



CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

ADRIÁN GUSTAVO GROIA

Abogacía

Universidad Abierta Interamericana

Sede Regional Rosario

Facultad de Ciencias Jurídicas

Diciembre 2003.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo comienza con una breve introducción sobre la rigidez actual en las reglas de la carga de probatoria y la conveniencia de que las mismas se desplacen de actor a demandado y viceversa, en miras de arribar a la verdad real (como meta del proceso civil) y el cumplimiento de su finalidad que es el de justicia.

Pero para entender el tema de la carga de la prueba, debemos en primer término entender el concepto de carga procesal y de actividad probatoria como tal, anticipada por doctrinarios de la talla de Goldschmidt, Rosenberg, Chiovenda, Carnelutti, Couture, por citar sólo algunos, poniendo de manifiesto el hecho fundamental de que la relación jurídica procesal impone a los sujetos o partes, determinadas conductas en el proceso, imperativos del propio interés, cuyo incumplimiento les acarrea consecuencias disvaliosas.

Es así que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba. Es así como llegaremos al esquema propuesto para las citadas cargas probatorias dinámicas, que presuponen un desplazamiento del esfuerzo probatorio del actor al demandado o viceversa, según fuere la coyuntura y sin aceptar apriorismos, ajustándose de esta manera a un Derecho Procesal más moderno.

Por último arribaremos a la jurisprudencia nacional en los distintos casos en que fue aplicada la presente doctrina, pasando previamente por el derecho comparado, analizando también a la corriente opositora, para terminar con una conclusión final.

"...ya no se ha de organizar el litigio pensando en que lo que en él se haga será el triunfo de los profesores de derecho, ni de las formas, sino en la justicia de la solución, obtenida mediante la verdad jurídica objetiva..."

(Morillo, J.A. 1995-I-918 "El sistema de la justicia en la Const. de la Pcia. de Bs.As.")

ÍNDICE

- I. Introducción**
- II. Finalidad del proceso: La justicia**
- III. La carga procesal**
- IV. La prueba**
- V. El objeto de la prueba en el proceso civil**
 - a) Discrepancia doctrinaria**
 - b) La prueba de los hechos. Principio general**
 - c) Hechos admitidos expresamente**
 - d) Hechos presumidos por la ley**
 - e) Los hechos evidentes**
 - f) Los hechos normales**
 - g) Los hechos notorios**
- VI. La carga de la prueba**
 - a) Concepto y problemática de la carga de la prueba**
 - b) Carga subjetiva y objetiva de la prueba**
 - c) La carga de la afirmación**
 - d) Criterios de distribución de la carga probatoria**
- VII. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas**
 - a) Análisis**
 - b) La mejor posición probatoria de una parte frente a la dificultad probatoria de la otra**
- VIII. Las cargas probatorias dinámicas en Alemania**
- IX. Las cargas probatorias dinámicas en España**
- X. El primer antecedente nacional**
 - a) Doctrina actual de la Corte Nacional**
- XI. Las cargas probatorias dinámicas:**
 - 1- En la responsabilidad profesional de daños por mala praxis médica**
 - a) Jurisprudencia en la materia**
 - 2- En el juicio de simulación**
 - a) Jurisprudencia en la materia**
 - 3- En la responsabilidad por animales sueltos en las autopistas**
 - 4- En las controversias de nombres de dominio de Internet**

- 5- En el fideicomiso**
 - a) La propiedad fiduciaria**
 - b) Contratos en fraude a los acreedores**
 - c) El fideicomiso y el fraude**
 - d) La transferencia fiduciaria y el perjuicio a los acreedores**
 - e) La responsabilidad del fiduciario**
- 6- En juicios contra empresas telefónicas**
- 7- En la violación del derecho a la intimidad**
- 8- En juicios de daños causados por animales**
- 9- En juicios de daños derivados del contrato de garaje**
- XII. Las cargas probatorias dinámicas y el proceso penal**
 - a) Posibilidades que pueden presentarse al operador del sistema penal de aparente inversión de la carga de la prueba**
- XIII. Las cargas probatorias dinámicas en el juicio ejecutivo**
 - a) La historia**
 - b) La ley, la doctrina, la jurisprudencia**
 - c) El proceso monitorio**
- XIV. La corriente opositora**
- XV. Conclusión final**

FUNDAMENTACIÓN

Fue cursando el tercer año de la carrera de Ciencias Jurídicas, cuando escuché por primera vez hablar acerca de las cargas probatorias dinámicas. Desde ese momento mi curiosidad por las mismas me llevó a involucrarme de lleno con ellas, recopilando algunos artículos aislados y otros tantos fallos; y al ser tan escaso el material publicado, decidí con este trabajo, tratar de dar un aporte más a un tema tan importante y que en alguna medida da una mayor protección a individuos que sabiendo de su razón, se les hace muy difícil demostrarla, por estar toda o gran parte de la prueba, en manos de su contraria.

Ninguna duda cabe hoy día, de que ya es doctrina consagrada, habiéndose aplicado en innumerable cantidad de fallos y no pudiendo ser desconocida por ningún hombre de derecho que se jacte tal.

Pero de todas formas trataré en el presente trabajo de explicar algunos de los vericuetos que hacen al funcionamiento de la doctrina y, en especial, aquel relativo a cómo se llega dinámicamente a atribuir la carga de la prueba a una u otra parte indistintamente, o dicho de otra manera, qué debe probar el que no puede probar.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, constituye tanto una de las reglas –no la única – de atribución del *onus probandi*, como una pauta de valoración (sana crítica) a la hora de juzgar sobre el material probatorio colectado y –en especial – ante la inexistencia de éste con incidencia en la actividad o inactividad de las partes a su respecto. Para ello la presente doctrina, reniega de adjudicar *a priori*, el peso probatorio que soportarán las partes según sean actores o demandados.

Asimismo podrán ver que la doctrina *sub examine* no elimina ni reemplaza a las clásicas reglas de atribución de la carga probatoria, sino que se suman a estas, aportando a los juicios de valor (sana crítica) de los magistrados, un ingrediente más en la búsqueda de la verdad, y siempre en la conciencia de que ningún esquema pétreo puede brindar solución a todos los casos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1 Brindar un desarrollo de los conceptos de carga procesal y de actividad probatoria en sus distintas corrientes doctrinarias, resaltando los criterios seguidos en las distintas épocas para distribuir, entre las partes, la carga de la prueba, destacando por su importancia las distintas teorías de aquéllos autores más reconocidos.

- 2 Hacer un análisis de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la República Argentina, así como en el derecho comparado, analizando su funcionamiento y comparando sus resultados.

- 3 Ver la aplicación práctica de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, a través de los distintos fallos y diversas materias en las que se aplicó.

- 4 Desarrollar los fundamentos de la corriente opositora brindando asimismo mi opinión personal.

I. Introducción

Dentro de las cargas procesales, para la carga de la prueba o “carga probatoria” (como se le llama en el lenguaje procesal), se diseñaron reglas rígidas y sin miramientos para ciertas circunstancias, que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución. Los hechos invocados por el actor, deben ser probados por quien demanda dentro de un proceso de conocimiento, mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, deben ser acreditados por el demandado, y punto.

Pero ya más modernamente, la praxis alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas; y que en algunas ocasiones, la carga probatoria, debía desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras de arribar a la verdad real, que es la meta del proceso civil, y su finalidad que es la de "Justicia".

Por estos motivos, abogo la conveniencia de que la doctrina, y en especial los legisladores, se ocupen de conceptualizar detalladamente el tenor de estas nuevas “cargas probatorias dinámicas”, para servir mejor a la justicia de los casos llevados a los estrados judiciales.

II. Finalidad del proceso: La justicia

Pensar al proceso como un acto sin finalidad, y que sólo sirve para dar apariencia de legalidad a los ilícitos cometidos por los hombres y quitarles de esta manera los remordimientos de su conciencia, sería lisa y llanamente, desalentar el estudio de la ciencia jurídica.

Calamandrei nos enseñó que el proceso tiene la finalidad más alta que pueda existir: *la justicia*: "...nos es verdad que el proceso no tenga finalidad; si no la tuviese sería necesario inventarla para poder continuar estudiando ésta nuestra ciencia sin disgusto y sin desaliento. Pero en realidad, finalidad tiene, y es altísima, la más alta que pueda existir en la vida: y se llama justicia"(1).

Asimismo la doctrina nacional sostiene que: "La sentencia debe ser justa. El fundamento institucional radica en la realización coactiva e imparcial de la justicia. El proceso es una estructura de obtención de un reparto justo"(2).

Pero, ¿puede el derecho, prometer certeza a los hombres para regir su acción?. Bien pensado, debe contestarse que se la debe prometer. Lo difícil es que se la pueda dar. ¿Qué garantía puede dar el derecho de que los jueces no se equivocan nunca?. Sólo puede prometer la revocación de los fallos injustos.

¿Pero quién puede asegurar que no habrán de ser injustos, precisamente, los fallos revocatorios?. El derecho es en último término, una promesa de certeza, pero el triunfo

de la vida no es siempre lograr, a veces triunfar es aproximarse, y la sola aproximación es en algunos casos una conquista.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, tiende justamente a la realización de la justicia, considerando las particularidades del caso. Esta doctrina constituye un aporte valiosísimo en pos de hacer efectivo el fin enunciado en el Preámbulo constitucional de "afianzar la justicia", pues mediante su implementación, no se hace más que facilitar el camino hacia el esclarecimiento de la verdad.

"Ya no se ha de organizar el litigio pensando en que lo que en él se haga será el triunfo de los profesores de derecho, ni de las formas, sino en la justicia de la solución, obtenida mediante la verdad jurídica objetiva"(3).

III. La carga procesal

Para entender el tema de la carga de la prueba, debemos en primer término, hablar del concepto de carga procesal, y es imposible hablar del concepto de carga, en el sentido técnico que tiene este concepto para el derecho procesal, sin hacer referencia a James Goldschmidt. Porque fue precisamente este autor quien, entre muchos otros temas, se ocupó específicamente del tratamiento de aquel que constituye uno de los problemas fundamentales de esta rama del Derecho: su delimitación.

Según este autor, las cargas procesales, son imperativos que operan en el proceso en razón del propio interés de las partes y que reemplazan, siempre dentro del proceso, a las obligaciones (4).

Carnelutti, por su parte, y en una primera etapa, tanto en *La prueba civil* como en las *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, estructura el concepto de carga procesal con fundamento en el de sanción. Así, señala que: "La distinción entre carga y obligación se funda en la diversa sanción conminada a quien no realiza un acto: existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a la sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio, si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga"(5). Posteriormente, ya en la época del Sistema, el concepto de *carga* es tratado por Carnelutti de la base de la sanción al del *interés*. Nos dice entonces que "obligación y carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad; pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga para la tutela de un interés propio"(6).

IV. La Prueba

Los hechos y los actos jurídicos son objeto de *afirmación o negación* en el proceso.

Pero como el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones. Debe comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción a su respecto.

Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un *medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio* (7).

La prueba civil *no es una averiguación*, y quien leyere alguna de las disposiciones que la definen, tendría la sensación, de que el juez civil *es un investigador de la verdad* (8). Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez del orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos. A tal punto el juez civil no es un investigador que el reconocimiento del demandado detiene toda actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez. La regla general es que si el demandado confiesa clara y positivamente los términos de la demanda, el juicio ha terminado, debiéndose dictar sentencia en su contra sin necesidad de otra prueba ni trámite.

V. El objeto de la prueba en el proceso civil

a) Discrepancia doctrinaria

La divergencia de los autores acerca del objeto de la prueba se encuentra polarizada básicamente en dos grandes grupos. Los que sostienen que en el proceso deben probarse los hechos y los que sustentan que la prueba debe recaer sobre las afirmaciones que las partes hacen de esos hechos.

Entre los que opinan que la prueba debe recaer sobre las afirmaciones encontramos, en primer lugar, a Sentis Melendo quien sostiene que habitualmente se dice que se prueban los hechos a lo que califica de erróneo, desde que los hechos existen y la materia probatoria recae sobre las afirmaciones referidas a esos hechos. Las partes, sostiene este autor, afirman lo que saben y requieren al juez la verificación o comprobación de sus aseveraciones. Los justiciables averiguan y afirman el resultado de esa búsqueda, el magistrado verifica (9).

