

XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL (TERMAS DE RIO HONDO.
SANTIAGO DEL ESTERO, 2017)
Ciudad de Córdoba- 18 de mayo de 2017

Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba
"CARGA PROBATORIA DINAMICA "
por Eric Alejandro Opl*

Comisión 1: Proceso Civil – Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos
Procesales Civiles y Comerciales de la Republica.

Autor: Eric Alejandro Opl – Ab. Adscripto a las Catedras B de Derecho Procesal
Civil y A de Teoria General del Proceso de la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de la Universidad Nacional de Cordoba.
Direccion: Luisa Martel de los Rios 1975 – Cordoba Capital – Cordoba
Telefono: 3517 638 374
Fecha de Nacimiento: 19/01/1989

Sumario. 1. Introducción. 2. Carga de la prueba y cargas dinámicas. 3. Su
regulación. 4. Conclusión. 5. Ponencia.

1. Introducción.

La teoría general del derecho presenta en estos tiempos una sinergia
evolutiva de trascendencia, abonada por la idea común de la
constitucionalización del derecho privado ¹. Estas ideas, forjadas a la luz de

* Abogado Adscripto a la Cátedra de Derecho Procesal Civil, Cat. B, a cargo de la Sra.
Prof. Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo.

¹ Dice Lorenzetti: "el Código innova profundamente al receptar la
constitucionalización del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de
principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado,
ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. En este
sentido el bloque de constitucionalidad se manifiesta en casis todos los campos: la
protección de la persona humana a través ded los derechos fundamentales, los
derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con
capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes
ambientales y muchos otros aspectos". (Lorenzetti, Ricardo. "Código Civil y
Comercial de la Nación. Comentado". Ed. Rubinzal Culzoni. Sta. Fe. 2015. T. I, pag.
29).

la reforma constitucional de 1994, en especial, ante la inclusión de una serie de tratados internacionales de derechos humanos, que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 de la C. Nacional) del que se hizo eco el legislador, en el novel Código Civil y Comercial de la Nación.

Dicho cuerpo compendia normas de naturaleza sustancial y muchas otras de neto corte procesal; recepta además principios jurídicos y otros de índole procesal que mediatizan las garantías constitucionales. En rigor se trata, como sus autores han expresado, de “un código de principios”².

En esta orientación ha normativizado reglas que comulgan con la corriente de pensamiento procesal, recibida en doctrina como “activismo judicial”. Y es nota del activismo su preocupación por la justa solución del caso a cuyo fin están dispuestas las herramientas procesales y el proceso mismo, como un valor posible de conseguir ³.

Tiempo atrás, en la reformulación del derecho procesal en una visión moderna, se advirtió sobre la tendencia que se conoce como la “publicización del derecho procesal”⁴.

² Se ha señalado que “en los “Fundamentos”, la Comisión redactora expresa las razones que, a su juicio, fundan la existencia de un título preliminar en un Código; entre otras, señala la tradición histórica (Código de Vélez Sarsfield, que contenía un título preliminar) y la circunstancia que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema...” (Aletrini, Jorge H. “Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético. 1era. Edic. LA LEY. Bs.As. 2015. T. I, pag. 1.

³ Peyrano, Jorge W. “Sobre el activismo judicial”, en “Activismo y garantismo procesal”. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Ed. Advocatus. Córdoba. 2009. Pag. 15.

⁴ En este sentido Gozaíni, citando a Chiovenda, ha señalado a “la publicización del proceso, por el cual la idea de que la administración de justicia constituye una función de la soberanía permite al juez –como órgano del Poder Público- asistir activamente a la Litis. En otros términos, se dice que el Estado está interesado, no en el objeto de la Litis, sino en el modo en que ésta se desarrolla” (Gozaíni, Osvaldo.

El derecho procesal actual, se compenetra de novedosos principios que entonan la socialización del derecho, otorgando la posibilidad de una justicia funcional, eficaz y solidaria ⁵. Abandona el recodado lugar privatista en cuya orientación se diseñaron y sancionaron la mayoría de los Códigos Procesales Civiles de nuestro país del siglo pasado.

