

El Dinamismo Probatorio en la Práctica Judicial Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba a la Luz del
Código Civil y Comercial de la Nación

Betiana Emilce Fernández

Universidad Empresarial Siglo XXI

Maestría en Derecho Procesal



Director de tesis: Dr. Maximiliano Rafael Calderón

Mayo de 2021

Contenido

Capítulo I.....	3
1. Introducción.....	3
2. El Problema.....	4
3. Justificación del Problema.....	7
4. Evolución del Concepto de Cargas Probatorias.....	8
4.1 Carga Estática:.....	11
4.2 Carga Dinámica.....	13
5. Evolución Doctrinaria y Jurisprudencial del Dinamismo Probatorio en la Argentina.....	14
Capítulo II.....	18
1. Pautas Generales de interpretación y Aplicación del Dinamismo Probatorio.....	18
2. Recepción legislativa.....	19
2.1 Sustancial:.....	19
2.2 Procesal:.....	20
3. El Dinamismo Probatorio en los Ordenamientos Procesales Provinciales.....	20
4. Conclusiones doctrinarias.....	23
Capítulo III.....	24
1. Principio Dispositivo vs. Flexibilización Procesal.....	24
2. La Debida Armonización entre la Flexibilización Procesal y el Deber Establecido en el Art.3 del Código Civil y Comercial de la Nación.....	26
3. Análisis Dogmático del Art.1735 del Código Civil y Comercial de la Nación. Principales Cuestiones.....	28
4. Distinción de la Carga Dinámica de la Prueba con el Deber de Colaboración de las Partes.....	32
Capítulo IV.....	34
1. El Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.....	35
2. Aplicación Práctica del Dinamismo Probatorio a Partir de la Reforma Legislativa. Algunos Fallos.....	36
3. El dinamismo Probatorio a Partir de la Implementacion del Proceso Civil por Audiencias.....	43
4. Necesidad de una Reforma Procesal.....	49
Capítulo V.....	50
Conclusión.....	50
Referencias bibliográficas.....	56
Bibliografía.....	57

Capítulo I

1. Introducción

El primero de agosto del año 2015, entró en vigor un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, presentando un neto corte activista que fue cobrando fuerza a lo largo de los años transcurridos.

Desde un primero momento me planteé no involucrarme en el análisis de los cuestionamientos o críticas a la filosofía adoptada por los legisladores y así, mantenerme al margen de cualquier intento de recreación de la inagotable discusión entre garantistas y activistas para centrarme en la posición que efectivamente asumió el novel cuerpo legal.

Bajo ese lineamiento, comienzo a introducirme en el desafío de analizar una de sus notas a mi criterio más distintivas, que ha sido la incorporación de diversos institutos jurídicos procesales que han nacido al amparo de la doctrina activista y consecuentemente con ello, la circunstancia de haberse otorgado a los jueces un abanico de facultades que les permitiera poner en práctica la mentada flexibilización procesal en sintonía con los nuevos paradigmas en la materia.

En particular, me ocuparé de una de las manifestaciones más claras de esta tendencia, cual es la recepción expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que implica justamente un desplazamiento de las reglas clásicas en materia probatoria.

En el presente trabajo, haré una descripción de la evolución de esta teoría, hasta llegar a la consagración expresa que de la misma que hace el Código Civil y Comercial de la Nación con la incorporación de la norma del artículo 1735 (dentro de las disposiciones que regulan la responsabilidad civil) y a partir de allí procuraré resaltar los interrogantes más preponderantes que emergen de la recepción legislativa, en orden a establecer la necesidad de su regulación, el verdadero alcance, y eventuales limitaciones que puede acarrear la interpretación y aplicación literal de la norma como así también las derivaciones prácticas desde la óptica procesal civil. Por ello, solo mencionaré tangencialmente los demás aspectos que rodean la cuestión de la carga probatoria dinámica, tales como constitucionalidad de su aplicación, y su relación con otros institutos procesales, a los fines de brindar un adecuado contexto teórico

que permita comprender el abordaje pragmático de la cuestión. Finalmente, transpolar el análisis general a la particularidad de la praxis judicial de la Provincia de Córdoba lo que posibilitará en definitiva dilucidar de qué manera ha impactado la reforma en ella y cuáles son las herramientas procesales que ha utilizado o utiliza el juzgador para hacer operativo el instituto teniendo en cuenta la ausencia en nuestro Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba de una norma procesal expresa que la regule, verificaré si las resoluciones judiciales locales reflejan criterios de aplicación uniformes o si por el contrario aparece necesaria una reforma procesal en tal sentido, en cuyo caso, ensayaré una propuesta sobre la base de resultado del análisis proyectado y de la comparación con otros ordenamientos procesales que se irán describiendo a lo largo del trabajo.

Asimismo, abordaré la inevitable relación de la temática en cuestión con la posterior implementación en nuestro ordenamiento local del denominado proceso civil por audiencias con la sanción de ley Provincial 10555 y la incorporación de la audiencia preliminar considerando que con esta norma se produce un cambio del estado de la discusión del dinamismo probatorio.

2. El Problema

El Código Civil y Comercial de la Nación ha consagrado el dinamismo probatorio en los artículos 710¹ y 1735. Como he señalado, el presente trabajo se circunscribe a la recepción legislativa en materia de responsabilidad civil consagrado en la segunda norma mencionada, en cuanto reza:

Art. 1735: *“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.*

De esta disposición, surge prima facie, dos cuestiones controversiales:

Por un lado, la limitación (al menos, en la redacción legal) de la aplicación del dinamismo probatorio para acreditar solo el factor de atribución, obligando a analizar si la regulación tal como ha sido

¹ **Art.710:** “Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar” (esta norma se funda en la necesidad de morigerar el principio dispositivo en los procesos de familia para alcanzar la verdad real).

concebida es suficiente, adecuada o completa o, si, por el contrario, debe extenderse a los demás presupuestos de la responsabilidad civil.

Al respecto, cabe reflexionar que una interpretación literal de la norma conduce a afirmar que las cargas dinámicas constituyen un criterio genérico para acreditar o excluir la responsabilidad civil, limitando la posibilidad de modificar la regla clásica de distribución de la carga probatoria solo para acreditar el factor subjetivo de atribución. Deja de lado la aplicación del criterio en lo que respecta a la prueba del nexo de causalidad. Esta exclusión es discutible en virtud de que la causalidad del daño siempre se encuentra estrechamente vinculada con la culpabilidad del agente.

Prestigiosa doctrina cordobesa (Zavala de González, González Zavala, 2015) al referirse al Art. 1735, con anterioridad a su entrada en vigencia, se manifestaron en contra del criterio de interpretación que acota la aplicación del dinamismo probatorio solo a la prueba del factor de atribución, llegando a afirmar que aunque haya sido la intención legislativa, la causalidad no queda afuera de la aplicación del instituto bajo análisis, puesto que la acreditación de la culpabilidad con frecuencia absorbe una conclusión afirmativa sobre causalidad, criterio que comparto.

Contrariamente a esta postura, Calvinho (2016) que se enrola en una posición garantista y, por ende, promueve reducir al máximo el campo de aplicación del artículo 1735, excluye toda posibilidad de extender esta facultad a otros supuestos de responsabilidad civil y remarca “al ser una variante asistemática y excepcional, no debe hacerse extensivo a otros supuestos que no estén previstos legalmente. Quien lo haga viola ley” (pag.96).

Por otra parte, el aditamento de la facultad del juez de comunicar a las partes que se aplicará el criterio, cuando lo considere pertinente- oportunidad y forma- cuestión ya más vinculada al problema que se aborda en este trabajo. Pues, nos encontramos ante una norma procesal, plasmada en el código de fondo, de dudosa o al menos perfectible redacción, que deja abiertos muchos interrogantes en cuanto a su operatividad, considerando que su efectiva aplicación práctica será viable si los ordenamientos procesales provinciales cuentan con herramientas que permitan su aplicación, aun en ausencia de una disposición expresa. Dicho, en otros términos, la cuestión radica en determinar cuáles serán los criterios que deberán adoptar los ordenamientos procesales o los magistrados para posibilitar la aplicación uniforme del

instituto, haciendo el foco en cómo se viene resolviendo la situación según el procedimiento y la praxis civil y comercial de la Provincia de Córdoba.

En este aspecto, la norma bajo análisis tanto en el título del artículo 1735 “*facultades judiciales*” cómo en su expresión el “juez podrá”, deja en manos del juzgador decidir la aplicación de la carga dinámica y en su caso, la comunicación a las partes de esta circunstancia. Está claro que el legislador tomó la precaución de no consagrar expresamente una atribución vinculante, quizás, con esta redacción tibia adopta una posición condescendiente con el sector de la doctrina que ve en la aplicación de la carga dinámica de la prueba una afectación del derecho de defensa, de allí también se haya insertado esta facultad discrecional de comunicar, sin definir la oportunidad para hacerlo, ni tampoco establecer consecuencias en caso de omitir el aviso, lo que sin dudas constituye material de especial interés procesal que presenta innumerables aristas prácticas o variables de interpretación y aplicación que serán abordadas.

Tanto Zavala de González (2015), como Peyrano (2016) consideran que el anuncio judicial es innecesario, sobre todo teniendo en cuenta que, debido a la amplia recepción jurisprudencial del dinamismo probatorio, su aplicación ya no importaría ninguna sorpresa para los litigantes, que de antemano sabrán que el juez puede adoptar esa postura al dictar sentencia. De hecho, el Art.710 no lo prevé.

Lo cierto es que la comunicación está prevista, y el juez puede -según su texto- realizarla durante el proceso. Esta previsión, reitero, conduce a analizar el criterio de necesidad, de oportunidad y la modalidad en que el juez efectuara esta comunicación.

La respuesta al problema llevará a indagar distintas alternativas o instrumentos de solución utilizados por los jueces de la provincia de Córdoba antes y después de la reforma legislativa, considerando que no hay en el procedimiento civil y comercial -ley 8565- una norma específica que regule la aplicación de la carga dinámica de la prueba de manera general y comparar distintas herramientas procesales que surgen de otros ordenamientos como por ejemplo la adopción de una audiencia preliminar como la prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ² que hace las veces de “despacho

² Audiencia preliminar. ART. 360 C.P.C.C.N: A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

saneador”, más recientemente, la audiencia preliminar prevista en la ley 10555 que instaura en nuestra provincia (para algunos juicios y determinados juzgados) el proceso por audiencias y que a partir de su entrada en vigencia el 1/2/2019 viene a irrumpir en el estado de la situación relativa a la disposición probatoria y otros mecanismos que han ido implementando los jueces locales con criterios bastante asimétricos que corresponde examinar para esclarecer el escenario de actuación actual en que debemos desenvolvernos los operadores jurídicos en nuestro ámbito local y su inevitable impacto en los derechos de los justiciables.

3. Justificación del Problema

Habiendo señalado cuales son las principales cuestiones problemáticas del instituto bajo análisis y bajo el hecho innegable que la doctrina de la carga dinámica probatoria venía aplicándose en nuestro país y en nuestra provincia desde mucho tiempo antes de la recepción legislativa, sobre todo en materia de mala praxis médica, es importante avanzar y agotar la discusión de los aspectos planteados, pues, más allá de las bondades o desaciertos que puedan adjudicarse a estas disposiciones que receptan el dinamismo probatorio, su importancia radica en dejar plasmado la adopción de un derecho más flexible.

Ello, implicará para los jueces la tarea de administrar con equilibrio esta facultad debido a que su aplicación produce una alteración del principio dispositivo que rige nuestro proceso civil. No es de menor importancia, la circunstancia de que la amplia discrecionalidad que se otorga a los jueces da lugar a resoluciones diversas, no tanto en la valoración sino en implementación u omisión del aviso a las partes, la oportunidad y forma en que se llevará a cabo la misma poniendo en el tapete otra temática procesal de trascendencia cual es la del rol del juzgador.

-
- 1) Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos.
 - 2) Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 del presente Código debiendo resolverse en el mismo acto.
 - 3) Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.
 - 4) Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.
 - 5) Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario, o en su caso, en el prosecretario letrado.
 - 6) Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

En definitiva, las amplias facultades que detentan los jueces no los exime de emitir resoluciones razonables en los términos del Art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que deberán ser prudentes en materia de flexibilidad probatoria, debiendo evitar el desplazamiento del onus probandi cuando la prueba es posible de ser producida por quien alega el hecho, reservándose la aplicación de la carga dinámica para los supuestos que denoten una auténtica inferioridad de quien tendría la carga de probar.

Así, delimitar el alcance de la facultad, unificar los criterios y en su caso, regular de manera general su aplicación contribuye a dotar al sistema de seguridad jurídica y cumplir con la garantía de la tutela judicial efectiva que surge de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de raigambre constitucional a partir de la incorporación de este instrumento a nuestro derecho interno según lo dispuesto en el Art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional.

Para ello, los procedimientos deben ser armónicos con las normas de fondo, utilizando reglas claras en miras de mantener el equilibrio procesal de las partes, de manera que la flexibilización no destruya el andamiaje dispositivo en que se basa el sistema procesal en general y el procedimiento civil y comercial de Córdoba en particular promoviendo una justicia de mejor calidad que se traduce en ágil, eficiente y oportuna para todos los ciudadanos. -

4. Evolución del Concepto de Cargas Probatorias

Partir de nociones clásicas de carga procesal nos permite visualizar al derecho adjetivo en constante evolución.

Es unánime la doctrina procesal en reconocer que fue introducida en la ciencia procesal por Goldschmidt, fundado en que el proceso no es una relación jurídica unitaria, fuente de derechos y obligaciones, sino una situación jurídica dinámica, fluida y mutable, fuente de expectativas, posibilidades y cargas. Las definió como la "situación de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal" y que como imperativo del propio interés ocuparía en el proceso el lugar de las obligaciones del derecho de fondo. (1936, pag. 201)

Luego, Carnelutti (1959) citado por Calvino (2016. Pag.15) parte de una distinción entre carga y sujeción. El clásico autor describe la carga procesal como la fuerza que suministra el interés en litigio para el movimiento del proceso que puede ser contrabalaceada por otros intereses de la misma parte en conflicto con él.

En esa misma línea, Couture (1993, pag.211) nos enseñaba que "carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en el interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él"

Devis Echandía (1974) citado por Calvino (2016. Pag.18) la definió de la siguiente manera:

Es el poder o facultad (en sentido amplio) de ejecutar libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

Peyrano (1997, pag.21) por su parte, afirma que:

La carga procesal es un "imperativo del propio interés" (por ende, de naturaleza incoercible) impuesto a una parte, cuyo cumplimiento puede, eventualmente, traducirse en una ventaja procesal o -por lo menos- en evitarse una desventaja procesal. La carga procesal se singulariza por contribuir a la integración y desarrollo del proceso.

