaciones procesales (el poder de disposición y la aportación de parte) quedan asimismo mermadas. La aportación de los hechos sobre los que debate en el proceso jurisdiccional corresponde, por tanto, en exclusiva, a las partes. Por lo que los jueces no pueden tener en cuenta otros distintos a los que, al menos, una de ellas haya afirmado, ni desconocer los que todas hayan reconocido.

Si a ello se añade que, como antes apuntamos, los jueces tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos que tengan encomendados de acuerdo con el sistema de fuentes establecido y que, al menos en el orden civil, con carácter general, no pueden investigar si son ciertos o no los hechos que se les exponen, resulta forzoso concluir que el propósito de la actividad probatoria no es averiguar la verdad de lo sucedido, sino convencer al juez de determinados datos, a partir de los cuales pueda decidir si procede otorgar la tutela que se le solicita<sup>4</sup>; al menos, cuando no se encuentre obligado a tener en cuenta el resultado de medios de prueba de valoración legal o tasada.

<sup>3</sup> En palabras del Rey Sabio, «Prueua es averiguamiento que se face en juyzio en razón de alguna cofa que es dubdofa» (Ley I, Título XIII, Tercera partida).

<sup>4</sup> Con todo, la labor del juzgador no tiene por qué ser pasiva, pues, en el orden social de la jurisdicción se le permite que pueda ordenar la continuación de la práctica de una prueba, aunque renuncie a ella la parte que la propuso (artículo 87.2 de la

### III. Objeto y necesidad de la prueba

8. Sentado lo anterior, el siguiente aspecto que ha de analizarse, en un orden lógico, es el de qué ha de probarse. O, dicho de otro modo, cuál es el objeto de la actividad probatoria y qué precisa acreditarse en un proceso jurisdiccional para que se declare la consecuencia jurídica que se solicita.

9. En sentido estricto, cuando se habla del objeto de la actividad probatoria se está haciendo referencia a las cuestiones que, en abstracto, y, por consiguiente, más allá de un proceso concreto, pueden probarse.

10. A su vez, cuando se habla de necesidad de la prueba se está haciendo referencia a aquellas cuestiones que, pudiendo ser objeto de prueba, deben ser acreditadas para que queden fijadas las cuestiones controvertidas sobre las que se discute en un concreto pleito.

11. Establecidas las anteriores premisas, fijémonos a continuación en las cuestiones que, en abstracto, pueden ser probadas, analizando a propósito de cada una de ellas qué debe probarse en un proceso para que el juzgador declare la consecuencia jurídica solicitada en cada caso por el accionante.

De acuerdo con el artículo 218 de la LECiv, dichas cuestiones son, por un lado, los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso; por otro, la costumbre y el derecho extranjero.

Aunque, si se piensa con rigor, y, por tanto, con método y orden, enseguida se cae en la cuenta de que dicha relación es incompleta. Ya que, aparte de los hechos, es evidente que hay otras normas jurídicas, además de las indicadas, que también deben ser probadas, como también deben ser acreditadas las llamadas «máximas de la experiencia».

#### 1. Los hechos

12. Objeto principal de la actividad probatoria son los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso –esto es, que aleguen las partes como fundamento de sus respectivas pretensiones–. Solo esos. No otros. Y, en puridad, si se piensa con sosiego, de acuerdo con la definición que hemos dado de actividad probatoria, más que los hechos, las afirmaciones o declaraciones que las partes hayan hecho en relación con ellos. Pues los hechos existen –o no– fuera del proceso, y lo que, en puridad, se discute en éste son las afirmaciones que los litigantes hacen sobre los mismos en sus respectivos escritos de alegaciones.

13. La aseveración de que son objeto de prueba los hechos que guarden relación con la tutela judicial que, en cada caso, se interese, tiene importantes consecuencias.

- Significa, en primer lugar, que la prueba solo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes en la litis –en rigor, sobre las afirmaciones que éstas hayan formulado sobre determinados hechos–: los que no hayan sido afirmados por los litigantes no pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador y sobre ellos no puede recaer prueba.
- Supone, en segundo término, que, para que una afirmación sobre determinados hechos pueda ser objeto de prueba, es preciso que se haya realizado en momento procesal adecuado: si se hace después del instante o instantes previstos para formular alegaciones, se considerará extemporánea y, en consecuencia, no se admitirá actividad probatoria alguna sobre ella.
- Implica, asimismo, que no todas las alegaciones sobre hechos realizadas oportunamente han de ser probadas: la prueba solo versa sobre hechos controvertidos; es decir, sobre cuestiones discutidas o polémicas entre los litigantes, sobre afirmaciones respecto de las cuales éstos

---

LJS) y, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley reguladora de la jurisdicción social, se le permite que pueda formular a las partes, peritos y testigos las preguntas que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos (*vide* los artículos 87.3 de la LJS y 306, 347.2 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en lo sucesivo, LECiv).

- mantienen tesis dispares: ya sea porque uno de ellos niega expresamente una afirmación que otro mantiene, ya sea porque guarda silencio en relación con ella o explícitamente evita pronunciarse sobre la misma. No en vano el legislador impone al demandado la carga de admitir o negar los hechos aducidos por el actor, disponiendo, además, en el orden civil, que los tribunales podrán considerar su silencio o respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales (artículo 405.2 de la LECiv).
- Y evidencia, finalmente, como antes apuntamos, que no todas las afirmaciones sobre hechos deben ser acreditadas para que la sentencia pueda fundarse en ellas. Ya que, con carácter general, y, por tanto, sin perjuicio de los matices que más adelante se indicarán, los hechos admitidos por todas las partes, o afirmados por una y admitidos por las demás, son existentes para el juzgador, que no podrá desconocerlos en su sentencia.

### A) Hechos expresamente admitidos

14. Los hechos afirmados por todas las partes en sus alegaciones, o los afirmados por una que sean reconocidos por las restantes, son hechos expresamente admitidos, y, como tales, se encuentran exentos de prueba, salvo que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los pleiteantes (*vide* los artículos 281.3 de la LECiv y 87 de la LJS), hipótesis en la cual sí deberá desplegarse prueba si se desea que la sentencia pueda fundarse en ellos.

15. La razón de dicha exención se encuentra en que, en nuestro sistema, en los procesos regidos por el principio dispositivo, y como manifestación de éste, se confía en los sujetos procesales la tarea de alegar y probar los hechos que les interesen. De donde se deduce que, si una parte admite como ciertos hechos alegados por la contraria, así deben ser tenidos por el tribunal, más allá de cuál sea la personal convicción de sus integrantes sobre dicha circunstancia, el cual tampoco puede realizar o intervenir en más actividad probatoria que la solicitada por los pleiteantes, sin perjuicio de lo que se establece, con carácter excepcional, en los artículos 282 y 435.2 de la LECiv, referidos a la iniciativa de la actividad probatoria y a las llamadas diligencias finales.

16. En cualquier caso, los hechos han de ser explícitamente admitidos por todos los sujetos jurídicos que conformen la misma posición procesal, sean uno o varios (lo que, obviamente, solo acontecerá en los supuestos de litisconsorcio, sea originario o sobrevenido).

17. La Ley de Enjuiciamiento Civil contiene numerosas disposiciones en las que se conmina a las partes a tomar posición en relación con los hechos aducidos por las restantes. Así, el demandado debe negar o admitir los alegados por el actor en su escrito de demanda (artículo 405.2 de la LECiv), al igual que éste debe hacer lo propio, en su escrito de contestación a la reconvenición, respecto de los expuestos por el reconviniendo (artículo 407.2 de la LECiv), y como uno y otro han de hacer respecto de los que se refieran en momentos posteriores (alegaciones complementarias permitidas en la audiencia previa al juicio o en la vista, hechos nuevos o de nueva noticia) —cfr. lo dispuesto en los artículos 426.1 y 286.1 de la LECiv—.