Así y a modo referencial, cuadra recordar que el modelo tradicional se desarrollaba en lo que hace al principio de autoridad, como limites del aspecto jerárquico autoritario –en las palabras de Clemente Díaz- por la intervención del organo jurisdiccional, en la figura del juez espectador que actuaba exclusivamente por los estímulos de la parte ⁶.

Empero, frente a dicha postura, se presenta una formula intermedia, la que postula la figura del juez director “que es una creación ideal de la doctrina para enjugar el déficit de la posición individualista del juez espectador, evitando, al mismo tiempo, su absorción por tendencia políticas jerárquico-autoritarias” ⁷.

Se ha encontrado en la dupla proceso- constitución abonado por el sistema que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación, posibilidades de actuación de institutos procesales de modo diferenciado, hasta ahora reconocidos en la jurisprudencia y en algunos cuerpos formales.

Parafraseando las palabras del Dr. Jorge Peyrano es posible decir “que todo el Código Civil y Comercial constituye una muestra de fe en el activismo judicial y

Introducción al nuevo derecho procesal”. Ed. EDIAR. Bs. As. 1988. Pag. 13) el destacado me pertenece.

⁵ En este sentido, confr. Morello, Mario Augusto. “El proceso justo”. Ed. LEP. Bs. As. 1994. Pag. 356 y sgtes.

⁶ “El juez no debe intervenir de manera activa en la marcha del proceso, cuya iniciativa, impulso, conducción y disposición es un atributo del justiciable” (Clemente Díaz. “Instituciones del Derecho Procesal”. Edit. Abeledo Perrot. Bs.As. 1968. T. I, pag. 235).

⁷ Clemente Díaz, ob. Cit. Pag. 238.

en la capacidad de los jueces para encontrar soluciones razonables, y así ponderar los valores en juego y no limitarse a subsumir automáticamente los hechos litigiosos en normas legales infraconstitucionales”⁸.

El activismo, en materia de prueba puso el norte en la búsqueda de la verdad procesal, abriendo los caminos de demostración y precisando que la prueba como método de comprobación, no sea perjudicada por cuestiones formales. En atención a los lineamientos señalados, la presente entrega procura brindar alguna solución a los problemas que puede suscitar la aplicación del art. 1735 del C.C., en los sistemas procesales, sea que cuenten con instrumentos oralizados, como la audiencia preliminar, o como sucede en la Provincia de Córdoba, en donde el código procesal diseña un sistema férreamente dispositivo y escrito.

Esta es nuestra misión, esperamos cumplirla con toda humildad.

2. Carga de la prueba y cargas dinámicas.

En primer lugar cabe recordar el concepto de carga procesal, que en opinión de la doctrina y “en el marco del sistema dispositivo, se asienta en el principio de impulsión que distribuye entre las partes y en la medida de su interés, el cumplimiento de actos procesales, los cuales cada una cumple en forma libre, de modo que su cumplimiento la beneficie y su incumplimiento la perjudique, aun cuando ese comportamiento no da lugar a ninguna sanción”⁹. Agudamente, se ha señalado que en la tradición autoral, la carga de la prueba ha tenido gran

⁸ Peyrano, Jorge W. “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”. RCC y C 2016 (marzo), 07/03/2016, 15. CITA ONLINE: AR/DOC/583/2016.

⁹ Ávila Paz de Robledo, Rosa. “Manual de Teoría General del Proceso”. Ed. Advocatus. Córdoba. 2006. T. II. Pag. 27.

trascendencia histórica¹⁰.

Enseña Rosenberg que “la carga de la prueba ayuda al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a un decisión en el caso”¹¹. El problema de la carga de la prueba responde al interrogante de quien debe probar, esto es, sobre quien recae el esfuerzo probatorio de llevar al proceso la prueba¹².

Es así que la regla de la carga de la prueba funciona a priori, esto es como una directiva del conducta a seguir las partes a fin de obtener una sentencia estimatoria de su pretensión, y a la vez, opera a posteriori, esto es para el juez, que le permite obtener una decisión ante la falta de prueba de un hecho fundante de la pretensión esgrimida¹³.

