

## **XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL.**

**Título de Ponencia:** LA REGULACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA PROBATORIA EN EL ART. 1735 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, ¿UN DEBATE TERMINADO?.

**Autor:** Gustavo S. Atim Antoni.

**Dirección Postal:** San Martín 910 piso 4°. C.P 4.000 (S.M de Tucumán. – Argentina).

**Correo electrónico:** [atimgustavo@gmail.com](mailto:atimgustavo@gmail.com)

**Teléfono:** 3814448574.

**Comisión:** TEMA 1. (Proceso Civil). Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República. – Pruebas en General - .

**Breve Síntesis de la Ponencia:** Se analiza el art. 1735 del CCCN y la recepción de la carga dinámica probatoria. En orden a las observaciones formuladas, se propone la necesidad de reforma de la norma.

**Las Termas de Río Hondo. Año 2017.**

**La Regulación de la Carga Dinámica probatoria en el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, ¿Un debate terminado?.**

Sumario: El nuevo código civil y comercial regula esta flexibilización en la carga probatoria y parece recibir acogida favorable al principio de la distribución de la carga de la prueba. Sin embargo, adelantamos que el debate sobre el tópico en cuestión todavía está inconcluso.

**INTROITO.**

La presente exposición se centrará exclusivamente en la carga dinámica probatoria interpretada a la luz del art. 1735 del código civil y comercial de la Nación. Por lo que se soslayará el estudio del art. 710 CCCN, reservado al derecho de familia.

En materia probatoria, se parte del principio que la carga de la prueba incumbe a quien invoca la existencia de un presupuesto fáctico o presupuesto de hecho que torna operativa la norma cuya aplicación se pretende.

Sin embargo, aquel principio que pareciera reconocerse durante siglos como una premisa incólume o inmutable, en los últimos años ha sido puesto en jaque, al menos se redujo en su rigor.

Ello se debió al influjo de una doctrina procesalista que propuso la vigencia de la teoría de las cargas dinámicas probatorias<sup>1</sup>. Esta posición propone poner la carga de probar en cabeza de quien está en mejores condiciones de hacerlo. Si así no lo hiciera, el tribunal deberá resolver en contra de quien tenía dicha carga de probar<sup>2</sup>.

Esto implica una flexibilización de las reglas ortodoxas en la distribución de la carga de la prueba, permitiendo el apartamiento excepcional de las normas sobre distribución de la carga probatoria, cuando la aplicación clásica del onus probandi, se tradujera en consecuencias manifiestamente disvaliosas<sup>3</sup>.

Aquellos juristas que se enrolan en el activismo judicial, miran con buenos ojos la posibilidad de que ante la ausencia de medios de convicción suficientes de quien invoca un hecho, pueda el magistrado optar por la tesis fáctica sostenida por la parte contraria a quien se le atribuye la carga de probar, siempre que su contraparte se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba<sup>4</sup>.

---

1 Cfr. PEYRANO, Jorge W. - CHIAPPINI, Julio O., “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1984, t. 107, pág. 1005

2 Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel Alicia “Las cargas dinámicas probatorias en el Código Civil y Comercial”. *LA LEY* 21/12/2016, 1. Cita Online: [AR/DOC/3752/2016](#).

3 Cfr. PEYRANO, Jorge W. “Las Cargas Probatorias Dinámicas, hoy”. *LA LEY Online* [AR/DOC/583/2016](#). Pág. 1. El autor cita en este caso las conclusiones abordadas en la XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

4 Cfr. GIANNINI, Leandro J. “Principio de Colaboración y “carga dinámica de la prueba” en el Código Civil y Comercial”. *LA LEY Online* [AR/DOC/3487/2016](#). Pág. 1.

Esta postura propone entonces la flexibilización de las reglas ortodoxas de distribución de la carga probatoria, disponiendo un apartamiento excepcional en las reglas clásicas de distribución probatoria<sup>5</sup>.

