

CAPÍTULO III

OBTENCIÓN DEL DOCUMENTO Y DEBER DE EXHIBICIÓN ENTRE PARTES Y TERCEROS

GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Procesal

BIBIANA SEGURA
Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

SUMARIO

11. Exhibición de documento y diligencias preliminares.	415
GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ.....	
I. Deber de instar una diligencia preliminar en caso de que una parte necesite un documento para fundar sus pretensiones, o bien de optar por el régimen de exhibición documental previsto en los arts.328 a 334 LEC.....	415
II. En caso de que una parte inste la solicitud de exhibición documental, momento procesal en que debe formularla.....	423
III. En el caso anterior, deber del juez de citar a las partes a una comparencia o bien resolver, sin más, sobre la precedencia de la exhibición.....	428
Índice sistemático de Jurisprudencia.....	432
Extracto de Jurisprudencia relevante.....	433

12. Exhibición documental entre partes, I.	436
GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ.....	
I. Grado de certeza que ha de exigirse para darse por acreditado, en caso de que una parte a la que se ha requerido que exhiba un documento manifieste que no lo tiene en su poder. .	436
II. Posibilidad de que el juez pueda escoger al amparo del art. 329 LEC, entre efectuar un requerimiento de exhibición a la parte, y atribuir valor probatorio a la copia simple o versión del documento aportada por el requirente.	439
Índice sistemático de Jurisprudencia.....	442
Extracto de Jurisprudencia relevante.....	442
13. Exhibición documental entre partes, II.	444
GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ.....	
I. Posibilidad de que el juez pueda acordar una diligencia de entrada y registro con el objeto de aportar a los autos los documentos solicitados por el otro litigante, en caso de que la parte requerida no aporte el documento.....	444
II. Posibilidad de aplicar las reglas de los arts.329 y 330 LEC cuando la parte requerida para exhibir los documentos manifiesta llanamente que los ha destruido, extraviado o inutilizado.....	447
III. Criterios que debe seguir el juez en el caso de que el juez valore la posibilidad de atribuir valor probatorio a la copia simple o versión del documento aportada por el requirente.	453
Índice sistemático de Jurisprudencia.....	458
Extracto de Jurisprudencia relevante.....	459
14. Exhibición de documentos por terceros. BIBIANA SEGURA .	464
I. Posibilidad de que un tercero pueda negarse a exhibir un documento por el carácter reservado o secreto del mismo (art. 332.1 LEC).....	464
II. Acerca de si impide el artículo 95.1. f) y h) de la Ley General Tributaria 58/2003, recabar de la Agencia Tributaria documentos a efectos de su utilización como prueba en el proceso civil.....	467
Índice sistemático de jurisprudencia.....	471
Extracto de jurisprudencia relevante.....	472

Obtención del documento y deber de exhibición entre partes y terceros

11. Exhibición de documento y diligencias preliminares⁶⁷⁸

I. Deber de instar una diligencia preliminar en caso de que una parte necesite un documento para fundar sus pretensiones, o bien de optar por el régimen de exhibición documental previsto en los arts.328 a 334 LEC

Tanto las diligencias preliminares como la exhibición documental de los arts.328 y ss. LEC se configuran como mecanismos hábiles que permiten a los litigantes acceder a documentos relevantes para apoyar sus pretensiones. Es, pues, inevitable que surja el interrogante acerca de los supuestos en que haya de acudir a uno u otro, o, en su caso, la posibilidad de su uso alternativo. Como es obvio, los interrogantes a los que me acabo de referir se plantean sólo

678. Por Guillermo Ormazábal Sánchez.

cuando es el actor quien recaba la exhibición de los documentos, pues las diligencias preliminares sólo pueden ser solicitadas por quien se plantea demandar.

Tratándose de determinar la legitimación pasiva, es evidente que no cabe utilizar otro mecanismo que el de las diligencias preliminares, sin que sea posible acudir a la exhibición posterior a la demanda, puesto que corresponde al actor determinar inicialmente los términos subjetivos de la controversia⁶⁷⁹.

En principio, al demandante que precisa el documento para fundar su pretensión le puede resultar mucho más útil acudir al mecanismo de las diligencias preliminares que al de la exhibición documental de los arts.328 y ss. LEC, pues si la exhibición no tiene finalmente lugar ni se logra acreditar el carácter injustificado de la negativa a exhibir –con la consiguiente imposibilidad de atribuir valor probatorio a una copia o versión del documento (cfr. art. 329 LEC)–, el actor verá cómo se desestiman sus pretensiones en una resolución revestida de la fuerza de cosa juzgada. Si no puede obtener la exhibición mediante la correspondiente diligencia preliminar, en cambio, evitará tan traumático resultado, a la espera de, eventualmente, conseguir más adelante prueba sobre los hechos. Por el contrario, le resultará más beneficioso el mecanismo de la exhibición de los arts.328 y ss. LEC que el de las diligencias preliminares si, aún careciendo del documento, pronostica que el juzgador acabará concluyendo que éste se halla en poder del otro litigante y, por ende, que la negativa a su exhibición resulta injustificada, de modo que puede confiar razonablemente en que se atribuirá valor probatorio a la correspondiente copia o versión que él presente.

Según BANACLOCHE PALAO, la diferencia entre las diligencias preliminares y el instituto de la exhibición documental estriba “en la importancia que tal información puede llegar a tener para el inicio

679. Véase al respecto SAP de Valencia, de de 30 junio de 2005 (JUR 2005/205378).

mismo del proceso: en el primer caso [diligencias preliminares], sin ella no se puede iniciar un proceso con garantías de éxito; en el segundo [exhibición documental], con ella se pretende confirmar datos que ya se tienen (por copias simples, u otro medio de conocimiento) y que contribuirán a formar definitivamente la convicción del juzgador⁶⁸⁰.

Por ilustrarlo con un ejemplo, no creo que el hecho de conocerse previamente los términos del contrato de seguro o del historial correspondiente disminuya el interés en obtener o haga inatendibles o inútiles unas diligencia preliminares como las del nº 5º del art. 256 LEC (petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder) o las del nº 5º bis (petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley). En efecto, dicho conocimiento previo no tiene por qué aminorar el interés por acceder a un documento que ha de ser aportado con la demanda, pues el potencial actor está objetivamente interesado en saber a ciencia cierta que el documento cuya existencia y contenido supone o de los que cree tener noticia existe realmente y tiene precisamente dicho contenido. De otro modo, se expone a iniciar el proceso y experimentar la ingrata sorpresa de carecer de elementos necesarios para hacer prosperar sus pretensiones, resultado que, de haber sido conocido de antemano, le hubiese llevado a no demandar. En definitiva, el conocimiento previo de los términos del documento o su carácter necesario en relación con el triunfo de la pretensión que se pretende ejercitar no parecen ser el criterio adecuado para decidir en casos como los expuestos si la exhibición se solicita mediante una diligencia preliminar o, por el contrario, se insta la oportuna exhibición ex arts.328 y ss. LEC.

680. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Madrid 2003, p.50.

No cabe duda de que, estrictamente hablando, las diligencias preliminares se limitan a permitir el acceso al contenido del documento, a tomar conocimiento de su contenido, de modo que quien pretendiese hacerlo valer como prueba posteriormente no quedaría eximido de recabar su aportación al proceso, cosa que podría tener lugar de modo voluntario o a través del correspondiente requerimiento judicial de exhibición. Lo cierto, sin embargo, es que cabe –y de hecho así sucede con frecuencia en la práctica forense– que en el acto de ejecución de la diligencia se solicite copia del documento o se haga constar en el acta ciertos datos sobre su contenido. Si así se hace, podría aportarse al proceso esta documentación, avalada con la fe pública del secretario judicial, y hacer innecesaria la aportación de los documentos originales, sin perjuicio, claro está, de la facultad de la parte contraria para reclamar la aportación de dichos originales (cfr. art. 268.2 LEC), en el caso de que sean de propiedad de un tercero no litigante o, tratándose del documento en posesión de la otra parte, de que ésta impugne su coincidencia con el original que obra en su poder.

Por motivos similares tampoco convengo con MONTERO AROCA⁶⁸¹ cuando afirma taxativamente, al rebatir la opinión contraria de MORENO NAVARRETE⁶⁸², que mediante el instituto de las diligencias preliminares no se trata de la exhibición de un medio de prueba en poder de la parte contraria. Creo que dicha afirmación debe ser matizada. Es cierto que las diligencias preliminares no se configuran como un instituto genuinamente probatorio, es decir, no están propiamente concebidas como un instrumento de obtención de prueba. A mi juicio, sin embargo, dichas diligencias tampoco tienen por objeto una sola finalidad, sino que reúnen o dan cobijo a una amalgama de supuestos heterogéneos, cuyo único denominador común es proporcionar los elementos necesarios para que alguien pueda interponer una demanda en condiciones, bien porque necesita

681. Cfr. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.314, nota a pié 24.

682. Cfr. *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, ob. cit., pp. 336 a 338.

acreditar datos relativos a ciertos presupuestos procesales (como la capacidad de las partes o la representación) o a la legitimación pasiva, pero también a medios probatorios relacionados con los hechos que eventualmente sustentarán sus pretensiones. Tal es el caso, como se vio, de supuestos contenidos en el art. 256 LEC, tales como el del historial médico, el contrato de seguro o el de la exhibición de datos contables, sin excluir, como en el supuesto del contrato de seguro, que la diligencia preliminar suministre simultáneamente un medio probatorio sobre el fondo (por ejemplo, relativo al alcance de la cobertura) y un modo de comprobar la legitimación pasiva.

Creo, en definitiva, que el instituto de las diligencias preliminares es demasiado complejo como para reducirlo a una sola finalidad. Y, por otra parte, aunque el objetivo principal de dichas diligencias sea la toma de conocimiento o acceso a cierta información, nada impide que, simultáneamente, quepa obtener una copia del documento que haga innecesario un posterior requerimiento de exhibición. Es más: una vez que se ha accedido al documento lo más razonable es obtener una copia del mismo para poder cumplir el razonable deseo del legislador de que los documentos sobre el fondo se acompañen a la demanda, evitando en lo posible la correspondiente solicitud de exhibición.

En cualquier caso, el mecanismo de las diligencias preliminares no está abierto a cualquier tipo de actuaciones, sino restringido a la lista de supuestos contenidos en el art. 256 LEC, aunque, según una autorizada doctrina, generosamente interpretados para dar cabida a casos similares⁶⁸³. De este modo, si la exhibición del documento en cuestión no puede ser reconducida, ni aún por analogía, a ninguno de los supuestos del art. 256 LEC, el único cauce hábil para traer documento al proceso será el de la exhibición posterior a la demanda.

Así las cosas, la cuestión del posible uso alternativo de ambos institutos se reduce al caso en que el supuesto de exhibición que se

683. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ob. cit., pp. 59 y ss.

pretenda esté comprendido o sea analógicamente reconducible a la lista del art. 256 LEC. La cuestión es importante, puesto que si se concluyese que, en los supuestos en que la Ley autoriza la adopción de una diligencia preliminar debe ser precisamente éste el cauce a seguir para conseguir la exhibición, no cabría otro remedio que denegarla si el actor optase por la vía de los arts.328 y ss. LEC una vez interpuesta la demanda para solicitar la exhibición.

A mi juicio diligencias preliminares y exhibición posterior a la demanda constituyen dos vías alternativas. La elección entre una u otra corresponde al potencial actor. En principio, parece que la diligencia preliminar habría de resultarle más ventajosa que la solicitud de exhibición una vez presentada la demanda, al permitir evitar el riesgo de una absolución del demandado si finalmente no se logra la exhibición del documento ni se acredite el carácter injustificado de la negativa a exhibir. Sin embargo, las consecuencias de la negativa injustificada a exhibir documentos no son idénticas en el caso de la exhibición ex art. 328 LEC y en el caso de las diligencias preliminares. En el caso de las primeras, si bien pueden desencadenar la práctica de la oportuna entrada y registro en el lugar donde se supone que se hallan los documentos (art. 261.2 LEC), sólo en el caso de los documentos contables se establece en el número 4º del art. 261 LEC que *se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante*. En el caso de la exhibición posterior a la demanda, el art. 329 LEC, por el contrario, dispone con carácter general que *en caso de negativa injustificada a la exhibición del art. anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado*. Es decir, no tratándose de un documento contable y habiéndose instado la exhibición mediante diligencia preliminar, si la persona requerida a exhibir no lo hace, el solicitante no podrá beneficiarse de la atribución de valor probatorio a la versión o resumen que él mismo presente.