Y, para el caso de que las mismas no atiendan dichos requerimientos, se prevé además que el juez, en la audiencia previa al juicio, si se tramita un juicio ordinario, o en el acto de la vista, si se trata de un juicio verbal, puede requerir a los litigantes que se manifiesten con claridad sobre los hechos (artículo 426.6 de la LECiv) y que, en todo caso, antes de que se proponga prueba, «*las partes o sus defensores, con el tribunal*» fijarán «*los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad*» entre ellos (artículo 428.1 de la LECiv).

Todo ello se completa, finalmente, con la previsión de que si, pese a todo, uno de los pleiteantes no se hubiese pronunciado con la suficiente claridad sobre si admite o niega los hechos referidos por quienes ocupan la posición procesal contraria, el juez «*podrá*» considerar su silencio o respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos (artículos 405.2 y 426.6 de la LECiv).

## B) Hechos notorios

18. Tampoco precisan ser probados los llamados hechos notorios, entendiéndose que lo son aquellos cuyo conocimiento forma parte del acervo cultural de un concreto grupo social en un momento dado<sup>5</sup>; es decir, los acontecimientos, sucesos o acaecimientos que, por su relevancia, forman parte del conocimiento común de la mayoría de las personas que, en un momento histórico concreto, forman parte de una sociedad. Necesitan, sin embargo, ser alegados.

Con ello quiere decirse que:

- Al menos desde el punto de vista procesal, para que un hecho sea notorio no es necesario que sea conocido por todos los habitantes de nuestro planeta<sup>6</sup>. Ya que, de lo contrario, si se exigiera un conocimiento tan general, carecería de operatividad práctica alguna.
- Se trata de un concepto relativo, que guarda relación con lo que es generalmente conocido por las personas que viven en un momento histórico dado en un concreto ámbito territorial – sea supranacional, nacional, regional o local—. Pues lo que es notorio en una sociedad, en un momento determinado, puede no serlo en otro, o lo que es notorio en un grupo social sito en un territorio puede no serlo para otro que se encuentre geográficamente distante del anterior. Esa relatividad permite afirmar que hay hechos que son notorios, en un momento dado, para los habitantes de todo el planeta (por ejemplo, en la actualidad, que la Tierra es redonda), para los habitantes de un país (por ejemplo, en Francia, que existió Napoleón), para los habitantes de una región (por ejemplo, en la región de Murcia, que la misma carece de aeropuerto internacional) o para los habitantes de una ciudad (por ejemplo, en San Sebastián, la nevada que en 2009 provocó graves alteraciones en el transporte público de dicha localidad).
- Esa misma relatividad explica que el hecho no tenga que ser conocido por todas las personas que residen en el mismo ámbito geográfico en el momento en que se predica la notoriedad. Basta con que lo sea para aquellas que tengan un grado de cultura medio, entre las que, obviamente, ha de encontrarse el juez<sup>7</sup>.
- El régimen de los hechos admitidos y de los hechos notorios no es exactamente igual. Pues, mientras los primeros están exentos de prueba y, por tanto, no deben ser objeto de ella, los segundos –según dispone la ley– no están necesitados de prueba, lo que implica que pueden tenerse por ciertos, sin necesidad de que se acrediten, y, en consecuencia, que ello no es sino una posibilidad.

19. El hecho notorio se diferencia, pues, del hecho evidente –aquel que es manifiesto, obvio, incuestionable para la mayoría de las personas; por ejemplo, que durante la noche se ve menos que durante el día– en que, así como el primero no tiene por qué ser conocido por todos, el segundo, normalmente, sí lo es.

Tampoco procede equiparar hecho notorio a hecho conocido privadamente por el juez. Pues el hecho notorio, como antes apuntamos, es aquel que es conocido por la mayoría de las personas que, teniendo un grado de cultura medio, residen en un momento dado en un ámbito geográfico concreto, no el que es conocido por unos pocos.

<sup>5</sup> También puede entenderse por hecho notorio, de acuerdo con la definición dada por STEIN, aquel que es tan generalizadamente percibido, o es divulgado sin refutación por una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida pueda declararse tan convencido de su existencia como el juez en el proceso con base en la práctica de la prueba, es decir, como si hubiera sido específicamente probado (*vide* F. STEIN, *El conocimiento privado del juez* [traducido por Andrés de la Oliva], Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, p. 196. ISBN 84-313-0291).

<sup>6</sup> De ahí que deba considerarse desacertada la exigencia de que la notoriedad ha de ser «absoluta y general», referida en el artículo 281.4 de la LECiv.

<sup>7</sup> Así entendida, la notoriedad es un concepto vario y plural, que lo mismo puede venir referido a hechos procesales que extraprocesales; hechos que, en cualquier caso, si son fundamentales para decidir la controversia que el juez está llamado a decidir, y no meramente accesorios, solo pueden ser tenidos en cuenta por éste si son aportados por la parte que desea que sean tenidos en consideración (cfr. la STC 59/1986 –Sala 2ª–, de 19 de mayo [RTC 1986/59], Pte. Sr. de la Vega Benayas).

20. Por lo demás, si se tiene en cuenta que la actividad probatoria tiene como finalidad que el tribunal llamado a decidir la causa adquiera el convencimiento de que es cierta o incierta la afirmación hecha por una de ellas sobre determinados hechos, o de que se fijen como ciertos determinados hechos a los efectos de un pleito, y, en consecuencia, que es él el que ha de alcanzar semejante certidumbre, parece evidente que los hechos notorios han de ser tales para el tribunal, que es el que debe considerarlos como evidentes. Ya que, de lo contrario, será necesario proponer prueba para acreditarlos. De ahí que deba reconocerse el acierto de la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) cuando, en su §291, establece que «*no necesitan de ninguna prueba los hechos que son notorios para el tribunal*»<sup>8</sup>. Y que parezca más acertada la afirmación de que no precisan prueba los hechos «que el tribunal considere de notoriedad absoluta y general», prevista en el Anteproyecto y en el Proyecto de LECiv, que la de que no resulta necesario probar «*los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*», que es la utilizada en el artículo 281.4 de la vigente LECiv.

21. Lo anterior suscita el problema de cuándo procede determinar que un hecho es, o no, notorio.

Si se considera que el juez solo debe pronunciarse sobre dicha cuestión en la sentencia, parece evidente que, antes de dicho instante, no será posible saber su decisión sobre este punto. Por lo que, desde un punto de vista práctico, el interesado en que se considere que determinado hecho es notorio, ante la duda de si se considerará o no como tal por el llamado a decidir el pleito, debería procurar acreditarlo a través de los diferentes medios de prueba permitidos en nuestro ordenamiento. Ya que, de lo contrario, corre el riesgo de que el juzgador estime que no lo es y, en su caso, que considere que no ha quedado debidamente probado.

Si, por el contrario, se estima que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428.1 de la LECiv, al final de la audiencia previa, en el caso de que el proceso se tramite por los cauces del juicio ordinario, o de la vista, si se sigue por los del juicio verbal, las partes o sus defensores, con el juez, deben fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad entre los litigantes, y que ello implica que, en dichos instantes, el juez debe pronunciarse sobre si determinado hecho es, o no, notorio, parece obvio que en ese instante se conocerá su decisión y que, en función de cuál sea ésta, será necesario o no proponer prueba para intentar acreditarlo. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que, en la práctica, no es frecuente que los jueces se pronuncien sobre esta cuestión en momento procesal tan temprano. Por lo que, si no lo hiciesen, quienes deseen que determinado hecho sea tenido en cuenta por el juzgador no tendrán más remedio que intentar acreditarlo a través de los diferentes medios de prueba reconocidos en nuestro derecho.

