

**“RELACIONES ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION Y EL DERECHO PROCESAL”**

**TEORIA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE NACION. NECESIDAD DE DELIMITAR LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LOS JUECES.-<sup>1</sup>**

**1. Introducción**

En nuestro derecho rige la máxima que el “*onus probandi*”, es decir la carga de prueba, recae en aquél que asevera un hecho, es decir que los litigantes deben ajustar su conducta a probar los hechos que alegan. Los hechos alegados y probados serán tenidos en cuenta por el juez y en base a las reglas de la sana crítica, el juez será encargado de resolver el conflicto a través de un fallo fundado y en función de un buen servicio de justicia.

Sin embargo nuestro nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde agosto del año 2015, ha incorporado en el texto de la norma, la aplicación de las llamadas “cargas dinámicas”, esto quiere decir que permite distribuir la carga de la prueba, según quien se encuentre en mejores condiciones de aportarla.

Lo peligroso de la redacción de esta norma, más allá de la teoría de las cargas dinámicas, es que le confiere la potestad de distribuir la carga de la prueba al juez, quién deberá “ponderar”, quién está en mejores condiciones para aportarla. Pero, qué es lo que hace pensar que el juez, está en mejores condiciones de determinar esta situación. Esta facultad concedida al juez es claramente contraria a los derechos de defensa en juicio. De ninguna manera se desconoce, las aptitudes de conocimiento técnico del juzgador, pero qué nos asegura que él no cometerá un error, que lo hará terminar dictando un fallo incoherente y lleno de discreción.

Creemos que la norma del art. 1735 del Código Civil y Comercial, confiere demasiadas potestades judiciales, y demasiado ámbito de discreción al juzgador, generando en consecuencia fallos pasibles de crítica.

**2. Importancia:**

---

<sup>1</sup> Con el aval de Carlos Sebastián Scoccia, profesor adjunto de la cátedra de Derecho Bancario y de Comercio Exterior del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

Es importante tratar este tema puesto que son los dos puntos a nuestro entender más débiles y pasibles de ataque, esto quiere decir que pueden llegar a frustrar la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas. El primer punto en discusión, es el relativo al carácter procesal de las normas que regulan la carga de la prueba. Si bien en los fundamentos de nuestro Código civil y comercial de la nación se reconoce que se trata de directivas enfocadas al juez, a los fines del dictado de una sentencia en ausencia de pruebas, su carácter y naturaleza procesal es clara.

El segundo, que engendra la debilidad del artículo, es el referido a la facultad discrecional otorgada al juez del proceso. Aclaremos que, si bien concebimos a la teoría de las cargas dinámicas, como superadora en algunos casos, como por ejemplo, casos de simulación, mala praxis médica, derecho del consumidor; el legislador debió expresamente prever su aplicación para esos casos, y no como una facultad del juez.

### **3.- Primer debilidad del artículo 1735 CC y C. Nociones de fuente y medio de la prueba.**

#### **Régimen legal:**

No se debe confundir la *fuerza de la prueba*, con el medio a través del cual se prueba. Son fuentes de la prueba los “hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que va a probar”, sea que constituyan o no la representación del segundo<sup>2</sup>. Las fuentes de la prueba están constituidas por personas o cosas cuya existencia es anterior al proceso, y portan los hechos que constituyen el objeto del proceso. En tanto que los *medios de prueba* son los distintos métodos aceptados por las leyes procesales que sirven para demostrar la falsedad o verdad de lo que se afirma en un juicio. Por ejemplo el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de este deduce el hecho que se va a probar<sup>3</sup>.

Finalmente como distinción entre fuentes y medios puede decirse que importan el límite entre las leyes sustanciales y las procesales. “las primeras pueden legislar sobre las fuentes (requisitos de los instrumentos públicos y privados, capacidad de las partes y de los

---

<sup>2</sup> HERNANDO, DEVIS ECHANDIA, “Compendio de la prueba judicial”, Tomo 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984, pág. 155.