La conclusión que acabo de exponer es la que, por motivos muy similares, sostuve al poco de publicarse la LEC ⁶⁸⁴. Razonaba entonces que, quien interpone demanda, en principio, ha debido ponderar previamente, entre otros extremos, si cuenta con suficientes elementos de prueba para levantar la carga probatoria que le incumbe. Si de documentos se trata y éstos no están en su poder sino en manos de terceras personas (el potencial demandado u otro sujeto), parece que habría de solicitar la consabida diligencia preliminar, caso de hallarse en alguno de los supuestos del art. 256 LEC. No hacerlo sería tanto como aventurarse a litigar sin un razonable grado de seguridad en la prosperabilidad de su pretensión. Cabría, pues, concluir, que el actor, cuando le resulte posible, debe acudir al mecanismo de las diligencias preliminares para obtener los documentos en que funda su pretensión, sin que le quepa posteriormente plantear la exhibición una vez iniciado el proceso. Siempre, claro está, que el acceso al documento de que se trate esté amparado en alguno de los supuestos del art. 256 LEC, que contiene una lista tasada o cerrada.

De este modo, asimismo, se prepararía adecuadamente el proceso y se evitaría el planteamiento del que podríamos denominar incidente de exhibición. O en su caso, se obviaría un proceso inútil o quizá temerario. La carga de presentar los documentos acompañando a la demanda supone, a mayor abundamiento, que el actor debe conocer antes de demandar qué documentos pretende aportar al proceso y, por consiguiente, implica la carga de indagar sobre su paradero, de modo que la circunstancia de hallarse en poder del potencial demandado o de otro sujeto le resultará también conocida antes de demandar.

Pese a todo lo dicho, la conclusión final a la que llegaba tras estas reflexiones era idéntica a la actual: el legislador no condiciona expresamente la solicitud de exhibición a la inexistencia de una

684. Cfr. ORMAZÁBAL, *La prueba documental y los medios e instrumentos ...*, ob. cit., pp. 110 y ss.

diligencia preliminar conducente al mismo resultado o la justificación de la imposibilidad o inconveniencia de haberla instado a su tiempo.

Como se ve, pues, no cabe impedir que actor inste la exhibición una vez interpuesta la demanda aunque pudiese haberlo hecho mediante una diligencia preliminar. Por una parte, como va dicho, porque podría interesarle acudir a la exhibición al creer que logrará persuadir al juez de la efectiva disponibilidad del documento por parte del demandado y de la inexistencia de razones que obsten a su exhibición, de modo que podrá beneficiarse de la atribución de valor probatorio a una copia o versión del documento, como prevé con carácter general en el art. 329.1 LEC. Pero es que, además, cabe que le urja interponer la demanda o incluso, simple y llanamente, que no pidiese la correspondiente diligencia preliminar por puro descuido u olvido. Aún en este último supuesto, a falta de graves y bien fundadas razones, no me parece razonable hacer operar preclusiones no expresamente previstas en la ley que frustren el ejercicio efectivo de los derechos ante los órganos judiciales.

Cuestión diferente a la del carácter disyuntivo o alternativo del recurso al mecanismo de las diligencias preliminares o al de la exhibición documental posterior a la demanda, es la de su uso sucesivo, es decir, si solicitada sin éxito la diligencia preliminar cabe, una vez interpuesta demanda, solicitar la exhibición del mismo o mismos documentos (historial clínico, contrato de seguro, documentación contable etc.) objeto de la petición de la diligencia.

Por supuesto, si la denegación se debió a la ausencia de presupuestos específicos para decretar la práctica de la diligencia precisamente como diligencia preliminar (no previsión en la lista del art. 256 LEC, por ejemplo), nada obsta a que la petición de exhibición sea reiterada una vez presentada la demanda. Si la negativa se fundó en la irrelevancia de los documentos solicitados o en la falta de acreditación de su efectiva disponibilidad por parte del actual demandado, creo igualmente que el juez del proceso, por mucho que su decisión acabe siendo la misma, habrá de reconsiderar y volverse a pronunciar sobre una petición que ahora se formula en

el marco de una controversia planteada y formalizada con precisión, y no sólo de modo eventual como en el caso de la petición de diligencias preliminares.

II. En caso de que una parte inste la solicitud de exhibición documental, momento procesal en que debe formularla

La exhibición documental posterior a la demanda busca suplir la actitud reacia de un litigante a presentar ciertos documentos en los que el otro litigante funda sus pretensiones. El documento, pues, no podrá ser traído a las actuaciones en el momento procesal de su aportación ordinaria (demanda y contestación de la demanda: cfr. art. 265 LEC). Pero aunque la aportación no pueda tener lugar en dichos momentos, lo que sí cabe hacer en los estadios iniciales del mismo es advertir al litigante contra el que se pretende esgrimir de la intención de valerse del mismo.

Como es sabido, la aportación documental en los momentos iniciales del proceso no busca otra cosa que asegurar la igualdad de armas procesales, de modo que cada parte tenga un pronto conocimiento de los medios de ataque o de defensa con que cuenta el otro litigante. Medios que, tratándose de documentos, constituyen el arma más contundente que cabe esgrimir en el proceso civil. Así las cosas, cabría concluir que el litigante que reclama la exhibición de documentos debe formular su petición en la demanda o en la contestación a la misma, salvo que la necesidad o existencia del documento se pongan de manifiesto con posterioridad a dichos escritos, supuesto en el que serán de aplicación las normas procesales que prevén la aportación de documentos fuera de los referidos momentos ordinarios (cfr. arts.270 y 271 LEC)⁶⁸⁵.

685. Esta es la conclusión a la que llegué en su día en mi obra *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos* (ob. cit.), de la que en la actualidad no encuentro motivos para apartarme.

Aún cabría seguir argumentando que la regla de aportación inicial, tal como cabe comprobar tras una interpretación histórico-teleológica, deriva de la necesidad de preservar la igualdad de armas procesales y, por dicho motivo, se encuentra en estrecha relación con el derecho a obtener una tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Pero es que, además, el caso que nos ocupa guardaría también una innegable analogía con el del art. 265.2. I LEC: *Sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registros, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación.*

En dicho supuesto, quien pretende hacerse valer del documento no tiene acceso al mismo y, por lo tanto, no lo puede aportar. Pese a lo cual el legislador le impone la carga, so pena de la consabida preclusión, de informar al tribunal y a la otra parte de que está interesado en que el documento sea traído a las actuaciones. Es decir, prácticamente lo mismo que a quien pretende la exhibición documental de los arts.328 y ss. LEC, con la única diferencia de que el documento no se halla en un archivo, registro etc. al que no puede acceder, sino en manos o bajo el poder del litigante contrario o de un tercero. Más precisamente: lo que cambia respecto del supuesto del art. 265.2. I LEC es que la exhibición de los documentos se pide concretamente frente al adversario procesal o una tercera persona, en tanto en que poseídos u obrantes en poder de los mismos, y no –como en el art. 265.2. I LEC– en tanto que situados o localizados en un paradero concreto (archivo, protocolo, registro etc.) del que el litigante que solicita la exhibición no puede obtenerlos. En cuanto a la necesidad de designación inicial, en definitiva, la *ratio* del precepto me parece idéntica.

Lo cierto es, sin embargo, que la LEC no señala un momento preclusivo para solicitar la exhibición. El legislador se limitó a introducir y regular ciertos aspectos de la exhibición documental pero olvidó por completo regular lo relativo al momento de su introducción

en el proceso. La necesidad de anunciar la exhibición en el escrito de demanda me parecería, por las razones antes expuestas, la solución más razonable y más coherente con la regulación de la LEC en esta materia. Dicha interpretación, sin embargo, entrañaría privar a un litigante de medios de prueba que pueden resultar trascendentales para obtener la tutela judicial de su derecho, resultado que, a falta de una disposición legal expresa, no me parece admisible.

Por lo que respecta a la doctrina, MONTERO AROCA señala que, en el juicio ordinario, el momento oportuno para formular la solicitud de exhibición “habrá de ser, bien en la demanda o en la contestación, bien en la proposición de prueba en la audiencia previa”, aunque no dice expresamente si la petición en los escritos de alegaciones tiene carácter preclusivo⁶⁸⁶.

Por lo que al juicio verbal respecta, resulta claro que el actor, salvo en los casos excepcionales de los arts.270 y 271 LEC, habrá de solicitar la exhibición documental en la propia demanda. El problema puede surgir cuando la necesidad de solicitar la exhibición de documentos sólo se ponga de manifiesto a raíz de las alegaciones del demandado al contestar verbalmente la demanda en el acto de la vista. La cuestión, como se sabe, no es exclusiva de la exhibición documental, sino que surge cada vez que las alegaciones realizadas o las pruebas propuestas por el demandado en el acto de la vista determinen o hagan necesaria la proposición adicional de prueba por parte del actor. A diferencia de otros medios probatorios, sin embargo, nuestro caso resulta más sencillo de resolver y menos perturbador para el curso normal del proceso. En efecto, la prueba documental no requiere propiamente de práctica en el acto del juicio o en la vista, sin perjuicio de que las partes manifiesten respecto de la autenticidad, veracidad etc. del documento lo que estimen oportuno en sus escritos de alegaciones o en las

686. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.315. Parece, sin embargo, dar a entender que la solicitud debe tener lugar en la demanda y, si no es atendida por el demandado al contestar la demanda, volver a formularse en la audiencia previa.

conclusiones del juicio o vista. Eso significa que la petición exhibitoria no reclamará la siempre indeseable suspensión de la vista. El actor puede solicitar la exhibición en la propia vista de modo que el tribunal pueda oír en dicho momento al demandado sobre la procedencia de la exhibición solicitada y resolver en dicho momento o una vez concluida la vista sobre la procedencia de requerirlo o no a tal efecto. Tampoco cabe excluir la utilización del cauce de las diligencias finales (arts.435 y 436 LEC) para que el actor solicite y, en su caso, el Juez acceda al requerimiento de exhibición.

En el caso de que el demandado esté interesado en solicitar la exhibición de documentos, MONTERO AROCA⁶⁸⁷ sostiene que procede aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 440.1. III LEC⁶⁸⁸, de modo que la solicitud se realice por éste en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la citación⁶⁸⁹. El autor extiende también al actor la posibilidad de solicitar en dicho momento la exhibición⁶⁹⁰.

Por lo que a este segundo supuesto se refiere, no me parece razonable que se permita al actor eludir la norma general de aportación inicial con el escrito de demanda fuera de los casos extraordinarios especificados en los arts.270, 271 y 286 LEC. Pero tampoco en el caso del demandado me parece razonable la aplicación analógica del art. 440.1. III LEC: nuevamente supondría introducir una regla de preclusión no expresamente prevista por el legislador,

687. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.316.

688. *La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.*

689. Al respecto, véase la SAP de Cuenca, de 12 de Febrero de 2004, secc. 1ª, AC 2004/592, cuyo extracto se ofrece al final de esta pregunta.

690. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.316.

restrictiva del derecho de un justiciable a la utilización de medios de prueba.

Convento con MONTERO AROCA cuando éste se plantea la posibilidad de usar el cauce de la prueba anticipada (arts.293-295 LEC) para que tanto el actor como el demandado insten antes del inicio o durante el curso del proceso la exhibición documental⁶⁹¹. Opino también que usar de este modo el cauce de la prueba anticipada supondría forzar los perfiles institucionales de la figura y aplicarla a un supuesto para el que dicho instituto no fue ideado por legislador. En concreto, la prueba anticipada se concibe, según el art. 293.1 LEC, como un cauce habilitado para que quien pretenda incoar el proceso o cualquier parte durante el curso del mismo pueda solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.

En el caso de la exhibición documental, ni se requiere un acto de práctica probatoria propiamente dicho, ya que tal práctica no se ajusta a la dinámica de la prueba documental, ni estamos propiamente ante el caso de riesgo de frustración de la prueba por intervención humana o por razones diferentes. En cualquier caso, no se me antoja cómo justificar la utilización de este cauce cuando existen otros momentos procesales, como los ya referidos, en los que la solicitud de exhibición es en términos prácticos viable y procedimentalmente más sostenible.

En el caso de la exhibición documental por terceros ajenos al proceso, MONTERO AROCA sostiene que la solicitud debe tener lugar en la proposición de prueba de la audiencia previa al juicio⁶⁹², opinión que, por las razones más arriba expuestas en relación con la solici-

691. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental...*, ob. cit. p.316.

692. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 320 y 321.

tud de exhibición formulada ante otros litigantes, también considerado acertada.

III. En el caso anterior, deber del juez de citar a las partes a una comparecencia o bien resolver, sin más, sobre la procedencia de la exhibición

Respecto al modo en que el tribunal haya de resolver sobre la petición de exhibición, concretamente si debe citar necesariamente o no a las partes a una comparecencia, creo que la cuestión merece un tratamiento separado según se trate del juicio ordinario o del verbal.

Tratándose de un juicio ordinario, parece que el momento adecuado para resolver sobre la exhibición es el de la audiencia previa. No sólo porque es el momento en el que con carácter general el juzgador ha podido adquirir una visión global de los términos de la controversia y consecuentemente ha quedado en condiciones de resolver sobre la admisión de medios de prueba, sino también por razones de economía procesal. En efecto, existiendo ya tan cualificada comparecencia de los litigantes, carecería de sentido reunirlos en momento diferente para resolver sobre una cuestión relativa precisamente a los medios de prueba, para debatir sobre la cual, por lo demás, han podido pertrecharse de modo previo y suficiente.