En similar posición se ubica Carnelutti quien a partir del lenguaje común conceptualiza a la prueba como "comprobación de la verdad de una proposición; sólo se habla de

prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada", para concluir que las partes afirman y el juez comprueba (10). Asimismo Couture sostiene que probar es demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. Para este autor la prueba civil es "...comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio". Empero atenúa un tanto su afirmación al sustentar que el objeto de la prueba lo constituye el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes (11).

En esta línea doctrinaria se ubica también Herrero quien afirma que, prueba al juez, cuando forma convicción acerca de la probabilidad de una afirmación (12).

En antitética posición a la consignada, se sostiene que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos. En tal sentido Chioventa distingue claramente entre hechos y afirmaciones. Dice el autor citado: "Los hechos de influencia en el proceso civil deben de ordinario ser afirmados por las partes para que el juez pueda tenerlos en cuenta... tales hechos, deben, regularmente, ser probados por las partes para que puedan considerarse existentes" (13).

En igual sentido se pronuncia Alsina, para quien los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende, constituyen el objeto de la prueba; agrega que no hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos(14).

Este criterio doctrinario parte de la distinción entre alegaciones, donde se invocan hechos de los hechos mismos. En el acto alegatorio las partes afirman o niegan la existencia de un hecho o la aplicabilidad de una norma jurídica (15).

Por lo tanto la afirmación forma el núcleo objetivo de la alegación, no de la prueba (16). Como atinadamente señala Devis Echandía (17), de aceptarse la tesis que considera a las afirmaciones como objeto de la prueba, habría que concluir que, cada uno de los medios probatorios debería estar constituido también por esas afirmaciones. Empero la realidad demuestra la falsedad de tal inferencia. Los testigos declaran sobre los hechos que han percibido sensorialmente con independencia de las afirmaciones de las partes y generalmente en la ignorancia de tales aseveraciones. Los documentos pueden suministrar conocimiento de situaciones no alegadas y los informes pueden aportar circunstancias y elementos desconocidos para los sujetos de la relación procesal (18).

De lo expuesto se infiere que la afirmación no es el necesario antecedente de la consecuencia configurada por la convicción judicial. En otras palabras, puede producirse prueba sobre hechos no alegados pero vinculados inmediata y directamente a la cuestión debatida.

La concepción que acepta lo afirmado como objeto de prueba tiene un enfoque parcializado de la cuestión, toda vez que centra el núcleo argumental en la actividad de las partes obviando la figura del juez.

Es cierto que tanto actor como demandado intentarán probar el fundamento fáctico de sus afirmaciones pero el magistrado tiene facultades suficientes para determinar la existencia y sustento de los hechos (19).

Las facultades instructorias de los jueces existen con independencia de las afirmaciones de las partes con la única limitación del "thema decidendum". Cuando las partes han determinado el alcance del litigio, queda a cargo del juez hacer lo necesario para el esclarecimiento de la cuestión planteada (20).

Llegados a este punto podemos observar que la tesis de las afirmaciones ha quedado un tanto debilitada en su contenido; no alcanza para explicar todas las situaciones en que pueden aparecer como probados hechos que nunca fueron afirmados y excluye la figura del juez que siempre será un heterocompositor ajeno a los justiciables y a sus alegaciones.

La generalidad de la doctrina se inclina a aceptar los hechos como objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre y según algunos las reglas de experiencia y los juicios que se emitan sobre los hechos (21).

b) La prueba de los hechos. Principio general

La regla ya expuesta de que sólo los hechos son objeto de la prueba, tiene sin embargo una serie de excepciones.

La primera excepción consiste en que sólo *los hechos controvertidos* son objeto de prueba.

Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre el que se litiga, y las que no le pertenezcan serán desechadas de oficio al dictarse sentencia. Por ende, los asuntos sobre los que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes.

c) Hechos admitidos expresamente

La doctrina llama *admisión*, a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario, es decir, que los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. Es inútil, decía el precepto justiniano, probar los hechos no relevantes: "*frustra probatur quod probatum non relevat*"(22).

Al concluir que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso.

Puede afirmarse entonces, que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba. La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos, es una función de depuración previa para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.

Pero todavía el principio de que los hechos controvertidos son objeto de prueba, exige nuevas aclaraciones, porque determinados hechos controvertidos no necesitan probarse. No son objeto de prueba, por ejemplo, dentro de los hechos controvertidos, los hechos presumidos por la ley, los hechos evidentes y los hechos notorios.

d) Hechos presumidos por la ley

No necesitan prueba los hechos sobre los cuales recae una presunción legal.

Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta.

Así, por ejemplo, no es necesario probar que el demandado conocía cuáles eran sus obligaciones jurídicas, porque todo el sistema del derecho parte de la presunción del conocimiento de la ley. Tampoco hay necesidad de probar en el juicio que el hijo nacido durante el matrimonio, es hijo de esos padres, etc.

Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse, es decir, que por ejemplo, para que funcione la presunción del hijo de familia, es menester la prueba del matrimonio.

e) Los hechos evidentes

También está fuera del objeto de la prueba, la demostración de los hechos evidentes.

A nadie se le exigiría probar, por ejemplo, el hecho de que hayan llegado primero ante sus sentidos los efectos de la luz que los efectos del sonido, que la luz del día favorece la visión de las cosas y la oscuridad la dificulta, etc. En esos casos la actividad del juez suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda

tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del magistrado.

La exención de prueba de los hechos evidentes, no constituye sino un aspecto del problema más vasto del saber privado del juez como elemento integrante de su decisión. Tanto en el derecho inglés, como en el alemán, como en el italiano(23), se ha hablado de la *prueba prima facie*, considerando tal a aquella que permite extraer la prueba de los principios prácticos de la vida y de la experiencia de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas.

En nuestro derecho, las disposiciones relativas a presunciones judiciales, consagran la posibilidad de que éste supla las faltas de prueba de las partes, con su normal conocimiento de las cosas y su experiencia de la vida. Si de la prueba producida surge que un automóvil corría a 160 kilómetros por hora, no es necesario probar que no pudo ser detenido por su propia acción mecánica en un espacio de tres metros. La experiencia, el común conocimiento en el estado actual de información que poseemos, nos enseña que tal cosa es imposible. La evidencia, *prueba prima facie*, hace innecesaria otra demostración.

La doctrina del saber privado del juez, de aquello que él conoce por ciencia propia, admite, al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas *máximas de la experiencia*. Éstas son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie.

Pero cabe aclarar, que esto no supone la prohibición de una prueba contraria.

Los hechos tenidos por evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen.

Una *máxima de experiencia* hoy, podrá no serla dentro de algunos años, es decir, que el automóvil que viaje a 160 kilómetros por hora, probablemente pueda ser detenido en un espacio de tres metros dentro de algunos años.

Del desmoronamiento de *máximas de experiencia* y *hechos evidentes*, está hecho el progreso científico y técnico. Una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica.

f) Los hechos normales

La tesis de que lo evidente no necesita prueba, admitida por los autores antiguos, ha tenido en la doctrina una extensión o prolongamiento de muy especial interés.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan que a falta de prueba, los hechos deben suponerse conformes a lo *normal* y *regular* en la ocurrencia de las cosas.

Frecuentemente nuestros tribunales suplen las faltas de prueba de las partes, admitiendo que los hechos deben haber ocurrido como suceden naturalmente en la vida, y no en forma extravagante o excepcional. Aquel a quien la noción normal beneficia, es relevado de prueba. Su adversario es quien debe probar lo contrario. Este tema es considerado habitualmente como una cuestión atinente a la carga de la prueba, ya que aparentemente significa eximir de la prueba a una de las partes (la que sostiene lo normal) y gravar con ella a la otra (la que sostiene lo extraordinario). Pero es fácil de percibir que esto nada tiene que ver con el principio de distribución de la carga probatoria entre las partes.

Entonces lo que está en tela de juicio, es el punto de saber si los hechos *evidentes*, *regulares* y *normales* son *objeto* de prueba.

La regla, en el sentido que acaba de exponerse, es la de que los hechos normales no son objeto de prueba.

El conocimiento de éstos forma parte de esa especie de saber privado del juez, que éste puede invocar en la fundamentación de la sentencia. Lo contrario de lo normal es, eso sí, objeto de prueba. La parte que sostenga que la visibilidad era perfecta durante la noche, o que una casa nueva y bien construida amenaza ruina, o que el acto del comerciante fue a título gratuito, o que el presunto padre era impotente, o que el consentimiento fue arrancado con dolo, etc.; deberá producir la prueba de ese extremo. Pero nada impone al que alega la defectuosa visibilidad de la noche, la solidez de la casa reciente, el carácter lucrativo del acto de comercio, etc., dirigir su actividad probatoria hacia esos hechos que, por normales y constantes, se deben tener por admitidos hasta prueba contraria.

El relevo de prueba de esas circunstancias, como consecuencia natural de lo evidente y normal, se apoya tanto en un principio lógico (el principio de causalidad), como en una regla empírica (el normal conocimiento de la vida y de las casas).

g) Los hechos notorios

Quedan también fuera del objeto de la prueba los hechos notorios(24). Sin embargo, este principio exige una serie de aclaraciones, tendientes a demostrar con la mayor precisión posible, qué hechos deben considerarse notorios.

Por lo pronto, el concepto de notoriedad no puede tomarse como concepto de generalidad. Un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos. Tampoco equivale

a conocimiento absoluto, sino a conocimiento de carácter relativo. Así, es notorio el nombre de los afluentes del río de la Plata, aunque quien deba responder no se encuentre en el acto, en condiciones de repetir sus nombres de memoria, pues bastaría para recordarlos con acudir a una sencilla información.

Tampoco notorio quiere decir conocimiento efectivo, es decir, conocimiento real. Nadie duda de la guerra de Irak y el posterior derrocamiento de Sadam Husein, aunque no se tenga un conocimiento real o efectivo derivado de la contemplación de ese hecho. En ese sentido, pues, notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre; una especie de estado de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una noción.

Y por último, tampoco lo notorio puede interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el conocimiento por todos los hombres de un mismo país o de un mismo lugar.

La conclusión a la que se debe llegar luego de lo expuesto, es la de que pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión (25). Por ejemplo si el actor y el demandado han celebrado un convenio por virtud del cual se establece que uno pagará a otro una suma de dinero "el día en que asuma el nuevo gobierno", la exigibilidad de la obligación depende de un hecho que es, sin duda, notorio con relación al medio o círculo social en que el juez y las partes actúan. No será necesaria, en consecuencia, la prueba de que un nuevo gobierno asumió el poder, una vez que ese hecho haya ocurrido.

VI. La carga de la prueba

a) Concepto y problemática de la carga de la prueba

Según la Real Academia Española, probar es "Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos"(26), que traducido a nuestro derecho adjetivo, es "demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación"(27).

Esto significa que la carga de la prueba es una conducta impuesta a los litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

La ley generalmente(28) distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria, señalando expresamente al actor y al demandado las circunstancias que han de tener que probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas

en el juicio, creándole a los litigantes, la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones en caso de no ser probadas.

La carga de la prueba supone pues, un imperativo del propio interés de cada litigante; una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que deba probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala.

Pero suele suceder en los litigios, que las afirmaciones de las partes con respecto al desarrollo de los hechos en que se fundamenta la pretensión, no alcance a producir en el juez la convicción de certeza suficiente para formar su decisión, ya sea, no sólo porque no hayan sido probados algunos hechos; que otros no hayan sido probados ni como verdaderos ni como falsos; o bien que hayan sido probados hechos contradictorios relevantes como todos ciertos, y si bien alguno es falso, aparece probado como verdadero; porque a veces para el juez no es fácil detectar este tipo de engaños.

Entonces nos preguntamos: ¿cómo deberá decidir el juez en estos casos? Desde ya, queda descartada en forma inmediata la posibilidad de que el juez pueda llegar a pronunciar un *non liquet*(29) con respecto a la cuestión de derecho a causa de las dudas no resueltas sobre las cuestiones de hecho. El juez, en nuestro ordenamiento, debe siempre afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto de la pretensión contenida en la demanda. Lo cual significa que, en un proceso civil, el juez está obligado a condenar al demandado o a rechazar la demanda, siempre y cuando se hayan cumplido los presupuestos procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa.

Ninguna sentencia judicial puede tener otro contenido(30).

Entonces, cuando la certeza no se ha logrado y quedan dudas en la convicción del juez, vemos cómo los inconvenientes o las consecuencias negativas de la incertidumbre van a recaer sobre aquella parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión.

b) Carga subjetiva y objetiva de la prueba

La *carga subjetiva* (también llamada formal) de la prueba, hace referencia a la pregunta *quién* debe probar, es decir, quienes tendrán la carga de probar los hechos que se alegan. En este caso, se piensa únicamente en la necesidad jurídica de las partes de suministrar toda la prueba necesaria para corroborar sus afirmaciones.