Vale decir, el sentido de la decisión que emite el juez, habrá de ser contrario al interés de la parte sobre quien recae la carga de la prueba, ante ausencia de ella. En un paneo de la doctrina, se advierte que la formulación de una regla completa de la carga de la prueba ha suscitado dificultades, siendo así que los codigos formales no siempre contienen una norma en tal sentido. Sin embargo, sí puede señalarse como regla común valida la que postula que cada parte deberá acreditar los hechos constitutivos de la pretensión alegada en juicio¹⁴.

¹⁰ Ávila Paz de Robledo, Rosa, ob. Cit.

¹¹ Rosenberg, Leo. “La carga de la prueba”. 3era. Edic. Maestros del Derecho Procesal. Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2002. Pag. 17.

¹² Couture, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal”. Ed. Depalma. Bs.As. 1978. Pag. 240.

¹³ Ferrreyra de de la Rúa Angelina. González de la Vega, Cristina. “Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. De Córdoba. Concordado y comentado. 4ta. Ed. LA LEY. BS. AS. 2011. T. II, pag. 772.

¹⁴ De tal modo y a título de ejemplo cabe citar entre otros, en el C.P. C. y C. de la Nación, art. 377; en tanto que C. Procesal C. y C. de La Pampa, art. 359, el C.

Frente a la regla general señalada, se abre paso la moderna formulación denominada cargas probatorias dinámicas, o visión solidarista de la prueba, en palabras de Morello¹⁵.

La teoría de la carga probatoria se flexibiliza respecto de su formulación clásica que apunta a obtener un pronunciamiento equitativo y razonable. Se aceptan así “apartamientos excepcionales de las reglas clásicas que diseñara Chiovenda y luego mejorara Rosenberg, ...que procura respetar las diferencias y de algún modo privilegiar la consagración de un Derecho flexible (como quería Carbonnier) o dúctil (Zagrebelky). Ferrajoli permanente predicaba sobre la necesidad de respetar las diferencias y la conveniencia de no permanecer indiferente frente a lo distinto, vale decir acerca de lo impostergable de un hacer algo en pos del referido respeto”¹⁶.

Se conoce como carga probatoria dinámica “la elaboración jurisprudencial y doctrinaria que da fundamento al apartamiento excepcional de las reglas de distribución de la carga probatoria, de modo que las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación de hechos esenciales pesan sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones de aportar la prueba y no lo hizo. Como resulta

Procesal C. y C. del Chaco, art. 367 regulan la carga dinámica, igual que Corrientes y San Juan. Por su parte, el art. 383 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de los Dres. Mario Ernesto Kaminker, González de la Vega, Cristina, Beade, Jorge. Sprovieri, Luis. Grillo Cioocchini, Pablo. Salgado, José María y Cecilia Herrera; art. 361 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Bs. As., de los Dres. Augusto Mario Morello, Isidoro Eisner, Roland Arazi y Mario E. Kaminker, regulan la carga probatoria con igual orientación.

¹⁵ Morello, Augusto M. “Prueba, incongruencia, defensa en juicio (el resto por los hechos)”. Ed. Abeledo-Perrot, pag. 73 y sgtes. Bs.As. 1977.

¹⁶ Peyrano, Jorge W. “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”. RCC y C 2016 (marzo), 07/03/16, 15- RC y S 2017 I, 5. CITA ONLINE: AR/DOC/583/2016).

de la definición, la doctrina tiene incidencia en la denominada "carga objetiva"¹⁷. Pareciera que lo "dinámico" o "pendular" se manifiesta en el desplazamiento de la conducta hacia la parte contraria de quien alegó el hecho de cuya prueba se trata, y se justifica, precisamente en la proximidad que ésta tiene con el elemento probatorio. Se encuentra en mejores condiciones para probar.

La carga procesal es una categoría que se define como un imperativo del propio interés, y en el ámbito de la prueba, se manifiesta en una conducta esperada con un resultado positivo de prueba: adquisición del elemento probatorio. La inobservancia de ella, posiciona al sujeto en una situación desventajosa en función del resultado del proceso.