Como es lógico lo anterior no es aplicable al caso de que el documento cuya exhibición se pretende haya sido descubierto o confeccionado cuando ya no era posible aportarlo en los momentos procesales ordinarios (concretamente los casos especificados en el art. 270 LEC) o se refiere a hechos nuevos o de nueva noticia, tal como éstos vienen definidos en el art. 286 LEC. En este último caso, por la vía de una diligencia final al amparo del art. 435.1.3ª LEC, y en el de los documentos desconocidos o inexistentes en el momento de aportación ordinaria (art. 270 LEC), parece obvio que resultará necesario dar oportunidad a la persona de quien se recaba la

exhibición del documento para que exponga, si le conviene, las razones que le lleven a oponerse a la solicitud.

En este supuesto, por analogía con lo que se dispone en art. 330.1. II LEC respecto de la exhibición por parte de terceros no litigantes, cuestión de la que me ocuparé después, creo que es preciso convocar a las partes a una comparecencia para resolver sobre la exhibición. Podría replicarse que si dicha audiencia se contempla expresamente sólo para la exhibición de terceros y no para el caso de que la exhibición se pretenda frente a la parte procesal adversa, hay motivo para concluir que, *a sensu contrario*, no será necesario en el caso de la exhibición entre partes. A mi juicio, dicho razonamiento no tiene en cuenta que el legislador parte implícitamente de la base de que, en el caso ordinario, las partes ya son debidamente oídas en audiencia en la denominada audiencia previa al juicio ordinario, de modo que no encuentra necesario establecer una audiencia *ad hoc* con carácter general para resolver sobre la exhibición.

Por coherencia con las razones expuestas en el párrafo anterior sobre la necesidad de convocar a las partes a una comparecencia en ciertos supuestos extraordinarios, opino que también en el caso del juicio verbal se precisa la celebración de dicha comparecencia. Eso sí: al no tratarse de un medio probatorio que requiera propiamente de práctica en el juicio, parece que no es absolutamente necesario que la resolución sobre la solicitud de exhibición tenga lugar con anterioridad a la celebración de la vista⁶⁹³, aunque, como es lógico, lo más conveniente sería que así fuese, pues la conducta procesal de las partes en la vista puede ser diferente según se conozca o no el contenido del documento solicitado. En cualquier caso, si la comparecencia de las partes no es posible con carácter previo a la vista, la celebración de ésta parece el momento más

693. No es de este parecer Montero Aroca, quien considera necesario que la comparecencia tenga lugar con anterioridad a la vista. Vide MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.321.

adecuado para oír al litigante contrario sobre la procedencia de la exhibición solicitada.

Tanto en el juicio ordinario como en el verbal, la resolución sobre la exhibición de documentos en poder de terceros no litigantes debe ir precedida de la correspondiente audiencia, como señala el art. 330.1. II LEC: *el tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen [los documentos cuya exhibición se pide] y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia.*

El precepto no contempla expresamente la eventualidad de que el tercero citado, desatendiendo el llamamiento judicial, no comparezca. Durante la vigencia de la ALEC, algunos autores opinaban que en este supuesto cabía acudir analógicamente a lo dispuesto en el art. 643. II ALEC, que autorizaba la conducción del testigo por la fuerza pública si se resistía a comparecer⁶⁹⁴. El recurso a la analogía con lo dispuesto sobre la incomparecencia de testigos y peritos no carece de buena base, pues en definitiva, todos ellos comparten la condición de terceros ajenos al proceso de quienes se recaba una actividad o cooperación encaminada al esclarecimiento de los hechos controvertidos, sin perjuicio, claro está, de las diferentes características que en cada caso reviste dicha colaboración.

La anterior conclusión, sin embargo, no parece trasladable a la actual situación normativa, pues el art. 292 LEC, relativo a la comparecencia de los testigos y peritos, no contempla la conducción forzosa como consecuencia de la negativa injustificada a comparecer, sino otros mecanismos diversos, concretamente, la imposición de multas coercitivas y el apercibimiento de proceder penalmente por desobediencia a la autoridad. Estos mecanismos, por las razo-

694. De este parecer eran CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cordon González, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernández (coords.), Aranzadi, Pamplona, 2001, p.541.

nes expuestas, sí que parecen también aplicables en los supuestos de exhibición documental.

Tanto en el caso de la exhibición entre terceros como entre las partes puede resultar preciso proceder a un examen *in camera* del documento, es decir, excluyendo la presencia e intervención del solicitante de la exhibición. Como se ha dicho, una de las posibles conductas del tercero o litigante llamado a exhibir es reconocer llanamente la existencia del documento pero alegar una causa o circunstancia (seguridad nacional, secreto profesional, industrial etc.) capaz de enervar el deber o carga exhibitoria; o, simplemente, alegar que el documento carece de la relevancia o pertinencia procesal que le atribuye el solicitante. En este caso, no basta razonablemente con la simple afirmación del tercero o colitigante sino que puede resultar necesario que el Juez examine por sí mismo el contenido del documento o parte del mismo para comprobar que en él concurren las circunstancias que justifican la negativa a exhibir. Si en este examen participase también el solicitante de la exhibición, la alegación o causa justificativa de la negativa exhibitoria podría quedar completamente privada de sentido, ya que el contenido del documento pasaría a ser conocido por el solicitante (y a través de él, eventual o probablemente, por el público en general). Es decir, precisamente lo que pretende evitar el tercero o colitigante oponiéndose a la exhibición. Adviértase, por lo demás, que no cabe descartar supuestos extremos en los que el solicitante haya iniciado el proceso con el único –y no precisamente honesto– fin de conocer el secreto industrial del colitigante o tercero etc.

Este examen, en el que intervendrían únicamente la persona del llamado a exhibir y el Juzgador, no queda exento de serios reparos. En primer lugar, se impediría que el solicitante pudiese realizar alegaciones para argumentar la procedencia de la exhibición o rebatir las que aduzca la persona de quien se recaba la exhibición. En segundo lugar, si el Juez estimase la causa de oposición a exhibir habría conocido ya el contenido del documento y, aunque no podría fundar en él su fallo, dicho conocimiento podría originarle serias prevenciones a la hora de resolver sobre el fondo.

El examen restringido o *in camera* al que nos referimos parece resultar, sin embargo, inevitable. O, si se prefiere, un mal menor, pues de lo contrario, quedarían privadas de sentido las eventuales excusas o motivos justificadores o exoneradores del deber o carga exhibitorios.

La LEC nada prevé sobre este examen reservado del documento pero, por los motivos expuestos, opinamos que su admisibilidad es indudable⁶⁹⁵. Así pues, opino que si en la comparecencia prevista en el art. 330.1. II LEC o en la que debe tener lugar en el caso de exhibición entre colitigantes la persona llamada a exhibir así lo exige, el documento habrá de examinarse con exclusión del solicitante.

Índice sistemático de Jurisprudencia

Momento procesal oportuno para solicitar la exhibición en el juicio verbal.

SAP de Cuenca, secc. 1ª, de 12 de Febrero de 2004 (AC 2004/592).

Cabe reclamar la exhibición del contrato de seguro tanto como diligencia preliminar como mediante la exhibición del art. 328 LEC.

SAP de Valencia, secc. 7ª, de 30 junio de 2005 (JUR 2005/205378).

Relación entre diligencias preliminares y exhibición una vez iniciado el proceso.

AAP de Asturias, secc. 7ª, de 28 de Junio de 2002 (JUR 2002/251868).

695. Esta es la opinión de L. M. DIEZ-PICAZO en relación con el célebre asunto de "los papeles del CESID" (sentencias de la Sala 3ª del TS de 4 de Abril de 1997), donde el TS llevó efectivamente a cabo un examen de estas características pese a no estar contemplado en la ley procesal. Se trata ciertamente de un asunto penal, pero esto no impide acudir a la analogía. Cfr. *Sobre secretos oficiales*, Madrid 1998, p.55 y ss. y 75.

Extracto de Jurisprudencia relevante

SAP de Cuenca, de 12 de Febrero de 2004, secc. 1ª, fto. jco. 2º (AC 2004/592). Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Muñoz Hernández

“La primera de las cuestiones contenidas en el recurso fue planteada conjuntamente con la solicitud de recibimiento de las actuaciones a prueba en la segunda instancia a fin de lograr la exhibición por la demandada del indicado dictamen pericial emitido el 16 de noviembre de 2001 por C. B. Esta exhibición propuesta en la vista del juicio como prueba documental al amparo del art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue desestimada por la Juez de la instancia y en el presente rollo de apelación se dictó auto de 21 de enero del año en curso por el cual se confirmó el criterio de la Juzgadora y fue denegada la solicitud de recibimiento de las actuaciones a prueba en la segunda instancia a los efectos de la tan repetida exhibición. Decíamos en dicho auto y debemos reiterar ahora que el art. 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que con la demanda o contestación se acompañen los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden, añadiendo los arts.270 y 271 reglas preclusivas para la presentación de documentos relativos a los de fecha posterior, a los anteriores de existencia desconocida y a aquéllos que no se hubieren podido obtener con anterioridad, por causa no imputable a la parte, siempre que se haya hecho designación del archivo, protocolo o lugar donde se encuentran. Con respecto al demandado, dice el artículo 265.4 de la Ley procesal que, en los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apart. 1º, entre ellos los que sirven de fundamento del derecho ejercitado, en el acto de la vista. Se ha señalado que esa necesidad de que el actor acompañe con la demanda los documentos justificativos de su derecho tiene por finalidad evitar la posible indefensión del demandado en la vista, como sucedería si fuera en ese acto cuando conociese los documentos en los que el actor fundamenta su derecho. Como decidió la Juez de Primera Instancia pudo haber promovido la actora diligencias tendentes a la exhibición del informe aludido, sin que lo haya hecho, y, como

señala la parte apelada, fue citada la actora para la celebración de la vista con las prevenciones del art. 440.1 de la tan repetida Ley, entre ellas la de concurrir con los medios de prueba de que intentar valerse. A esto ha de añadirse que también era facultad de la parte demandante solicitar la citación de quienes deban comparecer a la vista como partes o testigos”.

SAP de Valencia, secc. 7ª, de 30 junio de 2005, fto. jco. 2º (JUR 2005/205378). Ponente: Ilma. Sra. Dª. Asunción Sonia Molla Nebot

“Dado que la apelante plantea, aunque de modo subsidiario, nulidad de actuaciones al momento de presentación de la demanda, esta es la cuestión que abordamos en primer lugar. Mantiene la apelante que se ha producido infracción del art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en el mismo no se establece ni determina limitación temporal del momento en que puede efectuarse la solicitud de exhibición de documentos, tal y como hizo la actora en petición en «otrosi» de la demanda, para que con carácter previo a la contestación se manifestase por la demandada si tenía seguro de responsabilidad civil y en su caso procediese a la exhibición de la póliza de seguro al objeto de ampliar la demanda. A pesar de la insistencia de la parte, es lo cierto que el art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que alude y en que basó la petición de exhibición de la póliza desplegó este resultado de exhibición documental, a los efectos de prueba en la Audiencia Previa, sin que para la ampliación de la demanda sea imprescindible la exhibición de la póliza sino la denominación de la compañía por la demandada, pues efectivamente el art. 401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de ampliación siempre antes de la contestación a la demanda. En todo caso, si lo que pretendía era la exhibición de la póliza con vistas a una ulterior demanda pudo instar el trámite de Diligencias Preliminares establecido en el art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que concretamente en su párrafo 5º contempla el exacto supuesto de exhibición de póliza de responsabilidad civil cuando se quiere derivar de la exhibición documental efectos de posterior demanda. Ciertamente, también la Audiencia Previa cumple esta función catalizadora o efecto saneador, como lo de-

nomina la doctrina, en el que se resuelven las cuestiones relativas al litisconsorcio pasivo necesario, pero sólo cuando existe oposición, pues de otro modo, la legitimación pasiva ha de estar plenamente configurada antes de este momento procesal”.

AAP de Asturias, secc. 7ª, de 28 de Junio de 2002, ftos. jcos.1º y 2º (JUR 2002/251868). Ponente: Ilma. Sra. Dª. Berta Alvarez Llana

“Se recurre el Auto de 9-11-01 por el que se deniega la práctica de la diligencia preliminar solicitada por la recurrente contra Amena Retevisión Móvil. (...)

Las diligencias de carácter personal se encuentran reguladas en los apartados 1º y 6ª del art. 256.1 teniendo el resto de las diligencias mencionadas en los apartados 2º, 3º, 4º y 5º del art. 256 un eminente carácter real en cuanto que están preordenadas a la exhibición de elementos relacionados con las cosas que van a ser objeto de litigio que se encuentran en poder de la persona a la que el solicitante proponga demandar, instando la ahora recurrente las del nº 2 y en concreto la exhibición de la facturación referente a dos números de teléfono, el historial referente a las averías y cambios de terminales y el pliego de condiciones generales y tarifas que ha sido entregado y aceptado por el cliente (...). Aducía como finalidad que se persigue con la solicitud de exhibición del expediente, la de asegurarse del importe real de la deuda y no soportar un abuso por parte de la entidad (...). Aún cuando el art. 256.1.2º no limita la naturaleza de las acciones que quieran interponerse siempre que sean referidas al juicio, a diferencia del art. 497.2 de la antigua L. E. C., el recurso debe ser desestimado conforme seguidamente se dirá”.