La postura propone atemperar y flexibilizar el principio dispositivo, el de preclusión y congruencia y exaltar los deberes de cooperación y buena fe en las partes<sup>6</sup>.

Se entiende que el juez debe lograr la búsqueda de la verdad real acerca de cómo fueron efectivamente los hechos controvertidos en el litigio y su tarea se centra más bien en aspirar a brindar una tutela judicial efectiva de los derechos de las partes<sup>7</sup>.

Pueden llegar inclusive a hacer pesar las consecuencias de la incertidumbre de la probanza en cabeza de quien está en mejor posición de probar<sup>8</sup>.

Por contraposición a esta postura, existe otra que daremos en llamar del “garantismo procesal”. Esta rechaza la corriente doctrinaria anterior de distribución dinámica e inversión de la carga de la prueba y sostiene que la misma no debería tener cabida si no estuviese expresamente prevista en una norma que la establezca. Consideran que si la flexibilización del onus probandi tuviese lugar conforme el criterio y decisión del magistrado, las partes podrían quedar expuestas a una sorpresa procesal al anoticiarse al momento de la sentencia del criterio de distribución probatoria usado. Se vulneraría así el derecho de defensa afectándose sensiblemente el debido proceso legal<sup>9</sup>, sin contar además el riesgo de prejuzgamiento en el que podría estar el magistrado.

Si bien la primera doctrina, parece en la actualidad presentar más adeptos, el debate entre ambas posturas sigue vigente.

---

5 Cfr. PEYRANO: ob. cit., p. 1-2.

6 Idem.

7 Idem.

8 Cfr. GIANNINI: ob. cit., p. 1.

9 Cfr. CALVINHO Gustavo. “La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba”. Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Rosario Facultad de Derecho. – Rosario - . Año 2015. Pág. 272.

El nuevo código civil y comercial regula esta flexibilización en la carga probatoria y parece recibir acogida favorable al principio de la distribución de la carga de la prueba. Sin embargo, adelantamos que el debate sobre el tópico en cuestión todavía está inconcluso.

### **La Recepción expresa de la Carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación: El art. 1735.**

El nuevo código civil y comercial de la nación consagra el principio de que la carga de la prueba de los factores de atribución corresponden a quien los alega (art. 1734). No obstante, en el artículo. sgte., da acogida expresa a lo que parece ser el principio de la carga dinámica de la prueba. Parece receptor así copiosa jurisprudencia de Corte suprema de Justicia<sup>10</sup> que aplicó estas ideas de flexibilización procesal probatoria, así como los lineamientos sobre el tema arribados en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

No obstante, el debate sobre la cuestión no se encuentra concluido. Es que la redacción del artículo presenta algunas cuestiones no exentas de complicaciones y de observaciones a realizar, a saber:

a) El art. 1735 CCCN, al regular la inversión del onus probandi, resulta cuestionado por parte de la doctrina que pone en duda la constitucionalidad del precepto. Esto dado que se advierte que una norma de derecho de fondo, se encarga de regular derecho adjetivo.

El cuestionamiento nace dado que la facultad de administrar justicia, está reservada a las provincias por imperio del art. 5 y 122 de la C.N, por lo que no parecería prima facie correcto que la nación legisle sobre esa materia.

No obstante, la constitucionalidad del precepto se escuda en jurisprudencia de nuestro supremo tribunal que permite a la Nación el dictado de normas de forma, siempre que la legislación de esa normas adjetivas tengan como finalidad permitir la aplicación y aseguramiento de la integridad de institutos del derecho de fondo.

---

10 Cfr. CSJN, Fallos, 320:2715 “Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el personal Ferroviario”; en sentido similar fallos 324:2689 “Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A y otros”; etc..

b) Otro de los puntos cuestionados es que la normativa consagra la facultad al magistrado, no la obligación, de distribuir la carga de la prueba de la culpa, trasladándola a quien se encuentra en mejores condiciones de probar. Tal potestad, no contribuye a la uniformidad de criterios para aplicar la carga dinámica probatoria, por lo que parece ser reprochable que la flexibilización probatoria se consagre como una facultad y no como una obligación del magistrado.

c) Por otra parte, la carga dinámica probatoria así redactada, no implica una inversión total de la carga de la prueba, ya que su campo de acción abarca solo la prueba de la culpa.