<sup>3</sup> Op. Cit. Pág. 156.

Concurso de ponencias  
**XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil**  
**Comisión 12 Interdisciplinaria**

\*Rocío Guzmán Medina.-

testigos para declarar, etc.); pero la regulación de los medios de prueba es materia exclusivamente procesal”<sup>4</sup>.

El art. 1735 del Código Civil y Comercial, manifiesta una notoria naturaleza procesal, en consecuencia reservada al ámbito del procedimiento.

Entendemos que el dictado de las normas procesales, es materia no delegada por las provincias a la Nación. Le corresponde a la Nación, a través del Congreso Nacional, ejercer la competencia para legislar respecto el Derecho Substancial: Art. 75 inc. 12 Constitución Nacional: “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, *en cuerpos unificados o separados*, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y *nacionalidad*, *con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina*: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

Las provincias conservan todo el poder no delegado, con la facultad de dictar sus códigos procesales<sup>5</sup>.

De los conceptos de fuente de la prueba y medio de la prueba, en consonancia con las normas de la constitución nacional, surge notoria la extralimitación de facultades en el art. 1735 del Código civil y comercial de la Nación, respecto las potestades provinciales. Más aún cuando se evidencia discordancia entre lo que resuelve cada régimen. Establece el artículo 375 del Código procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires:

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.”

---

<sup>4</sup> Arazí Roland, Cit por Citado por Gabriel Tamborena-Rodolfo Jaik- Guillermo Eduardo, Kisman, Teoría General de la prueba, en “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”, Díaz Solimine, Omar L., 1ª. Ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, Pag. 106.

<sup>5</sup> Artículo 121 Constitución Nacional.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

De esta manera el Código procesal y comercial provincial no da lugar a la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas, como tampoco lo hace el código procesal de Nación<sup>6</sup>.

Entretanto el art. 1735 como norma de fondo dispone:

“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”.

Surge latente la diferencia entre ambos regímenes, lo cual nos hace sostener que no podría aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas sin declarar la inconstitucionalidad de la norma procesal contenida en el artículo 375 del Código procesal de la Provincia de Buenos Aires. Además de los múltiples inconvenientes que pueden surgir respecto de la existencia de normas procesales en el código de fondo que no coinciden con el código de forma. Como por ejemplo en materia de Sucesiones, donde el código procesal de la provincia de Buenos Aires, en su art. 734 determina la publicación de edictos por tres días en el Boletín Judicial y en otro diario del último domicilio del causante, a diferencia del art. 2340 del Código de Vélez reformado, que sólo exige publicar un edicto en el boletín oficial - y no en otro diario-, pero el análisis de las demás normas procesales contenidas en el código de fondo no es materia de este humilde trabajo.

#### **4.- Segunda debilidad. Problema principal: Discrecionalidad del juez:**

Según el Art. 1735 del Código civil y comercial, (...) *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 (...)*

Es decir que el juez tendrá la potestad de sindicar quien está en mejor situación de probar, y **si lo considera pertinente**, durante el proceso debe comunicar a las partes que

---

<sup>6</sup> CARGA DE LA PRUEBA Art. 377 Código procesal de la Nación Argentina: - Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

Concurso de ponencias  
**XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil**  
**Comisión 12 Interdisciplinaria**

\*Rocío Guzmán Medina.-

aplicará este criterio. La norma en análisis demanda al menos la necesidad de establecer ciertos estándares que garanticen a las partes la razonable oportunidad de defensa, más aún, si el juez considera pertinente avisarles que aplicara esta facultad al dictar sentencia, una vez que ya pasó el estadio procesal para que las partes diseñen y pongan en juego su estrategia probatoria.

No será lo mismo, si el juez hace uso de esta potestad una vez precluidas las etapas procesales, al momento de dictar sentencia; que informar su decisión al inicio del proceso. Se advierte la inconveniencia de la norma y su incoherencia, la norma establece prescripciones que en la praxis forense tendrá obstáculos por imperio de las normas procesales locales, que prevén que la prueba se debe ofrecer con los escritos constitutivos del proceso, de donde se sigue que la prueba se debe ofrecer con el ataque y la defensa y, por ende, para aplicar dicho artículo 1735, necesariamente se deberá alterar las normas procesales locales<sup>7</sup>.