“La pretensión se desestima porque a tenor del relato fáctico y documental aportada se entiende que la solicitante dispone de elementos de conocimiento para poder formular una demanda teniendo en cuenta además la limitación de medidas e interpretación restrictiva de los presupuestos de admisibilidad que sostiene la doctrina sin que la pretensión de exhibición tenga claro encaje en alguna de las diligencias legalmente previstas ni tampoco en

la especificante solicitada pues la acción personal no tendría por «objeto» una «cosa».

La propia recurrente reconoce además la posibilidad que le otorgan los arts.328 en relación con el art. 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con relación a la invocación de la Ley para la defensa de consumidores y usuarios, nada tiene que ver con el supuesto del nº 6 del art. 256”.

12. Exhibición documental entre partes, I⁶⁹⁶

I. Grado de certeza que ha de exigirse para darse por acreditado, en caso de que una parte a la que se ha requerido que exhiba un documento manifieste que no lo tiene en su poder

En este punto se trata de arrojar luz sobre una cuestión de importancia capital en el instituto de la exhibición documental, principalmente en el caso de la exhibición entre partes, pero también en el de la exhibición solicitada frente a terceros. En efecto, las consecuencias que la ley apareja a la negativa a exhibir dependen precisamente de el hecho de acreditarse o no el carácter injustificado de dicha negativa.

Ni que decir tiene que la exhibición documental de los litigantes no presenta reparo alguno desde el punto de vista del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo o a no declararse culpable (art. 24.2 CE), pues esta garantía sólo es de aplicación en los procesos penales o, en general, en los procedimientos que versan sobre la imposición de sanciones.

696. Por Guillermo Ormazábal Sánchez.

Aunque el precepto no lo especifique, opino que para los litigantes, el deber o carga exhibitoria no debería quedar restringido a los casos de mera disposición física o tenencia actual del documento ni ceñirse al mero tolerar que se tome noticia del mismo. Al resultar su deber exhibitorio de mayor intensidad que el de los terceros, las partes habrían de quedar obligadas o gravadas con la carga de exhibir todo aquel documento que la otra u otras partes sólo pudiesen procurarse mediante su colaboración, lo que implica el deber o carga de llevar a cabo toda actividad o gestión lícita y razonable que resulte precisa para hacer posible la exhibición⁶⁹⁷. Quien es completamente ajeno a la relación procesal, por el contrario, no puede ser razonablemente compelido a dicha actividad, sino sólo al puro tolerar o no obstaculizar que se tome noticia del contenido y características del documento, cosa que sólo sucederá cuando éste se encuentre a su disposición física y actual o, en todo caso, pueda procurarse fácilmente el documento.

Lo anterior significa que el juez, en el caso de la exhibición entre partes, puede tener por injustificada la negativa a exhibir si comprueba que la parte frente a la que se pidió la exhibición no ha

697. En este sentido, el § 426 ZPO establece que el colitigante llamado a exhibir debe ser apercebido, en la citación para comparecer previa al requerimiento de exhibición, para que indague diligentemente sobre el paradero del documento (*in der Ladung zum Vernehmungstermin ist ihm aufzugeben, nach dem Verbleib der Urkunde sorgfältig zu forschen*). Por su parte, el § 427 ZPO equipara el incumplimiento de dicho deber de diligencia con la negativa injustificada a la exhibición, actitudes a las que responde atribuyendo valor probatorio a la copia del documento no exhibido aportada por la parte solicitante o, a falta de dicha copia, a las características y contenido que el solicitante asigna al documento no exhibido (*kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen, nicht nach oder gelangt das Gericht, im Falle des § 426 zu der Überzeugung, daß er nach dem Verbleib der Urkunde nicht sorgfältig geforscht habe, so kann eine vom Beweisführer beigebrachte Abschrift der Urkunde als richtig angesehen werden. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden*).

puesto los medios razonablemente a su alcance para traer al proceso los documentos correspondientes.

A mi entender, hubiese sido conveniente añadir un requisito o presupuesto para la solicitud de exhibición no previsto en el precepto, a saber, la justificación, por parte del interesado, de los hechos que permiten deducir que el documento se encuentra a disposición de otro litigante, tal como hace el § 424.4 ZPO⁶⁹⁸. Esta exigencia contribuiría a asegurar la seriedad de la solicitud formulada por el interesado y podría evitar, de entrada, peticiones infundadas. El litigante frente a quien se formula la solicitud de exhibición debe tener la oportunidad de oponerse a ella, entre otras cosas, negando tener la disposición del documento afirmada por el litigante contrario.

En todo caso, es razonable que la carga de acreditar dicha disposición recaiga sobre el solicitante. Propiamente hablando, dicha carga sólo nacerá en el momento en el que la parte llamada a exhibir el documento niegue que éste se halle a su disposición y que será entonces cuando el solicitante haya de levantar su *onus probandi*. Sin embargo, conforme llevamos dicho, parece necesario que el solicitante de la exhibición exponga ya desde el inicio de los motivos que llevan a la parte solicitante a afirmar la disposición del documento por parte del otro litigante, sin perjuicio de la alegación detallada de sus razones en la comparecencia que el tribunal señale para debatir la cuestión.

En cualquier caso, si los enérgicos efectos que se anudan a la negativa a exhibir en el art. 329 LEC se condicionan al carácter injustificado de dicha negativa, no debería exigirse al actor una simple acreditación, el puro suministrar buenas razones o indicios que señalan la probabilidad de que la contraparte dispone del documento

698. § 424.4 ZPO: *Der Antrag soll enthalten: (...) 4. die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitz des Gegners befindet* (la solicitud debe contener: (...) 4. la indicación de las circunstancias sobre las que se apoya la afirmación de que el documento se halla en posesión del litigante contrario).

cuya exhibición se pide. A mi juicio, debe tratarse de una probanza mucho más exigente, en concreto de una demostración o estándar de certeza equivalente al que el juzgador habría de alcanzar en el momento de dictar sentencia para tener determinados hechos como probados. Las graves consecuencias probatorias que puede tener para una parte justifican a mi juicio esta conclusión.

La decisión sobre si accede o no a la solicitud de exhibición no puede ser revisada en casación⁶⁹⁹, con la salvedad de que el Tribunal de casación considere que el razonamiento del juzgador es arbitrario o manifiestamente irracional⁷⁰⁰.

II. Posibilidad de que el juez pueda escoger al amparo del art. 329 LEC, entre efectuar un requerimiento de exhibición a la parte, y atribuir valor probatorio a la copia simple o versión del documento aportada por el requirente

Lo dispuesto en el art. 329.2 LEC parece presentarse como alternativa a la presunción de existencia y autenticidad establecida en el

699. La jurisprudencia del TS ha insistido en que la fijación de dicha trascendencia se somete a la ponderación de los juzgadores de primera y segunda instancia, sin que pueda ser objeto de revisión en el recurso de casación. Afirmación, si cabe, aún más cierta en la LEC actual, donde la casación no puede ya ser abierta por motivos de índole procesal (art. 477.1 LEC). Véase, por todas, la STS de 8 de Julio de 1988 (RAJ 1988/5587): "(...) se aportará el documento únicamente cuando el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente, y en el caso debatido, al ser rechazada la prueba, es obvio entender que el juez no lo estimo trascendente, ni después tampoco la Sala de apelación, por lo que no hay infracción alguna del párrafo primero del mencionado precepto, ni tampoco del párrafo segundo, que ya esta condicionado por la decisión del Juez en el sentido expresado, sin que su libre arbitrio a este respecto pueda ser revisado en casación".

700. Véase al respecto, la STS, Sala de lo Civil, secc. 1ª, de 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8230), de la que al final de esta pregunta ofrezco un extracto.

apartado anterior del precepto. Es decir: ante la negativa injustificada a la exhibición, el Tribunal, en vez de atribuir valor probatorio a la copia presentada o a la versión del documento ofrecida, puede proceder a requerir al litigante reacio, mediante providencia, para que lleve a cabo la exhibición. La compulsión a exhibir es en este caso también considerable pues la inobservancia al requerimiento puede comportar consecuencias jurídico-penales.

Ante el requerimiento inatendido y existiendo noticias o indicios sobre el paradero del documento, en mi opinión no hay inconveniente alguno en que el tribunal decrete la entrada y registro⁷⁰¹. Aunque esta posibilidad no esté expresamente contemplada en el precepto, dicha diligencia no supone sino la ejecución de la resolución judicial requiriendo la exhibición y, por otro lado, cabe acudir a la analogía con el art. 261.2ª LEC, relativo a la diligencia preliminar consistente en la exhibición de títulos y documentos.

Como va dicho, la aplicación de lo dispuesto en el art. 329.1 LEC o la emisión del requerimiento previsto en el siguiente apartado (con sus subsiguientes y eventuales vicisitudes) se presentan como una disyuntiva sobre la que el Juez debe resolver. La decisión al respecto no puede ser arbitraria y, por lo tanto, el art. 329.2 LEC, con buen criterio, trata de ofrecer al Juez las pautas que deben guiar su elección. A saber:

- a) Las características de dichos documentos.
- b) Las restantes pruebas aportadas.
- c) El contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante.
- d) Lo alegado para fundamentar dichas pretensiones.

En mi opinión, todos estos criterios resultan demasiado abstractos o genéricos y representan para el Juzgador una ayuda o auxilio

701. En este sentido también, con anterioridad a la promulgación de la LEC, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, ob. cit. p.164.

bien escaso. Creo que las razones o motivos que hacen razonable adoptar inicialmente la alternativa del art. 329.2 LEC deberían ser muy limitados y aparecer muy bien explicitados en el texto legal. De una parte, porque la falta de exhibición puede acarrear a un litigante graves consecuencias penales. Y sobre todo, porque el requerimiento de exhibición, de no ser atendido, no reporta al solicitante ninguna clase de utilidad, al contrario que la presunción del art. 329.1 LEC⁷⁰². Son dos, en concreto, los supuestos en los que, a mi juicio, cabría estimar plausible adoptar la alternativa prevista en el art. 329.2 LEC, es decir, la del requerimiento:

1. El solicitante de la exhibición no puede aportar la copia del documento y le resulta difícil indicar con exactitud y precisión su contenido. Piénsese en el caso de que el documento contenga una gran profusión de datos, anotaciones, asientos contables etc. difíciles de memorizar si no se cuenta con una memoria prodigiosa u otros elementos de prueba.
2. El Juez duda fundadamente, en el caso anterior, de la exactitud de la versión ofrecida por el solicitante.

En estos supuestos, el juego de la presunción del art. 329.1 LEC resultará al solicitante de la exhibición de muy poco o nulo provecho. Se justifica, entonces, que operen los mecanismos de compulsión pública más traumáticos (entrada y registro, consecuencias jurídico-penales) con el objeto de apurar los medios para dobligar la actitud reacia del litigante que se niega a cumplir el deber de exhibición e intentar procurar a la otra parte la tutela judicial que recae. Si ésta puede aportar una copia o una versión razonablemente exacta, la presunción del art. 329.1 LEC puede suplantar perfectamente el documento no exhibido y resultar al solicitante de gran

702. Señala gráficamente PRIETO CASTRO, refiriéndose a la posibilidad de imponer multas a quien se niega injustificadamente a exhibir, que "la imposición de una multa podrá dejar satisfecho el amor propio de la autoridad estatal, pero no al litigante que ha solicitado la exhibición". Cfr. *Exhibición de documentos en juicio*, en *Estudios y comentarios para la práctica procesal civil*, vol. I, Madrid 1950, p.187.

utilidad. En definitiva: será procedente el requerimiento cuando no sea posible que opere la presunción del art. 329.1 LEC, al no existir copia o versión sobre la que pueda apoyarse.

Decía más arriba que incumbe a quien solicita la exhibición la carga de acreditar que el documento obra en poder del otro litigante. Pues bien, si la negativa a exhibir puede generar consecuencias penales o acarrear los efectos adversos de una presunción, no está de más resaltar aquí la necesidad de que dicha carga se imponga efectivamente a quien corresponde y de que los tribunales no formulen el requerimiento previsto en el art. 329.2 LEC sin que se haya acreditado con suficiente solidez la disposición del documento por parte del litigante requerido.

Índice sistemático de Jurisprudencia

Control en casación de la resolución del tribunal de instancia sobre la procedencia de la exhibición.

STS, Sala de lo Civil, secc. 1ª, de 14 de Diciembre de 2006 (RJ 2006/8230).

Diligencia exigible a la parte requerida de exhibición para traer el documento a las actuaciones.

SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 21 noviembre de 2003 (JUR 2004/8689).