22. Finalmente, cabe apuntar que el hecho de que algún litigante afirme que determinado hecho es notorio no supone que efectivamente lo sea. Por lo que, si tal condición es negada por otro pleiteante, y el juez tiene dudas sobre dicho extremo, parece razonable que se permita practicar prueba para intentar acreditar la notoriedad afirmada.

### C) Hechos tácitamente admitidos

23. Como antes se apuntó, los hechos *–rectius*, las afirmaciones sobre los mismos– que no sean expresamente admitidos por las partes precisan ser probados si se desea que el tribunal funde en ellos su resolución. Dicha regla solo tiene dos excepciones: cuando el hecho es notorio, supuesto en el cual no precisa prueba, con la salvedad ya apuntada y la de que, si de contrario se niega la notoriedad, sí puede resultar necesaria; y cuando el hecho se haya admitido tácitamente, hipótesis en la cual, el silencio o respuestas evasivas de quien tiene la carga de consentirlo o negarlo, puede dar lugar a que se tenga por cierto en perjuicio de quien adopte semejante comportamiento procesal (cfr. el artículo 405.2 de la LECiv).

24. Ciertamente, el levantamiento de esta carga se produce con más facilidad en los procedimientos predominantemente orales que en los mayoritariamente escritos, en los que suele ser frecuente que se nieguen los hechos aducidos por la contraparte empleando fórmulas genéricas o estereotipadas, como la

<sup>8</sup> Así lo indica A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial* (con I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 3ª ed., Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 109. ISBN 13-978-84-9961-231-7.



siguiente: «Se niegan todos los hechos contenidos en la demanda que no se acomoden al relato fáctico que a continuación se refiere». Por el contrario, en los primeros, como señala MONTERO, el levantamiento correcto de la carga se produce de manera más natural. Pues el juzgador, de oficio o a petición de parte, puede recordar que se debe contestar «*afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda*», que es lo que dice el artículo 85.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social –LJS, en lo sucesivo–<sup>9</sup>.

25. En cualquier caso, lo que es evidente es que la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos afirmados por la parte contraria, bien guardando silencio en relación con ellos, bien dando respuestas evasivas, que eluden el requerimiento de manifestarse sobre ellos, aceptándolos o negándolos, puede dar lugar a que el juez estime en su sentencia que dichos hechos han sido tácitamente admitidos.

Ello supone:

- Que dicha posibilidad se configura como una facultad del juzgador, que, como tal, éste puede ejercitar o no.
- Que se trata de una licencia que, en su caso, el tribunal ejercita en el momento de dictar sentencia.
- Que esta circunstancia impide que las partes conozcan antes de que se dicte dicha resolución si determinados hechos se van a tener como tácitamente admitidos o no. Por lo que, ante dicha eventualidad, la parte a la que interese que los hechos queden fijados, debería proponer prueba para que éstos puedan quedar debidamente confirmados.

#### D) Hechos favorecidos por una presunción legal

26. Aunque a primera vista pueda pensarse que los hechos favorecidos por una presunción legal están exentos de prueba, si se reflexiona con atención, enseguida se cae en la cuenta de que se trata de una impresión equivocada: que dicha afirmación solo es válida –y con matices– en el caso de presunciones legales absolutas o *iuris et de iure*, no en todas. Pues en las presunciones legales relativas, es decir, en aquellas que admiten prueba en contrario, precisamente por la posibilidad de que pueda proponerse contraprueba, sí cabe actividad probatoria. Y, en las que no la aceptan, bien mirado, es necesario acreditar el hecho indicio para que pueda tenerse por existente el hecho que se presume, que constituye, a su vez, el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica que se interesa. De donde se sigue, y ésta es la conclusión a la que queríamos llegar, que no resulta correcto afirmar, sin precisión o aclaración alguna, que las presunciones legales dispensan de prueba en todo caso, ya que, ciertamente, no es así.

27. Nótese que las presunciones no son sino un medio para inferir determinadas conclusiones, a partir de ciertos datos, en virtud de un razonamiento lógico que permite engarzar éstos con aquéllas; que, en las presunciones legales, aquellas en las que dicho nexo viene determinado por el legislador, es preciso distinguir, como antes subrayamos, aquellas en las que éste permite articular prueba para desacreditar la conclusión alcanzada (presunciones legales *iuris tantum*) de aquellas en las que dicha posibilidad no se autoriza (presunciones legales *iuris et de iure*); y que, como asimismo indicamos, en éstas últimas, la parte que alega la afirmación fáctica de la que se parte tiene la carga de acreditar ésta<sup>10</sup>, pudiendo la parte perjudicada articular prueba para desacreditar el hecho base de la presunción, que es lo que propiamente supone proponer contraprueba, o bien impugnar la consecuencia alcanzada, mediante la proposición de prueba en contrario.

<sup>9</sup> J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 41. ISBN 84-470-1023-6.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, quien desee que se declare el fallecimiento de otro, al amparo de lo previsto en el artículo 194.2º del Código Civil, debe alegar y acreditar que una nave salió de viaje, que se encontraba a bordo de la misma la persona cuya declaración de fallecimiento se interesa, que la nave naufragó o la citada persona desapareció por inmersión en el mar y que han transcurrido tres meses «*desde la comprobación del naufragio o de la desaparición*» sin haberse tenido noticia de ella, presumiéndose que ha existido el naufragio «*si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje*».

## 2. La costumbre

28. También la costumbre debe ser acreditada. Así se dispone en el artículo 281.2 de la LECiv, señalándose, a su vez, en el artículo 1.3 del Código Civil, que la misma solo se aplicará cuando «*resulte probada*».

29. Esta última prevención parece chocar con la regla de que las normas jurídicas –y la costumbre ciertamente lo es– no se prueban. Pues el juez conoce –o debe conocer– el derecho aplicable y ha de decidir los litigios cuya resolución se le encomiende no solo sin necesidad de que las partes lo prueben, sino incluso sin necesidad de que lo aleguen (arts. 218.1, párrafo segundo)<sup>11</sup>. Y, sin duda, se trata de una impresión acertada. Pero, si se piensa con sosiego, plenamente justificada. Pues la máxima «*iura novit curia*» no significa que el juez deba conocer todo el derecho, escrito o no escrito, nacional o extranjero, ya que, en tal caso, se le exigiría un conocimiento enciclopédico del mismo que está muy lejos de ser posible; lo que en verdad supone es que ha de conocer el derecho que forme parte del ordenamiento interno, que se encuentre vigente, que esté escrito y que sea general. Lo que hace necesario que, en algunos casos, se le deba acreditar la vigencia y contenido de determinadas normas: en concreto, de las que no cumplan dichos caracteres.

Uno de dichos supuestos es el que ahora nos ocupa. Ya que, como apuntábamos, no parece razonable –al contrario, resulta poco sensato– exigir a los jueces y magistrados que integran el poder judicial que conozcan –y no de modo superficial, sino con el detalle que resulta preciso– todas y cada una de las costumbres que existen en nuestro país. De ahí que deba ser acreditada.

Es más, la afirmación de que la costumbre ha de ser probada debe entenderse en el sentido de que han de acreditarse sus dos elementos esenciales; esto es, que existe un comportamiento reiterado y que éste obedece al convencimiento social de que con ello se observa una norma o modelo de conducta (*opinio iuris seu necessitatis*)<sup>12</sup>.