Por el contrario, la *carga objetiva* (también llamada material) de la prueba, hace referencia a *qué* se debe probar, es decir, al contenido de la prueba. Prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos. En

lo que respecta a este tipo de carga, solamente interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada en el proceso.

c) La carga de la afirmación

La *carga de la afirmación*, es previa a la cuestión relativa a la *carga de la prueba*. En todo proceso dispositivo, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión, sino que también deben introducirlos en el mismo mediante su *afirmación*.

En los procesos dispositivos, al tribunal no le es posible tomar en consideración los hechos no aducidos por las partes. El juez no puede dudar de lo que es cierto para las mismas, o de lo que éstas no discuten, o de lo que éstas admiten. Sólo debe considerar que requieren de prueba aquellos hechos que las partes debaten o controvierten en la litis; por otro lado tampoco puede aceptar como verdadera una afirmación o un hecho cuando ambas partes están de acuerdo sobre su falsedad.

Y si bien es cierto que no todos los hechos alegados o afirmados por las partes necesitan prueba, por el contrario, todos los hechos importantes deben ser afirmados si se pretende que el juez los tome en cuenta para la sentencia.

Al igual que en el caso de la *carga de la prueba*, las reglas sobre la *carga de la afirmación* sólo pueden ser aplicadas por el tribunal cuando las partes han omitido una o varias afirmaciones. Aquella de las partes cuya pretensión no puede prosperar sin la existencia de dicha afirmación, por este motivo, soporta la carga de la *afirmación* y, en su caso, experimenta la consecuencia negativa debido a la omisión.

En lo que hace a la relación existente entre la carga de la afirmación y la carga de la prueba, debemos decir que las *afirmaciones* preceden por lo general a la prueba. Por consiguiente, es correcto preguntar primero qué debe afirmarse y sólo en segundo lugar introducir la cuestión de la *carga de la prueba*(31).

d) Criterios de distribución de la carga probatoria

Muchos y muy diversos han sido los criterios seguidos en distintas épocas para distribuir, entre las partes, la carga de la prueba. Entre todos ellos merecen destacarse de forma muy sintética los siguientes:

Teoría que impone al actor la carga de probar: heredada del derecho romano, esta teoría se conoce fundamentalmente por algunas pocas reglas con mucha lógica, que resultan una síntesis de las diversas épocas del desarrollo de dicho derecho(32).

Dichas reglas tuvieron un peso determinante durante mucho tiempo, podríamos decir que hasta avanzado el siglo XX, y en su traducción a la lengua española son las que

conocemos como "*el actor prueba*", o "*la carga de la prueba le corresponde al actor*", "*no habiendo probado el actor el demandado debe ser absuelto*", que generaron a partir de ellas una extensa casuística expuesta a partir de las glosas, pasando luego por los prácticos, hasta llegar al derecho moderno y las escuelas italianas del siglo XX.

Teoría que impone al que afirma la carga de probar: originada también en un aforismo romano *–ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat–*, impone la carga de la prueba a quien afirma un hecho y libera a quien lo niega. El criterio de distribución no pesa ya sobre la condición procesal de la parte, actor o demandado, sino sobre quien alegue o niegue una circunstancia de hecho.

Teoría que impone al actor la prueba de los hechos: que fundamentan la pretensión y al demandado los de la excepción. Es muy similar a la anterior y, al igual que aquella, admite muchas excepciones que tornan difícil la aplicación del principio general enunciado(33).

Teoría de los hechos normales como norma y los anormales como excepción: esta teoría afirma que el hecho normal siempre se presume, por lo tanto quien alegue un hecho anormal debe probarlo(34). Es necesario aclarar que por normal debe entenderse la libertad jurídica, económica, física, el respeto por los derechos ajenos y el cumplimiento de la ley. En consecuencia, quien alegue una situación lesiva a tales estados deberá asumir la carga de probarlo.

Teoría que impone la prueba a quien pretende innovar(35): por innovación debe entenderse lo que modifica una situación normal; por lo tanto, esta teoría tiene grandes similitudes con la anterior.

La teoría de Chiovenda: el aporte fundamental de esta teoría es que sistematiza una concepción con diferentes categorías, a saber: *hechos constitutivos*, que son aquellos que dan vida a una voluntad concreta de la norma y hacen nacer expectativas por parte de alguien, normalmente invocados por el actor; *hechos extintivos*, que son los que hacen cesar la voluntad la voluntad concreta de la ley; y *hechos impeditivos*, que son los que impiden el nacimiento de un derecho(36). La atribución de la carga probatoria ya no depende de que se sea actor o demandado, sino de qué tipo de hechos se alegue. Tuvo una importante recepción en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

La teoría de Micheli(37): este autor distribuye la carga probatoria según sea el efecto jurídico perseguido por las partes. Quien pretenda determinado efecto jurídico, deberá probar los presupuestos de hecho para que el mismo resulte aplicable(38).

La teoría de Rosenberg(39): esta teoría impone a cada una de las partes, la carga de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le resulta favorable. No difiere demasiado de la anterior y ha sido decepcionada por diversos códigos(40).

Teoría de Devis Echandía: este autor coincide en lo sustancial con Micheli y con Rosenberg, llegando a una conclusión o definición que resulta de sumar los conceptos de ambos autores. Así, nos dice que está de acuerdo con ellos y los autores que los siguen, en que el único criterio aceptable para una regla general debe contemplar no solamente la posición de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con éste en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse(41).

VII. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas

a) Análisis

Tradicionalmente se entendía que la carga de la prueba pesaba sobre la parte que afirmaba la existencia de algún hecho controvertido. El otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa. Regía el principio "actor incumbit probatio" (al actor le incumbe la prueba), sólo morigerado por la aparición de hechos invocados por el demandado. Así fue como se estableció posteriormente, que los hechos constitutivos, es decir, los invocados por el actor en el escrito de demanda, deben ser probados por éste en un proceso de conocimiento; mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, debían ser acreditados por el demandado. Por supuesto este accionar, derivó en un apriorismo, que distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo.

Con el correr del tiempo, los hombres de derecho se dieron cuenta de que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance fácil prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra el poder aportar elementos de convicción, lo que demostró que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado. Este problema se ha presentado frecuentemente en demandas de mala praxis médica, donde el misterio de lo que

sucedió en el quirófano y su comprobación, depende fundamentalmente de los médicos demandados.

Es así como la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ampliamente receptada en la jurisprudencia, abandona la óptica tradicional, y distribuye las obligaciones probatorias poniéndolas en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.

Se funda, entre otros preceptos, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo de la verdad real.

"Se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla. Así vgr., establecida la separación de hecho sin voluntad de unirse, se encuentra en mejores condiciones (por conocer las intimidades de la pareja) de probar su inocencia (o culpabilidad del otro cónyuge) en orden a conservar su vocación hereditaria, el cónyuge supérstite que los causahabientes del cónyuge fallecido"(42).

Es decir, la denominación "cargas probatorias dinámicas", consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado.

Pero es preciso aclarar, que esta doctrina constituye una más (no la única) de las reglas de atribución del onus probandi como una pauta de valoración (sana crítica) a la hora de juzgar sobre el material probatorio colectado y, fundamentalmente, ante la inexistencia de éste, con incidencia en la actividad o inactividad de las partes a su respecto. Esta doctrina reniega de adjudicar, fatalmente y a priori, el peso probatorio que soportarán las partes según sean actores o demandados. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, no reemplaza ni elimina a las clásicas reglas de atribución de la carga probatoria, sino que se suma para brindar una solución a aquellos casos en donde el viejo sistema no podía dar una solución justa. Es que la susodicha doctrina nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba(43). El esquema propuesto para las citadas cargas probatorias dinámicas (que presuponen un desplazamiento del esfuerzo probatorio del actor al demandado o viceversa, según fuere la coyuntura y sin aceptar apriorismos) se ajusta al ideal perseguido por el proceso moderno, preocupado, sobremanera, por ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad(44). Arribamos pues, a una solución más justa, donde se

aprecia que en determinados y cada vez más numerosos supuestos, se requiere flexibilizar la distribución de la carga probatoria, exigiendo simplemente una mayor colaboración, según sean las condiciones en que se encuentren las partes frente a la prueba y con la única finalidad de arribar, en lo posible, a la verdad real y hacer justicia al caso concreto.

b) La mejor posición probatoria de una parte frente a la dificultad probatoria de la otra

¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Pues que el sujeto al quien se le atribuye la carga probatoria, se encuentre en una posición de privilegio, con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir que, en virtud del rol que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que dispone de la prueba, etc., se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que en principio, y según las reglas clásicas, no tenía.

Las mejores condiciones de aportar prueba, pueden también fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas. Nuestro máximo tribunal nacional expresó que corresponden mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón a la posesión de medios idóneos de prueba(45), o por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso(46).

En rigor, más que atribuirle la carga probatoria, se le endilgan las consecuencias de la omisión probatoria; ya que las reglas de distribución de la carga de la prueba, sólo tienen importancia cuando, precisamente, no hay prueba(47).

Ahora bien, la mejor posición probatoria ¿debe probarse?

La doctrina entiende que quien pretenda el desplazamiento de la carga probatoria, aliviando el *onus* que le compete, habrá tenido que probar, aún indirectamente, que su contraria está o estaba en mejores condiciones de probar(48). Esto es así, ya que dinámica probatoria, solidaridad, colaboración o desplazamiento, no resultan equiparables a una tajante inversión de la carga de la prueba; como que alivianar, aligerar o favorecer, no implica derechamente, eximir o liberar de toda carga(49). Pues si de colaboración o solidaridad probatoria se trata, el sujeto cuya carga se aligera, debe arrimar algún esfuerzo o desarrollar actividad. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que se objeta, no habrá hecho más que cambiar de manos.

Así como se pretende paliar el supuesto en que una parte se atrinchera en la negativa y descansa cómodamente en las clásicas reglas de distribución, mirando de lejos cómo todo el peso probatorio recae sobre su contraria, tampoco hay que fomentar que la otra parte, sin intentar probanza alguna, demande alegremente u omita explicitar, bajo la bandera de que su contraria es quien se encuentra en mejores condiciones de probar.

Pero debe quedar claro, que la circunstancia de ubicarse una de las partes en mejor posición de aportar la prueba, no indica, necesariamente, que la otra no pueda producirla. Si el sujeto aparentemente débil se encontraba en "suficientes" condiciones de producir la prueba y podía hacerlo, no tiene caso indagar sobre la mejor posición de su contraria. Es decir que quien pretenda beneficiarse con el desplazamiento de la carga probatoria hacia su contraria, tendrá asimismo, que justificar que él no está en condiciones de poder producirla. Visto de otro modo: si el sujeto puede probar, entonces tendrá que probar, con independencia de que su contraria también pueda o mejor pueda.

Esto es así, porque la parte con aparente posición desventajosa frente a la prueba, no puede escudarse en la mejor posición de su contraria. Si se postula que la carga probatoria es compartida, pues la parte que reviste o argumenta una situación de inferioridad, tendrá que desarrollar actividad probatoria que, aunque a la postre insuficiente, ponga de manifiesto su esfuerzo e intención de colaborar. Incluso, el fracaso de aquéllas y otras diligencias probatorias, por razones no imputables al sujeto proponente, resultarán demostrativas de la aludida inferioridad.

Será pues, el conjunto de actitudes positivas o esquivas frente a la prueba, donde habiéndose mensurado si la dificultad reside en el hecho mismo a probar o en las posibilidades de producir prueba al respecto, analizada la actividad o inactividad que desarrollaron "ambas partes", en uno u otro sentido, lo que conforme en definitiva una red (de pruebas, conductas y situaciones) que permita el fecundo funcionamiento de las cargas probatorias dinámicas.

Es así que, llegada la hipótesis de un proceso donde no se ha producido prueba alguna, ni en torno al hecho puntual ni respecto de la mejor o inferior posición probatoria de una u otra parte, difícilmente pueda echarse mano de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; ya que las mismas no son "la regla" de distribución de la carga probatoria, sino sólo una de ellas.

VIII. Las cargas probatorias dinámicas en Alemania

Desde siempre fue conocida la carga probatoria dinámica en Alemania(50).