Extracto de Jurisprudencia relevante

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 14 de Diciembre de 2006 (RJ 2006/8230). Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

“Con mención a la no entrega por los arquitectos demandados del Libro de Obras que les fue requerido, esta Sala rechaza el razonamiento de la sentencia de la Audiencia, y recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre que «el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE exigen que el principio procesal de igualdad ha de estar también

presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por la CE, pues en el diseño constitucional del proceso la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, ha de obtenerse evitando situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio» (STC nº 227/91, de 28 de noviembre; como también que «ante una situación en que las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso de proceso (art. 118 CE) determina como lógica consecuencia que la parte emisora del informe está especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda conocer la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba» (STC nº 116/95, de 17 de julio).

La Sala entiende que la respuesta de la instancia a la cuestión recién aludida concerniente a la irrelevancia de que los arquitectos no presentasen el Libro de Obras que se les requirió, pues, en cualquier caso, contendría notas que en modo alguno afectarían al tema que aquí nos ocupa carece de fundamento alguno para su sustento, tanto en el juicio de hecho, como en el de derecho, por lo que es irrazonable o arbitraria.

SAP Sevilla, secc. 2ª, de 21 noviembre de 2003, fto. jdo.3º (JUR 2004/8689). Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero.

“Se niega por los apelantes la existencia de la cláusula por la que la demandada asumía la responsabilidad por los daños que pudieran causarse durante la ejecución del contrato y en todo caso que sea de aplicación el art. 1257 del Código Civil.

Tras el examen y valoración de lo actuado durante la primera instancia, así como de lo alegado por las representaciones procesales de las partes en sus escritos de interposición e impugnación del

recurso, no puede la Sala sino compartir el criterio del juzgador de primera instancia estimando que la prueba practicada ha sido correctamente valorada, debiendo estimarse acreditada la existencia de la cláusula 3ª del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que pueda justificada la negativa de la entidad demandada a aportar el contrato a cuya exhibición fue requerida de conformidad con lo dispuesto en el art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la cuantía del mismo, la posibilidad de obtención de copias en el Ayuntamiento de Dos Hermanas y las propias manifestaciones en el acto de la vista del Representante Legal de la entidad demandada quien afirmó que el contrato lo debía de tener ignorando la causa por la que no había sido aportado y por otra parte admitió que le había sido retenida por el Ayuntamiento la fianza constituida a resultas de la reclamación efectuada por la entidad actora, por último se aportó con la demanda una comunicación del Ayuntamiento a la actora por el que informaba que había requerido a la demandada al objeto de que resuelva el asunto en la forma que proceda a través de la Compañía de Seguros con la que obligatoriamente debía estar garantizado cualquier riesgo o daño derivado de la obra.

13. Exhibición documental entre partes, II⁷⁰³

I. Posibilidad de que el juez pueda acordar una diligencia de entrada y registro con el objeto de aportar a los autos los documentos solicitados por el otro litigante, en caso de que la parte requerida no aporte el documento

Si el juzgador considera, tras oír al tercero, que el documento obra en su poder, es trascendental a los fines de dictar sentencia y no estima

703. Por Guillermo Ormazabal Sánchez.

las excusas o justificaciones eventualmente aducidas, debe requerirlo para que exhiba el documento. No atender a este requerimiento, aparte de las consecuencias penales que procedan, creo que autoriza al Juez para decretar la consabida entrada y registro en los lugares en que pueda encontrarse el documento⁷⁰⁴, pues dicha diligencia no es sino la forma específica en que se traduce la ejecución del requerimiento. Repárese, además, que a diferencia de lo que sucede entre los litigantes, en este supuesto no cabe establecer una presunción como la prevista en el art. 329.1 LEC y, por lo tanto, no existe otro medio para subvenir las necesidades probatorias de quien solicitó la exhibición. Por otra parte, la analogía con el art. 261.2ª LEC, relativo a las diligencias preliminares, resulta completamente abonada, pues, en definitiva, en ambos casos se trata de requerir a un tercero para que exhiba documentos de los que precisa un litigante con el objeto de probar sus pretensiones. Es más: en el caso de las diligencias preliminares no existe ni siquiera un proceso judicial pendiente, mientras que en el caso de la exhibición sí, lo que no hace sino reforzar o aumentar el fundamento o seriedad de la petición de exhibición formulada.

Es preciso, sin embargo, introducir dos matizaciones respecto a la admisión de la entrada y registro.

- a) Tratándose de una medida que afecta a un derecho fundamental, debe guardar la debida proporcionalidad respecto de la importancia o trascendencia del interés que persigue el litigante que reclama la exhibición. Se trata, como en tantas ocasiones, de una ponderación que corresponde al juzgador. En este sentido, me parece, por ejemplo que ordinariamente la entrada y registro puede resultar desproporcionada en el marco de un juicio verbal.
- b) Tratándose de exhibición entre partes y pudiéndose alegar una versión o copia del documento, la atribución de valor probatorio

704. Así también, en relación con el art. 603 ALEC, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, ob. cit. p.164; y MORENO CATENA, V., cfr. *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1984, comentario al art. 603 ALEC, p.541.

a los mismos hace que la medida de entrada y registro resulte desproporcionada y, por ende, improcedente. No disponiéndose de una razonable indicación o información sobre el contenido del documento, por el contrario, la medida vuelve a resultar justificada.

Pese a todo lo dicho, reconozco que no deja de suscitar reparos el hecho de autorizar una entrada y registro no previstas legalmente y acudir al mecanismo de la analogía con lo que sucede para el caso de las diligencias preliminares. Lo cierto, sin embargo, es que la entrada y registro sólo se condiciona en el art. 18.2 CE a la existencia de resolución judicial, sin añadir otros requisitos. Y, por otra parte, el cumplimiento de las resoluciones judiciales resulta obligado, según el art. 118 CE, lo que a mi juicio lleva implícito la posibilidad de emplear los medios coactivos necesarios para llevar a cabo la ejecución de dicho imperativo, del que depende la satisfacción de derechos fundamentales de un justiciable, como el derecho a la prueba o al de obtener la tutela judicial de sus derechos. En cualquier caso, considero más que conveniente que el legislador clarifique esta cuestión de modo expreso en el texto legal.

La lista de los autores que consideran procedente la práctica del registro en los supuestos de petición de exhibición documental es abultada⁷⁰⁵, aunque hay también voces que, con buen fundamento, defienden la tesis contraria ante la ausencia de una previsión legal específica, como la existente en el art. 261.5 LEC respecto de ciertas diligencias preliminares⁷⁰⁶ y algunas que consideran dudosa la procedencia o no de la entrada y registro⁷⁰⁷.

705. Así, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, ob. cit., p.319; MUÑOZ SABATE, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil...*, ob. cit., p.299; ASENSIO MELLADO, *Proceso civil práctico*, Comentarios a los arts.328-333, ob. cit., p.637;

706. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, ob. cit., p.1140.

707. Es el caso de SACRISTÁN REPRESA, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., comentario al art. 329 LEC, pp. 1550 y 1551.

II. Posibilidad de aplicar las reglas de los arts.329 y 330 LEC cuando la parte requerida para exhibir los documentos manifiesta llanamente que los ha destruido, extraviado o inutilizado

Parece claro que estará gravado con la carga o deber exhibitorio el litigante que tenga en su posesión material o fáctica el documento. También quien careciendo de esta tenencia pueda de modo lícito procurar su efectiva exhibición. Es, pues, razonable concluir que la disposición material o jurídica, constituye un presupuesto para el nacimiento de la carga o deber de exhibición contemplada en los arts.328 y ss. LEC.

¿Qué sucede, sin embargo, si dicho litigante tenía un deber jurídico de confeccionar, conservar o tener disponible para su exhibición una cierta documentación y desatiende tales imperativos?; ¿y si ha destruido o inutilizado tal documentación?. Habría que decir, entonces, que esa parte *no tiene* el documento a su disposición, pero *debería tenerlo*. ¿Afecta a este último caso lo dispuesto en los arts.328 y ss. LEC o se trata de un supuesto diferente con un régimen jurídico diverso?. O si se prefiere, ¿queda fuera de lo dispuesto en dichos preceptos la situación de quien no teniendo a su disposición material o jurídica el documento estaba, sin embargo, gravado con la carga de tenerlo?

Esta cuestión queda fuera de lo establecido en los arts.328 a 332 LEC. No se trata de una carga o deber de exhibición, pues sólo cabe hablar de exhibición respecto de documentos existentes y en nuestro caso se trata más bien de documentos que aunque deberían existir no se han efectivamente confeccionado o conservado. Se trata de los supuestos que la doctrina alemana ha bautizado con la denominación “frustración de la prueba del litigante contrario” (*Beweisvereitelung*). Con dicha expresión se designan los supuestos en que un litigante, dolosa o negligentemente, destruye, inutiliza, impide o, de cualquier modo, frustra pruebas que la parte contraria necesitaba para hacer prosperar sus pretensiones.

Nuestro ordenamiento no se ocupa derechamente de la cuestión, aunque (fuera del ámbito de la prueba documental) cabe encontrar ciertos supuestos en el caso de la incomparecencia injustificable (art. 304 LEC) o negativa infundada a responder a preguntas formuladas en la prueba de interrogatorio de las partes o hacerlo con respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307 LEC). El ámbito en que dicha frustración puede resultar relevante es, sin embargo, amplio⁷⁰⁸.

La jurisprudencia del TC se ha ocupado de esta cuestión en sentencias como las 227/1991, de 28 de noviembre y 7/1994, de 17 de enero.

Si analizamos detenidamente los supuestos previstos en la LEC en los que se contempla la situación que nos ocupa, comprobaremos que el legislador otorga a los juzgadores la máxima libertad valorativa. Por lo que se refiere a la incomparecencia al interrogatorio de las partes, el art. 304 I LEC dispone que *el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le resulte enteramente perjudicial (...)*. Y cuando la parte interrogada se niegue a declarar o dé respuestas evasivas o inconcluyentes, el art. 307 LEC establece que el tribunal *la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resulte enteramente perjudicial en todo o en parte*.

Todo lo anterior no dista mucho de lo que previene el art. 329.1 LEC respecto de la negativa injustificada del litigante contrario a exhi-

708. Por ejemplo, cuando un litigante consigue mediante maquinaciones la incomparecencia de un testigo; el médico o personal sanitario que destruye o elimina el miembro extraído porque su análisis podría hacer triunfar la acción de daños dirigida contra él; el empresario que destruye ciertos objetos (planchas, moldes etc.) o hace desaparecer máquinas o utensilios para impedir la demostración de que el defecto del producto se originó antes de su comercialización etc.

bir documentos: *el Tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o la versión que del contenido del documento hubiese dado.*

Como puede comprobarse, el legislador teme que el establecimiento de una norma general, de una solución única para todos los casos reconducibles a aquellas situaciones, conduzca a resultados inicuos y se limita a señalar que el Juez puede dar por cierta, usando de su facultad de libre valoración probatoria, la versión de los hechos alegada por el litigante que solicitó la prueba frustrada. En efecto, es razonable concluir que, quien se niega o impide el esclarecimiento de unos hechos, lo hace para ponerse a salvo de un perjuicio, en nuestro caso, de las consecuencias jurídicas adversas que le puede acarrear la fijación como ciertos de los hechos en cuestión.

Nos encontramos, pues, ante una presunción, una inferencia lógica que permite deducir una conclusión a partir de ciertos hechos. O más bien: los preceptos que hemos analizado son algo así como un recordatorio u observación del legislador, en sí misma innecesaria por englobada en la facultad judicial de valorar libremente la prueba, de que ante aquellas conductas obstructivas u obstaculizadoras del esclarecimiento de los hechos, el juzgador puede razonablemente presumir la certeza de los mismos. Al menos de forma explícita, no se observa ninguna alteración de la carga probatoria.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional añade algunos datos de gran interés en el análisis de esta cuestión.

En la STC 7/1994, de 17 de enero. Esta resolución, también famosa por otros motivos, recoge un supuesto de hecho en el que un varón se niega a someterse a ciertas pruebas biológicas consistentes en la extracción de unas gotas de sangre, con el objeto esclarecer la paternidad afirmada por una mujer que lo demanda a tales efectos. El TC concluyó entonces que (...) *afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y –legitimando la negativa del demandado a someterse a*

la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa– fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE.

Como se ve, pues, el TC sitúa la frustración de la prueba del contrario en el ámbito del reparto de la carga probatoria. Ya que el litigante refractario a colaborar en la producción de la prueba frustra con su conducta el levantamiento de la carga probatoria del otro litigante y éste queda en una situación de completa imposibilidad para hacer prosperar su pretensión, procedería desplazar al litigante obstruccionista los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos, es decir, invertir la carga de la prueba. El Tribunal había ya sentado aquella doctrina en su STC 227/1991, de 28 de noviembre.

La conclusión vuelve a ser que, si un litigante impide que el otro levante su carga probatoria, los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos no pueden hacerse repercutir en la parte gravada con aquella carga. Dichos perjuicios (el rechazo de sus pretensiones), en tal caso, se desplazan al litigante que provocó la incertidumbre.