30. El propio artículo 281.2 de la LECiv, que establece dicha orden, dispone a continuación que «*La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público*»

A poco que se relea lo anterior, enseguida se reparará en que la redacción del precepto en este punto es desafortunada. Pues la afirmación de que una norma existe –y la costumbre, conviene insistir en ello, efectivamente es una norma– no implica necesariamente que sea así. Por lo que sería absurdo que la conformidad de los litigantes sobre la existencia y contenido de la costumbre vinculase a los tribunales sobre este particular. La costumbre, siempre y en todo caso, debe ser probada, también en este supuesto. Solo existe una excepción a dicha máxima: que la costumbre sea conocida por el juez. En tal caso, podrá aplicarla, siendo indiferente cómo haya adquirido dicho conocimiento, sin necesidad de que se lleve a cabo actividad probatoria alguna; actividad probatoria que, si fuera propuesta, debería ser rechazada por inútil.

Por lo demás, la afirmación de que la costumbre no debe afectar tampoco al orden público, más que privar de efectos procesales a la eventual conformidad sobre su existencia y contenido, lo que evidencia es que no puede ser tenida en cuenta, ya que, como dispone el artículo 1.3 del Código Civil, solo rige en defecto de ley aplicable si no es contraria a la moral o al orden público, no si se opone a aquella o a éste.

<sup>11</sup> M. ORTELLS RAMOS, *El Derecho Procesal Civil* (VV.AA.), 15ª edición, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 292. ISBN 978-84-9099-781-9.

<sup>12</sup> Naturalmente, nos referimos a la costumbre material, pues la costumbre no es fuente del derecho procesal, como acertadamente señala la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 376/1998, de 28 de abril de 1998 (RJ 1998, 3263), Pte. Sr. O'Callaghan Muñoz, en la que se afirma: «La costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una *opinio iuris seu necessitatis* del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales. Si la costumbre que se alega es *contra legem*, es indiscutible su no aplicación al proceso y, si además, no se ha probado, no es ni alegable».

### 3. El derecho extranjero

31. En los casos en que deba aplicarse una norma material extranjera (recuérdese que, con las solas excepciones que puedan prever los tratados y convenios internacionales, los tribunales españoles solo pueden aplicar normas procesales españolas –artículo 3 de la LECiv), las partes han de probar su contenido y vigencia: así lo dispone el artículo 281.2 de la LECiv. Lo contrario sería un dislate: supondría obligar a los jueces españoles a conocer el derecho sustantivo de todos los países, lo que, en absoluto, resulta razonable.

32. La anterior afirmación requiere, sin embargo, una inmediata precisión y algunos comentarios.

33. La precisión viene determinada por lo que ha de considerarse derecho extranjero. Pues, obviamente, no lo es el derecho de la Unión Europea, como tampoco los tratados y convenios internacionales que hayan sido publicados íntegramente en el «Boletín Oficial del Estado», ya que, desde ese momento, forman parte del ordenamiento interno (cfr. los artículos 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil) y, en consecuencia, obligan a todos los españoles. Derecho extranjero, a estos efectos, es el derecho de un país distinto al nuestro.

34. En cuanto a la prueba del derecho extranjero, procede señalar:

- Que, pese a que el artículo 281.2 de la LECiv solo indica que hay que probar el contenido y vigencia del derecho extranjero, parece necesario acreditar también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, tal y como señaló en su momento el Tribunal Supremo en diferentes resoluciones<sup>13</sup>.
- Que, como se dijo a propósito de la costumbre, el hecho de que una norma extranjera sea alegada por todas las partes, o alegada por una y admitida por sus adversas, no significa que dicha norma deba considerarse existente por el juzgador. Siempre, y en todo caso, es preciso que se acredite su contenido y vigencia.
- Que la Ley de Enjuiciamiento Civil no obliga a las partes a alegar o aportar al proceso las normas jurídicas aplicables para resolver el litigio, sean éstas normas jurídicas españolas o extranjeras. Lo contrario supondría darles el mismo tratamiento procesal que los hechos, que –como sabemos– solo pueden tenerse en cuenta si son alegados por aquel a quien interese, lo que no es admisible. La determinación del derecho aplicable para la resolución de un caso no depende, por tanto, no puede depender, del ordenamiento que las partes invoquen o dejen de invocar. Viene determinado por el conjunto de normas y principios jurídicos que rigen una sociedad. Por lo que, si las normas y principios jurídicos que rigen en nuestra sociedad determinan que el derecho aplicable a un caso es el de otro país, y no el nuestro, será ese el que nuestros tribunales deberán aplicar, lo quieran o no las partes en conflicto, y, en consecuencia, con independencia de que lo aleguen o no éstas<sup>14</sup>.
- Que ello no es incompatible –al revés, es perfectamente congruente– con el hecho de que quien invoque el derecho extranjero deba acreditar su vigencia y contenido por los medios de prueba admitidos por las leyes españolas. Ya que, determinado el contenido de la ley que debe aplicarse, en función de la norma de conflicto correspondiente, deben utilizarse todos los medios de prueba existentes para demostrar al juzgador el contenido, vigencia e

<sup>13</sup> Cfr., entre otras, las SSTs, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6855), Pte. Sr. Burgos Pérez de Andrade; 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 321), Pte. Sr. García Valera; y 17 de enero de 2001 (RJ 2001, 5433), Pte. Sr. García Valera.

<sup>14</sup> Cfr. las SSTs, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 10 de junio de 2005 (RJ 2005, 6491), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel, en la que se señala que «Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado», y 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6080), Pte. Sra. Roca Trías.

- interpretación de la norma extranjera declarada aplicable<sup>15</sup>. Pues una cosa es que se acredite que, en determinado supuesto, procede aplicar el derecho que rige en determinado territorio y otra, bien distinta, que se acredite su vigencia, su contenido y la interpretación que dan a las normas extranjeras aplicables los tribunales de su país de origen. En palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo, «No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el “common law”»<sup>16</sup>.
- Que las normas jurídicas, también las extranjeras, solo son objeto de prueba si no son conocidas por el tribunal, no en caso contrario. Por lo que el tribunal puede aplicarlas si tiene conocimiento de ellas, sea cual sea la forma en que haya adquirido noticia de ellas.
  - Que los tribunales tienen la facultad de valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación (artículo 281.2 *in fine* de la LECiv). Lo que implica que, así como los litigantes tienen la obligación de probar la vigencia y contenido del derecho extranjero que invoquen, los tribunales pueden utilizar cuantos medios de averiguación consideren necesarios para averiguarlo<sup>17</sup>, lo que, a juicio del Tribunal Supremo, permite admitir prueba sobre el mismo en segunda instancia, e incluso durante la tramitación de un recurso de casación<sup>18</sup>. El empleo de dichos medios de averiguación es una facultad, no una obligación para el tribunal.
  - Que, con el propósito de adquirir un adecuado conocimiento del derecho extranjero aplicable, es posible acordar de oficio, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de aquellas actuaciones de prueba que permitan adquirir certeza sobre el contenido, vigencia e interpretación del ordenamiento foráneo.
  - Que, si el derecho extranjero es aplicable para resolver un conflicto suscitado ante la jurisdicción, la infracción del mismo para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6080), Pte. Sra. Roca Trías, en la que se señala: «Esta doctrina lleva a la necesidad de determinar los medios de prueba de que puede disponer quien alega la aplicación del derecho extranjero, cuestión a la que también se refiere la recurrente para justificar que su recurso se fundamente en el derecho español. Tanto el derogado artículo 12.6, 2 CC, como la doctrina de esta Sala permiten a quien debe probar la existencia y vigencia del derecho que debe ser aplicado a la relación jurídica de que se trate, utilizar todos los medios de prueba a su alcance: así, a) documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones, aunque esta prueba sólo se limita al texto de la norma vigente, pero elude su interpretación muy necesaria en cualquier litigio; b) “mediante testimonio conforme de dos jurisperitos del país respectivo aportado por los autos” (sentencia de 3 febrero 1975, aunque la de 9 noviembre 1984 entendió que las conclusiones de los jurisperitos no son vinculantes), lo que resulta perfectamente admisible en virtud del propio artículo 12, 6 CC».