La carga dinámica implica una esquivada a lo que normalmente la norma impone respecto de quien debe hacerse cargo de sus alegaciones.

Los casos contemplados por la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia Alemán (BGH) son(51):

- Responsabilidad médica en casos de culpa gravísima.
- Responsabilidad en materia de consumidores: la del productor-empresa en la misma (carga la prueba en determinada parte).
- Responsabilidad en materia de consumidores: la del productor-empresario (Produkthaftung), en un juego simultáneo de los arts. 826, 823 BGH y de la Ley de Responsabilidad por Productos Elaborados (Produzent-haftungsgesetz).
- Deber de aclaración y comunicación en los negocios jurídicos.
- AGBG: casos de condiciones generales de contratación.
- Derecho laboral.
- Contratos financieros (consumidor-entidad financiera).
- Medio ambiente (UHG).

La carga dinámica puede operar tanto a través de indicios y prueba indirecta cuanto de presunciones.

La carga dinámica desempeña un rol fundamental, sancionando a la parte que materialmente actuó con culpa o dolo de acuerdo con el BGH (Bundesgerichtshof, es decir el Supremo Tribunal Alemán). Así, en materia de productos elaborados y casos de carga de riesgo o actividades riesgosas; violación de los deberes profesionales; un fallo(52) sobre responsabilidad médica, cuando el médico vulneró groseramente deberes inherentes a la profesión.

La carga de prueba, en tanto dinámica, tiene también contenido y base legal material en el derecho de fondo en el caso de los arts. 282, 285, 831, 891, 892 del BGH. Así, en casos de inmisiones, leyes de protección o de productos elaborados y de deber profesional.

IX. Las cargas probatorias dinámicas en España

Lo que entre nosotros se conoce como cargas probatorias dinámicas, no constituye ninguna novedad en la Madre Patria, donde el Pretorio ha considerado desde antiguo que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios

inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte.

Con diferentes fórmulas el Tribunal Supremo de España había receptado un criterio de flexibilidad del onus probandi, en virtud de la obligación de colaborar con el órgano judicial en el desentrañamiento de la verdad real que pesa sobre los litigantes. Se había acudido a ideas como el principio de facilidad, el deber de quien tiene normalmente la posibilidad de probar, etc.

Avanzando un poco más en este sentido, podríamos decir que era una dirección jurisprudencial consolidada en España que la prueba deba exigirse de quien la pueda tener normalmente a su disposición.

Pero fue la novísima Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 la que incluyó expresamente en su art. 217, y bajo el título de "carga de la prueba", la posibilidad de desplazamiento de la carga probatoria, atendiéndose a la disponibilidad o facilidad en cuanto a la producción de prueba que corresponda a cada una de las partes.

Al respecto, se expresó lo siguiente: "La nueva ley viene a recoger la doctrina jurisprudencial de la facilidad probatoria que se basa en evitar que por aplicación de una regla rígida, un tema sea difícil de probar para una de las partes, debiendo valorarse las circunstancias de cada caso, y en especial la disponibilidad de medios y la proximidad de las fuentes de prueba (STS 8/10/1997)"(53).

Es así, que el texto definitivo del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000) ha quedado redactado de la siguiente manera:

"Carga de la prueba:

"1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

"2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

"3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

"4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita **corresponderá al demandado la carga de la prueba** de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

"5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que **una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.**

"6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la **disponibilidad y factibilidad probatoria** que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Vemos que luego de enumerarse básicamente las reglas clásicas en materia de carga probatoria (necesariamente ligadas al carácter de actor o demandado), se prevé la posibilidad cierta de su flexibilización y/o desplazamiento conforme determinados supuestos específicos (competencia desleal o publicidad engañosa), o bien de acuerdo con la voluntad de leyes especiales que así lo dispongan de antemano, y, por último, en el caso de una mayor "disponibilidad o factibilidad" probatoria para alguna de las partes frente a la otra.

Claramente, se consagra así la principal de las reglas que forman parte de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, colocando a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la vanguardia en este tópico.

X. El primer antecedente nacional

El primer fallo dictado en el país en el cual se aplica la teoría de las cargas probatorias dinámicas, aunque sin darle ese nombre, es el dictado por la Corte Suprema el 21/6/1957.

Se trataba de la aplicación del decreto ley 5148/1955, referido al enriquecimiento ilícito de los funcionarios, en la causa "Perón, Juan D.", publicado en La Ley, t. 87, p. 110.

Dijo en ese entonces el Supremo Tribunal:

"Los Códigos de fondo y las leyes de procedimientos reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes, no ateniéndose por tanto, exclusivamente a los aforismos tradicionales y a las construcciones de la doctrina al respecto que no tienen otro valor que el de simples indicaciones generales.

En materia de enriquecimiento ilícito 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 la legitimidad de su enriquecimiento y no el Estado la de la ilegitimidad; es aquél quien está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto que para éste existiría, si no una imposibilidad, una grave dificultad evidente".

Este fallo de la Corte Nacional, es realmente precursor en el tema, ya que no sólo resulta ampliamente esclarecedor, sino que además, contiene todos los elementos sobre los que luego se construyó el instituto de las cargas probatorias dinámicas.

a) Doctrina actual de la Corte Nacional

En el año 1997, al resolver en autos "Pinheiro, Ana M.", la Corte Suprema recepcionó nuevamente la teoría de las cargas probatorias dinámicas. En el caso, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario deducido por la parte actora, la cual tachaba de arbitraria la decisión recurrida por haberse omitido en la misma resolver cuestiones esenciales para la determinación de la responsabilidad de la demanda, por haberse llevado a cabo una irrazonable valoración de la prueba que condujo a una sentencia con fundamentación no sólo aparente, plagada de auto contradicciones y basada exclusivamente en el peritaje médico(54). Para nuestro máximo tribunal fue determinante el hecho de haberse examinado la responsabilidad de los dependientes de la demandada a partir de las conclusiones de una pericia médica a la que se le habían imputado adulteraciones y que carecía de elementos esenciales, tales como las hojas de enfermería y de anestesia, el parte quirúrgico, el registro gráfico de monitoreo y los exámenes complementarios de diagnóstico, todos elementos de relevancia para la decisión. Decidió la Corte que le cabía a la demandada la responsabilidad por las deficiencias en la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados y que la desaparición de esas pruebas no podía redundar en detrimento de la paciente, debido a la situación de inferioridad en que la misma se encontraba al respecto. Y en lo que hace al orden de las cargas probatorias, estableció que la

demandada tenía la obligación de colaborar en el esclarecimiento de los hechos. En razón de ello, la sentencia recurrida fue descalificada como acto jurisdiccional y se ordenó que se proceda a dictar un nuevo fallo.

Es de suma importancia este fallo, ya que no se trata de invertir la carga de la prueba, ni de eximir a la actora de probar lo que afirma, y mucho menos de que la demandada tenga que probar su no responsabilidad o culpabilidad. Se trata del supuesto en que una sola de las partes, en el caso la demandada, es no solamente la autora de importante prueba documental, sino que tiene además, la guarda de la misma. Cuando se le pide su exhibición aparece adulterada, perdida parcialmente o maliciosamente ocultada, a sabiendas de que la otra parte no podrá probar lo que afirma de ninguna otra forma.

XI. Las cargas probatorias dinámicas:

1. En la responsabilidad profesional de daños por mala praxis médica

La culpa profesional del médico no es distinta de la noción de culpa en general y se regula por los mismos principios que enuncia el art. 512 del Cód. Civil en cuanto define un concepto unitario de culpa, que se complementa con las precisiones que contienen los arts. 902 y 909 del mismo Código. Las particulares circunstancias en que se originan los daños a terceros determinan un régimen especial de responsabilidad en algunos casos, por la necesidad de apreciar con mayor o menor severidad la culpa de los agentes y aun establecer la imputabilidad en función de las condiciones más diversas que regulan predominantemente ciertas actividades. Si la culpa "consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieran a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar" (art. 512 CC), parece obvio que el tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto.

En materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber de los facultativos es por lo común de actividad, incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico. Es que la obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, es decir, de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado. Es evidente que "en las obligaciones de

actividad, cuya infracción apareja responsabilidad subjetiva, el incumplimiento al menos desde un punto de vista funcional se *conforma* con la culpa; y demostrar ésta supone tanto como hacer patente aquél, que es lo que interesa a los fines probatorios(55)".

De acuerdo a los principios generales que rigen la carga de la prueba en el proceso, le incumbe al actor (el acreedor) la demostración de los hechos que alega como fundamento de su pretensión, y está a cargo del deudor (el demandado) la prueba de los hechos impeditivos de esta última. Al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, es decir, la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento, y desde luego el factor de imputabilidad, que consiste en la culpa del infractor. Los términos se alteran si la ley crea una presunción en contra de este último, por lo cual se invierte la carga de la prueba y queda a cargo del demandado exclusivamente la prueba de su exculpación. Pero a fin de calificar la cuestión, vale dejar en claro que en materia de responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar no existen presunciones legales –generales – de culpa. Ello implica que no hay una inversión general de la carga de la prueba de la culpa médica; siendo de aplicación por tanto, la regla general conforme la cual al paciente le corresponde probar la culpa invocada.

Es así que en la obligación de medios que debe prestar el médico, que consiste precisamente en un actuar diligente y prudente, el actor debe demostrar el incumplimiento de aquél, que no es otra cosa que su falta de diligencia y prudencia (omisión de los cuidados y atención, inobservancia de las reglas de la ciencia y del arte por ignorancia, torpeza y falta de previsión), es decir, se debe patentizar la culpa del demandado.

Es por ello que demostrar la culpa supone tanto como hacer patente el incumplimiento del médico, pues la prueba de la culpa revela que el deudor actuó culposamente, y como éste se obligó a desplegar una actividad exenta de culpa, va de suyo que queda así demostrado su incumplimiento.

Pero muchas veces, la prueba de la culpa, supone un grave obstáculo para el paciente quien normalmente cuenta con escasos elementos para la defensa de sus derechos, provocando una suerte de inmunidad para los profesionales médicos. Esto nos conduce directamente al problema en cuestión, el cual es, tratar de resolver si la teoría de la prueba y, específicamente, el principio que sostiene que le incumbe al actor la

prueba de sus afirmaciones (*actor incumbit probatio*), es suficiente para orientar la obligación de acreditar ante el juez la razón de una pretensión expuesta.

El quid de la cuestión está en que el principio soporta la seguridad de cómo suceden las cosas. Claro está que cuando esas mismas cosas (circunstancias) cambian o modifican, influenciadas por las contingencias donde ocurren, aplicar tal precepto rígido, puede resultar una auténtica arbitrariedad.

Quizá pensando en esas dificultades, la jurisprudencia francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces, sobre los indicios que surgen de las pruebas arrimadas al proceso, deducen o presumen negligencia. Esto es lo que se conoce como la *faute virtuelle*, conforme a la cual "el juez estima o presume la existencia de culpa-negligencia, cuando por las circunstancias en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia, sino por la existencia de una falta médica(56)".

Tal como lo explica Peyrano, según esta doctrina, el juez estima o presume la existencia de culpa-negligencia cuando por la circunstancia en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia, sino por la existencia de una falta médica.

Otras veces, la dificultad probatoria, está en la imposibilidad de lograrla (se denominan *pruebas leviores* o *pruebas diabólicas*), tal como sucede con la demostración de la responsabilidad profesional emergente de la intervención quirúrgica, donde la víctima se encuentra adormecida por los efectos de la anestesia, sin posibilidad alguna de saber qué ocurrió durante la operación. Y aunque a la víctima en estos casos no se le exija que fije con suma precisión la calificación técnica del error profesional, el material preconstituido (vgr. historia clínica, estudios bioquímicos, radiológicos, neurológicos, diagnóstico por imágenes, etc.), se encuentra en la mayoría de los casos, en manos de quien será el sujeto pasivo de la pretensión.

En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso, el solo manejo de la "regla" conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca, y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquéllos, ya que si nos guiamos sólo por los principios comunes, ante la duda sobre la responsabilidad profesional, la ausencia de certeza acerca del modo como sucedieron las cosas, y la falta de prueba decisiva sobre la culpa o negligencia invocada, debería rechazarse la demanda, y absolver al médico y su equipo por déficit probatorio. Es ante esta dificultad – e incluso, muchas veces, imposibilidad – de lograr dicha prueba, donde cobra valor la prueba de las presunciones. Éstas pueden ser

de dos tipos: *judiciales* o también llamadas *hominis*, que doctrinariamente resultan ser aquellas que dependen de conjeturas, del raciocinio lógico; y las *legales*, en las que la ley impone un hecho a partir de otro.