La carga probatoria dinámica pertenece al derecho procesal de excepción y se aplica a los casos de prueba difícil¹⁸, para los casos de la acción de simulación ejercida por un tercero¹⁹. Y más modernamente, la doctrina se amplía para la tutela de derechos de tercera y cuarta generación, vgr. derecho del consumo y derecho ambiental.

¹⁷ De los Santos, Mabel. "Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial". LA LEY 21-12-2016, 1. CITA ONLINE: AR/DOC/3752/2016. Y puntualiza a su respecto que "carga subjetiva y carga objetiva son dos conceptos distintos: el primero atiende a cómo se distribuye la carga de la prueba entre los litigantes, la segunda indica las consecuencias de la falta de prueba. Las reglas de distribución de la carga probatoria cumplen así ambas funciones: por un lado distribuyen subjetivamente el esfuerzo probatorio entre las partes, y el otro, al tiempo de resolverse el litigio, operan como reglas de juicio indicándole al juzgador como decidir ante la ausencia de prueba" (confr. nota 3 del trabajo citado).

¹⁸ Recuérdese que fue pensado inicialmente para el derecho de daños, hipótesis de mala praxis médica (CSJN, caso "Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario, del 10 /12/1997 (Fallos 320: 2716), citado por Delos Santos, M. "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas...", JA 1993-IV-866.

¹⁹ CNCiv. Sala F, noviembre 28/1991, "Antico L. V. Tejero J. Y otros" DJ 7-7-92, pag. 1202, citado por Delos Santos, M. (ob cit. en nota anterior).

3. Su regulación.

El Código Civil y Comercial en el art. 1735 legisla las cargas probatorias dinámicas en el ámbito de la responsabilidad civil resarcitoria y en el art. 710, dentro del título de los Procesos de familia. De una confrontación de las normas se advierte diferencias, que más allá de toda consideración, tanto desde el punto operativo cuanto de las relaciones a las cuales se aplican –materia familiar- configuran aspectos que desbordan la presente entrega. Por tal razón, la mirada se posiciona en la norma del 1735 del C.C. y C., en orden al aviso del juez sobre la posible aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

El tema plantea dos interrogantes; uno de orden temporal, cuando es conveniente que el juez anuncie y, el otro relativo a cual es la forma en que comunica.

Vinculado a lo primero, en aquellos procesos que prevén en su trámite la audiencia preliminar, instituto en que toma contacto directo con las partes y el contenido del proceso, pareciere una buena oportunidad para el ejercicio de la facultad atribuida por el art. 1735 del C.C. y C.

Sin embargo, en aquellas jurisdicciones que carecen del instituto preliminar, como sucede en la Provincia de Córdoba, impone pensar la solución mas conveniente. Al respecto aparecen los siguientes ensayos.

Si se trata de un juicio ordinario, estructura amplia para el conocimiento de todo tipo de acción que no tenga un trámite especial ²⁰, el ejercicio de la facultad

²⁰ El art. 417 del C.P.C.y C. de Córdoba, Lp. 8465, dispone: “Se sustanciará por el trámite del juicio ordinario, todo asunto de la competencia de los tribunales de primera instancia que no tuviere un procedimiento especial”. El juicio ordinario se encuentra regulado a partir de los arts. 493 a 506 del C.P.C. y C. ley 8465.

prudencial que acuerda la norma citada, requiere por parte del juez del conocimiento del thema decidendum, en cuanto a su planteo, que indica un tiempo posterior a la traba de la litis, pero antes de la apertura y ofrecimiento de prueba. Es que lógicamente si de prueba se trata lo será antes de tal etapa²¹.

También es posible, que en ese momento del proceso el juez no tenga del todo claro si en el caso es de aplicación o no, la regla de la carga probatoria dinámica, a menos que se trate de casos típicos, en los que la jurisprudencia así lo haya señalado ²². En tal caso, nada tiene que avisar.

²¹ El profesor Berizonce, en cuanto a la oportunidad se ha pronunciado “que podrá hacerlo el juez durante el proceso, que equivale a en cualquier tiempo del trámite en que la situación fluya y se manifieste. Bien que el momento mas adecuado ha de ser el de la audiencia preliminar del art. 360 del C.P.C. y C. de la Nación, ...o en cualquiera de las audiencias previstas en los procesos especiales” (Berizonce, Roberto. “Paradigma protectorio y principios de la prueba”, en Revista de Derecho Procesal. 2016-2. Ed. Rubinzal Culzoni. Sta.Fe. 2016. Pag. 146.