<sup>16</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 5410), Pte. Sr. Giménez-Bayón Cobos.

<sup>17</sup> La STC –Sección Primera– de 17 de enero de 2000 (RTC 2000, 10), Pte. Sra. Casas Baamonde, advierte, sin embargo, que existen supuestos en los que el uso de dicha facultad «puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio», agregando más adelante que, en algunos supuestos, es exigible a los órganos judiciales «una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba».

<sup>18</sup> SSTs, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 14 de octubre de 2014 (RJ 2015,2), Pte. Sr. Sastre Papiol, y 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena, que, con apoyo en la primera, añade: «Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que, mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa».

<sup>19</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena.

- Que, según ha señalado el Tribunal Supremo<sup>20</sup> –con apoyo del Tribunal Constitucional<sup>21</sup>–, cuando no llegue a probarse la vigencia y contenido del derecho extranjero invocado, debe aplicarse el derecho español. Lo que evita que se deniegue justicia, facilita que se dé una respuesta sobre el fondo de la cuestión controvertida y respeta escrupulosamente el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE.

Con todo, si se piensa con atención, enseguida se repara en que dicha conclusión no resulta adecuada.

En primer lugar, porque desconoce la que, en rigor y buena técnica jurídica, resulta más razonable si atendemos a nuestra legalidad ordinaria. Ya que, en buenos principios, si la demanda carece del apoyo jurídico necesario para que pueda prosperar, lo que procede es desestimar la pretensión en cuanto al fondo, con plenos efectos de cosa juzgada<sup>22</sup>.

En segundo término, porque entiende, sin apoyo normativo alguno, que, si no resulta posible aplicar una norma jurídica extranjera, ha de aplicarse, con carácter subsidiario y residual, la norma jurídica española.

Y, finalmente, porque parece desconocer que lo que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantiza es un pronunciamiento fundado en derecho, no cualquier resolución. Y, por tanto, que difícilmente puede respetar dicho derecho una tesis que contraría la solución más acorde con nuestro ordenamiento jurídico y que lo hace, además, sin basa o apoyo suficiente. No desconocemos que la solución propugnada por el Tribunal Supremo parece haber quedado corroborada en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>23</sup>.

Sin embargo, si se lee con atención lo que el artículo 33.3 de dicha norma dispone, enseguida se advierte que el legislador matiza que se trata de una solución excepcional, facultativa –en consecuencia, no obligatoria– y solo aplicable cuando las partes no hayan podido acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero. Y, en consecuencia, que no está prevista para supuestos ordinarios, sino insólitos, como pueden serlo aquellos en los que la prueba del derecho extranjero devenga imposible por distintos motivos (países en guerra, países de reciente creación, etcétera). En tales supuestos, sí parece razonable que el derecho español se aplique como última ratio. Pero, no dándose dichas circunstancias, lo lógico y razonable es que, quien solicite la aplicación de un derecho extranjero, acredite debidamente su vigencia, contenido y auténtica interpretación; y que, si no lo hace, asuma las consecuencias negativas que pueda depararle su pasivo proceder.

Por lo demás, como ha hecho notar la doctrina más autorizada en la materia<sup>24</sup>, la solución avalada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional facilita que las partes puedan provocar, de forma torticera y por pura conveniencia, que se aplique un derecho distinto –el derecho nacional, el derecho patrio–, en vez del que la norma de conflicto obliga a aplicar –el derecho de otro país–, por lo que no resulta adecuada.

<sup>20</sup> Cfr., entre otras, las SSTs, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2005 (RJ 2005, 6491), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel; 4 de julio de 2006 (RJ 2007, 4937), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 14 de octubre de 2014 (RJ 2015, 2), Pte. Sr. Sastre Papiol, y 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena.

<sup>21</sup> Vide la STC número 155/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 155), Pte. Sr. Jiménez Sánchez, en la que se significa que la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo «es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige».

<sup>22</sup> Tesis, por lo demás, que el ATC –Sección Primera– de 4 de noviembre de 2004 (RTC 2004, 422), considera «una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso».

<sup>23</sup> Artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: «Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español».

<sup>24</sup> A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, En: *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 54, núm. 2, Bilbao, julio-diciembre de 2006, p. 94. ISSN 0423-4847.

#### 4. Otras normas jurídicas

35. En coherencia con la afirmación de que la máxima «iura novit curia» supone que los jueces tienen la obligación de conocer las normas jurídicas escritas que formen parte del ordenamiento interno, se encuentren publicadas, estén vigentes y tengan carácter general, es evidente que también pueden ser objeto de prueba el derecho histórico, y las normas que no se encuentren publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», si bien, en este último caso, ha de matizarse que, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional, las normas publicadas en los diarios oficiales autonómicos deben ser conocidas, cuando menos, por los órganos judiciales cuya competencia no exceda del ámbito territorial de aquéllos<sup>25</sup>.

#### 5. Las llamadas «máximas de la experiencia»

36. También pueden ser objeto de prueba las llamadas reglas o «máximas de la experiencia», es decir, aquellas «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»<sup>26</sup>. O, si se prefiere, «deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia que precisamente por ser razonables no cabe impugnar»<sup>27</sup>.

En suma, conclusiones basadas en la observación de lo que normalmente ocurre que pueden contribuir a formar el criterio del juzgador en orden a la apreciación de los hechos que ha de valorar.

<sup>25</sup> Vide la STC número 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994, 151), Pte. Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, en la que se dispone: «Sentados estos principios, cabe plantearse ahora si es posible que, habiendo alegado la parte como fundamento de su pretensión un Convenio publicado en el diario oficial de la Comunidad Autónoma, y habiendo dado, asimismo, los datos suficientes para identificar la norma sectorial, es posible que el Juez, que no discute que sea ésta la norma aplicable, se abstenga de aplicarlo al caso concreto, alegando que no había sido aportada al proceso por quien basaba en ella su pretensión.

3. Para responder a la cuestión planteada, debe partirse de que, conforme se desprende del art. 117.1 C.E., la función jurisdiccional tiene como condicionante básico la sumisión a la Ley, que corresponde a los órganos que la desempeñan seleccionar y aplicar (STC 90/1990, fundamento jurídico 4º, por todas). Siendo ésta su función, es también un deber del órgano jurisdiccional conocer y aplicar de oficio la norma que considere que rige al conflicto de intereses que trasluce el proceso, pues, no hacerlo, equivaldría a una denegación de justicia que transforma en arbitraria la decisión judicial.

Tal es, sin duda, lo sucedido en este caso. Como se ha dicho, el Juez aceptaba que la relación que vinculaba a la actora con la universidad demandada estaba regida por un Convenio específico (el mismo que la actora había venido identificando en apoyo a su pretensión desde la reclamación previa), el cual por su ámbito hubo de ser publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma. Partiendo de esta aceptación y selección de la norma aplicable efectuada por el órgano judicial, no puede ser admisible denegar su aplicación por el sólo hecho de que no se aportase copia al proceso.