En materia de responsabilidad de médicos, no existen presunciones legales de culpa, motivo por el cual, las presunciones *hominis* – desvirtuables mediante la demostración de la no culpa – han cobrado cuerpo en el tema de la responsabilidad profesional (tal vez como en ningún otro), por el carácter restrictivo que tuvieron desde la perspectiva procesal. Pero se debe tener en cuenta, que las presunciones no son medios de prueba, sino elementos que utiliza el juez para valorar situaciones de hecho y de derecho, que van sugiriéndole conclusiones que luego expresará en la sentencia.

Ante este cuadro, el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, deberá reparar en el deber de cooperación que debieron imprimir las mismas al proceso, creándose un criterio de razonabilidad, al deber de buena fe con el que deben actuar éstas, y con relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitiéndole al momento de sentenciar, determinar presunciones *hominis* de culpa contra la parte que observó un conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo que el accionante.

Esta aplicación del concepto de las cargas probatorias dinámicas es la excepción, pero – sin duda alguna – se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes.

Ninguna duda cabe, de que muchas veces será el médico quien se encuentra en mejores condiciones de probar lo sucedido en la operación, porque el secreto del quirófano impide al paciente aportar pruebas de las negligencias de los profesionales intervinientes, quienes, en cambio, se encuentran en muchas mejores condiciones de probar que han actuado conforme a las reglas del arte de curar.

a) Jurisprudencia en la materia

Nuestra jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Así, nos encontramos con fallos que se atienen estrictamente a las posturas tradicionales en cuanto a la carga de la prueba de los que se citan – a mero título ejemplificativo – los siguientes:

“En materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber de los facultativos es por lo común de actividad, incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico. Esta conclusión es indiscutible en el derecho vigente, dado que en las

obligaciones de actividad – cuya infracción trae aparejada responsabilidad subjetiva – el incumplimiento, al menos desde el punto de vista funcional, se conforma con la culpa; y demostrar que ésta supone tanto como hacer patente aquél, que es lo que interesa a los fines probatorios” (C. Nac. Civ., sala D, 9/8/1989, “Fernández Russo, Miguel v. Hospital José Ramos Mejía”, JA 1990-II-68; LL 1990-E-414, íd., C. Nac. Civ., sala D, 12/5/1992, “Sica, Juan C. v. ENTEL y otros”; LL 1992 –D-579; JA, rev. 5816 [ejemplar del 17/2/1992], p. 30; Juris, n. 139-31).

“En materia de responsabilidad médica no existe una inversión del *onus probandi*, sino, por el contrario, una aplicación de los principios comunes que en materia de culpa subjetiva directa rigen la materia; corresponde pues la carga de la prueba a quien alegue un perjuicio sufrido; es decir a quien impute el mismo a otro sujeto responsable. Y ello es así, ya que no existe en este tipo de situación, elemento alguno que justifique apartarse de los principios generales relativos a la individualización de la culpa” (C. Nac. Fed. Civ. y Com., sala 3ª, 4/9/1991, “Valentino, Héctor M. R. v. Estado Nacional y otros”, LL 1992-A-161; ED 146-380; DJ 1992-1-639).

“Hallándose en el caso de por medio una responsabilidad de naturaleza contractual, consistente en el deficiente cumplimiento de una obligación de medios es, como regla, el damnificado quien debe demostrar la culpa de los profesionales actuantes o la omisiones del ente asistencial en cuanto a calidad y cantidad de las prestaciones a su cargo” (C. Nac. Civ. y Com., sala 3ª, 24/9/1993; “Montagni, Ludwig y otro v. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro”, JA 1994-II-130).

“La culpa del médico no se presume, debiendo el enfermo acreditar que medió imprudencia, impericia o grave negligencia, pues la violación es, en principio, de medio y no de resultado, ya que salvo algunos supuestos marginales, el médico no está obligado al restablecimiento de la salud, sino sólo a procurarla, aplicando todos sus conocimiento y su diligencia. De tal forma, es el paciente quien debe demostrar la culpa que atribuye al médico, pues es ese medio, el único apto para exteriorizar la abstención de las diligencias que eran exigibles” (C. Nac. Civ., sala B, 11/9/1985, “o. de A. M. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ED 116-281; LL 1986-A-410; JA 1986-III-131).

Otros, en cambio, receptan la doctrina de las cargas probatorias dinámicas sin definirla como tal, pero aplicando sus postulados, tales como:

“Al haber el médico prometido un resultado, existe un desplazamiento de la carga de la prueba, ya que ante el incumplimiento del *onus* propuesto y las secuelas post operatorias en la cara del paciente, corresponde al cirujano acreditar su falta de culpa y, por lo tanto, el acaecimiento de un caso fortuito que no estaba en manos del cirujano superar, pese a la diligencia en su labor” (C. Nac. Civ., sala E, 20/971985, “Páez de Tesamo Pintos, Nana M. v. Otermín Aguirre, Julio, ED 117-243, JA 1986-III-335).

“En caso de responsabilidad médica, la víctima es quien en principio, debe probar la causalidad y la culpabilidad. Pero ésta, por la imposibilidad de realización certera y absoluta, debe versar sobre actos u omisiones que demuestren una actividad negligente, imprudente o imperita relacionada con el resultado. Como la prueba negativa es de difícil producción, más aún si se ha destruido la principal, el médico debe orientar su defensa acreditando la existencia de una causa extraña a su conducta, el error excusable, el caso fortuito, la conducta del paciente, el fracaso del tratamiento, el estado de necesidad, etc. Específicamente no procederá requerir al paciente la calificación técnica del deber violado, lo que surgirá de la tramitación de la causa y de la prueba del descargo atribuida como obligación para el sanatorio o el profesional, quienes en tal caso, sí deberán dilucidar con toda claridad la inexistencia de violación alguna a los deberes a su cargo. Los elementos atinentes a la demostración de su *no culpa* son los antes destacados u otros idóneos que pudieran acreditarse tanto en el ámbito de la norma mencionada como en el art. 1101 CCiv.” (Trib. Coleg. Resp. Extrac. n. 1, 25/10/1988, “Castro, Héctor F. y otra v. Provincia de Santa Fe y otros s/daños y perjuicios”; Zeus, 54-J-93).

“La doctrina que implica que aun cuando se considere que la obligación de los médicos es de medios, a ellos corresponde la prueba del *casus* si no se cura o alivia al enfermo, debe ser compartida porque tiene un mérito innegable; permite a las víctimas de malas prácticas médicas remontar los obstáculos muchas veces insuperables que se presentan cuando se transita el camino que lleva a la responsabilidad profesional del médico” (C. Civ. y Com. Río Cuarto, 31/8/1988, “Evaristi, Amelia C. v. Godoy Martorelli, Jorge”, JA 1989-III-617).

“Como principio, la carga de probar la culpa en la actuación del médico y su relación causal con el perjuicio recae sobre el presunto damnificado, cabiendo advertir que, por tratarse de hechos, es posible recurrir a todo tipo de pruebas y aunque, obviamente, la relevante en esta clase de juicios es la pericia médica, también resulta admisible la de presunciones, prueba que es a veces la única de la que pueden echar mano las víctimas o sus derechohabientes. Empero, también pesa sobre el profesional el deber jurídico y moral de colaborar con el esclarecimiento de la verdad, pues muchas veces es él quien está en mejores condiciones de aportar los elementos enderezados a la consecución de ese fin” (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 6/6/1995, ED 169247).

“En la obligación de medios se promete un cierto resultado, que no es la curación del paciente, o resultado final o mediato, sino la atención dirigida a ese objetivo, o sea un resultado más próximo o inmediato. Lo fundamental, es que el deudor de la atención, el médico, está obligado a colocar en la especie todos los medios apropiados para lograr la curación. Y de ahí que le incumba a él la prueba de semejante extremo o requisito. No se trata de la prueba de la culpa a cargo del acreedor de los medios; ni siquiera de la prueba del incumplimiento. Se trata que la prueba del cumplimiento que se han puesto los medios exigidos, debe pesar sobre el deudor, el médico en la especie que nos preocupa” (C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 20/9/1994, “P. S. N. v. S. M. y otro”, JA 1996-II-470).

“Si bien en los casos de responsabilidad médica el *onus probandi* recae sobre quien alega haber sido damnificado por el accionar llevado a cabo por un profesional de la medicina, ello no exime a éste del deber de allegar a la causa los elementos que permitan definir lo justo en concreto. La conducta omisiva es un factor significativo de valoración en contra del profesional” (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 30/5/1996, “C. D. v. Hospital Nac. de Oftalmología Dr. Lagleyze”, LL 1996-E-255; DJ 1996-2-1280).

“El *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas, se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime si la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico” (C. Nac. Civ., sala D, 24/5/1990, “Calcaterra, Rubén y otra v. Municipalidad de Buenos Aires”, LL 1991-D-466).

“En el plano de la responsabilidad médica debe aplicarse una conceptualización dinámica del proceso, que hace necesario e indispensable el compartimiento en materia de pruebas, ya que ante la responsabilidad de los galenos la víctima está ante el secreto del quirófano (y sus antecedentes y consecuentes), por lo que dicho profesional muchas veces está en mejores condiciones de aportar elementos de juicio en pos de convencer sobre el esclarecimiento real de los hechos y una más justa decisión de los tribunales, sumado a que los participantes del acto médico no se limitan al mismo médico en sí, sino que aparecen cuestionadas, muchas veces, conductas del grupo medical en sí (equipo médico, jefe de cirugía, personal paramédico en el post operatorio, médicos internos que han participado en el hecho), pero el alivio hacia la carga probatoria de la víctima viene dado por la estricta aplicación, en el proceso del juego de las presunciones judiciales, conducta procesal de las partes, noción de las cargas probatorias dinámicas donde el que debe probar es el que está en mejores condiciones procesales de hacerlo en función de un hecho concreto, siéndoles aplicables los principios procesales para la distribución de la carga de la prueba: pero además, cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa en orden a las circunstancias del caso, alcances de la pretensión y defensas, el profesional tiene la carga ora exclusiva, ora concurrente, de acreditar su diligencia” (C. Fuero Pleno Venado Tuerto, 14/4/1992, “Bianquini, Eduardo v. Muntané Rubens”, JCCSF., n. 32-232, Juris, n. 101-369, 102 y 103).

“Desde el punto de vista del establecimiento asistencial o del médico demandados por responsabilidad médica, la prueba debe desarrollarse conforme la doctrina que determina que corresponderán mayores cargas a quien dispone o puede disponer de mejores posibilidades en razón de la normal posesión de medios idóneos de prueba” (C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 21/4/1998, “D.G.B. y otros v. Hospital Zonal de Agudos Narciso López y otros”. “Revista de responsabilidad civil y seguros”, n. 1, ene-feb-1999, p. 123).

“Son aplicables los principios procesales para la distribución de la carga de la prueba. Cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas, situación privilegiada en materia técnica, etc., el profesional tiene la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia – Del voto del Dr. Venini – “ (C. Nac. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 28/3/1989, “Barisone de Ricci, María T. v. Petrelli, Caulos y otros”, Rev. Juris, n. 78-121).

“Tratándose de una acción por daños y perjuicios derivados de un hecho médico, si bien ambas partes deben acreditar sus derechos y desvirtuar sus responsabilidades, como forma de colaborar en el logro de una aplicación justa del derecho, es evidente que la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos” (C. Nac. Civ., sala 1ª, 25/10/1990, “F.H.J. v. P.J.R. y otro”, ED 141-284; LL 1992-D-114; DJ 1991-II-564).

“Si bien el derecho positivo no ha receptado aún la opinión mayoritaria en la doctrina nacional *de lege ferenda*, que entiende que la sola presencia de infracción dañosa genera una presunción relativa de culpa que desplaza la carga de la prueba hacia el demandado, a efectos de que éste se encuentre en la necesidad de probar su no culpa o del caso fortuito, ello, sin embargo no constituye un obstáculo para que en función del marco normativo que nos ofrece el Código Procesal, se pueda exigir al profesional médico una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia” (C. Nac. Civ., sala D, 12/5/1992, “Sica, Juan C. v. ENTEL y otros”, LL 1992-D-579; JA, rev 5816, ejemplar del 17/2/1993, p. 30; Rev. Juris, n. 139-31).