Es decir del articulado se desprende que la distribución de cargas probatorias, parece limitarse exclusivamente al factor de atribución subjetivo y dentro él, específicamente a la culpa. No obstante, no se extiende en principio a ninguno de los otros presupuestos de la responsabilidad civil ni a otros factores de atribución.

Este aspecto resulta no menor a los fines de evitar la extralimitación en la aplicación del precepto.

d) Del articulado se desprende además que si el juez decide distribuir la carga de la prueba teniendo presente quien se encuentra en mejores condiciones de probar, debe anotar a las partes que aplicará este criterio en la valoración de la prueba. De esa manera, permitirá ofrecer a los litigantes las pruebas que estimaren corresponder, resguardando su derecho de defensa.

El problema es que no se sabe de manera precisa cuándo debe producirse tal comunicación del magistrado.

Se ha interpretado que podría darse en la audiencia preliminar del art. 360 CPCCN. Sin embargo, muchas provincias argentinas no han incorporado la figura de la audiencia preliminar.

Lo relevante sería que tal comunicación se produzca antes de la producción de prueba, pues si se produjera posteriormente, la comunicación perdería su sentido.

Sin embargo, puede presentarse el problema que al momento de una audiencia preliminar y aún inclusive después de trabada la litis, el magistrado

no se encuentre en condiciones de valorar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones de probar.

A mayor abundamiento, muy probablemente la providencia que ordene la comunicación a las partes, sea objeto de todo tipo de impugnaciones y objeciones que lleven a mayores dilaciones del proceso, cuestionamientos y recursos cuestionando que parte se encuentra en mayores condiciones de probar.

A más de ello, podría plantearse que sea Cámara de apelaciones y no primera instancia, quien considere que la prueba debería distribuirse en orden a quien se encuentra en mejores condiciones de probar. Situación no exenta de complicaciones si se tiene presente que a Cámara llega justamente casi la totalidad de la prueba producida.

En definitiva, la notificación en cuestión parece haber sido incorporada a los fines de aplacar los ánimos de la posición doctrinaria garantista, que se muestra reacia a la “sorpresa procesal” que eventualmente puede generarse ante la inversión de la carga de la prueba al momento del dictado de sentencia. No obstante, el precepto así redactado parece haber traído más complicaciones que aciertos.

Aún más, alguna posición doctrinaria entiende que el precepto no resulta lo suficientemente claro y que no consagra stricto sensu una carga dinámica probatoria que hace pesar a la contraparte el peso de la incertidumbre, sino más bien una exigencia de cooperación<sup>11</sup>. Por consecuencia, si la parte no cooperase, se extraerá de esa conducta un indicio contrario a su posición procesal.

### **III) Conclusión.**

El articulado merece objeciones y observaciones a realizarse, sin embargo parece correcto que intente receptar la doctrina moderna de las cargas dinámicas de las pruebas, posición que guarda correspondencia con las exigencias fácticas de la realidad.

Sin embargo, bien podría haber sido otra la redacción. Basta mencionar como ejemplo a los códigos provinciales como el de Tierra del

---

<sup>11</sup> Cfr. GIANNINI: ob. cit., p. 9-10.

Fuego art. 375 o el art. 377 de Corrientes. Códigos de formas estos más acertados en la redacción e incorporación de la carga dinámica probatoria.

Será tarea de los códigos de Provincia tratar de encauzar en tanto fuera posible al derecho de fondo. En su defecto, se deberá proyectar de lege ferenda, una posterior reforma de la norma.

Gustavo S. Atim Antoni.