En los términos que se han expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, garantizada la publicidad de la norma y su general conocimiento a través de su inserción en el Diario Oficial, no puede el órgano judicial equiparar a la norma -y sin duda el Convenio lo es en nuestro ordenamiento- con un hecho, y subordinar su aplicación a la prueba de su existencia. Ello supone una denegación arbitraria de la justicia pedida, deviniendo la resolución en que así se concluye una mera apariencia de justicia, y esta conclusión no puede quedar desvirtuada por el hecho de que el juzgador resolviera con arreglo a lo dispuesto en la Ordenanza para Oficinas y Despachos. Aparte del dudoso encaje que esta resolución tendría en un ordenamiento como el nuestro, en que la autonomía colectiva ocupa un lugar preferente en la ordenación sectorial de las condiciones de trabajo desde la propia Constitución, es lo cierto que la aplicación de la ordenanza no se basó -como paladinamente se reconoce en el texto de la Sentencia- en la convicción judicial de que ésa y no otra era la norma que debía ser aplicada (en cuyo caso nada tendría que objetarse en esta sede), sino en la falta de prueba, mediante la aportación de una copia al proceso, del Convenio que se consideraba aplicable, lo que es algo sustancialmente diverso y, en los términos antes expuestos, conduce a afirmar que, efectivamente, la resolución impugnada ha vulnerado el derecho consagrado en el art. 24.1 CE».

<sup>26</sup> F. STEIN, *ob. cit.*, p. 30. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA entendió por tales «tanto los principios de la experiencia general, insíntos en el saber de la zona cultural a que el juez pertenezca, como los de una ciencia, saber, arte o especialidad determinada (excepto los jurídicos, que el juez conoce o debe conocer y que, como aquellos generales, no tienen que ser probados)» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, p. 293).

<sup>27</sup> STS, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1996 (RJ 1996, 250), Pte. Sr. Almagro Nosete. En parecidos términos: SSTS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998, 976), Pte. Sr. Almagro Nosete; 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1496), Pte. Sr. Fernández-Cid de Temes, y 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1646), Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.

**37. De lo expuesto se deduce:**

- Que se trata de reglas deducidas de la experiencia de las que cabe extraer conclusiones que pueden ayudar al juzgador a valorar los hechos y el resultado de los medios de prueba sometidos a su consideración.
- Que pueden existir máximas de la experiencia general, que pertenecen a la experiencia común (por ejemplo, que el agua hierve a cien grados centígrados), y máximas de la experiencia especializada, pertenecientes a una rama determinada del saber, arte o especialidad.
- Que, así como las llamadas máximas de la experiencia general, por pertenecer al acervo de una sociedad, pueden ser aplicadas de oficio, las denominadas máximas de la experiencia especializada, normalmente, salvo que el juzgador las conozca, deben ser acreditadas por medio de la pertinente prueba pericial, a fin de que el tribunal pueda basar su decisión en ellas.
- Que no cabe confundir hecho notorio y máximas de la experiencia: primero, porque los hechos notorios, como su nombre indica, son hechos, en tanto las máximas de la experiencia son juicios deductivos de los que cabe inferir determinadas conclusiones; y, segundo, porque aquellos precisan ser siempre alegados por las partes en conflicto, lo que, como hemos señalado, no siempre sucede con las máximas de la experiencia.

**IV. Carga de la prueba**

**38.** Una vez analizado qué es la prueba, cuál es su importancia y qué debe probarse, procede examinar a continuación quién tiene la carga de probar los hechos que se afirman ante un tribunal.

Como antes se subrayó, la respuesta a dicho interrogante exige tener en cuenta que son las partes las que deben aportar los que les interese invocar a favor de sus respectivas posiciones y, por tanto:

- Que es el actor el que tiene la carga de alegar los que hemos denominado hechos constitutivos, en tanto es el demandado el que tiene la carga de alegar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que considere que le pueden favorecer.
- Que, si los hechos afirmados por el demandante son admitidos por sus contrarios, dichos hechos son ciertos para todos y, en consecuencia, no se suscita disputa alguna en relación con ellos. En tal supuesto, ciertamente inusual en la práctica, aunque posible, la contienda no versa sobre los hechos sino sobre la valoración jurídica que los mismos merecen para las partes; es decir, sobre las consecuencias jurídicas que, a su entender, se derivan de ellos, cuestión sobre la que el tribunal deberá pronunciarse en su sentencia.
- Y, finalmente, que, si todos o alguno de los hechos aducidos por alguna de las partes, es negado por otra que se encuentre en la posición procesal adversa, dicha negativa da lugar a que estemos ante hechos controvertidos y, en consecuencia, discutidos.

Y también, claro está, que el derecho a la prueba comprende el derecho a proponer ésta, a que se admitan los medios de prueba interesados en tiempo y forma, a que se practiquen aquellos que hayan sido finalmente admitidos, a que se justifiquen las decisiones que se tomen en relación con la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba propuestos, a intervenir en su práctica y a que se valore en la sentencia el resultado de los medios de prueba que se hayan aceptado y practicado<sup>28</sup>.

**39.** Ahora bien, las reglas sobre la carga de la prueba no solo tienen como finalidad determinar qué concreto litigante debe probar una concreta afirmación fáctica. Tienen también como principal propósito que el juez pueda determinar, en el momento de dictar sentencia, a cuál de los distintos contendientes ha de perjudicar que una afirmación de hecho no haya quedado debidamente acreditada.

<sup>28</sup> Así lo recalca J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 7ª edición, Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 108-111. ISBN 978-84-470-3976-0.

Nuestro ordenamiento jurídico establece a este respecto dos reglas generales y diferentes criterios que acomodan aquéllas a la realidad, fijando asimismo normas especiales para determinados supuestos.

**40.** Nuestra LECiv regula esta cuestión en su artículo 217, y lo hace con gran meticulosidad.

En él, el legislador sienta dos reglas generales, distinguiendo los hechos que tienen la carga de probar el actor y el demandado reconviniendo y aquellos otros que, por el contrario, tienen la carga de acreditar el demandado y el actor reconvenido (apartados 1 a 3); establece unos criterios especiales, aplicables en los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y aquellos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón de sexo (apartados 4 y 5); dispone que las anteriores normas se aplicarán siempre que una disposición legal expresa «*no distribuya con criterios especiales la carga de probar hechos relevantes*» (apartado 6); y fija unos parámetros correctores de las directrices anteriores en función de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada uno de los litigantes (apartado 7).

**41.** Conforme a las mentadas normas generales, el actor y el demandado reconvenido tienen la carga de acreditar la certeza de los hechos de los que, de ordinario, «*se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*», en tanto corresponde al demandado y al actor reconvenido «*la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*».

Con ello se está apuntando, evidentemente, que quien solicite una concreta tutela jurisdiccional tiene la carga de acreditar aquellos hechos constitutivos de los que, ordinariamente, se desprende el efecto jurídico pretendido por el accionante; es decir, los que constituyan el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica que interesa el accionante. Y también, como lógica contrapartida, que corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, contemplados por una norma jurídica, impiden, desde el principio, que nazca el hecho alegado por el actor (esto es, los llamados «hechos impeditivos»; por ejemplo, que un contrato carece de causa, o que ésta existe pero es ilícita); los que no impiden que nazca el hecho pretendido por el demandante, pero ponen de manifiesto que, con posterioridad al mismo, tuvo lugar otro que abole sus normales efectos (es decir, los llamados «hechos extintivos», como, por ejemplo, el pago de la deuda que se reclama); y los que descartan o niegan la eficacia jurídica de los hechos que fundamentan la pretensión del accionante (o sea, los calificados como «hechos excluyentes»; *verbi gratia*, la prescripción o la existencia de un pacto de no pedir).

**42.** Como apuntábamos, junto a las referidas reglas generales, el legislador dispone diferentes reglas especiales, de gran importancia práctica, aplicables a los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y aquellos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón de sexo.

En los primeros, corresponde al demandado la carga de probar la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas. Lo que no es sino concreción del criterio que grava al demandado con la carga de probar los hechos extintivos: en este caso, que las indicaciones y manifestaciones realizadas por él son veraces.

En los segundos, por idéntica razón, corresponde al demandado la carga de acreditar la justeza de los datos que haya expresado en la publicidad.