Dicho de modo más llano, es aquella actitud que según la ley deber asumir el sujeto procesal y cuya omisión le acarreará una consecuencia gravosa o desfavorable en el proceso.

Puede decirse, sin riesgo a equivocarnos, que el concepto de carga procesal encuentra su máxima expresión en la carga de la prueba y que existe entre ellas una relación de género a especie.

Al igual que ocurre con el concepto de carga procesal, existen innumerables definiciones del instituto de carga de la prueba, algunas más rígidas como la elaborada por Couture (1993 pag.241) que siguiendo la línea de su concepto de carga procesal sostuvo que *“carga de la prueba quiere decir en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”* y otras definiciones como la de Rosenberg (1956) que es aportada por González Saber (2017) y a mi criterio resulta más acorde – por su practicidad- para delinear el camino que nos llevará hacia la carga dinámica, en cuanto expresa:

Consecuentemente, la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanación del interés natural que tienen en el éxito del proceso, como una necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso. Por eso sumamos la expresión neutral y acostumbrada: carga de la afirmación y de la prueba, mediante la cual, al mismo tiempo, se pone en evidencia que se vincula una desventaja a la omisión de la actividad afirmadora y probadora, a saber, el rechazo de la solicitud y, en el procedimiento de fallo, la pérdida de proceso. (pag.38)

Con relación al concepto de prueba, seguimos con el aporte de Couture (1993) que hace una interesante distinción entre la prueba en sentido jurídico procesal como método de comprobación, averiguación y corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio y desde la perspectiva de las partes como una forma de crear la convicción del magistrado agotando los recursos que tengan a su alcance.

Ahora bien, resulta sumamente importante remarcar que la noción de carga de la prueba cobra relevancia justamente allí donde la prueba diligenciada o producida ha sido insuficiente para crear la convicción antes mencionada porque se refiere a la distribución del riesgo de no haber probado.

Hecha esta conceptualización preliminar y previa al análisis del dinamismo probatorio, resulta muy atinado y esclarecedor introducir una distinción que ha marcado Jesús J. González Saber (2017).

Este referente doctrinario, sostiene con acierto que para avanzar en un concepto claro de *dinamicidad* es preciso partir de la *estaticidad* de la carga de la prueba, en tanto constituyen dos caras de una misma

moneda. Esta idea que así planteada, parece elemental no fue muy desarrollada como “contrapunto” por otros tantos autores que se ocuparon de la carga dinámica de la prueba antes y después de la reforma.

4.1 Carga Estática:

Tomando la línea expositiva del autor citado, se entiende que cuando se hace alusión a la carga estática de la prueba se prevé un método objetivo a los fines de determinar sobre quien pesa la carga procesal de probar, teniendo en cuenta que el juez no puede recurrir al “*non liquet*”, es decir no puede dejar de resolver una causa porque no lo ve claro o no tiene elementos suficientes para ello.

De manera que, el concepto de carga probatoria posee una doble dimensión. Por un lado, una imposición de determinadas conductas para el sujeto procesal que como vimos le acarrearán consecuencias desfavorables en caso de no ejecutarlas y por otro, una regla de juicio para el magistrado de las que podrá valerse para fallar en caso de no contar con la prueba de los hechos litigiosos.

Para hacer esa determinación de distribución de la carga probatoria se formularon distintos criterios que partieron de colocarla solo en cabeza del actor, propia de las fórmulas del derecho justiniano, como enunciador del hecho que pone en marcha a jurisdicción, que cobraba sentido en la medida que el demandado se limitara a negar. Luego, ante la posibilidad que el demandado afirma un hecho distinto al invocado por el actor, sea a través de la interposición de una excepción o del planteo reconvenional el criterio de determinación varía para basarse en la clasificación o naturaleza de los hechos a probar, es decir, si son constitutivos, extintivos, convalidativos o impeditivos.

Devis Echandía (1988) según cita de Maciotra (2020) observa que este criterio encontraba el obstáculo de la inexistencia de categorías rígidas de los hechos, señalando que un mismo hecho podría ser constitutivo o extintivo *según el efecto jurídico perseguido* y con ello, arriba a un concepto de carga de la prueba que prescinde del rol de la parte procesal y que es receptado en el primer párrafo del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que dice:

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.

Esta posición es superada luego por Rosenberg según cita de Gonzalez Saber (2017) que fundamenta su criterio de carga de la prueba atribuyendo su “peso” en quien invoca el presupuesto favorable de una norma como fundamento de la pretensión y que es la que adopta el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando en su segundo párrafo que señala:

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.

Para este autor, la carga de la prueba es un problema de aplicación del derecho, aunque se ha criticado su formulación por referirse a las normas invocadas, siendo relevantes las normas que efectivamente aplique el juez en el marco del “*iura novit curia*”.

Por ello, para complementar la tesis anterior, Micheli (1961) citado por Arazi (2008) desarrolla lo que se conoce como la “Teoría de la regla de juicio” debido a que considera que la carga de la prueba está dirigida especialmente al juzgador, con el objeto de brindarle un elemento para resolver las causas y sobre esa base, distribuir la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido y determinado necesariamente por la norma sustancial, siendo irrelevante la naturaleza del hecho a los fines de la carga.

Como corolario de todo lo expuesto, es importante destacar que, estas reglas fijas para distribuir de modo estático la carga de la prueba, pueden estar contempladas de modo legislativo o en su defecto, - restrictivamente- de modo judicial.

Hay autores como Couture (1993) que no admiten de ninguna manera otro método de determinación que no sea el legal, ya que obviamente es el que mayor garantía de igualdad procesal ofrece a la par que protege la seguridad jurídica, pues, siendo la ley la que regula su aplicación, el error judicial implica violación de dicha norma y por lo tanto cuestión de derecho.

En general, con relación a la carga de la prueba los procesalistas apuntan al máximo resguardo en el sentido de propiciar una determinación legal, objetiva, abstracta, anticipada y con el contenido expreso con relación a las consecuencias en caso de incumplimiento de la carga prevista.

No obstante ello, tal como señala González Saber (2017) la circunstancia que la distribución de la carga de la prueba esté contemplada en el texto de la ley no garantiza que se trate de un método de determinación estático, lo que queda en evidencia con la redacción del artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación que contiene una previsión legal respecto de la distribución de la carga de la prueba y a la vez que faculta al juez a aplicar un método dinámico en base a un criterio subjetivo, y en este caso, la cuestión de la carga dinámica de la prueba pasa a ser una cuestión de hecho y no de derecho.

La determinación judicial de la carga de la prueba por contraposición a lo que se viene desarrollando se refiere a la facultad discrecional del juez para establecerla en el caso concreto. Más allá de esta postura, que encuentra franca resistencia en los doctrinarios, la realidad nos muestra que el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado este criterio en el artículo 1735, aunque podemos decir, que con carácter complementario considerando una interpretación armónica con el artículo 1734 y de las demás normas del Código Civil y Comercial en donde claramente se mantiene las reglas ordinarias de la carga de la prueba tales como los artículos 546, 890, 894, 1734, 1736, 2265, etc.

La mayoría de los códigos procesales civiles y comerciales de nuestro país prevén la determinación legal de la carga de la prueba y el método estático³, otros proponen determinación legislativa bajo el método dinámico⁴ y uno pocos como los códigos procesales de Jujuy, Mendoza y Santa Fe que no contemplan reglas de determinación de la carga de la prueba.

Nuestro código adjetivo lo recepta de manera estática solo en el artículo 548:

“Corresponderá al demandado la prueba de los hechos en que funde las excepciones. Al oponerlas deberá ofrecer los medios de que haya de valerse bajo pena de inadmisibilidad y pedir la apertura de la prueba si fuere necesaria para diligenciarla...”

Como método regulatorio la previsión legal en cuanto a la distribución de la carga de la prueba parecería ser el más aceptado e idóneo para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica siempre que se adopte el método estático.

4.2 Carga Dinámica

³ Art.375 C.P.C.y C. Buenos Aires; Art.355 C.P.C.y C. Chaco; Art.381 C.P.C.y C. Chubut; Art.363 C.P.C.y C. Entre Ríos; Art.187 C.P.C.y C. La Rioja; Art.302 C.P.C.y C. Tucumán; Art.377 C.P.C.y C. Catamarca; Art.381 C.P.C.y C. Chubut y Ots.

⁴ Art.377 C.P.C. yC Corrientes; Art.374 C.P.C.y C Formosa; Art. 379 Misiones; Art.340 San Juan; Art. 382 Santiago del Estero; Art.360 La Pampa; Art.355 Santa Cruz.

Contextualizar el problema inicialmente planteado, impone como primera medida definir la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Para ello, siguiendo la sugerencia de Peyrano (2016) tomaré la concepción elaborada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en el año 1993 en las Termas de Río Hondo.

Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquella produzca consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe especialmente ser cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentra en mejor situación para producirla, porque normalmente, la misma también está en mejores condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.

Desde la irrupción de este concepto en la doctrina jurídica argentina, de la mano del autor citado y Chiapini (2001), se le reconoció inicialmente importante fuerza para paliar situaciones de desequilibrio, de injusticia que sucedían especialmente en el ámbito de la mala praxis médica y luego se fue ampliando el ámbito de aplicación a otras materias de índole laboral, familiar y hasta en el terreno penal.

Peyrano (2004) señalaba que su aplicación se justificaba en caso extremos, cuando la utilización del reparto legalmente determinado acarrearía consecuencias claramente inconvenientes e inicuas.

5. Evolución Doctrinaria y Jurisprudencial del Dinamismo Probatorio en la Argentina

Paulatinamente, algunos jueces comenzaron a aplicar esta teoría, con resistencia y críticas por otros sectores doctrinarios que se enrolan en posturas garantistas.

Puede señalarse que la primera aproximación jurisprudencial en el país al dinamismo probatorio se remonta al año 1957 cuando la Corte Suprema – sin hacer mención del instituto, pero sí a la disposición de la prueba por parte de los sujetos procesales- se expide en la causa judicial “Perón, Juan Domingo”⁵ dejando sentado que:

En materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas (que toda legislación seria debe respetar en primer término) son las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de legitimidad de su enriquecimiento y no el Estado la de ilegitimidad: es aquél quien está en mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto para éste existiría, sino una imposibilidad, una grave dificultad evidente.

Sin embargo, será cuarenta años después que se advierte un cambio de panorama, y es cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación recepta de la teoría de la carga dinámica de la prueba a partir del caso “Pinheiro”⁶, pues, es reconocido como el verdadero espaldarazo para la doctrina. Allí, nuestro máximo tribunal sostuvo:

...en el tema de la mala praxis médica debe acatarse -en principio- el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como le son aplicables las normas de la culpa subjetiva. No obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida” que hace recaer en quien se halla en mejores condiciones de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (médico o entidad hospitalaria), por tener conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso.

En autos “Ramón, Juan v. LR3 Radio Belgrano y otros”⁷ se resolvió:

⁵ Pub.LL, 87-110

⁶ Conf. Resolución de la Corte Sup., 10/12/1997, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro v. Instituto de servicios sociales para el personal ferroviario”, Revista de Derecho Procesal n° 3, Rubinzal-Culzoni.

⁷ Pub.LL 1998-B-299.

La doctrina de la real malicia como criterio de evaluación de la responsabilidad de los periodistas y medios de comunicación provoca un agravamiento de la carga probatoria que incumbe al funcionario público, pues si bien el medio periodístico -en función del régimen de las cargas probatorias dinámicas – no queda eximida de probar lo que le es propio, queda en cabeza de dicho funcionario la necesidad de acreditar no solo la inexactitud de la información difundida, sino también muy especialmente, que el órgano de prensa obró de modo descripto, es decir, con real malicia, situación que la distingue de la que concierne a otras personas afectadas por noticias vinculadas a su vida privada, a quienes les basta probar la inexactitud del hecho que se ha difundido, deduciéndose de ello la existencia de, por lo menos, culpa.

Otra referencia clara al instituto que hace la Corte Suprema de la Nación lo encontramos in re “San Martín Aguiar, Julio C. y Otro”⁸ en oportunidad que señalo:

Las reglas que rigen la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, dada a la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal.

Se fue gestando de ese modo el dinamismo probatorio en nuestro ordenamiento jurídico y abriéndose camino firmemente a lo largo de muchos años, pero siempre con la valla infranqueable que significaba carecer de reconocimiento legal. Esta circunstancia, resultaba ser el principal argumento en que se basaban los detractores para resistir la aplicación de la teoría, ya que sostenían que no podía aplicarse por no estar legisladas, por no adecuarse al sistema procesal imperante, por vulnerar principios procesales y la garantía constitucional de defensa en juicio.

Con la recepción legal, se puede afirmar que, si bien ese argumento principal se va diluyendo, muchos otros aún siguen vigentes como consecuencia de la redacción de las normas, de la metodología y

⁸ Del voto en disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert- LL. 1999-C-137; DJ.1999-2-578.

de la falta de compatibilización en muchos casos entre la norma sustantiva y la adjetiva y otras circunstancias que se irán develando en la medida que se profundice en el análisis de los textos normativos.

En alusión a lo que vengo señalando, Peyrano (2004) ha criticado esta falta de recepción, al manifestar:

Sin embargo, persisten algunas resoluciones que, no obstante aprovechar su ideario no mencionan la teoría en estudio, viniendo entonces a invocar una suerte de carga probatoria "esbozada" agregando más adelante....."Si en algún aspecto subsiste el "ostracismo" de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es en el plano legislativo.... No importa. Lo que sí interesa es que más allá de su consagración legislativa la doctrina de las cargas probatorias dinámicas "vive" y opera a lo largo y a lo ancho del mapa jurídico argentino.

Finalmente, el anhelo de quienes promovieron el dinamismo probatorio se concretó. Lo que en el texto citado surge como un anhelo o una expresión de deseos se materializó con la nueva norma sustancial. Si bien como señalé, la carga dinámica de la prueba ya había sido receptada en nuestro sistema jurídico por la doctrina, la jurisprudencia y aún por nuevas leyes especiales⁹, puede inferirse que la falta de reconocimiento legal nunca fue óbice para su reconocimiento jurisprudencial y doctrinal, aun muchos años antes de la incorporación. Tal es así, que Couture (1993) propiciaba la flexibilidad incorporando una norma específica en su proyecto del año 1945 que se trasladó al Código General Procesal Paraguayo del año 1989, y Roland Arazi (2000) ya se refería al "ocaso" de la doctrina tradicional de la carga de la prueba.