Por otro lado, una vez que el juez toma la decisión de indicar quién está en mejores condiciones de probar los hechos sobre el cual versa el litigio, establece una presunción fuerte en su contra, que al ser una facultad del juez, se entiende que será irrecurrible. En el caso que el ahora “acusado” no pruebe, será muy difícil que después obtenga un fallo favorable. El fallo del juez, obviamente debe ser fundado, pero rondaran las presunciones en contra del “acusado” y la discreción judicial.

Toda esta situación planteada hace poco previsible el curso del proceso, es contrario a la seguridad jurídica, a la garantía de defensa en juicio y a la coherencia procesal. Como bien señala Falcón, la Constitución Nacional no prescribe nada específico respecto de las pruebas, sin embargo los derechos y garantías reconocidas en nuestra Carta Magna no deben ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no explicitados en la misma. No obstante, la prueba es un elemento sustancial del debido proceso, y en ese sentido, cualquier norma o disposición que vulnerase la garantía de defensa en juicio o la igualdad ante la ley deviene inconstitucional<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> HECTOR EDUARDO LEGUIZAMON, La prueba en el proceso de daños y el nuevo código civil y comercial, en “LA PRUEBA”, Roberto Omar Berizonce, (et. al) coordinación general Jorge A. Rojas, Edit. Rubinzal Culzoni, 1ra. Ed., 2016, pág.803.

<sup>8</sup> Falcón Enrique, Cit. por Gabriel Tamborena-Rodolfo Jaik- Guillermo Eduardo, Kisman, Teoría General de la prueba, en “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”, Díaz Solimine, Omar L., 1ª. Ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, Pág. 106.

## **5.- Conclusiones:**

Para concluir esta ponencia, entendemos que la teoría de las cargas dinámicas tienden a dinamizar las reglas probatorias, pero así como están diagramadas en el texto legal, dan lugar a más críticas que aciertos, si bien es cierto que nuestro nuevo código civil y comercial receptó, tanto la doctrina, como la jurisprudencia en el tema, es necesario analizar aún más las implicancias de las cargas dinámicas.

Quizás sea que por defecto, solo aceptamos las teorías formalistas del derecho, y nos resistimos a los cambios, no obstante esto, no deja de hacernos ruido, que la aplicación de una gran teoría resulte discrecional para el juez. De la mano de esta reflexión y conforme las debilidades encontradas en el texto legal, proponemos una reforma de la norma con los siguientes puntos, todo con la finalidad que las tan apreciadas, cargas dinámicas sean factibles de aplicación y no solo sujetas al arbitrio judicial y su discrecionalidad.

La norma debería contener los siguientes puntos:

**1.- Art. 1735:** Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Sin embargo, serán aplicables las teorías de las cargas dinámicas, en aquellos supuestos donde la parte interesada, ósea la parte actora, solicite fundadamente su aplicación. El juez con el traslado de la demanda, sustanciará debidamente con la accionada. Una vez sustanciada la petición, el Juez resolverá la aplicación o no, y abrirá el juicio a prueba.

\* Entiéndase que el actor peticiona con el escrito de demanda, el Juez da traslado de la demanda y el demandado contesta la demanda.

\* Demás está decir que el actor debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, poniendo especial énfasis respecto a la imposibilidad probatoria que fundamenta su situación de desventaja y fundamenta su petición de inversión de la carga de la prueba.

\* De esta forma entendemos que se garantiza el derecho de defensa en juicio, y no hay incertidumbre en el proceso.

**2.-** Debe tenerse especial consideración de los sujetos que peticionen la inversión de la carga de la prueba, teniendo especial relevancia los casos de mala praxis médica, casos de simulación, casos donde sean parte los consumidores y usuarios.-