Por último, en los procesos en los que el actor fundamente su pretensión en la existencia de actuaciones discriminatorias por razón de sexo se sigue el mismo criterio: se exonera al actor de la carga de acreditar un hecho constitutivo de su pretensión, el de que ha sido discriminado por su condición masculina o femenina, imponiéndose por el contrario al demandado la carga de acreditar el hecho que lo extingue; es decir, que no ha existido el trato desigual que se denuncia.

**43.** A continuación, como asimismo se ha indicado, nuestro licurgo fija una nueva regla: la de que los anteriores criterios pueden quedar modificados por una disposición legal que imponga otros especiales (cfr. el artículo 217.6 de la LECiv).



Los supuestos son numerosos.

Así, por ejemplo, en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, se prevé que el titular de un aparcamiento de vehículos puede solicitar a la Administración la retirada de los que se encuentren estacionados de forma continua en el mismo lugar durante un mínimo de seis meses, siempre, eso sí, que acredite el transcurso de dicho período de tiempo y la concurrencia de determinadas circunstancias de las que pueda deducirse racionalmente su abandono (vid. su artículo 71). De igual modo, en los supuestos en los que se contrata con consumidores préstamos o créditos hipotecarios, o servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se dispone que las personas –físicas o jurídicas– que se dediquen profesionalmente a dichas actividades deben acreditar que han cumplido las obligaciones que les impone la Ley 2/2009, de 31 de marzo (cfr. su artículo 8). Asimismo, en una enumeración que, como antes apuntamos, no tiene carácter exhaustivo, la Ley 16/2009, de 13 de diciembre, de servicios de pago, impone a los organismos públicos, entidades y empresas que estén autorizadas para prestar servicios de pago en nuestro país la carga de acreditar que han cumplido los requisitos que la misma impone sobre la información que ha de facilitarse a los usuarios de los mismos (*vide* su artículo 20).

44. Finalmente, el artículo 217 de la LECiv fija un parámetro que matiza las anteriores reglas, al disponer que «*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*» (vid. su apartado 7). Lo que no es sino acomodación de las mismas a la realidad y manifestación del criterio de que corresponde probar un hecho al litigante que, en cada caso, esté más próximo a la correspondiente fuente de prueba, concepto al que nos referiremos seguidamente.

## V. Fuentes y medios de prueba

45. Una vez se ha analizado qué es la prueba, qué ha de probarse y quién debe probar, la siguiente pregunta, en un orden lógico de exposición del tema que nos ocupa, es: ¿con qué debe probarse?

46. La respuesta es obvia: con los medios de prueba admitidos en cada ordenamiento, siendo clarificadora en este punto la clásica distinción entre fuentes y medios de prueba, formulada por CARNELUTTI y desarrollada por SENTÍS MELENDO, de acuerdo con la cual son «fuente de prueba» los elementos que existen en la realidad y son aptos para convencer de determinados datos de hecho (por ejemplo, el testigo y el conocimiento que tiene de determinados sucesos o acontecimientos) y son «medios de prueba» las actividades que hace falta desplegar para incorporar las fuentes al proceso<sup>29</sup>.

47. La distinción no es meramente teórica; tiene importantes repercusiones prácticas. Pues, mientras las fuentes de prueba no son jurídicamente limitables, ya que la existencia de elementos que pueden servir para convencer de determinados hechos depende del progreso científico y técnico, la especificación de los medios de prueba que pueden ser utilizados depende de la concreta regulación legal que, en cada lugar y momento histórico, se haya establecido. De ahí que determinadas fuentes de prueba puedan no encajar en las previsiones normativas y, por ello, no tener acceso al proceso jurisdiccional.

48. Nuestro ordenamiento procesal trata de evitar esta indeseable consecuencia de dos maneras distintas. Por un lado, disponiendo que, además de los medios de prueba tradicionales (interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), también se admitirán como tales «*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el*

<sup>29</sup> Vid. F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, 2ª edición, traducción de Niceto Alcalá-Zamora, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 67-71. ISBN 950-14-0020-4; y S. SENTÍS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 151.

*proceso*» (artículo 299.2 de la LECiv). Por otro, facultando a los tribunales para que, a instancia de parte, puedan admitir las nuevas fuentes de prueba que vayan descubriéndose o inventándose, adoptando al efecto «*las medidas que en cada caso resulten necesarias*» (artículo 299.3 de la LECiv), a fin de que puedan incorporarse al proceso y verificarse en él.

**49.** Si ello es así, parece evidente que, cuando hablamos de prueba, ha de distinguirse entre los elementos que son adecuados para convencer de determinados datos de hecho y los concretos instrumentos que permiten introducir dichos elementos en un proceso. Y parece asimismo cierto que, del mismo modo que algunas fuentes de prueba pueden no ponerse en relación con una concreta causa, todas las que lo hagan lo harán a través de alguno de los medios de prueba específicamente previstos a tal fin.

**50.** La distinción entre fuentes y medios de prueba también permite explicar, entre otras cuestiones, que, mientras las primeras deben obtenerse de forma lícita, es decir, de conformidad con las reglas establecidas por nuestro ordenamiento jurídico, los segundos deben estar autorizados por éste, guardar relación con lo que sea objeto del proceso y poder contribuir a esclarecer los hechos controvertidos en el mismo.

**51.** Que las fuentes de prueba han de obtenerse de forma lícita supone, en definitiva, que no pueden adquirirse a cualquier precio. Y, por tanto, que solo surtirán efecto si se han conseguido respetando los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos (artículo 11.1 de la LOPJ), que constituyen, así, el límite infranqueable que, necesariamente, ha de respetarse en la obtención de cualquier fuente de prueba.

**52.** A su vez, que los medios de prueba deben estar permitidos por el ordenamiento jurídico, guardar relación con lo que sea objeto del pleito y poder contribuir a esclarecer los hechos controvertidos en éste, implica que la actividad probatoria, como actividad procesal que es, ha de ajustarse a los parámetros de legalidad señalados en cada momento por el legislador. Lo que significa, en lo que ahora importa:

- que las afirmaciones sobre hechos realizadas por los litigantes solo pueden intentar acreditarse a través de los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento (artículo 299 de la LECiv);
- que todos y cada uno de los medios probatorios autorizados en nuestro derecho tienen que proponerse y practicarse en la forma prevista en la ley (vid. los artículos 301 a 384 de la LECiv); y
- que, cumpliéndose los anteriores asertos, la prueba propuesta debe ser pertinente y útil, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate (cfr. el artículo 283 de la LECiv).

La pertinencia o impertinencia de la actividad probatoria se determina en función del objeto a que venga referida. Pues, como antes se apuntó, debe tener conexión con los hechos discutidos en el proceso. De donde se deduce que ha de rechazarse, por impertinente, la que no guarde relación con los hechos oportunamente alegados por los litigantes; la que, respetando dicha **unión**, sin embargo, no venga referida a hechos controvertidos, o, refiriéndose a éstos, se proponga para intentar acreditar hechos cuya verificación no está permitida por la ley (como podría suceder, por ejemplo, en los procesos sumarios, en los que se limitan las afirmaciones fácticas que pueden hacer las partes, y, por tanto, el objeto de la prueba), o que, a juicio del juzgador, sean notorios; y la que tenga por finalidad justificar hechos o alegaciones que no sean relevantes para resolver la cuestión discutida en la litis<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 8 de marzo de 1996 (Cendoj, ROJ: STS 1470/1996), Pte. Sr. Ortega Torres, la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 8 de marzo de 1996 (Cendoj, ROJ: STS 7902/1996), Pte. Sr. Ortega Torres, y el ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 15 de julio de 2008 (Cendoj, ROJ: ATS 6326/2008), Pte. Sr. Xiol Ríos, que parecen confundir los conceptos de impertinencia e inutilidad de la prueba; así como las SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 786/2002, de 19 de julio de 2002 (Cendoj, ROJ: STS 5506/2002), Pte. Sr. Gullón Ballesteros; núm. 558/2003, de 9 de junio de 2003 (Cendoj,