La respuesta que da el TC a estos supuestos y el espíritu que anima las soluciones de la LEC en materia de interrogatorio de las partes y prueba documental, aunque diferentes, no están, a efectos prácticos, tan alejados. En efecto, en los supuestos de negativa injustificada a responder preguntas o a exhibir documentos, el legislador recuerda al juzgador que puede construir una presunción contra el litigante obstruccionista, aunque no lo fuerza a hacerlo. El TC, sin embargo, parece imponer una inversión de la carga probatoria en perjuicio de quien dificulta u oscurece el esclarecimiento de los hechos. Si el tribunal no da lugar a dicha inversión estaría vulnerando el art. 24.2 CE por gravar a un litigante con una carga probatoria insoportable, imposible de levantar. En el caso de la LEC, los hechos

cuyo esclarecimiento se obstaculiza quedan fijados presuntivamente. En la posición del TC, los hechos no quedan fijados pero su falta de fijación perjudica al litigante que frustró la prueba del contrario. Eso sí: en la doctrina del TC la inversión de la carga probatoria se cierne inexorable sobre quien frustró la prueba del adversario, mientras que el establecimiento u operatividad de la presunción del art. 329.1 LEC se condiciona al libre criterio del juzgador.

El Tribunal Supremo ha tenido también ocasión de ocuparse de esta cuestión en relación con casos de responsabilidad civil médica en los cuales el médico no había conservado o había destruido historiales médicos, documentos y objetos que hubiesen podido suministrar al paciente la prueba para demostrar la culpa o la relación de causalidad. En los casos que he examinado el Tribunal no ha dudado en gravar al médico con la carga de probar los hechos cuyo esclarecimiento se impide a causa de la destrucción o falta de conservación⁷⁰⁹.

Tampoco cabe olvidar que la inversión de la carga probatoria en los supuestos que nos ocupan podría encontrar apoyo en el art. 217 LEC. El precepto, después de establecer las reglas a las que se

709. La STS de 27 de junio de 1997 (RAJ 5758) señala que "respecto al cambio de doctrina jurisprudencial, con exigencia de responsabilidad objetiva, es llano que no puede establecerse con carácter general, según se interesa, pero habrá algún supuesto en el que se invierta la carga de la prueba exigiéndola a quien la tenga a su disposición y la oculte o no la lleve al proceso, que tampoco es el caso de autos, en el que, quizás, ambas partes litigantes pudieron controlar en la segunda operación de ligadura de trompas el cómo y el porqué se produjo el fracaso de la primera ligadura tubárica, extremo que tampoco permite el cambio de doctrina legal". Y la STS de 20 de septiembre de 1997 (RAJ 6706) razona que "es de observar que la destrucción por el Centro Hospitalario del historial clínico de la paciente ha impedido comprobar si los medios utilizados y las pruebas practicadas a la enferma fueron bastantes para justificar y mantener el período en que la interna estuvo en observación aquel diagnóstico de gastroenteritis aguda, y *tal destrucción del historial clínico no puede hacer recaer recaer sobre la actora la carga de la prueba de ser erróneo tal diagnóstico...*" (el resaltado es nuestro).

sujeta la atribución de dicha carga, dispone en su apartado 6º 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*. Quien se encuentra en condiciones de impedir o frustrar el acceso del litigante contrario a las pruebas suele hallarse en una situación de mayor proximidad a las fuentes de prueba que su adversario, lo que justifica imponerle la carga de la prueba sobre los hechos correspondientes.

Aunque a efectos prácticos es probable que una y otra solución permitan dar una solución adecuada a muchos casos de frustración de prueba, opino que la doctrina del Tribunal Constitucional es más acertada que la de la LEC, que pretende extremar la prudencia y teme generalizaciones. Efectivamente, si se acredita que de modo negligente o doloso un litigante frustra la prueba de su contrario, me parece del todo razonable imponerle, sin más, la carga de probar los hechos que oscureció con su conducta.

Como decía, creo que merece la pena matizar que esta solución vale tanto en el caso de que la conducta que ocasionó la frustración de la prueba haya sido dolosa, o sea, derechamente dirigida a dicho resultado, como en el supuesto de que la frustración de la prueba se deba a una conducta negligente. En este último caso, hablar de negligencia es tanto como referirse a la infracción de ciertos deberes de cuidado, al quebrantamiento de obligaciones y cautelas. Tal como señala la doctrina alemana sobre la infracción de deberes de documentación en materia médica, existen ciertos deberes en relación con la conservación de documentos u objetos en general que pueden imponerse no de cara al esclarecimiento de los hechos en un eventual proceso, sino a otros muchos efectos (por ejemplo la conservación de documentos mercantiles a efectos puramente fiscales o de control interno de una empresa). Quien transgrede deberes de este tipo, ¿ha de arrostrar también la carga de probar unos hechos a cuyo esclarecimiento podría haber colaborado, aunque cuando los infringió los correspondientes deberes de conservación no podía prever razonablemente que en torno a

los hechos se suscitaría el litigio?. La cuestión no ha sido abordada por la doctrina española. En mi opinión, la inversión de la carga probatoria sólo debería operar cuando los deberes de documentación, conservación etc. infringidos tengan una relación próxima con el esclarecimiento procesal de los hechos o sea previsible el inicio inminente de un proceso en relación con los mismos.

III. Criterios que debe seguir el juez en el caso de que el juez valore la posibilidad de atribuir valor probatorio a la copia simple o versión del documento aportada por el requirente

El art. 329.1 LEC se ocupa de la atribución de valor probatorio a la copia o versión del documento no exhibido. Una vez que se haya dado al litigante la oportunidad de manifestarse sobre la solicitud de exhibición formulada por la otra parte, habiéndose acreditado que el documento se halla en su poder (carga que –insistimos– incumbe al solicitante) y que no obstan motivos que excluyen jurídicamente el deber de edición, la negativa a exhibir los documentos se torna injustificada. Dicha negativa injustificada no se producirá sólo, a mi juicio, en el caso de negativa explícita a acceder a la exhibición, sino también cuando, aún habiéndose accedido expresamente a ello, no sea atendido u observado el plazo fijado por el Tribunal para llevar a cabo dicha exhibición.

El tenor del art. 329.1 LEC es como sigue: *En caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado.*

La consecuencia, pues, de la negativa injustificada es la atribución de valor probatorio a la copia simple o a la versión ofrecida por el solicitante. Es preciso, sin embargo, ponderar con detenimiento los límites del eventual valor probatorio al que alude el precepto. A mi juicio y como seguidamente expondré, no se trata de tener

por probados los hechos descritos o narrados en dichas copia o versión, sino:

- a) En el caso de la copia, habrá de tenerse como copia exacta de un documento existente y auténtico.
- b) En el caso de la versión, como coincidente con el contenido de un documento existente y auténtico.

Si el valor probatorio atribuido a la copia o versión se extendiese a los hechos, se les estaría confiriendo mayor valor probatorio que a los documentos efectivamente presentados, lo cual parece completamente desproporcionado. Concretamente, se estaría introduciendo una presunción de veracidad que iría más allá que las de los arts.320 y 327.1 LEC, relativas a los documentos públicos y a los privados, respectivamente.

Es importante reparar, además, que la atribución de valor probatorio a dichas copia o versión (más exactamente a la existencia y autenticidad de un documento de contenido coincidente) no se produce de forma automática o inexorable sino que el Tribunal sólo la llevará a cabo *tomando en consideración las restantes pruebas*. Esto significa, entre otras cosas, que el litigante reacio a exhibir podrá aportar prueba para desvirtuar la presunción antes referida.

Cuando el precepto se refiere a *las restantes pruebas* cabría preguntarse si aún no existiendo pruebas que se opongan al valor probatorio de la copia o versión, el juzgador puede considerar que se precisa todavía un refuerzo probatorio para tener por cierto el contenido de la copia o versión. A mi juicio, si se admitiese esta última posibilidad se estaría desvirtuando la finalidad del precepto. O dicho de otro modo: si el tribunal pudiese valorar libérrimamente los efectos de la negativa infundada a la exhibición, el precepto sería inútil ya que a eso ya quedaba autorizado en virtud de la facultad que le asiste para establecer las presunciones que le parezcan razonables. El único sentido que cabe atribuir a la especificación de los efectos derivados de la negativa a la exhibición es el de añadir alguna especialidad a la que el juzgador deba sujetarse. Concretamente, opino que el significado del precepto no es otro

que otorgar a la copia o versión referidas un valor probatorio que sólo pueda claudicar ante la aportación de otras pruebas que desvirtúen dicha conclusión.

Adviértase que no estamos ante un caso de inversión de la carga probatoria, pues esta institución sólo opera para evitar un pronunciamiento de *non liquet*, es decir, en los supuestos de falta de prueba o incerteza sobre los hechos controvertidos. En nuestro caso, por el contrario, se tiene por probada la autenticidad y existencia de un documento con el contenido descrito en la copia o versión presentadas.

En mi opinión, lo dispuesto en el art. 329.1 LEC se asemeja más a una presunción *iuris tantum* de la existencia y autenticidad de un documento cuyo contenido coincide con la copia aportada o la versión ofrecida por quien solicitó su exhibición. Existe un hecho indiciario (la negativa infundada a la exhibición) y un hecho presunto (la existencia y autenticidad de un documento con el contenido descrito en la copia o versión ofrecida por el solicitante), lógicamente enlazados o conectados por una máxima de experiencia implícita, a saber: que quien se niega injustificadamente a exhibir un documento lo hace por que ello va a perjudicar su situación procesal, lo que permite deducir que el contenido de la copia o versión presentadas por el otro litigante coinciden con el contenido de un documento existente y auténtico retenido por el litigante reacio a la exhibición.

Aún cabría completar esta máxima de experiencia implícita del art. 329.1 LEC añadiendo lo siguiente: la presunción establecida por la ley en los términos descritos constituye por sí misma un poderoso acicate o estímulo para que el litigante que tiene en su poder el documento lo exhiba. Si no lo ha hace, es muy razonable concluir que la exhibición le hubiese resultado tanto o más perjudicial que la negativa a hacerlo. O en otros términos: es plausible concluir que la versión del otro litigante o el documento que presenta como copia coinciden con el contenido del documento no exhibido y que dicho documento es auténtico; o incluso, que el documento no

exhibido refleja otros hechos que agravarían su situación procesal aún más de lo que lo hacen la copia o versión aportadas.

La LEC no se ocupa de los efectos derivados de la incomparecencia a dicha citación. En mi opinión, dicha actitud pasiva habría de equipararse a la negativa injustificada.

El hecho de que el precepto señale que la exhibición puede solicitarse a las “demás partes” indica que no se refiere únicamente al adversario, sino también un litisconsorte, que, a su vez, bien podría ser un interviniente adhesivo, pues el art. 13 LEC establece que es admitido en el proceso como demandante o demandado. Concretamente en estos casos de pluralidad de partes se plantean muy delicados problemas.

Si un litisconsorte, a petición de otro, se niega injustificadamente a exhibir, la presunción de autenticidad y existencia del documento, establecida en el art. 329.1 LEC, sólo podrá operar cuando los hechos contenidos en la versión o copia favoreciesen o beneficiasen al adversario o adversarios comunes. No cabe prescindir de éste límite pues, de lo contrario, la presunción actuaría también contra el adversario procesal, lo que no parece sostenible. Cuando la presunción, pues, no pueda desplegar sus efectos únicamente cabrá acudir al requerimiento de exhibición previsto en el apartado segundo de dicho precepto.

Otro tanto sucede cuando la exhibición del documento se pide a alguno de los litisconsortes necesarios de la parte adversaria. También aquí, en el caso de negativa injustificada, resultaría inicuo tener por probada la existencia y autenticidad de un documento del contenido indicado frente a todos los litigantes integrados en la misma parte, algunos de los cuales no actuaron de forma reprochable, imputándoles las consecuencias de la conducta de su compañero de litis. A este respecto, me remito a las consideraciones que seguidamente haré sobre la equiparación con las partes, a los puros efectos exhibitorios, de los terceros titulares de la relación jurídica controvertida o de otra que traiga causa de ésta, establecida en el art. 330.2 LEC. Si se trata de un litisconsorcio voluntario,

la presunción puede operar sin ningún género de problemas, ya que en este supuesto la sentencia habrá de pronunciarse individualmente respecto a cada uno de los litisconsortes y las consecuencias de la exhibición injustificada resultar singularizables en relación a un solo o varios sujetos.

El art. 330.2 LEC dispone que los cotitulares de una relación jurídica son considerados parte a efectos exhibitorios, lo que hace preciso interrogarse sobre la operatividad de la presunción del art. 329.1 LEC en estos supuestos. El primer interrogante que surge en este estadio de la exégesis del precepto es el siguiente: ¿no resulta excesivo que opere la presunción del art. 329.1 LEC contra un litigante por el hecho de que un tercero se niegue a exhibir?; ¿no es tanto como imputarle los efectos perjudiciales derivados de una conducta ajena, no necesariamente sugerida o aprobada por él?. A mi modo de ver, en efecto, esta consecuencia es excesiva y desproporcionada. La conducta reprochable de un sujeto sólo debería tener consecuencias respecto de él. Ir más allá, por las razones expuestas, me parece del todo inaceptable. A no ser, claro está, que se demuestre que existe connivencia o concierto con el litigante reacio a exhibir, extremo –es cierto– resulta muy difícil de acreditar. De todos modos, la eventual responsabilidad penal derivada de la negativa injustificada puede constituir un estímulo nada desdeñable para la exhibición.