Lo cierto es que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación corroboró que la teoría dio sus frutos, y parafraseando a Peyrano, había llegado a su punto de madurez, condición que requieren los institutos jurídicos para ser plasmados en el ordenamiento positivo.

⁹ Ley 24240. Art.53: Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Por las consideraciones efectuadas precedentemente, es que se sostiene que la regulación de las cargas dinámicas nació como doctrina de origen pretoriano, lo que explica que haya sido formulada como excepción a las reglas de distribución de la carga probatoria y resulta aplicable a todo caso de prueba difícil.

Para dar un cierre al marco teórico es necesario plasmar que los fundamentos y utilidad de la doctrina y ahora norma positiva se vinculan con la concepción publicista del proceso, como instrumento de búsqueda de la verdad real. Desde el punto de vista procesal, la adjudicación del *onus* a la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar importa la materialización del deber de colaboración procesal, principio rector de las nuevas concepciones del proceso, lo que puede traducirse en un “dispositivismo atenuado” que una vez más, entra en pugna con el procedimiento civil tradicional cuyo eje rector es el principio dispositivo pleno.

Capítulo II

1. Pautas Generales de Interpretación y Aplicación del Dinamismo Probatorio

De acuerdo con lo que se ha expuesto anteriormente, la teoría de la carga dinámica nace una respuesta a la necesidad de atemperar las reglas clásicas en materia de distribución de carga probatoria virando de un criterio objetivo hacia uno subjetivo que apunta a la parte procesal que se encuentra en mejores condiciones de disponer de la prueba por cuestiones técnicas, científicas, profesionales o fácticas.

Sin embargo, la correcta interpretación del instituto exige partir de la premisa que su recepción de ninguna manera implica la derogación de las normas tradicionales que regulan la carga probatoria.

La doctrina que promueve la aplicación del dinamismo probatoria es unánime en sostener que su aplicación es excepcional y de carácter restrictivo.

Como una derivación de lo señalado anteriormente, la aplicación no exime a las partes “ab initio” del esfuerzo probatorio o al menos de la intención de probar, ni siquiera releva del esfuerzo probatorio a la

parte que resultará favorecida con el desplazamiento del *onus probandi*, circunstancias que, además, podrán ser especialmente consideradas en materia de valoración de la conducta que ellos siguen en el proceso y que en principio no debería confundirse con el dinamismo probatorio.

2. Recepción legislativa

2.1 Sustancial:

Volviendo al punto inicial, el Código Civil y Comercial de la Nación, introduce diversos cambios en materia de responsabilidad civil¹⁰ sumado a la incorporación de variadas normas de naturaleza adjetiva¹¹. Al respecto, Baracat (2015) señala que con esta intromisión el codificador persigue garantizar la eficacia jurídica de los derechos subjetivos sustantivos consagrados y en definitiva la afirmación del derecho sustancial receptado.

En relación con el tema que nos ocupa, en materia de la función resarcitoria de responsabilidad civil, incorpora tres normas relativas a la carga de la prueba en los que no existe un desplazamiento de esta y que responden a un mecanismo de distribución estático, para los factores de atribución y eximentes - contemplado en el artículo 1734-; para la relación de causalidad – artículo 1736- y para la prueba del daño - artículo 1744- . En el primer supuesto, se mantiene la regla general que recepta el criterio clásico en materia de *onus probandi*, ya que, dispone que la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien la alega, siguiendo así la línea del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y códigos procesales provinciales que adoptan ese régimen.

Según esta norma del artículo 1734 quien pretenda una indemnización por negligencia o culpa deberá acreditarla y quien invoque un eximente deberá probarlo.

En lo referido a la prueba de relación de causalidad, el artículo 1736 establece también que la carga corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma, mientras que la causa ajena o la imposibilidad de cumplir corresponderá a quien la invoque la ruptura del nexo causal.

¹⁰ Cabe destacar en este sentido, la eliminación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, la consagración de la función preventiva del daño por sobre la función resarcitoria; la incorporación de las obligaciones concurrentes y la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado.

¹¹ Arts. 890, 894, 1734, 1736, 2265

Con relación a la prueba del daño, contemplado en el artículo 1744 dispone que debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

Sobre este esquema de reglas procesales para aplicar a los elementos que configuran el deber resarcitorio en materia de responsabilidad civil en el código de fondo, el legislador introduce facultades judiciales en el ya transcrito artículo 1735 alterando en la regla sentada en su artículo precedente.

Así, la norma sustantiva deja prevista la facultad judicial de distribuir las consecuencias de la falta de prueba de la culpa y de la actuación con la debida diligencia acogiendo expresamente la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, limitada a la prueba de los factores de atribución de la culpa y sus eximentes, por lo que, en principio y según una interpretación literal no se aplicarían a otros supuestos.

Otro aspecto que contempla la norma, relacionada a este *poder-deber* otorgado a los jueces es que de considerarlo pertinente deberá durante el proceso comunicar a las partes que hará uso del criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa., lo que será analizado específicamente más adelante.

2.2 Procesal:

El legislador ha querido marcar lineamientos generales en materia de carga de la prueba en pos de garantizar la eficacia de la norma. Sin embargo, resulta innegable que ello solo resultaría operativo en la medida que su recepción sustancial sea compatible con la procesal. Es decir, es condición necesaria que los procedimientos provinciales cuenten con los dispositivos adecuados para poner a la norma en acción, es especial, para lograr la aplicación plena del criterio dinámico.

3. El Dinamismo Probatorio en los Ordenamientos Procesales Provinciales

Se ha señalado que la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales cuentan con reglas generales en materia de carga probatoria y se asientan sobre criterios estáticos, a excepción de Jujuy y

Santa Fe que no contienen previsiones normativas generales en este sentido. Córdoba contempla la carga de la prueba en el artículo 548 del C.P.C. referido a la sustanciación del juicio ejecutivo.¹²

Dentro de los que poseen previsiones relativas a la carga – que son veintidós provincias- solo encontramos en algunos códigos de procedimientos civiles y comerciales incorporan el dinamismo probatorio.

La provincia de Santa Cruz adecuó su procedimiento civil y comercial a la norma de fondo, así, el 24/11/2015 sanciona la ley 3453¹³ que introduce importantes modificaciones en el Código Procesal Civil y Comercial Ley 1418 - y recepta el criterio dinámico en su artículo 355¹⁴ que se redacta en base a los lineamientos de la norma sustantiva. Tiene la particularidad de establecer la oportunidad procesal para determinar la aplicación del criterio por parte del juez, previéndola en una audiencia preliminar y otorga la facultad de las partes de ampliar la prueba.

Asimismo, encontramos recepción legal del criterio en el Código de procedimiento Civil y Comercial de La Pampa, concretamente en su artículo 360¹⁵. El código procesal civil y comercial de Misiones lo incorpora en el artículo 379.¹⁶ El procedimiento civil y comercial de la provincia de San Juan en su artículo 340¹⁷; Santiago del Estero lo recepta en el artículo

¹² Artículo 548: “Corresponderá al demandado la prueba de los hechos en que funde las excepciones. Al oponerlas deberá ofrecer los medios de los que haya de valerse, bajo pena de inadmisibilidad, y pedir la apertura a prueba, si fuere necesario para diligenciarla. En los casos previstos en los incisos 6) y 7) del artículo anterior, el escrito de excepciones se rechazará sin más trámite cuando no se acompañe la documentación respectiva.”

¹³ Publicada en el Boletín Oficial -Gobierno de la Provincia de Santa Cruz- Año LX N° 4991, Río Gallegos, 2411/2015.

¹⁴ Artículo 355: “carga de la prueba. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma o normas que favorezcan su pretensión, defensa o excepción. No obstante, si el juez en la audiencia preliminar estimare que una de las partes está en mejores condiciones de probar los hechos, así lo hará saber, recayendo en ella la carga de la prueba. En tal supuesto esta podrá ampliar la prueba ofrecida, dentro de un plazo de diez (10) días.”

¹⁵ Artículo 360: Carga de la prueba. 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 tengan 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. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que, por las circunstancias del caso, se encuentra en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de estos”.

¹⁶ Artículo 379: Carga de la Prueba. Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o el Tribunal no tiene el deber de conocer. Cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoca como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no es probada, el Juez puede investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. A

382¹⁸; Formosa en el artículo 374¹⁹ y finalmente mencionamos el Código de Procedimiento civil y comercial de la provincia de Corrientes que lo incorpora en su artículo 377.²⁰

A diferencia del de la provincia de Santa Cruz, puede advertirse que las normas referidas carecen de precisiones con relación a la oportunidad procesal en que se determinará la aplicación de la carga dinámica, respecto de la forma y oportunidad de comunicación a las partes para que hagan valer su derecho de defensa o referencias a la procedencia de oficio o a pedido de parte.

Además, puede apuntarse que combinan el criterio objetivo y subjetivo de carga probatoria, circunstancia ésta que es criticada por Calvino (2016, pag.92) ya que sostiene que; “esta conmixión

los fines de la aplicación de lo dispuesto en los párrafos anteriores, el juez debe tomar en cuenta la disponibilidad probatoria que corresponde a cada parte del litigio, teniendo en cuenta el deber de colaboración en la búsqueda de la verdad objetiva que resulte inherente”.

¹⁷ Artículo 340.- 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 o tratados invocados por algunas de las partes no hubiera sido probada, será facultad del juez investigar su existencia, su vigencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. En los casos en que el interés comprometido requiera por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto del principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a estas menos difícil aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, ha de entenderse que es la parte a quien corresponde la atención de la carga según las particularidades del caso. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal. Los jueces o tribunales podrán actuar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa.”

¹⁸ Artículo 382.- Carga de la Prueba. Serán objeto de la prueba, los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos de la pretensión respectivamente alegados por las partes, como también los preceptos jurídicos invocados que el juez o el tribunal no tenga deber de conocer. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiera sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. Cada una de las partes tendrá la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Cuando la materia fáctica controvertida lo justifique, el juez podrá variar la regla del apartado anterior y distribuirá la carga de la prueba aplicando el deber de colaboración de las partes, asignando su producción a quien por su situación le sea más cómodo aportarla por tener más fácil o exclusivo acceso a las evidencias por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, según las particularidades del caso.”

¹⁹Artículo 374.- Carga de la prueba. - 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 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. Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso.”

²⁰ Artículo 377: Carga de la prueba. 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 la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa y excepción. Las directivas de esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso”.

sistémica poco alentadora, debido a que una combinación entre una variante objetiva y una subjetiva genera incertidumbre a los litigantes”.

4. Conclusiones doctrinarias

A modo de cierre de este capítulo, resulta interesante considerar las conclusiones a que arribó la doctrina procesal argentina en oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el CCyCN y el Derecho Procesal en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvo lugar en la ciudad de La Plata, 2017²¹ y especialmente lo referido a la carga dinámica de la prueba que por voto mayoritario²² arrojaron las definiciones que se transcriben:

1.- La recepción de la carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación (Arts. 710 y 1735 del CCyCN), sin perjuicio de la discusión que pueda darse acerca de la posibilidad de que el legislador nacional regule esta materia, no ha sido acompañada de la necesaria claridad acerca de sus alcances concretos: supuestos y condiciones de aplicación, diferencia de fuentes, oportunidad y necesidad de su anticipación (aviso previo y preciso) entre otros temas.

2.- Es necesario distinguir dos manifestaciones de la doctrina de la carga dinámica de la prueba: i) carga de probar, ii) carga de producir evidencia. La primera está constituida por el tradicional imperativo de convencer al juez acerca de la veracidad de los hechos que cada parte alega, bajo apercibimiento de que, en caso de no lograr ese impacto al momento de decidir, dicha circunstancia fáctica será considerada inexistente. La segunda, es la manifestación de la carga de la prueba asociada a la aplicación del principio de colaboración en el proceso. Consiste en exigir a quien está en mejor posición relativa para esclarecer ciertos hechos, la carga de aportar los elementos que estén o razonablemente deban estar a su disposición, bajo apercibimiento de extraer de su conducta reticente un indicio contrario a su posición procesal.

²¹ Despacho en comisión que sesión con los votos de los Dres. Falcon, Berizonce, Bermejo, Giannini, Grillo Giocchini, Hitters, Pita, Arruiz, Calvino, Padilla, Balmaceda y Safi.

²² Con despacho en minoría de los Dres. Calvino y Padilla que sostuvieron que la doctrina de la carga dinámica de la prueba es inconstitucional y no debería haber sido incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación por lesionar la garantía del debido proceso.

3.- Una interpretación contextual y armónica de los artículos 710 y 1735 del CCyC, permite afirmar que el nuevo ordenamiento de fondo debiera aplicarse en el sentido señalado en la segunda de las manifestaciones referidas. Es decir, que dichos preceptos solo imponen a la parte que está en mejores condiciones de probar, la carga de colaborar con el esclarecimiento de los hechos (carga de “producir” evidencia). El incumplimiento de dicha carga acarrea como consecuencia la posibilidad de estimar su conducta como un fuerte indicio contrario a su postura en el proceso.”

4.- Sin perjuicio de lo expuesto, sería auspicioso que los códigos procesales locales expliciten los alcances de las cargas probatorias allí impuestas a las partes.”

Tal como lo invocan en el primer punto transcrito, los autores de este documento pretenden esclarecer algunos aspectos y despejar dudas que surgieron de la redacción de la norma. A su vez, el cierre resulta ser una exhortación a las provincias a adecuar sus procedimientos a las nuevas disposiciones, lo que refleja la intención de lograr una máxima compatibilización para garantizar la aplicación del instituto en toda su extensión.

Capítulo III

1. Principio Dispositivo vs. Flexibilización Procesal

A partir de una concepción del derecho como fenómeno cultural y como tal multidimensional, que se construye con la influencia histórica, económica y social, y abordando específicamente las influencias ideológicas sobre el fenómeno jurídico y que resultan innegables, Roberto O. Berizonce (2016) citando a Cappelletti, sostiene que la visión ideológica propone que el estudio del derecho no debe prescindir del análisis crítico de la función de las normas, en conexión con los valores inspirados en concepciones económicas, sociales e imperantes y agrega que cuando las estructuras jurídicas no responden a las exigencias sociales debe investigar sobre las mismas y construir un sistema nuevo.

Si se traslada este análisis ideológico al proceso civil, aparece la relatividad de los principios, normas e instituciones procesales, en base a la realidad creando nuevas categorías que según el autor

citado están en la base una renovada ciencia del proceso. Así, menciona como categorías sobresalientes las relaciones entre los poderes del juez y atribuciones de las partes, la decadencia de las pruebas legales, el resurgimiento del ideal oralístico, la construcción de un sistema de justicia constitucional, social, transnacional.