²² Cabe citar el fallo de la CSJN, que refiere a las cargas probatorias dinámicas en los siguientes términos: “Es arbitrario desestimar los recursos extraordinarios locales interpuestos contra el rechazo de la demanda de filiación entablada contra el interno de una institución psiquiátrica que habría violado a la hija de la reclamante allí alojada, dejándola embarazada, pues resulta reprochable la valoración de la negativa de demandado a la realización del estudio biológico y la no comparecencia al proceso; el Tribunal Superior no pudo desconocer la teoría de las cargas probatorias, que jugaba aquí un papel fundamental, pues las opciones estaban acotadas por el escenario aislado en el que se habrían desarrollado los hechos y por la ínfima posibilidad de reconstruir el hecho dada la incapacidad de la víctima”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “G., A. N. c. S., R. s/ filiación • 15/03/2016”. Cita Online: AR/JUR/5545/2016). En el ámbito del derecho de daños: “La demanda de daños por incumplimiento contractual intentada por quien suscribió un contrato de tiempo compartido contra la empresa comercializadora debe rechazarse si el accionante no acreditó la supuesta promesa de obsequio de una semana de estadía vacacional invocada en la demanda, pues, si bien invocó la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias, receptada en el art. 1735 del Código Civil y Comercial, este es un instituto de excepción solo aplicable a los casos de prueba difícil y no cuando, como en el caso, no se produce prueba alguna que confirme los presupuestos fácticos de la pretensión”. (Cam. NACIONAL DE Apelaciones en lo Civil, sala M- 23-10-2015, en “Pellegrini, Alejandra c. Emprendimientos

Cabe advertir, que en dicho caso, también se haya superado la etapa de mediación, que para la Provincia de Córdoba, en las acciones de daños es de carácter intraprocesal y se cumple en el Centro de Mediación.

En cambio, si se trata de un juicio abreviado en los que junto con la demanda y contestación las partes deben ofrecer toda la prueba de que hayan de valerse, la cuestión se complica y conduciría a pensar, que si el juez decide ejercer dicha facultad, las partes deben tener la oportunidad de poder ampliar la prueba.

En esta hipótesis, la ley formal debe prever un tiempo adicional para el ofrecimiento de prueba en función del art. 1735 del C.C. y C. de la Nación.

Establecido lo anterior, queda por responder el segundo interrogante, a saber: cual es la forma en que el juez habrá de comunicar.

Si nos atenemos al sistema al cual adscribe el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, de tipo escrito y marcadamente dispositivo, pareciera que el instrumento mas adecuado para flexibilizar el tramite reside en una audiencia. Al efecto, y sin mayor dificultad, cabe tener en cuenta las audiencias de naturaleza conciliatoria que regula, a saber en el art. 58 del C.P.C. y C. como oportunidad propicia para

Inmobiliarios y Turísticos Poli. s/daños y perjuicios. CITA ON LINE: AR/JUR/47764/2015). Y en materia de mala praxis: “El médico cirujano que realizó una prótesis de cadera no resulta responsable de las complicaciones sufridas con posterioridad por la paciente, pues a través de la pericia médica se determinó que aquéllas no tuvieron que ver con el material protésico elegido sino con patologías preexistentes de la actora, de modo que el hecho de implantar parte de la prótesis y no su totalidad no tuvo relación de causalidad adecuada con los daños denunciados, sino que se trató de una decisión tomada durante la cirugía cuando el profesional tuvo oportunidad de tomar contacto directo con la prótesis y cambiar el rumbo de la operación por considerarlo más conveniente o más simple, circunstancia que sólo pudo evaluar y decidir en aquella oportunidad, encontrándose facultado para ello mediante el consentimiento informado suscripto por la actora”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, en “Sucesores de Q., E. G. c. O., J. y otro/a s/ daños y perjuicios.(sin resp.Estado) • 15/09/2015. Cita Online: AR/JUR/30111/2015).

tomar contacto con las partes e informar sobre el punto.