“Si se hace patente que hubo falta de diligencia en ciertos aspectos abstractos tales como la falta de información al paciente, historia clínica mal confeccionada, desatenciones respecto al asistido, etc., tales actitudes podrán habilitar al juez para extraer presunciones judiciales de culpa o bien para aplicar el criterio del *favor probationis* o la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas poniendo a cargo del dañante demandado la carga de probar su inculpabilidad” (Trib. Coleg. Inst. Única del Juicio Oral n. 6, sent. 384, 21/12/1992, en autos “B.G. v. Sanatorio R.G. S/daños y perjuicios”).

“Tratándose de un supuesto de responsabilidad médica, el principio de carga interactiva de la prueba impone a tales profesionales la colaboración con el esclarecimiento de la verdad, no siendo suficiente así la mera negativa de los hechos en cuestión” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 1998/05/12, F., P. E. y otro c/S., O. y otros, LA LEY, 1999-F, 752 (42.072-S) - ED, 182-224).

“Desde el punto de vista del establecimiento asistencial o del médico demandados por responsabilidad médica, la prueba debe desarrollarse conforme la doctrina que determina que corresponderán mayores cargas a quien dispone o puede disponer de

mejores posibilidades en razón de la normal posesión de medios idóneos de prueba” (Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, 1998/04/21, D., G. B. y otro c/Hospital Zonal de Agudos Narciso López y otros, RCyS, 1999-548).

Otros, en cambio, receptan la doctrina de las cargas probatorias dinámicas como tal:

“Si bien en los casos de mala praxis médica la carga probatoria incumbe al actor y son aplicables las normas de la culpa subjetiva, al tratarse, por lo general, de situaciones extremas de muy difícil comprobación para el damnificado, cobra fundamental importancia el concepto de la "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", la que hace recaer el deber de probar en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva -en el caso, los médicos o la entidad hospitalaria-, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa con el hecho dañoso”. (Del voto en disidencia del doctor Vázquez. La mayoría declaró inadmisibles los recursos extraordinarios). (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1998/06/02, “Mendoza, María M. c/Instituto de Serv. Soc. Bancarios”, LL, 1998-F, 43).

“Si bien es cierto que en el tema de responsabilidad médica debe acatarse, en principio, el antiguo aforismo procesal "onus probandi incumbit actori", así como que son aplicables las normas de la culpa subjetiva, en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la "carga dinámica de la prueba" que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos de convicción, tendientes a obtener la verdad objetiva (médicos o entidad hospitalaria, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso) la obligación de hacerlo” (Del voto en disidencia del doctor Vázquez. La mayoría de la Corte declaró inadmisibles los recursos). (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 1997/08/21, P., P. c/Clínica Médica Integral Las Palmas y otros, LA LEY, 1998-B, 568 - RCyS, 1999-846).

“La teoría de la carga probatoria dinámica, que en materia de responsabilidad médica permite cargar la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, es inaplicable cuando resulta con absoluta claridad que las lesiones que presenta el paciente no obedecen a la atención prestada por el demandado sino a la llevada a cabo -en el caso, maniobras para extraer un catéter doble jota de la uretra- en otro nosocomio” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E,

2001/02/14, C., M. A. c/Sociedad de Beneficencia en Buenos Aires -Hospital Italiano, LA LEY, 2001-C, 684 - DJ, 2001-2-633).

“En los casos de responsabilidad médica, la culpa, como regla general, debe ser acreditada por el acreedor, sin perjuicio de la importancia que tienen como medio de prueba las presunciones judiciales, o bien, excepcionalmente, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 1997/03/03, S. de M., L. H. c/Hospital San Juan de Dios y otros, LA LEY, 1997-C, 956).

“La teoría de la carga dinámica de la prueba determina que el médico, que conoce mejor que nadie lo ocurrido dentro del ámbito asistencial, deba acreditar que la prestación fue eficiente, correcta o adecuada a las reglas de la ciencia, o que se cumplieron todos los pasos exigidos de modo que, aunque la posible causa médica de las lesiones resulte desconocida, pueda determinarse que no obedeció a negligencia médica o conexas al deber del establecimiento asistencial” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7a Nominación de Córdoba, 1999/08/23, S., J. E. c/Clínica Sarmiento y otro, LLC, 2000-1225).

“Pesa sobre el médico la carga de alegar y probar que el daño sufrido por su paciente no le es imputable por haber mediado caso fortuito, fuerza mayor, hecho del paciente o de un tercero por quien no debe responder o que de su parte no hubo culpa; ello, conforme a la teoría moderna de "la carga dinámica de la prueba" y a la regla "res ipsa loquitur" (las cosas hablan por sí mismas)” (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de Río Cuarto, 1998/03/19, G. de A., A. M. c/O., M. C. y otro, LLC, 1998-1334).

2. En el juicio de simulación

La simulación, muy frecuente en los negocios jurídicos, se utiliza como procedimiento para ocultar ciertas actividades o bien, para evadir impuestos, escapar al cumplimiento de obligaciones reales, etc.

A veces la simulación no tiene nada de reprobable, pero por lo general, el propósito perseguido es contrario a la ley o a los intereses de terceros. Es aquí, precisamente, donde la fecundidad y la diversidad de los recursos empleados son sorprendentes.

Aunque la extraordinaria multiplicidad de formas que suele adoptar la simulación hace difícil encontrar caracteres comunes a todas ellas, es sin embargo posible delinear los más generales:

- a) Todo acto simulado supone una declaración de voluntad ostensible y otra oculta, destinada a mantenerse reservada entre las partes, y es esta última la que expresa la verdadera voluntad de ellas.
- b) El acto simulado tiene por objeto provocar un *engaño*. Adviértase que engaño no supone siempre *daño*, puesto que algunas simulaciones son perfectamente inocuas.
- c) Por lo general, la simulación se concierta de *común acuerdo entre las partes* con el propósito de engañar a terceros.

a) Prueba de terceros

Mientras el juez debe ser riguroso en la apreciación de la prueba producida por las partes, no puede serlo respecto de terceros. La situación de éstos es muy distinta. Las partes han podido y, salvo casos excepcionales, debido procurarse un contradocumento, pero los terceros no pueden poseerlo, justamente porque la simulación se hace en perjuicio y si aquél se otorgó, los contratantes lo mantendrán en secreto. Más aún, como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito y a veces un delito criminal, las partes procurarán rodear el acto de todas las apariencias de realidad, ocultarán los indicios comprometedores, borrarán los rastros. Operan con premeditación, eligen el momento oportuno y el *modus operandi* más conveniente.

Se comprende, por tanto, cuán difícil es la tarea de los terceros. En tales casos, casi la única prueba que tienen a su disposición es la de presunciones; sólo por excepción disponen de documentos o testigos.

Las presunciones generalmente admitidas como prueba de la simulación, son las siguientes:

- a) Debe existir, ante todo, una *causa simulandi*, es decir, una razón o motivo que la explique; por ejemplo, eludir el pago de las deudas, escapar a las prescripciones legales sobre la legítima, etc.

Es claro que cuando un tercero inicia la acción de simulación, es porque el acto que impugna lo perjudica; esto sólo supone una *causa simulandi* a menos que la acción sea totalmente infundada, y no haya, en verdad, ningún perjuicio para el actor.

- b) El vínculo de parentesco muy estrecho o la amistad íntima entre las partes suele ser un indicio importante, ya que la gravedad que reviste el acto cuando se perjudica a terceros, exige una gran confianza recíproca. Es claro que esta circunstancia, por sí sola

no es suficiente para hacer lugar a la acción, desde que los contratos entre parientes no sólo son posibles, sino también frecuentes.

c) La imposibilidad económica del comprador para adquirir los bienes que aparecen vendidos; en estos juicios, tiene una gran importancia la averiguación de la fortuna del adquirente. No menos revelador es este otro indicio: si el precio que se dice pagado es muy considerable y se demuestra que en las cuentas bancarias del vendedor no ha ingresado suma alguna y que éste no ha realizado otras inversiones que justifiquen el destino de ese dinero, cabe presumir que no lo ha recibido.

d) También debe repararse en la naturaleza y cuantía de los bienes que aparecen enajenados; es sospechoso, en efecto, que el vendedor transfiera precisamente aquellos bienes que, por razones económicas, por ser su principal fuente de recursos o por motivos sentimentales, son los que más hubiera debido procurar que quedaran en su poder.

e) La falta de ejecución material del contrato; por ejemplo, si el que aparece vendiendo una propiedad, continúa en posesión de ella y administrándola, aunque a veces se disimule esa anomalía bajo la apariencia de un contrato de locación o dándole el comprador aparente al vendedor un mandato de administración sobre la propiedad. Lo mismo ocurre si el que vende un comercio sigue al frente de él, administrándolo, conservando el teléfono a su nombre, etc.

f) Las circunstancias y el momento en que se realizó el acto. Así, por ejemplo, la venta de un bien ganancial realizada por el esposo pocos días antes o después de iniciada la demanda de divorcio, resulta sin duda sospechosa; la declaración de haber recibido el precio con anterioridad, etc.

g) Gran importancia tienen también los antecedentes de las partes, pues así como una conducta intachable aleja la sospecha de que se haya cometido un fraude en perjuicio de terceros, la vida inmoral o deshonesto favorece esa hipótesis.

h) En la simulación por interposición de personas, es muy ilustrativo el modo de comportarse del prestanombre, que no se conduce como verdadero adquirente de los bienes; tiene también relevancia la índole de las relaciones entre el enajenante y el verdadero destinatario de los derechos o bienes. Por lo general, estas relaciones son íntimas y se procura mantenerlas ocultas; tal como ocurre entre un hombre casado y su amante.

Claro está, que las presunciones no son medios de prueba, sino elementos que utiliza el juez para valorar situaciones de hecho y de derecho que van sugiriéndole conclusiones

que luego expresará en la sentencia; por tal motivo, la doctrina más moderna entiende que en la acción de simulación iniciada por terceros, es mucho más fácil, para quien participó en el acto, acreditar la veracidad del mismo, que para el ajeno, demostrar la simulación. Como vemos, esto no es más que la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica.

a) Jurisprudencia en la materia

"Según la moderna concepción sobre las cargas dinámicas, se entiende que a los demandados por simulación por un tercero no les basta la negativa de los hechos y la afirmación de la realidad del acto que defienden, sino que deben aportar pruebas tendientes a convencer de la honestidad y sinceridad del acto en el que intervinieron" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 1996/10/28, Ferrari, Hernán J. c/Prats, Pedro M. y otro, LA LEY, 1998-D, 9).

"Si bien, como regla general, en la simulación la carga de la prueba pesa sobre quien la alega, pues las convenciones entre particulares deben reputarse sinceras hasta que se pruebe lo contrario, el demandado debe colaborar aportando la prueba de descargo para convencer de la seriedad y honestidad del acto en que intervino y demostrar su buena fe y el sincero propósito de contribuir a la averiguación de la verdad" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 1997/09/29, I., M. A. c/C., L. A. y otros, LA LEY, 1998-D, 117).

"Resulta aplicable a la acción de simulación -en el caso, interpuesta por el síndico a fin de declarar nula la venta de un bien de la fallida- el principio de las cargas probatorias dinámicas que impone la carga de la prueba a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla, con independencia de la calidad de actor o demandado que revista en el proceso" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 2000/06/02, Bevimar S. R. L. s/quiebra c. Bevimar S. R. L. y otros, LA LEY, 2001-C, 176 - DJ, 2001-2-349).

"El principio de las cargas probatorias dinámicas es aplicable a la acción de simulación. En tales circunstancias, la acreditación de la veracidad del negocio queda en cabeza del demandado, quien no puede escudarse en la mera negativa de los hechos y la consiguiente afirmación de la realidad del acto, en tanto debe aportar pruebas orientadas a convencer al juzgador acerca de la honestidad y sinceridad del mismo" (Cámara de

Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, 1996/09/25, Bonlluvanni, Claudio R. c. Ridolfi, Esteban O. y otra, LL Litoral, 1997-571).

"La teoría de las cargas probatorias dinámicas es aplicable a la acción de simulación iniciada por terceros, pues es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en el acto acreditar la veracidad del mismo que para el ajeno demostrar su simulación" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I civil y comercial, 1998/09/10, C. de B., M. c. P., J., LA LEY, 2000-B, 830 (42.443-S) - DJ, 1999-1-675 - VJ, 1998-6-51).