Vemos como las dos primeras categorías se vinculan estrechamente con el instituto del dinamismo probatorio, porque justamente aparece como una respuesta a las nuevas exigencias sociales.

Siguiendo esta línea de pensamiento, debe considerarse el proceso como instrumento al servicio de finalidades y objetivos de política jurídica en general, y de política judicial en particular y ciertamente, el diseño que se adopte tendrá un fundamento básicamente ideológico. Es muy interesante el planteo del autor citado en cuanto expresa:

Un modelo procesal nace de la combinación de opciones ideológicas y de instrumentaciones técnicas”, seguidamente afirma que: “la dimensión ideológica incide en los modelos de proceso civil, en diversos elementos configurativos, en especial sobre: a) sus fines y objetivos; b) la distribución de los papeles o roles que se asignan al juez y a las partes; c) la estructura del procedimiento; d) la regulación de las pruebas. (Berizonce, 2016, pag.40, 41)

En cuanto a la configuración del modelo, el mismo autor refiere que estamos transitando una etapa de transformación que deja de lado la dicotomía entre la ideología individualista vs. la social, para pasar a un neoliberalismo procesal con sesgos positivistas, pero con carácter publicístico enmarcada en el constitucionalismo y las convenciones humanitarias.

Se advierte aquí, una identificación entre esta definición y los fundamentos de la reforma civil y comercial, con la ya aludida penetración en el derecho procesal y el “llamado” a adecuar los procedimientos civiles y comerciales en las jurisdicciones provinciales.

Esta transformación del fenómeno procesal ha implicado dejar de lado la perspectiva liberal individualista, de la conservación, asentada sobre la autonomía de la voluntad y la libertad irrestricta de las partes, que tienen a su disposición todos los instrumentos procesales para desarrollar una competencia en las que se discuten cuestiones de su interés, con el juez “espectador” que guía el trámite hacia un

resultado formal, sobre la base de un procedimiento dividido en etapas y escrito, para pasar primero a una concepción centrada en la naturaleza pública del proceso ya concebido como realizador del derecho material -no como resultado formal- y finalmente, arribar a una etapa de consolidación de la concepción publicística, enmarcada en la constitucionalización de las garantías procesales y la consagración del concepto de la tutela judicial efectiva que justificará el apartamiento de las reglas procesales, de los procedimientos rígidos y fraccionados y de los formalismos procesales en pos de garantizar la tutela de los derechos humanos.

Estas definiciones conceptuales son las que dan sustento a las discusiones que se generan en torno a esta aparente dicotomía entre el principio dispositivo y la flexibilización procesal. Ello, debido a la existencia de sistemas procesales como el nuestro, contruidos y afianzados sobre el dispositivismo, pero a su vez, enfrentados hoy a una realidad cierta y avasallante que exige flexibilizar las formas, el diseño técnico del proceso, el rol de las partes y del juez, para alcanzar la verdad jurídica objetiva y brindar justicia material, eficiente y efectiva, porque ese es el reclamo permanente de los justiciables.

Uno de los aspectos en donde incide la dimensión ideológica del modelo procesal es el de la regulación de la prueba, en el método para la determinación de los hechos, en la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba. Según la concepción privatista la determinación de la verdad en sí misma no es trascendental, mientras en la publicística resulta una condición para lograr la finalidad del proceso que es obtener una resolución intrínsecamente justa.

Resulta innegable que avanza la flexibilización en cuestiones que merecen mayor protección sea por cuestiones de vulnerabilidad social o de desequilibrio de las partes. Sin embargo, se mantienen inalterables como principios el debido proceso, principios dispositivos y garantías de contradictorio, por lo que no es correcto pensar que estos conceptos se excluyen entre sí.

2. La Debida Armonización entre la Flexibilización Procesal y el Deber Establecido en el Art.3 del Código Civil y Comercial de la Nación

Ahora bien, retomando las consideraciones vertidas en el punto anterior, se ha señalado que los cambios de paradigmas del fenómeno procesal repercuten directamente y con mayor énfasis en el rol del juzgador. Pues, comienza a cuestionarse su tradicional posición de juez técnico, espectador de las actividades desplegadas por las partes en el marco del proceso dispositivo, garante del trámite procesal, de la bilateralidad y contradicción, propio de la concepción privatista, para reconocer la necesidad de ampliar sus poderes-deberes dentro del proceso, dándole participación en concurrencia con las partes, para dejar de lado aquel juez espectador y convertirse en el juez director y ordenador del proceso, según el modelo publicista.

Así, nace la corriente procesal “activista”,²³ aludiendo al rol activo que se asigna a la jurisdicción en el descubrimiento de la verdad, con potestad para disponer de la prueba más allá de la actividad de las partes, justificado en el fin público de obtener decisiones justas.

Al respecto, como señala Berizonce (2016) ello generó para el juez un deber concreto de búsqueda de un resultado intrínsecamente justo y no simplemente formal, que se orienta a la materialización de la justicia como resultado final de la función pública jurisdiccional. De su lado, la constitucionalización de las garantías procesales, tanto como su mayor amplitud protectoria por la consagración del derecho fundamental a la tutela judicial eficiente y sus consecretarios, vinieron a incidir en el reforzamiento del esquema publicístico y, con ello, de los poderes-deberes ordenatorios e instructorios del juez, que resultan inherentes a la función de juzgar.

Es decir, el activismo resalta la figura del juez, le atribuye mayores responsabilidades y prerrogativas procesales y garante de derechos fundamentales y orientados en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva como camino para obtener sentencias justas, por lo que le se le admite la utilización de técnicas, procedimientos innovadores, para equilibrar y/o compensar las controversias. Este esquema, se cierra con la facultad del juez de colaborar con las partes en el proceso, auxiliándolas para esclarecer, informado, advirtiendo, guiando las conductas de las partes para que, a partir de estas, se genere un dialogo que permita vislumbrar un proceso participativo.

²³ Como contrapunto nació la corriente “garantista” que reivindica las concepciones privatistas y tradicionales del proceso.

Sin embargo, estas amplias atribuciones judiciales deben ser compatibilizadas con el deber impuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación, que establece en su artículo 3: “*El deber del juez de resolver los asuntos que caen en su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*”

Ello, implica que sus decisiones deben siempre someterse a los principios y reglas constitucionales, y no los exime de emitir sentencias debidamente fundadas, sustancialmente justificadas y argumentadas, ya que, como se destacó en el punto anterior, la flexibilización procesal no puede ser interpretada como un desconocimiento del principio dispositivo, en la medida que toda la función jurisdiccional debe enmarcarse en la bilateralidad y contradicción principios procesales ínsitos en el derecho de defensa.

Al respecto, Berizonce (2016, pag.60-61) sostuvo certeramente: “el activismo judicial no puede llevarse al extremo del avasallamiento del derecho del defensa y del contradictorio de las partes. El principio de legalidad formal sigue constituyendo un vallado insorteable, último bastión de la seguridad jurídica”.

3. Análisis Dogmático del Art.1735 del Código Civil y Comercial de la Nación. Principales Cuestiones

El desarrollo de los temas realizado precedentemente nos permite llegar hasta este punto con una adecuada composición conceptual, doctrinal, jurisprudencial y normativa del instituto del dinamismo probatorio, que permitirá encarar un análisis más pormenorizado de la disposición del artículo 1735, haciendo foco en las principales cuestiones problemáticas que se desprenden de su texto y que han sido advertidas y planteadas por la mayoría de los procesalistas con mayor o menor profundidad.

Considerando que la norma ha sido transcripta en el comienzo del trabajo, en este acápite, se desglosará el texto normativo, para distinguir los aspectos más relevantes sujeto al análisis, lo que permitirá en el próximo capítulo cumplir con el objetivo de dilucidar como han impactado estas problemáticas en la práctica local.

Así, comienza el artículo 1735 bajo el título “*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 condición de aportarla*”

Me detengo aquí, porque este párrafo merece varias consideraciones:

Como se viene expresando, en respuesta a las nuevas tendencias procesales, que han determinado una redefinición de la función jurisdiccional, el legislador inviste al juez de la potestad de distribuir la carga de la prueba a quien está en mejores condiciones de producirla

En primer lugar, dilucidar si lo que la norma establece es una facultad o un deber del juez para disponer de la carga probatoria, efectuando la ponderación señalada en la norma.

Del texto de la norma surge que es más una potestad que un deber funcional y en principio nada obsta a que los jueces omitan el aviso y apliquen el criterio en la sentencia, tal como lo venían haciendo antes de la reforma, es decir sin advertencia previa.

Reitero las opiniones vertidas sobre el particular por de Zavala de González (2015) y Peyrano (2016) y que señalara en el primer capítulo, en cuanto a que consideran que el anuncio judicial es innecesario, sobre todo teniendo en cuenta que, debido a la amplia recepción jurisprudencial del dinamismo probatorio, su aplicación ya no importaría ninguna sorpresa para los litigantes, que de antemano sabrán que el juez puede adoptar esa postura al dictar sentencia. De hecho, el Art.710 no lo prevé.

Otro aspecto para remarcar es si esta facultad de distribución se limita a prueba de la culpa o si es posible hacerlo extensivo a otros supuestos de responsabilidad remitiéndome a las consideraciones efectuadas en el primer capítulo y a la opinión de los autores allí expresadas.

Luego agrega en el párrafo siguiente: *“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.”*

Esta enunciación, ha disparado una abundante casuística en orden a discutir cual será la forma de hacer efectivo el aviso por parte del juez, en qué oportunidad procesal determinará la aplicación del criterio y en qué momento se lo comunicará a las partes, frente a la advertencia surgen interrogantes tales como: ¿puede el juez prescindir del aviso a las partes? ¿Cómo harán los litigantes afectados para oponer

defensa? ¿Cuáles serán las pautas que utilizará para distribuir la carga? ¿Puede el aviso del juez ser considerado un prejuicio?

Para comenzar a responderlos, vale destacar que la norma no ha indicado un límite temporal a los fines que el juez anticipe a las partes que utilizará en criterio, se limita a señalar *durante el proceso* por lo que podría en principio realizarlo en cualquier etapa del juicio, hasta el llamamiento de autos para sentencia. Sin embargo, de la redacción se desprende que el aviso tiene por finalidad permitir que los litigantes puedan ofrecer y producir pruebas y defenderse. Es decir, que una adecuada implementación se daría en una etapa previa a la producción de la prueba pues posibilitaría a las partes adecuar sus defensas.

En cuanto a la oportunidad procesal, tampoco es establecida en la norma, pero sin dudas la audiencia preliminar es la instancia más idónea para hacerlo, claro está, cuando está prevista en los procedimientos civiles. En el ámbito nacional los jueces podrán aplicar la norma sustancial, en la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁴ y en los ordenamientos procesales provinciales que la prevén y que han sido mencionados en segundo capítulo.

En definitiva, esta comunicación previa o aviso a las partes podrá funcionar adecuadamente en aquellos procedimientos que contemplen la audiencia preliminar, en la cual además el juez podrá ejercer una función saneadora que potencia la aplicación del criterio dinámico.

En casos como el de nuestra provincia de Córdoba, en donde el código de procedimiento civil y comercial no prevé esta herramienta, será cada juez, el que en uso de sus facultades ordenatorias establecerá el modo de instrumentación de la disposición del artículo 1735.

Existe un sector de la doctrina, destacando como un exponente a Calvino (2016) que entiende que es un deber funcional del juez alertar a las partes acerca de la decisión de aplicar la doctrina de las cargas dinámicas, y que el anuncio anticipatorio es un requisito insoslayable bajo pena de nulidad.

Otros autores se han manifestado en contra de la práctica de avisar (Gonzalez Freire, Juan, 2017) sosteniendo que la falta de advertencia no fue impedimento para la aplicación de la doctrina antes de su recepción legislativa.

²⁴ Ya transcripto en nota (2)

Otro argumento utilizado para descartar la necesidad del aviso previo es la circunstancia que el artículo 710 del C.C.y CN no lo prevé, aunque, no le encuentro sustento pues considero que esa omisión no ha sido intencional, sino más bien obedece a una deficiente técnica legislativa y disparidad de autores que han trabajado en la redacción del código de fondo.

Sería óptimo que en los códigos de procedimiento se unifique y esclarezca el tema de la oportunidad, ya que la previsión normativa busca evitar sorpresas a las partes, evitar situaciones de indefensión y especialmente garantizar la seguridad jurídica y el contradictorio.

Otras cuestiones que se suscitan con relación al *aviso previo* son si la anticipación por parte del juez respecto a quien debe cargar con el mayor esfuerzo probatorio puede ser reputada un acto de prejujuicio y motivar recusaciones y las respuestas varían según las posturas sean a favor o en contra del instituto.

Lo mismo ocurre con respecto al tipo de resoluciones que deben contener la decisión de aplicación de la carga dinámica- en aquellos procedimientos que no prevean la audiencia preliminar- y su eventual impugnabilidad o recurribilidad.

Peyrano (2016) precursor del instituto en nuestro país sostiene que la decisión procede por providencia simple, y si bien no descarta que la resolución que la decida legitime una recurribilidad, advierte que esta implicaría un obstáculo para el proceso por generar otras problemáticas derivadas del tiempo, del efecto de las impugnaciones que entrarían en pugna con los principios de celeridad y economía procesal. Asimismo, afirma que los planteos impugnativos en todo caso obedecerían a conductas maliciosas considerando que ningún abogado puede invocar sorpresa respecto a la aplicación del criterio por parte del juez.

Algunos detractores de la aplicación de la teoría, tal el caso de González Saber (2017) opina que la decisión debe estar contenida en una sentencia interlocutoria, adoptada previa sustanciación, fundada acerca de por qué considera que una parte está en mejores condiciones de probar. Consecuentemente, afirma que una vez determinada la aplicación de la carga dinámica, la misma será recurrible por vía de apelación.

En igual sentido, Calvino (2016) luego de recordar que, en materia impugnativa, por lo general los cuerpos adjetivos limitan las posibilidades recursivas en materia probatoria, considera que esas limitaciones vinculadas a la producción, denegación y sustanciación de la prueba no deben aplicarse a las resoluciones relativas a la decisión sobre la aplicación o no de las cargas probatorias dinámicas. Funda su enfática posición, en que se trata de una regla de juicio excepcional compuesta por el juez, de subsidiaria aplicación, pero determinante para la suerte del proceso, que, si bien incide en las prácticas probatorias y sus resoluciones, las excede. En base a lo expuesto, considera que siempre será recurrible la resolución.