Además: el interés que puede tener en el resultado del proceso el cotitular de la relación jurídica controvertida o de otra que traiga causa de ésta puede estar contrapuesto o enfrentado al del litigante. Entonces no existiría ni siquiera una posible comunidad de intereses, lo que haría aún más inaceptable lo dispuesto en el art. 330.2 LEC. Y aún en el supuesto de que dicho tercero pudiese tener interés en que triunfase la pretensión sostenida por el litigante a quien haya de perjudicar el documento cuya exhibición se insta, no cabe, como decíamos, imputar a aquél los efectos de una conducta reprochable ajena, a no ser, claro está, que se probase la connivencia.

Después de todo lo dicho, parece, pues, preciso interpretar el art. 330.2 LEC de forma que la exclusión de la condición de tercero y consecuente consideración como parte despliegue unos efectos diferentes de los que resultan de la aplicación de los arts.328 y 329 LEC. En concreto: Si el no litigante se halla en la situación descrita por el precepto y es propietario del documento, será posible requerirlo para que exhiba no sólo documentos que resulten *trascendentales a los fines de dictar sentencia*, como dice el art. 330.1. I. LEC, sino también documentos *que se refieran al objeto del proceso y a la eficacia de los medios de prueba*, como reza el apartado primero del art. 328 LEC. La presunción del art. 329.1 LEC sólo podría operar cuando se acreditase la existencia de una comunidad de intereses con el litigante a quien el documento haya de perjudicar y connivencia en la resistencia a exhibir.

Índice sistemático de Jurisprudencia

Está justificada la negativa a exhibir basada en la expiración de los deberes de conservación de documentos contables.

SAP de Cuenca, secc. 1ª, de 16 diciembre de 2004 (JUR 2005/14329).

SAP de Alicante, secc. 8ª, de 22 septiembre de 2005 (JUR 2005/262750).

Consecuencias de la negativa a exhibir respecto de los litisconsortes.

SAP de Sevilla, secc. 5ª, de 15 septiembre 2004 (JUR 2004/292893).

Inversión de la carga de la prueba en los supuestos de frustración de la prueba del contrario.

STS, Sala Civil, de 27 de junio de 1997 (RJ 5758).

STS, Sala Civil, de 20 de septiembre de 1997 (RJ 6706).

STC 227/1991, de 28 de noviembre de 1991. (RTC 1991/227).

STC 7/1994, de 17 de enero de 1994 (RTC 1994/7).

Extracto de Jurisprudencia relevante

SAP de Cuenca, secc. 1ª, de 16 diciembre de 2004, fto. jco. 4º (JUR 2005/14329). Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Muñoz Hernández.

“De lo hasta aquí manifestado se desprende que no existe el denunciado error de la Juez de Primera Instancia al tiempo de valorar la prueba practicada en las actuaciones, sin que haya resultado acreditado el crédito que el demandado recurrente pretende tener frente a la sociedad actora, ni, por tanto, la procedencia de la compensación por el primero interesada (...).

Sorprende que al contestar la demanda se criticara a la actora por la tardanza en ejercitar su acción con la consecuencia de que el demandado traspapelara y tirara documentación acreditativa de su supuesto crédito y, sin embargo, proponga como prueba la exhibición por la contraparte de los albaranes de mercancías recibidas entre los días 1 de enero de 1999 y 31 de agosto del mismo año. Dice el recurrente que la parte adversa no ha cumplido con el deber de exhibición consignado en el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y debe reconocerse valor probatorio a los albaranes de acuerdo con el artículo 329 de esa misma Ley, pretensión que debe decaer pues no resulta de las actuaciones la posibilidad de esa exhibición documental a la vista del tiempo transcurrido, ni se trata de documentos que obligatoriamente la actora debiera conservar”.

SAP de Alicante, secc. 8ª, de 22 septiembre de 2005, fto. jco. 2º (JUR 2005/262750). Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera.

“La siguiente cuestión litigiosa radica en determinar si los dos cotitulares de la cuenta de valores (Dª Soledad y Don Alejandro) autorizaron la venta de las acciones realizada el día 29 de enero de 1997.

La actora alega que nunca prestó el consentimiento para la realización de la venta de las acciones y, precisamente, es en esa falta de autorización donde fundamenta su pretensión resarcitoria. Por el contrario, la entidad bancaria y así lo aseguró el entonces director de la sucursal en el acto del juicio, alega que debió o bien

pedirse la firma de ambos cotitulares o bien la firma de uno de ellos que actuó por sí y con poder bastante del otro. A la entidad demandada le correspondería aportar el soporte documental de esa autorización obrante en sus archivos pero, ante los insistentes requerimientos de la parte actora, la demandada siempre ha contestado que ha transcurrido el plazo de seis años establecido en el artículo 30 del Código de comercio para la conservación de los documentos.

A los efectos de lo establecido en el art. 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esa negativa a la exhibición documental está justificada porque no puede obligarse a la entidad bancaria a que mantenga en su poder indefinidamente la documentación justificativa de todas y cada una de las operaciones sino que esa obligación sólo puede exigirse durante un plazo de seis años que ya había transcurrido cuando se reclamó por primera vez mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2003 (documento nº 16 de la demanda). Además, esa falta de conservación de la documentación justificativa de la operación también fue admitida por el mismo órgano regulador al contestar a la actora el Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercados de Valores (documento nº 32 de la demanda). En consecuencia, de la falta de aportación del documento justificativo de la operación de venta de las acciones por parte de la entidad bancaria no puede atribuirse ningún efecto negativo pues está suficientemente justificada”.

SAP de Sevilla, secc. 5ª, de 15 septiembre 2004, fto. jco. 4º (JUR 2004/292893). Ponente: Ilmo. Sr. D. Conrado Gallardo Correa.

“[...] En ningún caso desde luego puede considerarse probado a partir de ese cambio de la piscina que la parte actora fuera más allá de la estricta reparación de lo defectuoso y llevara a cabo obras nuevas y distintas. La única prueba al respecto es la factura aportada por la propia parte actora y elaborada unilateralmente por ella en la que no se contiene ni siquiera una descripción detallada de los trabajos realizados ni menos aún una diferenciación clara de lo que era la reparación de lo garantizado y de lo que era propiamente obra nueva. Es más en el acto del juicio uno de los empleados de

la propia fabricante del material ha afirmado que el material recogido en dicha factura es el suministrado en principio gratuitamente para proceder a la reparación de lo defectuoso salvo algún pequeño material de poca importancia. El argumento de la sentencia de estimar acreditada la obra nueva con base al art. 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la vista de la no aportación por el REAL CIRCULO DE LABRADORES Y PROPIETARIOS DE SEVILLA de la documentación de la obra es poco convincente. En primer lugar porque dicho precepto requiere que se aporte copia simple del documento o indicación en los términos más exactos posibles del contenido de aquél, lo que no se cumple en el caso de autos puesto que no existe una explicación detallada y exacta sobre en que consistió la reparación del defecto y cuales fueron por el contrario los concretos trabajos nuevos cuyo precio se reclama, lo que incluso hubiera requerido para su correcta apreciación una prueba pericial que no se ha llevado a cabo. En segundo lugar, porque la facultad que otorga el artículo debe ser aplicada con especial cautela cuando el perjuicio no resulta para el que desoye el requerimiento, sino para otro litigante que no ha sido requerido como ocurre en el caso de autos. Finalmente, porque tal precepto hace depender la atribución de valor probatorio a la versión de la parte que realiza el requerimiento a la toma en consideración de las restantes pruebas, que en el caso de autos no autorizan esa conclusión dado lo impreciso de la factura y el resultado de la prueba testifical a que se ha hecho referencia. En definitiva, sobre esta cuestión persisten igualmente dudas que por iguales razones que las esgrimidas en el fundamento precedente deben conducir a no considerar que, como mínimo, permanecen inciertos los hechos que fundamentan la pretensión del actor de cobrar la cantidad que reclama en la segunda factura, por lo que igualmente debe desestimarse la misma”.

STS de 27 de junio de 1997 (RJA 5758) FJ 2º. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes

(...)“Respecto al cambio de doctrina jurisprudencial, con exigencia de responsabilidad objetiva, es llano que no puede establecerse con carácter general, según se interesa, pero habrá algún supues-

to en el que se invierta la carga de la prueba exigiéndola a quien la tenga a su disposición y la oculte o no la lleve al proceso, que tampoco es el caso de autos, en el que, quizás, ambas partes litigantes pudieron controlar en la segunda operación de ligadura de trompas el cómo y el porqué se produjo el fracaso de la primera ligadura tubárica, extremo que tampoco permite el cambio de doctrina legal”.

STS de 20 de septiembre de 1997 (RJA 6706). FJ 2º. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

“[...] Es de observar que la destrucción por el Centro Hospitalario del historial clínico de la paciente ha impedido comprobar si los medios utilizados y las pruebas practicadas a la enferma fueron bastantes para justificar y mantener el período en que la interna estuvo en observación aquel diagnóstico de gastroenteritis aguda, y tal destrucción del historial clínico no puede hacer recaer recaer sobre la actora la carga de la prueba de ser erróneo tal diagnóstico...”

STC 227/1991, de 28 de noviembre de 1991. (RTC 227/1991). FJ 3º. Ponente: D. Jesús Leguina Villa.

“Con la finalidad de acreditar que el causante reunía los requisitos de cotización legalmente exigidos, la actora se dirigió al INSS para que este Organismo expidiera el correspondiente certificado de cotización. El INSS emitió certificación negativa de cotización (...). Tal certificación negativa se justificaba por el INSS (...) en la existencia de obstáculos y dificultades que a la sazón el INSS tenía para comprobar si las cotizaciones se habían o no efectuado. (...)

No podemos decir lo mismo en lo que atañe tanto al derecho de la actora a obtener una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la Constitución) como, en conexión con el mismo, en lo que afecta al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2, pues el objeto del presente recurso de amparo no es –frente a lo que alegan el Ministerio Fiscal y la representación del INSS– la valoración de la prueba (de competencia siempre exclusiva de los Tribunales, como tiene declarado este Tribunal), sino si se le ha exi-

gido a la actora una indebida carga de la prueba y si se ha vulnerado el principio de igualdad en la administración de la prueba como consecuencia del incumplimiento por la parte demandada y por el Tribunal Central de Trabajo de las obligaciones procesales de aportación y de exhaustividad en la obtención del material probatorio.

Pero es el caso que, con toda evidencia, tales obstáculos y dificultades, debidos sólo a deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio INSS, no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non liquet*) (...) no puede exigirse de aquélla un comportamiento imposible y eximir de acreditar la existencia o no de cotización a quien tiene en su mano hacerlo (...):”

STC 7/1994, de 17 de enero. RTC 7/1994. FJ 6º. Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(...) Nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987 (RTC 1987/98), fto. jco. 3.º, y 14/1992 (RTC 1992/ 14), fundamento jurídico 2.º]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fto. jco. 3.º).

En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda

justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fto. jco. 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993 (RTC 1993/ 26), fto. jco. 4.º], colocándola en una situación de indefensión.

(...) afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y –legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa– fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE”.

14. Exhibición de documentos por terceros⁷¹⁰

I. Posibilidad de que un tercero pueda negarse a exhibir un documento por el carácter reservado o secreto del mismo (art. 332.1 LEC)

Entre las obligaciones procesales de las partes cabe destacar la relativa a la exhibición de documentos, exhibición que cualquiera

de las partes puede solicitar para que lleven a cabo dicha presentación documental tanto las restantes partes procesales como terceras personas. La solicitud de exhibición de documentos también puede ser llevada a cabo con anterioridad a la iniciación del procedimiento, a título de diligencias preliminares (art. 256).

La exhibición de documentos está enfocada en tres modalidades: de las partes, de tercero y de la Administración Pública. Este deber arranca del art. 118 CE. El criterio rebasa la idea de parte o contraparte y enlaza con los deberes públicos y ciudadanos. La Ley marca una gradación y algunas diferencias entre el deber de parte procesal y el de un tercero ⁷¹¹.

En contraste con lo que sucede con las solicitudes de exhibición de documentos dirigidas por una parte a alguna otra de las partes procesales, que son consideradas en la norma como actuaciones ordinarias, la exhibición a cargo de terceros no litigantes (la cual puede enmarcarse en el deber genérico de colaboración con la Administración de Justicia proclamado en el art. 118 CE) es considerada excepcional. Por eso se prevé que la solicitud de exhibición de documentos de su propiedad dirigida frente a terceras personas, salvo lo dispuesto en materia de diligencias preliminares, únicamente sea admisible cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia (art. 330.1. I LEC).

Se considera “terceros no litigantes” aquellas personas que no sean titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio. (330.2 LEC). La cualidad de tercero viene definida por la ajenidad en la relación jurídica controvertida, entendida como no ser parte de la misma, ni haber de alguna manera provocado dicha relación, es decir, ser causa de ella.