3. En la responsabilidad por animales sueltos en las autopistas

En este caso en particular, la cuestión primordial no pasa tanto por determinar si la responsabilidad es contractual o extracontractual, sino por saber si la responsabilidad de los concesionarios es subjetiva u objetiva, y en su caso cuáles son los hechos que quedan atrapados bajo su deber de responder.

Gran cantidad de autores que han tratado el tema, consideran que la responsabilidad de los concesionarios frente a los usuarios de rutas tiene fundamento objetivo. En esto están de acuerdo tanto quienes predicen la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Quienes consideran que la responsabilidad del concesionario es extracontractual, la fundan en el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, en cuanto consagra la responsabilidad civil objetiva por el riesgo o vicio de las cosas, y el responsable sólo podrá eximirse probando la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder o el caso fortuito; es decir, el corte de la cadena causal.

Por su parte quienes consideran que la responsabilidad tiene naturaleza contractual, defienden la tesis de la obligación de seguridad de resultado cuyo incumplimiento también genera responsabilidad objetiva. En este caso el factor de atribución es la garantía. En este supuesto, el concesionario para eximirse de responsabilidad también deberá demostrar la ruptura de nexo causal, es decir la causa ajena en sentido amplio que comprende entre otros al caso fortuito en sentido estricto, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Como se puede apreciar hasta aquí las diferencias no existen pues cualquiera sea la vía elegida la responsabilidad será objetiva.

b) Extensión del resarcimiento

Como quedó dicho anteriormente no trataremos aquí la extensión del resarcimiento en los términos de los artículos 521, 901 y concordantes del Código Civil, sino más sencillamente los hechos o supuestos que quedarían comprendidos dentro de la responsabilidad de los concesionarios. En realidad, la cuestión pasa fundamentalmente por el supuesto en el cual un automóvil que circula por la ruta embiste a un animal suelto. Es éste el caso que en realidad ha dividido las aguas y pensando siempre en ese ejemplo es que se dan argumentaciones en uno y otro sentido.

En general, quienes sostienen la tesis extracontractual consideran que el concesionario sólo responde por los vicios que pueda tener el pavimento, así por ejemplo un pozo o una banquina mal señalizada. En otras palabras, el concesionario sólo responde por el mal estado del corredor.

En cuanto a los accidentes causados por animales, para estos autores, el concesionario que también resulte demandado debe excepcionarse aduciendo la culpa exclusiva y excluyente del dueño o guardián del semoviente.

Sin perjuicio de ello, Sarmiento Güemes al menos admite que podría existir responsabilidad sólo en caso de incumplimiento del deber de vigilancia sobre el camino por parte del concesionario en el caso de permanencias prolongadas (de varios días) de animales sueltos en las banquetas de la vía concesionada.

En el sentido limitativo y en un trabajo específico sobre el tema, López del Carril concluye que: a) en un accidente de tránsito producido por la presencia de un animal suelto en una ruta, debe atribuirse responsabilidad al dueño del animal; b) de no haber dueño o forma de identificarlo, no es la concesionaria vial que mantiene la ruta donde transcurrió el accidente quien debe responder; c) a tenor del análisis de los cuerpos legales antes aludidos, no existe fundamento normativo que imponga la responsabilidad a quien mantiene la ruta, siendo que la referida concesionaria actúa por delegación, cualquier hipotética imputación de responsabilidad podría hacerse extensiva al Estado concedente por su omisión de transmitir o delegar el poder de policía necesario.

Poclava Lafuente sostiene que nunca puede el concesionario ser responsable en el caso de los animales; otorgadas las concesiones, la responsabilidad asumida se refiere exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones pactadas con el concedente que, en esencia, se refieren a la construcción, conservación, etcétera, de la ruta a su cargo.

Pero no se ve posible que entre dos partes que celebran un negocio jurídico limiten su responsabilidad frente a terceros. En alguna oportunidad se admitió que se pacten cláusulas limitativas de responsabilidad entre las partes celebrantes de un negocio

jurídico, pero jamás que éstas limiten su responsabilidad frente a quienes ni siquiera han tenido la posibilidad de intervenir en ese acto.

En una posición intermedia se encuentra Scolara para quien si bien la responsabilidad es contractual, el deber de responder del concesionario queda limitado a los daños causados por vicios de construcción o conservación de la ruta.

Vázquez Ferreyra considera que en base a la obligación tácita de seguridad que viene impuesta en cabeza del concesionario por imperio del principio general de la buena fe (art. 1198, Cód. Civ.), éste garantiza al usuario que no sufrirá daño alguno con motivo de la circulación por el corredor.

Siendo esa obligación de resultado, el concesionario sólo se eximirá de responsabilidad probando la causa ajena, es decir el caso fortuito.

Ello así, en principio debe responder por los accidentes provocados por animales, salvo que pruebe que ese hecho reviste los caracteres del casus (caso fortuito en sentido amplio). Es decir que la aparición de animal en la ruta es un hecho imprevisto o que previsto no se ha podido evitar.

Ésta ha sido la tesis aprobada entre otros por Bueres, Goldenberg, Agoglia, Burgos, Marchand, Sagarna, Parellada, Gesualdi, Ameal, Picasso, Casiello, Cavallero, Wajntraub, Boragina y Meza en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en septiembre de 1996 (57). Allí se sostuvo mayoritariamente que El concesionario tiene una obligación de seguridad. En virtud de ella es responsable objetivamente aun por los daños producidos al usuario por los animales sueltos en la ruta.

También contó con apoyo mayoritario en las Jornadas sobre Accidentes de Tránsito celebradas en la ciudad de Rosario en junio de 1997 y organizadas por la Dirección de Cursos de Postgrado de la Facultad Católica de Derecho de Rosario (U. C. A.).

Entonces, y por lógica podemos adoptar dos posturas enfrentadas. Según una -que sostiene la mayoría- las empresas concesionarias al asumir la obligación tácita de seguridad garantizan al usuario que podrá circular por la ruta tranquilamente sin correr ningún tipo de peligro. Para ello deben realizar todas las diligencias exigibles entre las que se encuentra recorrer regularmente el camino a efectos de constatar la eventual presencia de animales sueltos.

La otra posibilidad es que la empresa concesionaria no asuma tal obligación. En tal caso es necesario concluir que al concesionario le resulta indiferente la seguridad del usuario y que si constata la presencia de animales sueltos, nada debe o puede hacer pues no es

problema suyo. Lo absurdo de esta tesis hace innecesario brindar mayores argumentos en su contra.

En cuanto a la obligación de seguridad que sirve de fundamento para la responsabilidad del concesionario, se ha definido como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración en base al principio de buena fe(58).

Las partes difícilmente hayan pactado en forma expresa la obligación de seguridad y ésta tampoco viene impuesta expresamente por norma legal alguna. Es así que su origen lo encontramos interpretando e integrando el contrato que vincula a las partes (concesionario-usuario) a la luz del principio general de la buena fe.

Es por ello precisamente que para eximirse de responsabilidad el concesionario debe quebrar la relación causal a través de la prueba del casus.

Obviamente que esa prueba deberá ser valorada por los tribunales teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Es que los requisitos propios del casus deberán ser juzgados a la luz del hecho concreto. Así por ejemplo no es lo mismo un animal suelto en una autopista que en una semiautopista o en un simple camino, etcétera.

En el peor de los casos, y de considerarse que la obligación de seguridad de las concesionarias de peaje es de medios, exigiéndose la culpa del concesionario para que surja su responsabilidad, la prueba de dicha culpa no puede exigirse al usuario, ya que por imperio del principio de las cargas probatorias dinámicas no cabe absolutamente ninguna duda de que el concesionario se encuentra en mejores condiciones de probar su no culpa que el usuario de probar la culpa de aquél.

Para el concesionario la prueba de la ausencia de culpa es relativamente sencilla. Le basta con probar que puso de su parte la diligencia que le era exigida. Así por ejemplo que controló la presencia de animales sueltos a través de recorridos regulares, que controló los alambrados perimetrales, etcétera.

Es que los animales no aparecen en las rutas por generación espontánea. En casi todos los casos se trata de animales que han permanecido en los costados de la ruta durante largo tiempo. En algunos casos, se trata de situaciones que se repiten todos los días. Por lo general son caballos cuyos dueños los llevan a pastar a las banquetas, siendo esa situación tolerada por quienes deben controlar el estado de las rutas. Esto por ejemplo se puede ver todos los días en la autopista Rosario-Buenos Aires en su tramo inicial (que

no está concesionado), a la salida de la primera de las ciudades nombradas. ¿Por qué hay animales sueltos en el tramo que no está concesionado y no los hay en el tramo bajo concesión? Pues porque no resulta muy difícil realizar el control pertinente, control que directamente no se realiza en el primer sector de la autopista mencionada.

4. En las controversias de nombres de dominio de Internet

Hay un sistema mundial(59), administrado por ICANN (entidad que gobierna el dominio punto com), y en colaboración con la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), que actúa globalmente como sistema de solución de tales conflictos y se caracteriza por ser un sistema rápido y de costos relativamente bajos y sobre todo por la virtud de alcanzar a los registrantes de dominios de todo el mundo.

Uno de los elementos para solucionar los conflictos de quien inscribe un nombre de dominio en la *web* sin autorización del afectado es la ausencia de interés legítimo del registrante del dominio.

La carga de la prueba de los tres requisitos que el art. 4 UDRP refiere, está en cabeza del demandante.

No obstante, en la práctica, el demandante probará ser titular de una marca y alegará la mala fe del registrante del dominio, por lo que la doctrina especializada postula que la ausencia de derechos sobre el dominio escogido es un requisito negativo, por lo que quien está en mejor posición para demostrar el derecho sobre el dominio es el propio registrante demandado, y sostiene: "Esto no es más que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas(60), la que se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de que su situación, en principio, es de superioridad técnica con respecto a la contraparte(61), debiendo realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos".

Cualquiera de las circunstancias enumeradas en el art. 4 C UDRP, que demuestre el registrante del dominio alcanza para acreditar que éste tiene derechos legítimos sobre el nombre de dominio y conducirá a la desestimación de la demanda.

5. En el fideicomiso

a) La propiedad fiduciaria

El fideicomiso es el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado. En esta conceptualización genérica se destacan dos aspectos claramente definidos. Uno, la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien; otro, un mandato de confianza.

Las partes del contrato de fideicomiso son dos: el "fiduciante", que es la persona que transmite los bienes; y el "fiduciario", que es quien recibe -adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato. Pueden existir en la figura legal otras dos personas como terceros interesados: el "beneficiario", quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el fiduciario, y el "fideicomisario", como el destinatario final de los bienes fideicomitados. Estos últimos no son partes del contrato quedando sus respectivas posiciones jurídicas amparadas por las estipulaciones a favor de terceros del art. 504 del Código Civil.

Al no integrar los bienes transmitidos al patrimonio personal del fiduciario, la ley 24.441 les da el carácter de "patrimonio separado". En efecto, el art. 14 expresa: "Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". La mención del segundo (el fiduciante) en realidad está demás, pues si el fiduciante transfirió los bienes al fiduciario, los mismos ya no forman parte de su patrimonio, dado que han salido de él.

Los arts. 15 y 16 complementan el sistema, disponiendo que los bienes fideicomitados están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario (singular o colectiva), del fiduciante y del beneficiario. La ley deja a salvo la acción de fraude.

Como complemento de lo expuesto, el art. 16 de la ley dispone que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso "las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados", con la salvedad de que "el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la... culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes..." (art. 7), en cuyo caso responde personalmente de los daños y perjuicios causados.

La transferencia fiduciaria de los bienes es el medio o vehículo para alcanzar los fines previstos y no un fin en sí mismo. La transferencia de la propiedad es a "título de confianza", en razón de que la transmisión se realiza porque el fiduciante confía en el fiduciario para encomendarle un encargo determinado. La transferencia fiduciaria no es

onerosa porque el fiduciario no le da nada a cambio del bien al fiduciante y tampoco es gratuita, porque éste no le regala la propiedad a aquél, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo.

El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes fideicomitidos no debe confundirse con el carácter que pueda tener el contrato mismo de fideicomiso. En efecto, este será oneroso o gratuito en función de que el fiduciario reciba o no una retribución por su gestión. En este caso, en ausencia de una manifestación expresa en tal sentido, el art. 8 de la ley 24.441 presume su onerosidad, delegando en el juez la medida de la retribución.