En mi opinión, la respuesta a todos estos interrogantes, no se encontrará en los extremos, sino que debe buscarse partiendo de una interpretación realizada a la luz de las consideraciones efectuadas con relación a la flexibilización procesal y la compatibilización de ésta con el deber impuesto a los jueces de dictar sentencias fundadas, evitando decisiones sorpresivas sobre cuestiones no sometidas al contradictorio, para lograr la correcta aplicación del instituto de acuerdo a la finalidad y alcance de la norma y que cumpla con los estándares de previsibilidad y seguridad jurídica.

4. Distinción de la Carga Dinámica de la Prueba con el Deber de Colaboración de las Partes

Para completar el análisis del instituto de la carga probatoria dinámica, resulta atinado remarcar que existe una tendencia bastante generalizada de confundirlo con el deber de colaboración procesal de las partes, por lo que se intentará efectuar algunas distinciones conceptuales.

El dinamismo probatorio, como venimos señalando, se trata de la adjudicación de la carga de la prueba a quien se encuentra en mejores condiciones de probar, en los términos ya explicitados, mientras que el deber de colaboración que se refiere al que se establece a la parte de aportar y/o los elementos de prueba que están o deberían estar en su poder y cuya omisión o falta de colaboración será valorada como un indicio en contra de la parte sobre la que pesa el deber.

La realidad es que, esta confusión viene arrastrándose por el uso indistinto que la doctrina y jurisprudencia viene realizando respecto de ambos institutos y que la norma del artículo 1735 del CCyCN no ha despejado.

Aún en el caso “Pinheiro” que refiriéramos como el principal antecedente de la Corte Suprema en materia de carga dinámica puede observarse la falta de distinción terminológica en cuanto sostuvo:

la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad que le cabía a la demandada en el orden de las cargas probatorias por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas -cuya custodia incumbía al nosocomio demandado- no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que esta se encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado.

Se identifican los alcances del deber de colaboración, que implicará presunciones desfavorables derivadas de la ausencia de cooperación por parte de quien pudiera tener medios para coadyuvar al esclarecimiento de los hechos, de la aplicación del instituto de cargas dinámicas que como dijimos hace recaer -excepcionalmente- el onus probandi en cabeza de quien está en mejores condiciones de aportar la prueba en situaciones de desequilibrio.

Cabe acotar, que el deber de colaboración no requiere ni una circunstancia excepcional ni tampoco situaciones de desequilibrio propiamente dicho, ya que se trata de una regla de conducta procesal, que se desprende del deber de buena fe procesal.

Como se trata de institutos diversos es importante lograr la distinción por las soluciones que emanan de su aplicación también son diferenciadas

La doctrina de las cargas dinámicas permitirá regular el peso de las consecuencias de la incertidumbre o de la falta de prueba de los hechos sobre quien está en mejores condiciones, mientras el principio de colaboración se refiere a la posibilidad de extraer indicios derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos.

Tal es que se trata de institutos distintos, que hay supuestos donde el juzgador puede acudir conjuntamente a ambos institutos en una misma decisión y no necesariamente para valorar los mismos aspectos fácticos. Pues, si bien ambos guían al juez hacia su decisión, mientras que la carga dinámica lo hace como regla de juicio y de desplazamiento de la carga probatoria, cuando se trata del deber de colaboración se introduce en el campo de su experiencia para la valoración de la prueba rendida y aplicando las reglas tradicionales de distribución, teniendo en cuenta la conducta de los litigantes como indicio en contra de quien no ha contribuido con el esclarecimiento de los hechos, criterio de valoración que en general se aplica en corroboración con otros elementos probatorios.

El Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, contiene una disposición que contempla la conducta de las partes. Así el artículo 316 segundo párrafo establece:

La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborado en las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

Es decir, la conducta de las partes es concebida en nuestra ley ritual como fuente de convicción judicial.

No obstante, las distinciones señaladas, cabe mencionar que existió una tendencia a asimilar el dispositivo transcrito con una norma que contiene la facultad de aplicar el dinamismo probatorio, especialmente con anterioridad a la recepción legislativa, llegándose a sostener equivocadamente que ya que el criterio de las cargas dinámicas se encontraba contemplado en la disposición del artículo 316 C.P.C. Esta es una idea que en general ha ido erradicando –aunque no de manera definitiva- con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial desplegado a partir de la reforma civil que han profundizado en la diferenciación de los institutos.

Capítulo IV

1. El Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba

Sin perjuicio de las reformas introducidas en el Código Civil y Comercial de la Nación y consecuente consagración legislativa del dinamismo probatorio, se mantuvo en nuestra provincia el ordenamiento procesal -ley 8465 y sus modificatorias- que, en líneas generales, y a diferencia de los ordenamientos procesales que se han mencionado en el capítulo anterior no presenta ninguna regla general relativa a carga probatoria y mucho menos una disposición legal expresa que habilite la aplicación directa del artículo 1735 del cuerpo sustantivo.

Al momento de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el procedimiento local -Ley 8465- establecía entre las disposiciones generales relativas a la prueba -Capítulo IV sección primera- que esta solo puede versar sobre hechos controvertidos, según el artículo 198²⁵ Seguidamente, en su artículo 199²⁶ se establecía que el juez solo podría en la sentencia pronunciarse acerca de la pertinencia de la prueba, situación que se mantuvo hasta febrero del año 2019 en que se modificó la norma referida.

Es decir, hasta ese momento, el juez solo podría basar su sentencia en los hechos alegados y probados por las partes y solo le cabría ampliar su margen de acción y decisión, con la adopción de medidas para mejor proveer, cuando los considerare necesario para ampliar su convicción sobre determinadas circunstancias esenciales para el resultado del pleito. Vemos que este esquema se encontraba alejado de las previsiones que surgen del artículo 1735 CCyCN, especialmente porque descarta toda posibilidad por parte del juez de disponer de la prueba, de negar su ofrecimiento y producción aun cuando sea evidentemente inútil o improcedente.

La ausencia de una norma expresa, motivó la inquietud de analizar si el marco ritual brindaba herramientas que permitieran hacer operativo el criterio de dinamismo probatorio y a su vez compatibilizar la forma de aplicación con las otras cuestiones derivadas de la norma sustantiva y a las que se viene

²⁵ Artículo 198: El tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, abrir a prueba la causa siempre que se alegaren hechos acerca de los cuales no hubiera conformidad entre las partes, La resolución que admita la apertura a prueba o el despacho de diligencias probatorias, no será apelable.

²⁶ Artículo 199: Únicamente en la sentencia podrá el tribunal pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada. En ningún caso se negará la apertura a prueba, salvo que estuviesen prohibidas por ley o por su naturaleza fuesen manifiestamente inadmisibles o imposibles de producir.

haciendo referencia, tales como la oportunidad para aplicar el criterio, el aviso a las partes, la facultad de los jueces y podemos agregar la recurribilidad de la resolución que la determina.

A rigor de verdad, existen antes de la reforma, antecedentes que reflejan que los jueces locales ya venían aplicando la valoración dinámica en sus sentencias básicamente en cuestiones vinculadas a mala praxis médica. No así, a otros supuestos de daños y mucho menos que se hayan expedido con este criterio en alguna instancia anterioridad a la sentencia.

Puede decirse que, en un principio, y en el contexto antes mencionado, la audiencia prevista en el artículo 58 del C.P.C. aparecía como una buena alternativa para posibilitar al menos, el aviso a las partes. Sin embargo, hay que reconocer que cualquier intento de saneamiento en esa instancia está condenado a fracasar por no resultar vinculante. Aunque, a veces puede producir un efecto disuasivo para la parte a quien el juez “señala” como la que se encuentra en mejores condiciones de probar determinado hecho.

Por otra parte, con el auge de la reforma surgió como una buena estrategia de la parte que se encontraba en desventaja probatoria solicitar la audiencia para plantear al juzgador las dificultades en tal sentido. Sin embargo, esta herramienta de la audiencia si bien genera algunos beneficios derivados de la inmediatez -que siempre es positiva- tropieza obviamente con el obstáculo insalvable del cúmulo de tareas de los tribunales, de la postura que asuma la contraparte, en especial aquella que considera que no le resulta conveniente asistir, y en tal caso, la ausencia no puede generarle ningún efecto jurídico y especialmente en la circunstancia que produce una suspensión transitoria de la causa, alargando aún más la tramitación de los juicios declarativos.

2. Aplicación Práctica del Dinamismo Probatorio a Partir de la Reforma Legislativa. Algunos Fallos

Con el correr del tiempo se comienza a advertir, en los procesos declarativos, diversos proveídos de los tribunales, haciendo conocer a las partes que aplicara el criterio de carga dinámica de la prueba.

A modo ejemplificativo, transcribo decretos dictados por los Juzgados de primera instancia civil y comercial de 12° y 15° Nominación la ciudad de Córdoba respectivamente, en juicios declarativos ordinarios:

Córdoba, 03/09/2015. Atento lo dispuesto en el art. 1735 del CCCN, hágase saber a las partes que resultaría posible la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, lo que deberá ser tenido en cuenta por los litigantes al ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su postulación. Notifíquese a sus efectos.

Córdoba, 09 de octubre de 2017. Atento lo solicitado y constancias de autos, ábrase a prueba la causa por el plazo de cuarenta días. Hágase saber a las partes, a sus efectos, que, de resultar pertinente, se aplicará la facultad judicial contenida en el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente, respecto de quien está en mejores condiciones de probar. Notifíquese.

Si analizamos estos proveídos que hacen las veces de “aviso a las partes” en base a los interrogantes planteados cuando se hizo referencia al artículo 1735 CCyCN, puede advertirse que en cuanto a la modalidad lo ha formulado de manera genérica, es decir, no indica cual es la parte que tendrá mayor peso probatorio. En cuanto a la oportunidad, ha optado por el momento de la apertura de la causa a prueba, es decir, cuando ya se encontraba trabada la litis.

Uno más reciente que también corresponde al Juzgado de 15° Nominación, civil y comercial de la ciudad de Córdoba, en un supuesto que la aplicación de la carga dinámica ha sido solicitada por la parte actora, que es otra de la alternativa posible:

Córdoba, 25/08/2020. En atención a lo certificado precedentemente: provéase a la prueba ofrecida por la actora a ffs.....Documental: ...Confesional:Pericial contable:Pericial asistente social:Pericial de tasación:.....Testimonial:Informativa:Inspección Judicial: Presunciones:Aparatado VIII: en atención a la postulación formulada por la actora respecto de que en el presente proceso se aplique la doctrina de las cargas, probatorias dinámicas y lo normado por el art. 1735 del CCyCN: hágase saber a las partes que, en oportunidad de sentenciar el suscripto hará aplicación de la teoría de la carga de la prueba ut supra refrida, en tanto el análisis prudencial de la causa y a la luz de las reglas de la sana crítica, fuere exigido. Se decide así, a los fines de que los codemandados puedan ejercer su derecho de defensa. Notifíquese.

También formulan la advertencia genérica en el decreto de apertura a prueba en juicio declarativo ordinario y en el provisto de prueba del declarativo abreviado, los Juzgados Civiles y Comerciales de 50°, 41° y 43° Nominación.

Este tipo de decreto merece como primera reflexión que no cumple ninguna función saneadora, pues más allá del aviso que cada parte sabrá en cuanto afecta su posición procesal, no incide en absoluto en el ofrecimiento de prueba ni en la producción de esta, que se desarrollará dentro los modos y tiempos “normales” de los procesos declarativos. En todo caso, si no es impugnado impedirá a la parte contra quien se aplicó el criterio considerarse agraviada por una sentencia que lo recepte, si es que, a pesar de este aviso, no aliviana la carga de la prueba de los hechos, respecto de los cuales por las circunstancias que fuere se encontraba en mejores condiciones de probar.

Aquí, se abre una nueva arista con relación a este tipo de aviso a las partes, ya que, en el marco de nuestro procedimiento civil y comercial, la parte que se considera destinataria del aviso podrá impugnar el proveído en principio mediante un recurso de reposición y ya existe doctrina que promueve la apelabilidad, invocando la afectación del equilibrio procesal y la defensa en juicio. Aún, a sabiendas del poco éxito o incertidumbre respecto del planteo, sin dudas éste generará un efecto contrario al que persigue la norma sustancial, pues el tiempo que transcurrirá hasta la resolución de los planteos impugnatorios no hará más que agravar la situación de desventaja que se busca atemperar y contribuye a la extensión de los tiempos de tramitación de las causas.

Obviamente, en esto juega un papel fundamental el deber de buena fe y el compromiso de los operadores jurídicos, aunque, la realidad judicial y la práctica abogadil demuestran que son las partes más fuertes de la relación procesal (corporaciones, empresas prestatarias de servicios, clínicas médicas, concesionarios, etc.) quienes promueven como estrategia -a veces aconsejados por sus letrados y otras desoyéndolos- la extensión indefinida de los procesos y encuentran en el aviso una buena oportunidad para plantear impugnaciones y “jugar” con los sobrados argumentos que encontraran en la doctrina garantista para resistir la decisión judicial de adoptar un criterio dinámico y subjetivo.

Algunos juzgados como es el caso de 38° nominación determinan la aplicación de la carga dinámica y el aviso a las partes en el proveído inicial.

Atento la relación fáctica asiento de este proceso: Hágase saber a las partes, que en caso de corresponder y sin que ello implique adelanto de opinión, la juzgadora se encuentra facultada para distribuir la carga de la prueba conforme lo dispuesto por el art. 1735 del Código Civil y Comercial (ley 26.994), que establece: "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.

Este tipo de proveído presenta la singularidad de expresar que la postura no puede ser tomada como adelanto de opinión, para anticiparse a un planteo impugnativo en tal sentido, ya que como señalamos es una de las críticas que se formulan al art. 1735 CCyCN.

Igualmente, el juzgado de 16° nominación agrega en los proveídos iniciales tanto de los declarativos ordinarios como en los abreviados que no ingresaren por el procedimiento oral el aditamento: "se hace saber a las partes que, en caso de ser necesario, se aplicará el principio de carga dinámica de la prueba (Art.1735 CCyCN)."

Los distintos cuestionamientos que se han planteado en torno a las advertencia o avisos previos han desalentado su implementación por parte de los juzgados y ha generado que muchos tribunales decidan omitirlo para directamente aplicar el dinamismo probatorio al dictar sentencia. Así lo hace el juzgado civil y comercial de 40° Nominación.