Otra solución, reside en conferir al Juez la facultad de informar ya sea por decreto, por resolución interlocutoria o por audiencia. Le damos un voto de confianza a los jueces.

En este caso, la propuesta es formular una norma amplia, que le atribuya al juez la posibilidad de decidir la vía que considere mas adecuada para el ejercicio de dicha facultad, según las circunstancias del caso.

El panorama se completa ante otra dificultad que se presenta y que reside en las posibilidades impugnativas que le caben a las partes contra la resolución del juez sobre la carga probatoria dinámica.

En una primera opinión, y en atención a los valores celeridad, eficacia y modelo de doble instancia, considero plausible establecer que la resolución sea inapelable, quedando a las partes la posibilidad de revisar lo decidido al apelar lo principal. Esto equivale a una especie de efecto diferido, cual es el sistema del art. 515 del C. P.C. y C., que resulta de aplicación para el tramite del juicio abreviado²³.

Convince esta posición para evitar situaciones, que pueden constituir campo fértil de recursos de carácter suspensivo, y que en definitiva si la prueba se encuentra en el proceso, lo decidido no resultaria trascendente.

Es que si el juez funda su sentencia en la falta de prueba y en la inobsevancia de la carga, tal aspecto puede ampliamente ser revisado en oportunidad de apelar la sentencia.

²³ El art. 515 del C.P.C. de Córdoba, ley 8465, prevé: "Únicamente la sentencia será apelable, pero en la segunda instancia, al conocer de lo principal, se podrán reparar los agravios causados en los incidentes o en el procedimiento. Sin embargo, serán apelables las resoluciones que pongan fin a los incidentes que no afectaren el tramite del principal".

Este sería el sistema posible si pensamos en la viabilidad del aviso.

4. Conclusión.

No puedo dejar de citar autorizada doctrina, que considera que la norma del art. 1735 del C.C. y C., resulta operativa aún cuando no haya sido reglamentada por los Códigos Procesales, pues la doctrina de la carga probatoria dinámica puede seguir funcionando sin tal reglamentación, tal como lo hacía antes de la entrada de vigencia del CC y C.²⁴.

Prueba de ello lo constituye la jurisprudencia que viene aplicando la cuestión en el ámbito de derecho de daños y confirmado, también en otros sectores, como el del consumidor aunque en tal caso, cuenta con apoyo normativo (arts. 53 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor) o como en derecho ambiental en función del principio precautorio²⁵.

Parece entonces que la regulación o armonización de los Codigos Procesales, en lo tocante a la carga probatoria dinámica, como hipótesis de excepción del art. 1735 del C.C. y C., no redundará en beneficio; por el contrario luce inconveniente.

Si no se compartiera esta opinión, y se considerara conveniente la regulación, la propuesta es formular una norma amplia que le atribuya al juez la facultad prudencial de informar despues de trabada la litis, por la vía que considere mas adecuada a las circunstancias del caso, que habrá de aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

²⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Carga de la Prueba", en "La prueba. Homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi. Ed. Rubinzal Culzoni. Sta. Fe. 2016. Pag. 478/479.

²⁵ Camps, Carlos E. "La prueba en el proceso ambiental y el nuevo código unificado: el principio precautorio frente a las cargas probatorias dinámicas". Revista de Derecho Procesal. 2016-2. La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Rubinzal Culzoni. Sta. Fe. 2016., pag. 308 y sgtes.

5. Ponencia.

1. El artículo 1735 del C.C. plantea el interrogante sobre la oportunidad en que el juez dara el aviso que prevé, y cual es la forma a utilizar.
2. Sobre la oportunidad, despues de trabada la litis y antes de la apertura a prueba.
3. Sobre la forma de comunicar, en los sistemas que prevea la audiencia preliminar es la mas propicia; y para los que no, se propone la inclusión en los Códigos formales, de una norma amplia que atribuya al juez la posibilidad de informar por decreto, auto o audiencia, en atención a las circunstancias del caso.
4. La falta de regulación en los Codigos formales, no impide la aplicación de la regla de excepción de la carga probatoria dinámica. Luego, el aviso parece innecesario.