A su vez, la utilidad de la actividad probatoria viene referida al concreto medio sugerido en cada caso por las partes. Pues es evidente que debe rechazarse, por inútil, la petición de que se practique prueba cuando el medio de prueba propuesto no sea adecuado para verificar las afirmaciones de hecho realizadas por quien lo plantea (como sucedería, por ejemplo, si se propusiera la práctica de reconocimiento judicial para resolver si la firma que figura en un documento es o no legítima, o para verificar la calidad del material constructivo que figura en la memoria de calidades de un edificio, cuestiones sobre la que parece más pertinente practicar prueba pericial)<sup>31</sup> o cuando resulte superfluo o reiterativo, bien porque se haya propuesto la práctica de otro medio probatorio con el mismo fin (por ejemplo, dos pruebas periciales sobre la misma cuestión, una prestada por un arquitecto y otra por un ingeniero), bien porque se proponga para intentar acreditar hechos cuya existencia o inexistencia puede quedar fijada mediante otros elementos de prueba asimismo propuestos y dotados de mayor fuerza para la convicción judicial (por ejemplo, cuando se proponga prueba testifical para intentar confirmar un hecho que consta en un documento público aportado al proceso, o con el propósito de desacreditar lo que figura en éste, siempre y cuando, eso sí, en uno y otro caso, tal documento no hubiese sido impugnado por falsedad). No parece, sin embargo, adecuado que pueda denegarse la práctica de un medio de prueba oportunamente solicitado por los litigantes con el argumento de que no resulta necesaria por disponerse de elementos de prueba suficientes para que el juzgador forme su convicción. Pues ello supondría que los jueces pueden determinar *a priori* con qué elementos de prueba van a formar su convicción en procesos que versan sobre materias disponibles, lo que no resulta aceptable, y, en el fondo, aceptar que es posible saber qué resultado va a proporcionar la práctica de un medio de prueba con el mero hecho de que se proponga, lo que, ciertamente, no resulta admisible.

## VI. Las diligencias finales

**53.** Con la denominación de diligencias finales se alude, dentro del proceso civil, y más concretamente del juicio ordinario, a aquellas actuaciones de prueba que se practican fuera del periodo natural en que habrían de realizarse, y que tienen como común denominador el no haberse practicado o no haberse podido llevar a cabo en el momento procesal previsto para la actividad probatoria, por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado, o versar sobre hechos nuevos o de nueva noticia conocidos con posterioridad a los momentos en que, con carácter general, deben alegarse los mismos.

**54.** La LECiv contempla dos clases de diligencias finales: las que pueden practicarse a instancia de parte y las que pueden tener lugar, de forma excepcional, porque el juez así lo acuerda de oficio.

A petición de parte se practicarán como diligencias finales las pruebas que, por motivos ajenos a la parte que las hubiere propuesto en momento procesal oportuno, no se hubiesen practicado, así como las que, siendo pertinentes y útiles, vengan referidas a hechos nuevos o de nueva noticia que se hubiesen conocido con posterioridad al último instante legalmente permitido para alegarlos (artículo 435.1 de la LECiv).

A su vez, de forma extraordinaria, podrá acordarse, de oficio o a instancia de parte interesada, que se practiquen de nuevo prueba sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, cuando los actos de prueba practicados no hubiesen resultado conducentes, a causa de circunstancias o motivos ya desaparecidos e independientes de la voluntad y diligencia de los litigantes, siempre y cuando existan motivos fundados para creer que las nuevas diligencias permitirán adquirir certeza sobre los hechos a que se refieran, disponiéndose expresamente que, en tal caso, en el auto en que se acuerde la práctica de dichas diligencias deberá expresarse detalladamente las circunstancias que impidieron en su día que las

---

ROJ: STS 3959/2003), Pte. Sr. Gullón Ballesteros; núm. 1600/2005, de 15 de marzo de 2005 (Cendoj, ROJ: STS 1600/2005), Pte. Sr. Almagro Nosete; y núm. 845/2010, de 10 de diciembre de 2010 (Cendoj, ROJ: STS 7345/2010), Pte. Sr. Xiol Ríos.

<sup>31</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 558/2003, de 9 de junio de 2003 (Cendoj, ROJ: 3959/2003), Pte. Sr. Gullón Ballesteros.

pruebas practicadas diesen resultado y los motivos que permiten creer que la práctica de las diligencias acordadas pueden adquirir la certidumbre que se desea (artículo 435.2 de la LECiv).

**55.** De acuerdo con lo dispuesto en la LECiv, las diligencias que se acuerden de acuerdo con lo señalado anteriormente se llevarán a cabo dentro del plazo dispuesto para dictar sentencia, y en la fecha que señale a tal efecto, de resultar necesario, el letrado de la Administración de Justicia, en la forma establecida en dicha norma para las pruebas de su clase. Y, una vez practicadas, *«las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado»*, volviéndose a computar el mencionado plazo –de veinte días– una vez haya transcurrido el concedido a las partes para presentar el citado escrito (artículo 436 de la LECiv).

**56.** Si se piensa con atención, las diligencias finales que tienen lugar a instancia de parte no son sino una prolongación de la prueba practicada en el pleito a instancia de éstas. Pues, en rigor, están pensadas para que los litigantes puedan completar su actividad probatoria, facilitando que pueda practicarse la prueba que se hubiese propuesto y admitido, pero que no pudo llevarse a cabo por motivos que no son imputables a quien la solicitó, o que pueda tener lugar la correspondiente a hechos nuevos o de nueva noticia alegados a través del denominado «escrito de ampliación de hechos» a que se refiere el artículo 286 de la LECiv.

**57.** Por el contrario, las que el juez puede ordenar, ya sea por propia iniciativa o porque se lo solicite alguna de las partes, proceden cuando éste considere que los actos de prueba practicados no permiten concluir si los hechos han quedado o no acreditados y que dicho resultado es consecuencia de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de los pleiteantes. Solo entonces, y con relación a dichos hechos, podrá plantearse si procede acordar nuevas diligencias de prueba, ordenando que tengan lugar si considera que existen motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones que se lleven a cabo permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos.

Si se repara en lo que acaba de apuntarse, enseguida se caerá en la cuenta de que dicho análisis solo puede tener lugar cuando el juez haya analizado si los hechos discutidos en el pleito han quedado o no fijados; es decir, cuando haya comenzado a estudiar el asunto al objeto de dictar sentencia. Y, más concretamente, cuando después de haber comprobado que lo que pide el actor en su demanda es, en general, jurídicamente admisible y que la tutela que solicita puede concederse con base en las normas que invocó, o con arreglo a otras que puede aplicar sin sobrepasar los límites del *iura novit curia*, proceda a analizar si los hechos alegados pueden considerarse o no determinados. Solo entonces estará en condiciones de realizar los distintos enjuiciamientos que, según hemos apuntado, determinan que pueda acordar diligencias finales; el que le permita concluir que los actos de prueba practicados no permiten concluir si los hechos han quedado o no acreditados, que dicho resultado es consecuencia de circunstancias ya extintas y ajenas a la voluntad y diligencia de las partes, y que, finalmente, hay motivos fundados para creer que los que se lleven ahora a cabo permitirán adquirir certeza sobre dicha cuestión. Únicamente si responde afirmativamente a todos ellos, razonándolo debidamente –ya que debe justificar su decisión mediante auto–, podrá acordar su realización.