Igual criterio es seguido por juzgado de primera instancia civil y comercial de 27° Nominación de la ciudad de Córdoba, el cual sin advertencia previa considera aplicable el dinamismo probatorio en los aspectos respecto de los cuales, alguna de las partes se encuentra en mejores condiciones de probar,

aunque en consonancia con el resto de las probanzas obrantes en el expediente y a su vez ponderando la actitud colaborativa de las partes según las prescripciones del artículo 316 del C.P.C. antes aludido. Vemos plasmado el criterio expresado en un fallo de ese tribunal:²⁷

“Destaco que si bien el ERSeP, no posee registros de intervención en redes de distribución del sector que hayan provocado cortes de servicio por imprevistos o programado que influyan a los inmuebles de los actores (fs. 130/131), esto se condice con lo expresado en la pericia contable oficial (fs. 245/260), en cuanto a que Aguas Cordobesas S.A. tiene tercerizadas las tareas de rotura y de reparación de calzada y veredas y retiro de escombros, a cargo de Estructuras S.A. durante el período de enero de 2016, empresa que ejecuta por cuenta propia los trabajos sobre la red e instalaciones propiamente dichas. Y que la demandada no tiene documentación que permita individualizar en detalle las obras solicitadas en el cuestionario.

No obstante, ello, lo cierto es que las testimoniales citadas, la documental aportada (Informe técnico) y las fotografías, son contundentes en el respaldo de las afirmaciones vertidas en el líbello inicial. Además, la actitud de la demandada, de no brindar una propia versión de lo sucedido sino limitarse a negar todos los dichos de los accionantes, así como de no exhibir la documental solicitado (fs. 165), y, principalmente, la de no requerirle a la empresa encargada de las reparaciones los informes correspondientes al mes de enero de 2016, pese a tratarse de la parte que en mejores condiciones se encontraba para hacerlo (confr. art. 1735 CCCN), ya que se trata de un elemento probatorio crucial, denotan un accionar totalmente contrario al principio de colaboración que debe primar en todo proceso judicial, y habilita a aplicar la presunción prevista en el segundo párrafo del art. 316 del CPCC, a favor de la veracidad de las aserciones de los Sres. Ruiz Tissera y Ponce.

Como puede advertirse, habiendo transcurrido varios años de la recepción legislativa en el Código de fondo, los criterios procesales a nivel local no son uniformes con relación a la forma y a la oportunidad de determinar y comunicar la aplicación del dinamismo probatorio según las pautas sentadas en el artículo 1735. Tal vez, sea necesario diseñar herramientas que permitan superar la asimetría en la aplicación de esta figura por parte de los tribunales procurando dotar al proceso de seguridad jurídica al menos en el desarrollo de este. Hago esta afirmación, porque en lo hace a la aplicación del dinamismo en la sentencia no cabe duda de que hay una recepción casi unánime que no solo extiende a la atribución de la culpa como presupone la norma sustantiva, sino que además es utilizado para cuestiones diversas habiéndose ampliado el horizonte más allá de los casos de mala praxis médica en los que claramente se da una aplicación preponderante.

²⁷ Sentencia 397, 3/9/2018 en autos caratulados: “Ruiz Tissera, Marcos Mariano Andrés y Otros c/ Aguas Cordobesas S.A.- Ordinario- Daños y Perjuicios- Otras formas de responsabilidad extracontractual- Expediente: 6124170.-

Las Cámaras Civiles y Comerciales de la ciudad de Córdoba avanzan en la aplicación del instituto y han encontrado en la reforma civil y comercial un anclaje argumental para no solo promover su aplicación sino para fomentar el activismo en los juzgadores de primera instancia. Resultan elocuentes de lo expresado algunos, lo resulto por la Cámara séptima de esta ciudad²⁸ al revocar un fallo del Juzgado de primera instancia de la ciudad de Carlos Paz que rechazó una demanda de daños y perjuicios por un supuesto de mala praxis fundado en que el actor no habría probado los hechos invocados, con relación al agravio planteado por el actor con relación al fundamento dijo:

“...Partiendo de esta perspectiva conceptual, podríamos -en un primer vistazo- considerar justificado el razonamiento del magistrado en cuanto dice que un informe pericial odontológico hubiere sido de gran utilidad a los fines de corroborar la culpa que se le imputa al demandado. Sin embargo, a mi juicio, la ausencia de un informe pericial específico (en el caso de autos), no releva al órgano jurisdiccional de un mayor esfuerzo para la solución del conflicto dado lo anómalo y poco común del resultado extraordinario derivado de la intervención profesional (fractura del maxilar); precisamente, este resultado extraordinario hace presumir -prima facie- la negligencia del profesional, provocando el desplazamiento de la carga de la prueba por aquello del *res ipsa loquitur* (“tal estado de cosas habla por sí mismo o torna de por sí suficientemente manifiesta la culpa o negligencia del profesional”, v. LL 1991-D-147). El nuevo Código Civil y Comercial ha recogido la regla procesal que la doctrina y jurisprudencia ya venía señalando en el funcionamiento de la responsabilidad civil, la del art. 1735 que relativiza las reglas estáticas sobre la prueba establecida en los arts. 1734, 1736 y 1744, ratificando la doctrina sobre la carga de probar por aquél que se encuentre “en mejor situación” para hacerlo. Ya decía Kemelmajer de Carlucci (en JA, ejemplar del 03/06/92, “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica”), que en materia de prueba de culpa médica comienza a aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas y la regla del *res ipsa loquitur*; y en lo que concierne a este tema, “*hay supuestos en que el daño no puede explicarse de acuerdo con el sentido común, sino por la existencia de una culpa médica, pues el resultado producido no es la consecuencia normal, ni integra el riesgo médico normal*”. Es decir, que la prueba de la culpa puede operar también a través de presunciones, porque en numerosos casos es imposible para la víctima contar con prueba directa sobre como ocurrió precisamente el hecho; en tales hipótesis, debemos acudir al juego de las presunciones hominis. En esa orientación, Vázquez Ferreira ha sostenido “*que en casi todos los juicios por mal práctica resulta imprescindible en mayor o menor medida recurrir a la prueba de presunciones*”; propiciando la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas a la responsabilidad civil del médico, atendiendo “*la difícil situación en la que se encuentra el paciente cuando tiene que probar la culpa del médico. Desde el ángulo del médico sucede todo lo contrario. Tratándose de una obligación de medios, el profesional no necesita probar el caso fortuito pues le basta demostrar que no hubo culpa de su parte (...) el médico demuestra la no culpa probando como hizo el diagnóstico, el haber empleado conocimientos y técnicas aceptables, haber*

²⁸ Sentencia 41, 22/5/2017 en autos: “Rosetti Marcelo Fernando c/ADI Elias- Ordinario- Daños y Perjuicios-Otras formas de responsabilidad extracontractual”. Expte. 6167788.

suministrado o recetado la medicación correcta, haber hecho la operación que correspondía

y como correspondía, haber controlado debidamente al paciente,

etcétera" ("Prueba de la culpa médica", pág. 104, 109 y sig.). Por ello, insisto, el magistrado no debió contentarse con denunciar la orfandad probatoria del accionante, porque el correcto entendimiento humano (conforme reglas que se extraen con recto criterio de la lógica y basadas en la ciencia, experiencia y observación), indica -en principio- que la derivación dañosa (fractura del maxilar inferior izquierdo generada por la extracción) no es algo habitual. En ello anida el reproche sustancial a la decisión de primera instancia; se exigía un esfuerzo mayor en la tarea de establecer la contrariedad entre el *factum* dañoso y el orden jurídico, y así determinar si existe fundamento para imponer al demandado el factor subjetivo de atribución de responsabilidad. Por lo cual, la queja traída en ese sentido merece su reconocimiento por el tribunal de apelación.

La misma Cámara en otro caso²⁹ en que las partes se agravieron porque el juez tomó por acreditado la ocurrencia de un hecho base de la acción sin que existiera según los impugnantes prueba directa respecto de este:

En el análisis del agravio postulado por la parte demanda, **LIBERTAD S.A.**, que refiere a la aplicación de las **cargas probatorias dinámicas** que realiza el Magistrado de primera instancia y por la cual determina que eran las accionadas las que se encontraban en mejores condiciones de acompañar elementos probatorios, y que pese a ello nada aportaron a la causa (**v. fs. 493 vta. y 494**) coincido con lo señalado por la Sra. Fiscal. En ese sentido resulta de aplicación al "**sub examine**" la **teoría de las cargas probatorias dinámicas** establecida en la **L.D.C. Nº 24.240 y modif., arts. 3, 53, concs. y corr.** El primero establece que, en caso de duda, debe estarse siempre a favor del consumidor y el segundo invierte el "**onus probandi**". -

Respecto al "**onus probandi**" debemos decir que rige en la especie la **teoría de las cargas probatorias dinámicas**, máxime tratándose de un caso donde rige la **Ley de Defensa del Consumidor Nº 24.240 y modif.**, doctrina que, pese a regir ya con anterioridad, fue específicamente receptada por la **Ley Nº 26.361: "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio"**. -

En nada influye que dicha modificación sea posterior a los actos jurídicos discutidos en autos, ni se trata de una aplicación retroactiva de la ley, porque -insisto- la **doctrina o teoría de las cargas probatorias dinámicas**, es de largo data. -

La moderna **teoría "dinámica"** en materia de cargas probatorias, se caracteriza por la vigencia del **principio de solidaridad** y el **deber de cooperación** de todos los intervinientes en el proceso judicial, en procura de un rendimiento más eficiente del **Servicio de Justicia**; lo que equivale a decir, que la actora no pudo frente a esos elementos vitales para la suerte de la pretensión, encerrarse en la cómoda y desleal negativa de los hechos, dejando caer sobre la contraria un mayor peso probatorio. Aquí, las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba pierden su valor, al mediar una **presunción grave** a favor del demandado, en razón de esas circunstancias acreditadas, que hace innecesario otorgar carácter apriorístico a las pautas probatorias tradicionales, en las que se apunto el disconforme. -

²⁹ Sentencia 105, 28/9/2017 en autos: "La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales c/ Hipermercado Libertad S.A. abreviado- Repetición. Expediente: 5002575.-"

Que, en efecto, la **teoría de las cargas probatorias dinámicas** se inclina por poner la **carga de la prueba** sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, (C.N. Civ., Sala D, 24-5-90, L.L., 1.991-D-469). La **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** determina que la **carga de la prueba** recae en quien se encuentre en mejores condiciones de aportarla, poniendo la prueba en cabeza de quien le resulta más fácil, más cómodo, o más barato, atendiendo siempre a las circunstancias del caso. -

La accionada ha incumplido con dichas directivas, pues es evidente que es la que en mejores condiciones se encontraba de acercarse al proceso, los elementos corroborantes de su pretensión, lo que no ha hecho.

3. El dinamismo Probatorio a Partir de la Implementación del Proceso Civil por Audiencias

Todo el análisis efectuado en el título anterior tiende a relativizarse con la sanción de la ley provincial 10555 y la implementación del protocolo de gestión del proceso civil oral emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, para garantizar su vigencia a partir del primero de febrero del año 2019. La ley incorpora a nuestro procedimiento civil y comercial, en carácter de prueba piloto el proceso civil por audiencias sobre la base de la oralidad y combinándola con la escritura.

Resulta incuestionable que la implementación de esta herramienta aparece como una bocanada de aire fresco que atraviesa la tediosa tramitación de los juicios declarativos ordinarios y también los abreviados no alcanzado por las bondades del nuevo sistema.

Pone en acción el nuevo paradigma procesal apuntando a lograr la celeridad, concentración, saneamiento, economía procesal, inmediatez y beneficio de uso de la tecnología.

Superando la tentación de explayarme sobre el proceso por audiencias que amerita sin dudas un análisis particular y despierta un profundo interés en cualquiera que se encuentre comprometido con las problemáticas procesales y las necesidades de mejoras del servicio de justicia, me circunscribiré a los aspectos que se vinculan con el dinamismo probatorio.

Con ese objetivo, es que debe destacarse que en la audiencia preliminar prevista en el artículo 3 de la Ley 10555 además de una función saneadora, le atribuye expresamente al juez la facultad de distribuir la carga de la prueba bajo el criterio dinámico en el inciso f).

Artículo 3: *“Audiencia Preliminar. Contestada la demanda, las excepciones y la reconvencción en su caso, el tribunal citará a las partes a una audiencia preliminar en el plazo máximo de veinte (20) días, en que las escuchará y las invitará a conciliar, debiendo*

procurar un avenimiento parcial o total del litigio, pudiendo proponer a las partes formulas conciliatorias sin que ello importe prejuzamiento.

En la misma audiencia el juez deberá:

a) Invitar a las partes a rectificar errores materiales en que hubieren incurrido en sus escritos iniciales.

b) Resolver las excepciones de artículo previo.

c) Fijar el objeto litigioso y los hechos controvertidos;

d) Admitir la prueba pertinente y conducente, pudiendo requerir a las partes la explicación de los hechos que se pretendan acreditar con las pruebas ofrecidas. Podrá limitar la cantidad de testigos ofrecidos en virtud de la determinación del objeto del proceso y de los hechos controvertidos.

e) Para el supuesto en que las partes hayan producido prueba pericial, sortear en ese acto el perito de la lista respectiva según la especialidad, procurando su notificación electrónica de manera inmediata. Podrá evaluar la necesidad de dicha prueba y la posibilidad de sustituirla por otro medio probatorio.

f) De acuerdo a la naturaleza del proceso, las cuestiones a probar y la legislación de fondo, podrá distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla.

g) Fijar el plazo dentro del cual debe producirse la prueba pericial e informativa. Este plazo podrá ser ampliado prudencialmente por el tribunal a petición de parte, por única vez.

h) Fijar la fecha de inicio de la audiencia complementaria en un plazo máximo de treinta (30) días de producida la prueba pericial e informativa, pudiendo fijar la fecha de común acuerdo con las partes, según las características del caso.

La incomparecencia injustificada de cualquiera de las partes o sus representantes no suspenderá la realización de la audiencia, la que se celebrará por el tribunal con la presencia de la parte que concurra. En caso de incomparecencia injustificada de ambas partes se las tendrá por desistidas de sus pretensiones y defensas, y se ordenará el archivo de las actuaciones.

Si la prueba se hubiere diligenciado totalmente o se resolviera prescindir de la aún no diligenciada o el asunto fuere de puro derecho, se pasará a oír las alegaciones de las partes y a dictar sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 4º de esta.

La audiencia preliminar se posiciona así, como el instrumento clave en el proceso por audiencia que le otorga al juez amplias facultades en materia probatoria, por un lado en la dimensión saneadora que no solo se relaciona a la posibilidad de rectificar errores materiales -inc. a)- sino también la faculta de precisar las pruebas que resulten necesarias para acreditar tales hechos y rechazar aquellas que resulten inadmisibles, innecesarias, inútiles e inconducentes marcando claramente un cambio de paradigma en materia admisibilidad y pertinencia de la prueba.

Autores locales que han analizado y estudiado la audiencia preliminar (Ellerman; Peralta, 2018), remarcan, además, que *admitir* prueba no es apreciarla sino controlar los recaudos formales preordenados por el ordenamiento adjetivo. Precisamente por ello, se examinan en el momento del ofrecimiento. Distinguen el concepto de admisión del de *pertinencia*, ya que esta se refiere a la adecuación entre los datos que la prueba tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. Es decir, la idoneidad del medio elegido y la demostración del objeto probatorio.

Anteriormente, cuando hice alusión del estado de situación del procedimiento civil y comercial local al momento de la recepción legislativa del dinamismo probatorio a partir de la norma del artículo 1735, señalé las dificultades derivadas del entonces vigente dispositivo del artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, que vedaba al juez la posibilidad de pronunciarse anticipadamente sobre la pertinencia del medio probatorio propuesto en cuanto disponía que “únicamente en la sentencia podrá el juez pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada. Se agregaba en la norma, que en ningún caso se negará la apertura a prueba o el despacho de las diligencias probatorias salvo que estuvieran prohibidas por ley o por su naturaleza fueran manifiestamente inadmisibles o imposibles de producir.

Sin embargo, en el título II sobre Disposiciones complementarias de la Ley 10555 se estableció la sustitución del mencionado artículo 199³⁰ disponiendo la inadmisibilidad de las pruebas que sean manifiestamente improcedentes, inconducentes, meramente dilatorias o estuvieran prohibidas por ley y la facultad del tribunal para pronunciarse sobre la procedencia y conducencia de la prueba ofrecida por las partes.

Asimismo, sustituyo el artículo 200³¹ y 201³² que versan la libertad probatoria y la inadmisibilidad “objetiva” de la prueba.

³⁰ **ARTÍCULO 9º.**- Sustituyese el [artículo 199 de la Ley Nº 8465](#) y sus modificatorias -Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-, por el siguiente: "Artículo 199.- Pronunciamiento sobre pertinencia. Serán inadmisibles las pruebas que sean manifiestamente improcedentes, inconducentes, meramente dilatorias o estuvieran prohibidas por la ley. El tribunal podrá pronunciarse sobre la pertinencia y conducencia de la prueba ofrecida por las partes.

³¹

[?] **ARTÍCULO 10.**- Sustituyese el [artículo 200 de la Ley Nº 8465](#) y sus modificatorias -Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-, por el siguiente: "Artículo 200.- Libertad probatoria. Los interesados podrán ofrecer prueba sobre todos los hechos que creyeran convenir a su derecho."

³²

Esta modificación si bien es introducida para compatibilizar el ordenamiento vigente con el proceso oral, en especial la realización de la audiencia preliminar prevista en su tercer artículo, casi de manera imperceptible da un giro trascendental en materia probatoria para los demás procesos declarativos no alcanzados por la oralidad, pues, a partir de la entrada en vigencia de la ley que constituye una modificación general al régimen procesal de la ley 8465 y de aplicación inmediata, habilita el pronunciamiento anticipado sobre la pertinencia probatoria en todos los procesos, creando un escenario procesal mucho más alentador para el desenvolvimiento del criterio de las cargas probatorias dinámicas antes de la sentencia y en el que quizás cobra más sentido la celebración de una audiencia “del artículo 58” como se la denomina en la jerga judicial, por lo menos hasta que contemos en nuestro ordenamiento con la una audiencia preliminar para todos los juicios de conocimiento, conforme propondré en el punto 4 del presente capítulo.-

Esta relevante reforma procesal que significa la implementación del denominado proceso civil por audiencias en el procedimiento cordobés, constituye una respuesta contundente a los nuevos paradigmas procesales que imponen apartarse de la concepción tradicional y rígida del proceso, pero, además, en cuanto al tema que nos ocupa, con la incorporación del inciso f) el legislador ha suplido -al menos para algunos supuestos- la carencia de una norma procesal que regulara o habilitara la aplicación del artículo 1735 del código sustantivo.

La referencia a que la omisión se ha suplido solo para algunos supuestos tiene que ver con las limitaciones territoriales, temporales y materiales que encuentra en su aplicación el proceso por audiencias en general y la audiencia preliminar en particular. Ello, debido a que, por un lado, y conforme se estableció en la ley, la oralidad se implementó progresivamente como prueba piloto, en los fueros civiles y comerciales de la ciudad de Córdoba y de Río Cuarto, sedes de la primera y segunda circunscripciones judiciales respectivamente, a través de los Juzgados que determine el Tribunal Superior de Justicia por vía

? **ARTÍCULO 11.-** Sustitúyese el [artículo 201 de la Ley Nº 8465](#) y sus modificatorias -Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-, por el siguiente: "Artículo 201.- Prueba inadmisibile. No obstante, la disposición anterior, la prueba del actor o del demandado será inadmisibile si versare, la del primero, sobre hechos que impliquen cambios de la acción entablada, y la del segundo, sobre excepciones no deducidas en la contestación."

reglamentaria.³³ Es decir, con el acuerdo reglamentario anotado, quedaron excluidos una gran cantidad juzgados de capital y todos los del interior de la provincia, (salvo los tres de Río Cuarto) aun cuando las partes quieran someterse al proceso oral en otras jurisdicciones.³⁴

Posteriormente, mediante un nuevo Acuerdo Reglamentario³⁵, el TSJ habilitó otros veinticinco juzgados con competencia en lo civil para la implementación de la oralidad a partir del primero de octubre de 2019.

De esta manera, a la fecha del presente trabajo, se llega a contar con cuarenta y tres juzgados civiles de la provincia de Córdoba en condiciones y habilitados para aplicar la oralidad civil, lo que representa un cincuenta y dos por ciento (52%) de la totalidad de los Juzgados Civiles y Comerciales de la provincia de Córdoba, tomando en consideración un total de ochenta y dos juzgados civiles y comerciales en todo el territorio provincial.

Retomando el concepto de la limitación territorial, resulta relevante destacar que casi la mitad de los juzgados de la provincia, con competencia civil no están en condiciones de implementar efectivamente el proceso civil por audiencias. Como contrapartida, los ciudadanos no cuentan con acceso igualitario a este tipo de juicio y en consecuencia a los beneficios de economía procesal, eficacia, celeridad, inmediatez,

³³ **Acuerdo Reglamentario 1538 Serie "A" -TSJ. 26/11/2018:** "... En la Sede de Judicial de Córdoba Capital: intervendrán los Juzgados de Primera Instancia de: 1º) Quinta Nominación a cargo de Dr. Ricardo Guillermo Monfarrell; 2º) Sexta Nominación a cargo de la Dra. Clara María Cordeiro; 3º) Novena Nominación a cargo del Dr. Guillermo Edmundo Falco, 4º) Décimo Segunda Nominación a cargo de la Dra. Marta Soledad González; 5º) Décimo Quinta Nominación a cargo de la Dra. Laura Mariela González de Robledo; 6º) Décimo Séptima Nominación a cargo de la Dra. Verónica Carla Beltramone; 7º) Vigésimo Séptima Nominación a cargo del Dr. Francisco Martín Flores; 8º) Trigésimo Primera Nominación a cargo del Dr. Aldo Ramón Santiago Novak; 9º) Trigésimo Segunda Nominación a cargo del Dr. Carlos Isidro Bustos; 10º) Trigésimo Cuarta Nominación a cargo de la Dra. Valeria Alejandra Carrasco; 11º) Trigésimo Quinta Nominación a cargo del Dr. Mariano Andrés Díaz Villaso; 12º) Trigésimo Sexta Nominación a cargo del Dr. Román Andrés Abellaneda; 13º) Cuadragésimo Octava Nominación a cargo de la Dra. Raquel Villagra de Vidal; 14º) Cuadragésimo Novena Nominación a cargo de la Dra. Ana Eloísa Montes de Sappia y 15º) Quincuagésimo Primera Nominación a cargo del Dr. Gustavo Andrés Massano y que posteriormente, mediante **Acuerdo Reglamentario 1542 Serie "A" TSJ. 27/12/2018** se extiende a los juzgados civiles y comerciales de la ciudad de Ríos Cuarto.

³⁴ Según lo establecido en el artículo 15 de la ley 10555 a la intención del legislador es ampliar el ámbito de aplicación territorial, lo que no se ha cumplido pese a que han transcurrido más de dos años desde la implementación.

³⁵ **Acuerdo Reglamentario N° 1590 Serie A, TSJ de fecha 17/9/2019** "... Ellos serán: **Sede Judicial Capital:** Décima Nominación, Decimosexta Nominación, Decimoctava Nominación, Vigésima Nominación, Vigesimal Nominación, Trigésima Nominación, Cuadragésimo primera Nominación. **Sede Judicial Carlos Paz:** Primera Nominación y Segunda Nominación. **Sede Judicial Alta Gracia:** Primera Nominación y Segunda Nominación. **Sede Judicial Jesús María:** Segunda Nominación. **Sede Judicial Río Cuarto:** Tercera Nominación y Cuarta Nominación. **Sede Judicial Villa María:** Primera Nominación, Tercera Nominación, y Cuarta Nominación. **Sede Oliva:** Única Nominación. **Sede San Francisco:** Segunda Nominación, Tercera Nominación. **Sede Arroyito:** Única Nominación. **Sede Laboulaye:** Única Nominación. **Sede Río Tercero:** Primera Nominación, Segunda Nominación, Tercera Nominación

simplificación y flexibilidad de las formas, publicidad y transparencia, y demás principios que consagra el protocolo de gestión antes referido.

En cuanto al ámbito material de aplicación de ley y conforme al artículo primero de la misma, el proceso por audiencia se aplica a las pretensiones de daños y perjuicios que por su cuantía corresponda imprimirle el trámite de juicio abreviado según las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Es decir, las causas comprendidas en el supuesto del artículo 418 primer inciso que establece la sustanciación bajo el trámite de juicio abreviado las demandas de daños y perjuicios cuya cuantía no exceda de 250 Jus³⁶.

No obstante, la ley también prevé la posibilidad de tramitar bajo esta modalidad de juicio otras pretensiones que no sean las mencionadas, en caso de que las partes así lo requieran, por iniciativa de ellas o del juez, supuesto que no se encuentra reglamentado en el protocolo de gestión, aunque bien podría ser administrado por el juez en el marco del rol que le asigna el instrumento mencionado y siempre que no se haya abierto a prueba la causa, debiendo en este caso, contar con que todas las partes acepten someterse de conformidad a este sistema.

Con esta limitación, quedan excluidos los juicios declarativos ordinarios que, son sin dudas los más afectados por el problema de la excesiva duración de la tramitación de las causas. Esa realidad, muchas veces coloca a los abogados en una disyuntiva pragmática que se traduce en que frente a una potencial acción de daños y perjuicios por monto mayor al fijado para el juicio abreviado deban plantearles a los clientes -debido a la excesiva duración de los procesos ordinarios- la conveniencia de reducir la pretensión económica -aunque sea viable- en pos de eludir una demanda ordinaria y abrir la posibilidad de acceder al proceso civil oral. Es decir, priorizar los beneficios de la celeridad e inmediatez, el tiempo razonable, por sobre la pretensión resarcible, con consecuente menoscabo para el justiciable y por qué no decirlo, para los emolumentos de los abogados, peritos, y operadores jurídicos en general.

En definitiva, las limitaciones señaladas dejan al descubierto situaciones de inequidad que deben ser superadas en el corto plazo.

³⁶ Al momento del presente el valor del lus asciende a la suma de \$ 1985.84, por lo que la cuantía del juicio considerada es de pesos cuatrocientos noventa y seis mil cuatrocientos sesenta pesos (\$ 496460).

4. Necesidad de una Reforma Procesal

A partir de la recepción legislativa del instituto de la carga probatoria dinámica en materia de responsabilidad civil, con la incorporación del artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, los tribunales civiles y comerciales de la provincia de Córdoba han adoptado distintos criterios de aplicación buscando dar respuesta a las nuevas exigencias que marcaba el código de fondo. Sin embargo, comenzaron intentando proveídos de “aviso a las partes” en general a modo de advertencia genérica y con el correr del tiempo en muchos juzgados fueron optando por la recepción del dinamismo probatorio directamente en la sentencia, de manera que no se dio en la praxis un cambio significativo que impactara de modo tal de optimizar la gestión de la prueba y que permitiera evitar el desgaste jurisdiccional, acortar los tiempos en los procesos de conocimiento y superar la desigualdad probatoria de las partes.

Como se ha destacado anteriormente, con la implementación del proceso civil por audiencias en febrero del dos mil diecinueve cambia el panorama con relación a los procesos de conocimiento abreviados debido a su cuantía, ya que, en estos supuestos, la ley 10555 brinda una herramienta procesal esencial como es la audiencia preliminar que permite al juez sanear la prueba y distribuir la carga de esta según quien se encuentre en mejores condiciones de aportar elementos de convicción.

Sin embargo, esta audiencia preliminar además de la limitación material posee la territorial que como se ha señalado, solo podrá ser instrumentada en toda su extensión por los juzgados que reglamentariamente ha fijado el Tribunal Superior de Justicia, quedando fuera del esquema un total de treinta y nueve juzgados civiles y comerciales de la provincia de Córdoba y en consecuencia todos los justiciables que se encuentran bajo sus órbitas de competencia.

Resulta destacable que la reforma sustantiva haya impulsado a los jueces de primera instancia a aplicar el criterio de la carga dinámica de la prueba más allá de los supuestos de mala praxis médica, lo que fue ratificado y profundizado por las cámaras civiles y comerciales y esa circunstancia ha representado un importante avance desde la óptica de la flexibilización procesal y el activismo judicial. Sin embargo, lo cierto es que, la carencia de una herramienta procesal específica con alcance general a todos los procesos

de conocimiento independientemente del monto y del lugar en donde se ventilen impide que el criterio del dinamismo probatorio se desarrolle en todas sus dimensiones.

Si bien el Protocolo de Gestión de la ley 10555 marca la intención de aplicar el trámite previsto en la ley a todos los procesos declarativos, esto supone a mi criterio una declamación de los principios en que se fundamenta el reglamento pero que carece de una viabilidad práctica en la medida que no legisle específicamente en tal sentido.