711. DÍAZ FUENTES, A., La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ob. cit., p.189.

El Juez, solicitada la aportación de documento por un tercero, ordenará la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen los documentos y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interesa podrá reproducir su petición en la segunda instancia ⁷¹².

La aportación de documentos por terceros debe ser interesada por las partes, no pudiendo el juez de oficio acordar la misma. PICÓ JUNOY, sostiene sin embargo que dada la amplitud de redacción del art. 429.1 LEC, sí cabe entender admisible la posibilidad de que se decrete esta actividad probatoria ex officio iudicis ⁷¹³.

La Ley no regula el supuesto en el que los terceros tengan en su poder un documento que sea propiedad de alguna de las partes, si bien debe entenderse que la regulación prevista en este precepto lo será para ambos casos es decir, sea o no el tercero propietario del documento que se halla en su poder.

Debemos distinguir dos supuestos. El primero de ellos referido a que el documento sea propiedad del tercero y se halle en su poder, en cuyo caso no podrá negar su exhibición cuando el juez estime que la misma es relevante para el procedimiento.

El segundo supuesto será aquél en el que el documento sea propiedad de la parte. En este supuesto podrá la parte negarse a la exhibición del mismo pues la literalidad del art. plantea el problema de si sólo se refiere a documento que sea propiedad del tercero o también de la parte.

Tampoco regula la ley los efectos que se derivan de la negativa del tercero a la exhibición acordada, que entendemos conllevará una sanción por denegación de auxilio a la justicia.

712. GARBERI LLOBREGAT, J y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004. pp. 395-396

713. PICÓ I JUNOY, J., Comentario al artículo 332 en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pp. 1878-1879.

También es posible que el tercero alegue justa causa para la no exhibición, y el tribunal, aún entendiendo que el documento es trascendente, exonere al tercero de su presentación, dictando resolución no requiriendo de exhibición. Deberá el tribunal valorar la existencia o no de esa justa causa. Se entiende que existe justa causa en aquellos supuestos en que la aportación de la documental interesada por la parte fuera susceptible de vulnerar la salvaguarda de los secretos propiamente dichos de los que tenga conocimiento en razón entre otras por su profesión, como la intimidad de las personas⁷¹⁴.

La respuesta a la cuestión planteada debe ser afirmativa en el sentido de que tratándose de documento reservado o de carácter secreto, podrá el tercero negarse a su presentación o exhibición. Por secreto debe entenderse ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás., correspondiendo al juez valorar la suficiencia o no de la causa alegada. No podrá sin embargo negar la aportación documental, en el supuesto de inexistencia de causa justificada en cuyo caso el Juez le ordenará que lo aporte con apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP).

II. Acerca de si impide el artículo 95.1.f) y h) de la Ley General Tributaria 58/2003, recabar de la Agencia Tributaria documentos a efectos de su utilización como prueba en el proceso civil

A partir del derecho conferido a los ciudadanos por el art. 105. b) CE para acceder a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación

714. Es doctrina del Tribunal Constitucional (STC 70/2002) que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto deriva de la dignidad de la persona, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de conocimiento de los demás (S 1219/2004, de 10 de diciembre).

de los delitos y la intimidad de las personas; el art. 118 de la misma sobre colaboración obligada a los Jueces y Tribunales; desarrollado éste por el art. 17 LOPJ, la regulación del art. 37 de la Ley 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el art. 332 LEC lleva al ámbito procesal esa obligación del Estado, CCAA, Provincias, Entidades Locales y demás entidades de Derecho público, que no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los Tribunales, ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso se dirigirá al Tribunal exposición razonada sobre dicho carácter⁷¹⁵.

El art. 37 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común restringe el acceso a los archivos administrativos respecto de los siguientes expedientes: a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las CCAA, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo; b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado; c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando; d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial; y e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

El art. 332 LEC regula el supuesto en que el tercero requerido para la exhibición del documento sea una dependencia del Estado, CCAA, Provincias, Entidades Locales y demás entidades de Derecho Público. Dichas entidades no podrán negarse a la exhibición de la documentación solicitada salvo cuando se trata de documentación

715. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., 2004, p.195.

legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, en cuyo caso dirigirá al tribunal una exposición razonada sobre dicho carácter (art. 332.1 LEC).

La negativa de una Autoridad o de funcionario público, salvo las excepciones legales, a la exhibición, así como a la aportación o presentación del documento, podría acarrearle responsabilidad penal, civil o disciplinaria en función del alcance de esa negativa.

El deber de presentación de documentos cesa cuando se trata de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, caso en el que la entidad pública a la que se hubiere ordenado la presentación de un documento dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter. A estos efectos Debe tenerse en cuenta la regulación establecida en la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, desarrollada por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero (LSO), así como lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

La Doctrina (SERRA, SACRISTÁN, PICÓ) ha resaltado que no se haya hecho en el precepto estudiado (art. 332 LEC) una mención específica a la Agencia Tributaria y demás organismos financieros o tributarios del Estado, y a su deber de colaboración con la administración de justicia, en materia probatoria. El Consejo General de la Abogacía propuso un párrafo, no aceptado, que decía: "La Agencia Tributaria y demás organismos financieros o tributarios del Estado tienen la obligación de colaborar con los jueces civiles, debiendo aportar al proceso cuantos documentos estimen necesarios a efectos probatorios". En este mismo sentido la enmienda 1217 de Convergencia i Unió, mantenida en la enmienda 332 del Senado (ambas no aceptadas). También plantearon objeciones el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, fundamentalmente respecto a que la Agencia Tributaria pudiera eludir la obligación alegando el carácter reservado o secreto de la información, al amparo del anterior art. 113 de la Ley General Tributaria (hoy 95).

A la vista de lo preceptuado en el art. 95 de la Ley General Tributaria 58/2003 que establece el carácter reservado de los datos con tras-

endencia tributaria⁷¹⁶ se plantea el problema de que ésta podrá, acogiéndose a dicha normativa negarse a exhibir la documental que le sea pedida por el tribunal, salvo los casos civiles que versen sobre alimentos para los menores o incapacitados, en los que podrá pedirse la declaración de renta o del patrimonio al alimentante, todo lo demás previsto en la Ley General Tributaria se refiere a la ejecución de la sentencia firme, es decir, a la investigación de los bienes del ejecutado.

No resulta por tanto que sea imponible la norma procesal civil sobre la tributaria, pues dicho precepto permite eludir la obligación de exhibición y expedición de testimonios y certificados mediante la alegación del carácter reservado o secreto de la documentación, sin que establezca sanción alguna a la negativa o demora en facilitar dicha documentación. La solución pasará, en su caso, por que el tribunal requiera de exhibición de los documentos gestionados por la Agencia Tributaria a la parte contraria, con lo que en caso de negarse se podrá aplicar el art. 329 o requerirle para que autorice a dicho órgano a librar tales documentos, con lo que dicho orga-

716. Art. 95 Ley General Tributaria 58/2003. Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria.

1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto: (...)

f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal. (...)

h) La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.

nismo no podrá negarse a entregarlos (MUÑOZ SABATÉ y PICÓ)⁷¹⁷. Por último, y aunque es cierto que las circunstancias no son las mismas, si llama la atención que, en materia probatoria, la Agencia Tributaria pueda ampararse en sus razones internas de reserva, y sin embargo en fase de ejecución dicho carácter reservado desaparece, y basta observar la redacción del art. 590 LEC para corroborarlo, con lo que se puede dar en el caso concreto el contrasentido de negar en fase probatoria lo que luego deberá dar en fase de ejecución⁷¹⁸.

En definitiva, la respuesta a la cuestión planteada es que el art. 95 de la Ley General Tributaria no impide recabar de la Agencia Tributaria documentos que obren en su poder, si bien ésta podrá negarse a exhibir o expedir certificaciones, en fase probatoria, no así en fase de ejecución de sentencia, respecto de aquellos documentos catalogados como reservados o clasificados. Tampoco, en fase probatoria, podrá negarse a exhibirlo al tribunal o expedir la correspondiente certificación cuando obre el consentimiento expreso de la persona cuya intimidad se preserve.

Índice sistemático de jurisprudencia

Exhibición de documento por tercero. Oposición basada en secreto profesional.

AAP de Madrid, secc. 9ª, de 1 marzo, nº.54/2004,. Recurso de Apelación nº.165/2002 (AC 2004/1225).

SAP de Maó, secc. 3ª, de 12 junio, nº.413/2000. Recurso de Apelación nº.392/2000. (AC2000/2473).

Auto Juzgado de Instrucción Central de Madrid. Diligencias previas núm.4757/2005 (ARP 2005/520).

717. MUÑOZ SABATÉ, L., De cómo probar los «hechos secretados» en el proceso civil, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1997, I, pp. 125 a 133.

718. GUZMÁN FLUJÁ, V., en «El Proceso Civil», ob. cit.,pp. 2424-2425.

SAP de Las Palmas, secc. 1ª, de 12 noviembre nº.147/2001, P A. nº.33/1999 (ARP 20017881).

STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3ª, de 22 marzo. nº.332/2002, Recurso Contencioso-Administrativo nº.9591/1997 (JT 2002/1500).

STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 junio,. nº.371/1995. Recurso nº.1718/1994 (JT 1995/893).

SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1ª, de 1 junio 2005. Recurso Contencioso-Administrativo nº.671/2003 (JUR 2005/238772).

AAP de Valencia, secc. 5ª, de 22 noviembre, nº.330/2001. Recurso de Apelación nº.2248/2001 (JUR 2002/32429).

Extracto de jurisprudencia relevante

AAP de Madrid, secc. 9ª, de 1 marzo, nº.54/2004, fto jco 3º. Recurso de Apelación nº.165/2002, (AC 2004/1225).

“En el escrito de oposición a la diligencia preliminar solicitada, se suscitó por la representación de la parte frente a la que se solicitó dicha medida, que no podía acceder a dicha exhibición amparándose en su derecho de secreto profesional en base al artículo 20 de la Constitución Española (RCL 1978/2836), cuestión sobre la que nada se resolvió en el Auto recurrido, por lo que debe resolverse en esta resolución si dicha oposición puede o no tener amparo en dicho derecho fundamental”. [...]

[...] “Desde esta perspectiva constitucional, en cuanto el derecho al secreto profesional se configura como una garantía del derecho a dicha libertad de información, y ponderando dicho derecho con la pretensión del instante de la diligencia preliminar, debe darse primacía o prevalencia a ese derecho deber del secreto profesional, teniendo en cuenta que el mismo no impide y no excluye la defensa del derecho al honor o intimidad personal de la instante de la diligencia, puesto que no cabe confundir en su caso el derecho

de secreto profesional de el periodista, con los requisitos que la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, vienen exigiendo para que se reconozca la preeminencia en determinados supuestos del derecho a la libertad de información, frente al derecho al honor y a la intimidad personal, puesto que en tal caso será necesario que la persona que haya realizado dicha imputación de hechos acredite su veracidad". [...]

Auto Juzgado de Instrucción Central de Madrid. Diligencias previas núm.4757/2005, fto. único (ARP 2005/520).

"[...] La omisión del imputado estaba amparada por el derecho a guardar secreto en el ejercicio de su profesión periodística, consagrado en la Carta Magna como derecho fundamental; sin olvido de la finalidad que le es propia, esto es, la correcta formación de la opinión pública, dentro del respeto a los demás derechos de igual naturaleza. Es por ello que, tras recibírsele declaración a la persona a quien se atribuyó, única diligencia que se ha considerado necesaria, debido a la naturaleza de los hechos instruidos, y al reconocimiento que de ellos hizo el Sr. ... en su declaración, admitiendo la recepción del mandato judicial, su contenido y respuesta, de conformidad con el apartado 1º del art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882/16), debe acordarse el cese interino de esta fase sumarial, al no quedar debidamente acreditada la perpetración del hecho punible que la inició".

SAP de Las Palmas, secc. 1ª, de 12 noviembre, nº.147/2001, fto. jco. 4º, P. A. nº.33/1999, (ARP 2001/881).

"El Abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional" (art. 2.3 del Código Deontológico Europeo aprobado por el «Conseil Consultatif des Barreaux Européens» –CCBE–, máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la Unión Europea, en la sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998). Se considera el secreto profesional una garantía mínima exigible para posibilitar el derecho de defensa de una forma efectiva. En el preámbulo de este Código Deontológico

aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa se dice que “el secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho”. En este sentido el art. 437.2 de nuestra LOPJ (RCL 1985/1578, 2635; ApNDL 8375) advierte que «Los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos» y a su vez, como el secreto profesional está fuertemente relacionado con los criterios éticos de la abogacía, también se ocupa del mismo ampliamente el Código Deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000 en sus ocho puntos del art. 5 y, concretamente, en el art. 5.8 establece que «El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que la obligada preservación del secreto profesional pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo». También el art. 42.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (RCL 2001/1679), por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española impone como «obligaciones al abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional».