

**Comisión 12: Interdisciplinaria: “Relaciones entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Procesal”**

**Autor:** Guillermo Dante González Zurro<sup>1</sup>

**Resumen:**

*La oportunidad para ejercer la facultad de distribuir la carga de la prueba en los juicios civiles patrimoniales (art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación), con los recaudos legalmente exigidos, no debe quedar temporalmente limitada a la audiencia preliminar.*

**Fundamentos:**

1. El Código Civil y Comercial incorpora, como ya lo hacía el ordenamiento anterior, numerosas disposiciones de índole procesal. Específicamente, para el tema que nos ocupa nos limitaremos a dos:

Art. 1734 CCyC: *Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.*

Art. 1735 CCyC: *Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*

2. El art. 1735 citado introduce un cambio importante en materia de carga de la prueba, al autorizar que la carga de la prueba pase —en ciertos casos— de un sistema legal (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial; art. 1734 CCyC) a uno judicial<sup>2</sup>.

3. Se trata de un instituto de excepción y únicamente dirigido a ciertos hechos que hagan al factor subjetivo de atribución (la culpa o su contracara: la diligencia debida). Si bien la norma pareciera hacer referencia a la denominada “carga subjetiva” (*permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción*), en realidad su relevancia recién quedará de

---

<sup>1</sup>Profesor titular de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Seminario de Práctica Profesional. Universidad Católica Argentina.

<sup>2</sup>En este sentido comparto el despacho de la minoría de las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 27-29 octubre de 2016), Comisión de Derecho Procesal, en cuanto a la aplicación de dicha doctrina como instrumento para la inversión del *onus probandi* propiamente dicho, cuando se den las circunstancias excepcionales que habilitan su aplicación (Dres. Peyrano/Masci) y no como un mero deber de colaboración: <http://fundesi.com.ar/xiv-jornadas-bonaerenses-de-derecho/>, para lo cual no hubiese sido necesario incorporarlo al CCyC.

manifiesto en los casos de inexistencia probatoria confirmatoria de un enunciado fáctico (“carga objetiva”)<sup>3</sup>, lo que ocurre al momento de dictar sentencia.

4. Se ha venido sosteniendo por un sector importante de la doctrina que la oportunidad adecuada<sup>4</sup> para que el/la juez/a comunique la aplicación de este criterio es la audiencia preliminar (art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>5</sup>).

5. Aunque se acepte esa primer etapa para ejercer la facultad, entendemos que no debe quedar circunscripta únicamente a ese momento. El fundamento es que la audiencia preliminar pertenece a un estadio inicial, donde difícilmente el órgano judicial pueda tener un conocimiento más concreto y acabado de cómo han de desenvolverse los distintos medios probatorios tendientes a respaldar las hipótesis o enunciados de cada parte<sup>6</sup>. Puede suceder entonces que durante la etapa probatoria y aún más probable que cercana a finalizar ésta se advierta que alguna de las partes, pese al esfuerzo desplegado, no logra probar suficientemente un enunciado fáctico (hecho), y por el contrario, su contraria tiene una mayor facilidad para aportar uno o varios elementos de prueba que contribuyan a su esclarecimiento. Consideramos entonces que el/la juez/a está legalmente habilitado para convocar a las partes y hacerles saber esta alternativa, aunque lo haya omitido en la audiencia del art. 360 del Código Procesal. El apoyo normativo es claro y no excluyente: “durante el proceso”<sup>7</sup>.

6. Descartamos la postura que avala la aplicación de la carga dinámica directamente en la sentencia, sin ninguna comunicación previa, argumentando se trata de una institución reconocida<sup>8</sup>. Entendemos que esta posición contraría la exigencia del art. 1735 del CCyC (*...debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa*). Estos recaudos legales no son meramente formales: conforman la garantía de defensa en juicio de las partes y propician un activismo probatorio que ya no podrá ser desplegado en la sentencia.

7. Si la denominada “carga dinámica de la prueba” es receptada legalmente para tutelar el efectivo reconocimiento de los derechos<sup>9</sup>, dándole flexibilidad a una normativa que en ciertas y contadas situaciones puede conllevar una grave injusticia por imposibilidad probatoria de la parte que la ley asigna la carga de la prueba (y que suele ser la más débil en la relación), no se

---

<sup>3</sup>Si surgen, aunque escasos, elementos probatorios, indicios, presunciones, etc. que alcancen el umbral mínimo para tener por probado un enunciado fáctico (de ahí la importancia de los denominados estándares probatorios), la carga de la prueba no actúa: ver González Zurro, Guillermo Dante, Ragoni, María Laura, “Los hechos y el deber de resolver en el Código Civil y Comercial,” *RCCyC cita online AR/DOC/787/2016* agosto(2016), 6.

<sup>4</sup>Arazi, Roland, “Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial,” *La Ley cita online AR/DOC/3706/2015*; De los Santos, Mabel, “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial,” *La Ley AR/DOC/3752/2016* (2016).; Vallania, Carolina, “El art. 1735 del Código Civil y Comercial y su aplicación en el marco de los procesos de Córdoba,” *LLC cita online AR/DOC/1371/2016* (2016).; Calvino, Gustavo, *Carga de la prueba* (Astrea, 2016), 161.

<sup>5</sup>El Código Procesal de Chaco lo contempla expresamente dentro de la audiencia preliminar (art. 338 bis, inc. 5).

<sup>6</sup>Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba* (Marcial Pons, 2014), 188-89.

<sup>7</sup>Giannini, Leandro, “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba,” *La Ley online AR/DOC/7408/2010*

<sup>8</sup>Iturbide, Gabriela, “Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial,” *La Ley cita online AR/DOC/884/2017* (2017).

<sup>9</sup> arg. arts. 8 y 25 de la CADH

advierte entonces por qué razón dicha finalidad no pueda ser llevada a cabo en un momento posterior<sup>10</sup>, siempre que se respete la comunicación previa y el derecho de defensa.

8. No es obstáculo a lo anterior la eventual sanción de un Código Procesal de oralidad por sistema de audiencias, desde que la situación podría ciertamente configurarse en el transcurso de la audiencia de vista de causa. Claro que en este caso, la comunicación será en ese mismo acto para todos los intervinientes y deberá darse un nuevo plazo para cumplir el requerimiento (de su contenido depende la necesidad o no de una nueva audiencia que se realizará a la brevedad posible o bastará un traslado para ejercer el derecho de defensa).

---

<sup>10</sup>Berizonce, Roberto, “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias,” *Revista de Derecho de Daños* 5(1999).

**Conclusión:** Si la llamada “carga dinámica de la prueba” es ahora receptada legalmente para tutelar el efectivo reconocimiento de los derechos (art. 1735 CcyC), dándole flexibilidad a una normativa que en ciertas situaciones de excepción podría conducir a una grave iniquidad por la imposibilidad probatoria de la parte que la ley asigna la carga de la prueba, no se advierte razón para impedir que su aplicación se produzca en cualquier momento del proceso antes del dictado de la sentencia (y no sólo en la audiencia preliminar), siempre que se respete la comunicación previa y el derecho de defensa.