Por ello, y considerando que la función de precalificación de la prueba constituye un aspecto clave para que la teoría de la carga dinámica se proyecte en toda su extensión y que debe aplicarse simétricamente por todos los tribunales provinciales garantizando la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley de los justiciables cordobeses, considero pertinente proponer a modo de cierre de este trabajo una reforma legislativa que incorpore en el capítulo IV como una modificación al artículo 198 del C.P.C. la previsión expresa de la facultad del juez de distribuir la carga de la prueba bajo el criterio dinámico y a la vez establezca que esa facultad sea comunicada a las partes en una audiencia preliminar en la que el juez también pueda sanear el ofrecimiento, es decir que la oportunidad procesal para convocar a la audiencia será con el decreto de apertura de la causa a prueba en los juicios declarativos ordinarios y luego de contestar la demanda o excepciones de previo y especial pronunciamiento en los declarativos abreviados para todos los supuestos que no se encuentren alcanzados por la ley 10555 es decir, juicios declarativos ordinarios y demás causas que por su naturaleza han quedado excluidas, con el objeto de sanear y distribuir las cargas independientemente que luego el proceso continúe por los carriles y la modalidad previstos para el juicio de que se trate.

Capítulo V

Conclusión

Venimos asistiendo un proceso histórico y a su vez constante, caracterizado por permanentes y vertiginosas transformaciones que se originan como resultado de la evolución científica, técnica y

tecnológicas, con impacto en las sociedades civiles, por la generación de cambios económicos, sociológicos y culturales que éstas acarrearán.

Nuevas formas de interacción, de comunicación, diversas modalidades de transacciones y contrataciones que hace años eran impensadas y que repercuten inexorablemente en las relaciones jurídicas

Así, el derecho no ha escapado del fenómeno global y las antiguas o tradicionales concepciones jurídicas se evidenciaron insuficientes para responder a las nuevas realidades. Sea porque las normas sustanciales no alcanzaban a normativizar oportunamente estas circunstancias o porque los procedimientos procesales carecían de herramientas para resolver controversias derivadas de la utilización de información, documentaciones específicas, o el uso de productos (bienes o servicios) innovadores, que, en muchos casos, y como contrapartida, producen situaciones de inequidad y de injusticia.

Ello, impuso la tarea de repensar el derecho sustancial y procesal para adaptarse a los paradigmas modernos. Como señalé en el tercer capítulo, ese “repensar” el derecho conduce necesariamente a reformulaciones ideológicas de las cuales nuestro país no estuvo exento.

Inevitablemente, el modelo tradicional decimonónico y ritualista entró en crisis, y muchos de nuestros doctrinarios y jueces comenzaron a replantearse las viejas concepciones. Otros, se mantuvieron en defensa del sistema imperante, dando cabida al desarrollo de las corrientes procesales garantistas y activistas, antagonismos que aún subsisten.

En ese contexto, comienza a vislumbrarse en nuestro sistema jurídico el instituto de las cargas probatorias dinámicas, como reseñara en el primer capítulo, sin mencionarlo expresamente, a partir de la causa “*Perón Juan Domingo*” y ya más palmaria en el año 1997, en el fallo “*Pinheiro*” reconocido como el mayor espaldarazo jurisprudencial a la doctrina de las cargas dinámicas.

Desde el punto de vista procesal, el instituto resulta muy atractivo porque combina en su discusión, lo abstracto de lo ideológico y lo concreto de lo técnico-jurídico, en la medida que incursiona en un tema medular del derecho procesal como lo es la carga probatoria.

Esas controversias doctrinarias y jurisprudenciales que se fueron dando en torno a la teoría de las cargas dinámicas, resurgen con la recepción legislativa del instituto en el Código Civil y Comercial de la

Nación vigente desde el primero de agosto del año 2015, a partir de la incorporación de los artículos 710 y 1735 en dicho cuerpo legal, entre otras normas de naturaleza procesal.

Esta reforma no ha sido casual. El código sustantivo evidenció la adopción de la postura activista, no solo por la doctrina probatoria dinámica sino también por otros institutos de tutela anticipatoria. Además, consagra como su fundamento la constitucionalización de los derechos humanos fundamentales que le imponen al Estado acciones positivas con incidencia directa en la jurisdicción que adopta un sesgo protectorio, poderes judiciales sustantivos -funciones de garantía- y también procesales en la medida que le reconocen al juez mayores prerrogativas, siempre supeditadas a las garantías del contradictorio, asumiendo un rol activo para cumplir el mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales y asentándose en la búsqueda y reconocimiento de la tutela judicial efectiva.

Volviendo al tópico de análisis de este trabajo, la incorporación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para los casos de responsabilidad civil con la inclusión de la norma del artículo 1735 CCyCN, generó numerosos debates tanto por su recepción legislativa como por el contenido del texto normativo.

Sin dudas, despertó más incertidumbres que certezas y dio lugar a prolífica doctrina que se ocupó de desentrañar – o al menos intentar- los alcances de la norma sustantiva y su vinculación con los procedimientos provinciales existentes para tornarla operativa. En este aspecto, vimos que su aplicación es más viable en aquellas jurisdicciones que tienen prevista la audiencia preliminar.

Como se planteó en la introducción, el presente trabajo nace a partir de trasladar las inquietudes al ámbito local, especialmente porque al momento de la entrada en vigencia el nuevo código, nuestro procedimiento civil y comercial local, regulado por la ley 8465 t.o. no contaba con ninguna herramienta procesal concreta que permitiera la implementación directa de la norma sustantiva. A ello, se sumaba como vimos que le estaba vedado al juez expedirse sobre la admisibilidad y pertinencia de las pruebas. Bajo esas circunstancias, sería tarea de los jueces decidir la modalidad y oportunidad procesal de aplicación del instituto y demás aspectos que establece la norma. En búsqueda de esas respuestas, se verificó la actuación de distintos juzgados civiles y comerciales de la provincia de Córdoba, reflejando que no hay criterios simétricos con relación a aquellos aspectos más problemáticos que se plantearon en el tercer

capítulo, y que la advertencia previa que de manera genérica resuelven los juzgados no pasan de ser más que meros avisos sin relevancia jurídica concreta, en la medida que no resuelve el saneamiento de la prueba y por lo tanto, el eterno problema de la administración de justicia que es la lentitud en la tramitación y resolución de las causas, especialmente, en las declarativas ordinarias.

La falta de herramientas como la audiencia preliminar para que el juez tenga la posibilidad de coadyuvar en la gestión probatoria y la insuficiencia de la audiencia prevista en el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia para lograr la finalidad de la norma, sumado a los planteos impugnatorios y tachas de prejuzgamiento contra los proveídos que aludían al dinamismo, determinó que con el correr del tiempo desde la vigencia del nuevo código los jueces se fueran volcando más a la aplicación del instituto en la sentencia y fueron ratificados sus fallos por las distintas Cámaras Civiles y Comerciales. Esto puede traducirse en que el artículo 1735 del CCyCN no ha alcanzado a lograr una operatividad plena por contar con un marco procesal tan acotado, que concibe la norma de manera aislada y no enlazada a los principios activistas, a las mayores atribuciones asignadas al juez, al deber de colaboración de las partes, en definitiva, a la búsqueda de la verdad.

Cambia el estado de situación con la sanción de la ley 10555 que establece la implementación del proceso oral en la provincia de Córdoba, que contiene en su trámite previsto en el artículo tercero, la audiencia preliminar que propicia la función saneadora en su inciso a) y expresamente la facultad de aplicar la distribución probatoria en el inciso f).

Asimismo, introduce una destacable modificación de los artículos 199, 200 y 201 del Código Procesal Civil y Comercial que como vimos posibilita a los jueces de expedirse sobre la admisibilidad y pertinencia con anterioridad a la sentencia.

Indudablemente, con el juicio civil por audiencias, se genera en nuestra provincia un nuevo escenario procesal y más propicio para la aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica. Sin embargo, emerge a la par, un efecto “no deseado” de desigualdad jurídica, derivado de las limitaciones temporales, materiales y territoriales que presenta la oralidad, a las que hice referencia en el capítulo anterior, ya que, como allí destacué, la cantidad de juzgados que aplican el proceso por audiencias

representa -al momento de este trabajo- representa apenas un poco más de la mitad de la totalidad de juzgados existentes en la provincia.

Así, indagando sobre las implicancias prácticas del dinamismo probatorio en el procedimiento civil y comercial local, encuentro que hoy, transcurridos casi seis años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, no solo no existen criterios uniformes para la aplicación del artículo 1735 CCyCN, sino que en la práctica se da un panorama de inequidad entre aquellos justiciables que tengan una pretensión resarcitoria que admita la aplicación de las cargas dinámicas. Confluyen aquellos cuyas pretensiones encuadran y se tramitan en un proceso declarativo ordinario, que dependerá del criterio que adopte el Juzgado donde se radique la causa pero quedarán atrapados siempre en los prolongados tiempos de su tramitación; los declarativos abreviados que a pesar de reunir las condiciones materiales no recaigan en los juzgados habilitados para implementar la oralidad o que pese a que el juez convoque a las partes a adherirse al trámite, todas o alguna de ellas lo rechace; los declarativos abreviados que se tramiten por el procedimiento civil por audiencias que contempla la audiencia preliminar donde el dinamismo se potencia por la propia inmediatez y el objetivo de justicia también se inmediateza por las ventajas de la economía y celeridad, concentración, saneamiento y de la utilización de recursos tecnológicos. Finalmente, estarán aquellos justiciables que no podrán someter sus pretensiones al trámite oral por el simple hecho de no haberse implementado aún en su jurisdicción y se verán obligados a tramitar sus juicios por el procedimiento común.

Estas posiciones disímiles fácilmente advertibles desde la faz teórica, en la praxis judicial son realmente trascendentales y preocupantes porque más de las buenas intenciones y de la adopción de renovados paradigmas y de institutos como la carga dinámica que tienen como norte equilibrar las posiciones de las partes en el proceso, lo real y cierto es que nuestro sistema jurídico procesal está generando un efecto adverso al límite de vulnerar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley – sustancial y no procesal- consagrada constitucionalmente.

A modo de cierre, reitero lo expresado en el capítulo anterior, en cuanto a que para lograr superar las asimetrías e inequidades señaladas, se impone realizar una reforma procesal que permita unificar los criterios de aplicación del instituto de las cargas probatorias dinámicas y que generalice la utilización de la

audiencia preliminar a todos los procesos de conocimiento, pues es una herramienta que como vimos permite operativizar la norma del artículo 1735 CCyCN, a la vez que promueve el saneamiento, la celeridad, la inmediatez en la resolución de las controversias que son beneficios que deben extenderse a todos los ciudadanos que acudan al servicio de justicia provincial, cualquiera sea la cuantía de su pretensión y su ubicación geográfica , pues son sus destinatarios finales, centro de imputación de derechos civiles y constitucionales y merecen, todos por igual, obtener de la jurisdicción resultados útiles y justos.

De lo contrario, nuestro procedimiento civil y comercial no se adecuará plenamente a los estándares de previsibilidad ínsito en el derecho de defensa y en la tutela judicial efectiva de raigambre constitucional, a la que deba aspirar nuestro ordenamiento jurídico para todos los ciudadanos de la provincia, sin distinciones de ninguna índole.

Referencias bibliográficas

- Arazi, R. (2000). *El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba*. LL 2000-A.141
- Arazi, R. (2008). *La prueba en el proceso civil. 3° Edición*. Rubinzal Culzoni Editores.
- Baracat, E. J. (2015). La doctrina de la carga dinámica en el nuevo código. *RCyS*, 141.
- Calderón, M., Flores, J. M., Lucia, I., Ilse, E., Peralta, E., Ivan, E., & Flores Francisco Martin, A. R. (2018). *Proceso Oral de la Provincia de Córdoba*. Advocatus.
- Calvinho, G. (2016). *Carga de la Prueba*. Astrea.
- Couture, E. J. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3° Edición póstuma*. Depalma.
- Goldschmidt, J. (1936). *Derecho Procesal Civil*. Ed. Labor.
- Gonzalez Saber, J. J. (2017). *La carga Dinámica de la Prueba*. Lerner.
- Gonzalez Freire, J. (2017 X). La prueba del daño en función de los hechos imputables, sus presunciones y su relación con la carga de las pruebas dinámicas de conformidad al nuevo código. *RCyS*, 225.
- Masciotra, M. (2020). La carga de la prueba en el Proceso Civil. SAIJ: DACF200163
- Peyrano, J. W. (1997). *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial (2° edición)*, Zeus.
- Peyrano, J. W. Chiapini, J. (2001). Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *El Derecho*, 107,1005.
- Peyrano, J. W. Lepori, W. I. (2004). *Cargas Probatorias Dinámicas. Ateneo de Estudios del proceso civil*. Rubinzal Culzoni.
- Peyrano, J. W. (2016). Las cargas probatorias dinámicas, hoy. *Le ley online*.
- Rojas, J., Baracat, E., Roberto, B., Patricia, B., Pedro, B., Alberto, C. C., . . . Kielmanovich, J. (2016). *La prueba 1° Edición revisada*. Rubinzal Culzoni.

Zavala de Gonzalez, M. G. (2015). Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil . *Semanario Jurídico* n° 1995.

Colegio de Abogados de Córdoba. (11 de mayo de 2021). www.abogado.org.ar.
<https://www.abogado.org.ar/jus-unidad-economica>

Federacion de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal. (20 de mayo de 2021). www.faeproc.org.
http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf

Jornadas de Derecho Civil La Plata. (10 de mayo de 2021).
www.jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-12.pdf>

Poder Judicial de la Provincia de Cordoba. (10 de mayo de 2021). www.justiciacordoba.gob.ar.
<https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/Oficinasjudiciales/sedesjudiciales>

Secretaria General de la Gobernacion SantaCruz. (10 de mayo de 2021).
www.jussantacruz.gob.ar.
<https://www.jussantacruz.gob.ar/pdfs/normativa-juridica/leyes-usuales/codigo-proc-civil.pdf>

Bibliografía

Abellaneda, R. (2019). El proceso civil por audiencias en la Provincia de Córdoba. Análisis de la ley 10555 y el Protocolo de Gestión del Proceso Civil Oral. *La Ley Córdoba*.

Anónimo. (2017). *Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial*. SAIJ.

Ferrer Martinez, R. F., Lopez Carusillo, M., Renella, H. S., & Zarazaga, L. (2005). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Tomo I y II*. Advocatus.

Ferreya de De la Rúa, A. G. (2011). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, comentado y concordado. Tomos I y II*. La ley.

Fucito, F. (2013). *Tesis, Tesinas y otros Trabajos Jurídicos*. La Ley.

Hernández Sampieri, R. (1997). *Metodología de la Investigación*. MCGRAW-HILL.

Herrera, M., Gustavo, C., & Sebastian, P. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomos I y II*. Infojus.

Yuni, J., & Urbano, C. (2003). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. Brujas.