Una característica de la propiedad fiduciaria es su transitoriedad ya que la misma está restringida a que el fiduciario la retransmita en cumplimiento del encargo de que el bien sea entregado al fiduciante, al beneficiario o a un tercero, dándose, así, por extinguido el carácter fiduciario del bien con ese nuevo traspaso.

b) Contratos en fraude de los acreedores

Hemos visto que la transferencia de los bienes por el fiduciante a favor del fiduciario impide que los acreedores puedan agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria, salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante.

La excepción a la oponibilidad de la transferencia de los bienes a los acreedores del fiduciante cuando mediere una acción de fraude, nos conduce a las prescripciones del artículo 961 y siguientes del Código Civil, Capítulo II, del Título II (Del fraude en los actos jurídicos), Sección 2da. libro II.

La idea del fraude a los acreedores se relaciona con los actos realizados por el deudor cuya consecuencia es la afectación de su patrimonio en detrimento de los créditos de aquellos concedidos con anterioridad, y por cuya causa se provoca o agrava su insolvencia.

La disminución patrimonial que compromete su garantía es el fundamento que les permite a los acreedores "demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos" (art. 961, Cód. Civ.).

La acción pauliana, de fraude o revocatoria tiene por finalidad, pues, instar la ineficacia del contrato haciéndolo inoponible al acreedor que la ejercita, permitiéndole ejecutar su crédito sobre el bien que fuera objeto de la transferencia fraudulenta, mediante el mecanismo de devolución del bien al patrimonio del deudor para, una vez allí, agredirlo.

Para ejercer la acción pauliana o de fraude, conforme con el art.962 del Cód. Civ., es menester que el deudor se halle en estado de insolvencia, el cual se presume desde que se encuentra fallido. Además, que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente. Y, finalmente, que el crédito, en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

La insolvencia es la incapacidad de pagar las deudas por el desequilibrio patrimonial del deudor. Ese estado que aparece visible frente a un patrimonio negativo, es decir, cuando el pasivo supera al activo del deudor, puede presentarse, sin embargo, en situaciones de aparente equilibrio patrimonial. Es decir, cuando los bienes activados contablemente, por su especial naturaleza, no constituyen suficiente garantía para los acreedores. La disminución patrimonial, en tal caso, no surge de la comparación contable del activo con el pasivo, sino de la constatación de que el verdadero valor del bien sea equiparable con el importe exteriorizado en los registros contables del deudor. Puede darse también una situación de insolvencia si el bien activado no puede garantizar eficazmente las obligaciones contraídas en razón, por ejemplo, de que el mismo sea ilíquido en el corto plazo, impidiendo que los acreedores puedan satisfacer su acreencia en los plazos estipulados.

Nótese, en efecto, que los negocios en fraude de los acreedores guardan relación con la composición del patrimonio, la capacidad patrimonial, los bienes que lo integran, presentes y futuros; los poderes jurídicos, derechos y simples facultades, los derechos actuales y los eventuales, las expectativas; los elementos pasivos del patrimonio; y, por otra parte, la libertad de gestión patrimonial. Cuando la situación del deudor es de insolvencia o próxima a ella, aumenta el derecho de "control" de los acreedores insatisfechos sobre su "gestión".

El patrimonio del deudor constituye la garantía común de las deudas que lo gravan. Este principio emana de las soluciones particulares que el propio Código Civil ofrece al permitirle a los acreedores atacar el patrimonio del deudor con la finalidad de hacer efectivos sus créditos (arts. 505, 3922). La garantía común puede disminuirse y deteriorarse en perjuicio de los acreedores como consecuencia de la incuria, desidia o negligencia con que actúe el deudor. El remedio que ofrece la ley civil es que los bienes vuelvan a su estado anterior con el objeto de reconstruir aquella garantía, mediante la acción revocatoria o de fraude, pero sólo en beneficio del acreedor que obtiene la inoponibilidad.

Incluso los negocios que bajo la apariencia de un cambio equitativo, se realizan con la intención de incorporar al patrimonio bienes, como el dinero, de fácil ocultamiento,

pueden celebrarse en fraude. Es claro que en tales casos, por tratarse de negocios onerosos, donde existe equilibrio entre las prestaciones, el juez ha de ser severo en la exigencia de la prueba de la complicidad fraudulenta del adquirente.

El perjuicio del acreedor puede sobrevenir, entonces, no sólo de negocios a título gratuito, pues también puede resultar dañado en otras hipótesis, como cuando se transforma un valor patrimonial accesible en un valor inaferrable u ocultable y disimulable, empobreciendo la hacienda del deudor.

Obviamente, no toda disminución patrimonial puede necesariamente originar perjuicio a los acreedores, dado que si tal reducción no deteriora la garantía general subsistente en el activo del deudor, el negocio celebrado no es causal de insolvencia.

La impugnación del contrato de transferencia de bienes a través de la acción de fraude no es un remedio legal que se exija para la promoción de la acción que se haya configurado el estado de cesación de pagos como condición o exigencia para la apertura del concurso preventivo. En efecto, la cesación de pagos con el pretendido propósito de provocar la apertura del concurso debe tener características de permanencia y generalidad, no configurándose frente a inconvenientes pasajeros u ocasionales. El estado de insolvencia no se verifica necesariamente por la cesación de pagos. Ello puede o no darse. Es suficiente, en cambio, que se demuestre el empobrecimiento patrimonial que coloca al deudor en estado de insolvencia aún cuando no pueda acreditarse la concurrencia de la cesación de pagos.

Si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuese a *título gratuito*, puede ser revocado a solicitud de éstos, aún cuando aquél a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor (art. 967, Cód. Civ.).

La revocación de un acto a título gratuito no exige la concurrencia de la complicidad del tercero, por cuya razón la mera existencia de "perjuicio" en contra de los derechos del acreedor será suficiente para promover la acción, sin necesidad de acreditar la "mala fe" del adquirente.

En cambio, *siempre* que el acto del deudor insolvente se haya celebrado a título *oneroso*, para que el mismo pueda ser revocado se exige, además de la condición de que el deudor haya querido defraudar a sus acreedores (lo que se presume por su estado de insolvencia), que el tercero con el cual haya contratado haya sido *cómplice* en el fraude, presumiéndose tal complicidad por el conocimiento que tenía del estado de insolvencia del deudor al momento de tratar con él.

La acción pauliana la deduce el acreedor contra el deudor y el tercero conjuntamente pues en el negocio fraudulento intervienen ambos, y a ellos habrá de afectar la sentencia

que declare la procedencia de la acción. En tal caso, al revocarse el contrato el deudor se verá privado de oponerlo al acreedor impugnante, debiendo soportar ulteriores eventuales acciones ejecutivas por parte de este sobre la base del bien restituido como garantía de su acreencia. La acción deja de ser procedente si el deudor pudiere demostrar que los bienes subsistentes luego del contrato son suficientes para satisfacer el derecho del acreedor, desvirtuando así el estado de insolvencia. El tercero adquirente, por su parte, como consecuencia de la acción, sufrirá la pérdida total o parcial del bien adquirido y de los respectivos frutos (art. 971, Cód. Civ.) o bien, deberá indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios (art. 972, Cód. Civ.).

c) El fideicomiso y el fraude

La transferencia fiduciaria de bienes en favor del fiduciario podría, en determinadas circunstancias, constituirse en el paso previo al estado de cesación de pagos como presupuesto de la insolvencia del deudor, la que en doctrina se conoce como "el estado de un patrimonio que se manifiesta impotente para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles". Sin embargo, dicho estado de cesación de pagos no es exigencia para configurar el fraude a los acreedores, salvo que este último, provenga del ejercicio fraudulento por parte del deudor en perjuicio de aquellos. El derecho trata de proteger el patrimonio del deudor como garantía de las deudas que lo gravan, a través de la acción revocatoria o pauliana, acción típicamente conservatoria cuya finalidad es mantener incólume el derecho de garantía del acreedor, preparando la vía para la ejecución forzosa.

En el contrato de fideicomiso, atento a que la transferencia no se realiza al fiduciario ni a título gratuito ni a título oneroso, sino a título "de confianza", la calificación del acto a los fines de su encuadramiento en el capítulo 2, del título II, Sección 2da, libro II, del Código Civil, amerita una hermenéutica que tenga en cuenta la intención del codificador. En efecto, el capítulo destinado a tratar del "fraude en los actos jurídicos" aporta soluciones en relación con los actos a título gratuito (art. 967) y a los actos a título oneroso (art. 968), sin que haya previsto expresamente tratamiento alguno en relación con los actos celebrados a título de confianza. La ausencia de prescripción explícita acerca de estos últimos, conduce al intérprete a llenar el vacío legal teniendo en cuenta las especiales características del contrato de fideicomiso.

El fiduciario es quien, como adquirente de la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos reviste, ante los acreedores del fiduciante, la calidad de "tercero" a los fines del ejercicio de la acción de fraude.

Atento a que la transferencia no se realiza a título oneroso -único supuesto en el que se exige la "complicidad" del adquirente-, para que prospere la acción de fraude ante una transferencia fiduciaria no es necesario acreditar mala fe en cabeza del fiduciario, bastándole al acreedor que se cumplan los requisitos establecidos por el art. 962 del Cód. Civ., antes mencionado.

Si el fiduciario, en razón del encargo del fiduciante, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido deberá estarse a lo normado por el art. 970, que prescribe: "si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude".

d) La transferencia fiduciaria y el perjuicio de los acreedores

La transferencia fiduciaria puede importar o no una disminución del patrimonio del deudor que comprometa su garantía ante los acreedores. En efecto, la misma puede realizarse con el propósito de que el bien pase finalmente, vía fideicomiso, a un tercero beneficiario a título gratuito o, por el contrario, que el negocio subyacente del fideicomiso lo constituya la venta del bien por parte del fiduciario contra el pago de la contraprestación correspondiente (negocio subyacente oneroso). En este último caso, el fiduciante/beneficiario percibiría la suma equivalente al precio del bien en ocasión en que el fiduciario realice la venta o, en su defecto, si el encargo no ha podido concretarse, obtendrá la devolución del mismo al concluir el plazo de vigencia del fideicomiso.

La transferencia subyacente a título gratuito, indudablemente, provoca la disminución patrimonial del fiduciante, la que habrá de valorarse en función del patrimonio residual del deudor que subsista luego de la celebración del contrato de fideicomiso, a fin de constatar si el activo subsistente es suficiente para afrontar el pago de los pasivos.

En el caso de que se utilice el fideicomiso como vehículo para enajenar el bien, a pesar de que exista la contraprestación en caso de venta, deberá meritarse si el plazo durante el cual dicho bien habrá de permanecer fuera del patrimonio del fiduciante hasta tanto se produzca su venta efectiva o su reincorporación por no haberse concretado la misma, produce algún perjuicio al acreedor. Esto así, en razón de que se sustituye el bien cedido por un derecho personal a favor del fiduciante, cuya naturaleza dependerá de las características del fideicomiso.

En esta hipótesis, para los acreedores del fiduciante la composición del activo como garantía genérica de sus acreencias ha cambiado. En efecto, antes de la celebración del contrato de fideicomiso tenía el respaldo, tal vez, de un bien líquido o liquidable a corto o mediano plazo y, después del contrato, se encuentra con aquel derecho personal que lo reemplaza, el cual no puede ser agredido pues no es aún exigible, estando por ello, inhibido de ejecutar su crédito sobre el nuevo bien.

En tal supuesto, y siempre que el acreedor pudiera demostrar que ha sufrido un perjuicio, en razón de que los bienes restantes no permitirían solventar las deudas que mantiene el deudor con sus acreedores, aquél se encontraría legitimado para el ejercicio de la acción revocatoria o de fraude impugnando el acto a fin de provocar la ineficacia del mismo para que sus efectos le sean inoponibles.

e) La responsabilidad del fiduciario

Hemos visto que el acreedor perjudicado por una transferencia fiduciaria no tendría necesidad de demostrar la complicidad del fiduciario para el progreso de la acción de fraude.

Sin embargo, la mala fe o la culpa incurrida por quien se constituya, como fiduciario, en titular de los bienes transmitidos al celebrar el fideicomiso, puede generarle responsabilidades específicas por los perjuicios que ella pudiera ocasionar a terceros, conforme los alcances derivados de la aplicación de los principios generales vigentes en la materia, las que exceden en este aspecto el estrecho marco de la acción de fraude (Arts. 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil).

Aludimos aquí a la responsabilidad previa que pesa en cabeza del sujeto al momento de celebrar el fideicomiso, sin considerar a este efecto la posterior, es decir, emergente de su actuación como fiduciario dentro del marco de ejecución del fideicomiso (Ley 24441).

En este aspecto, quien participa en el fideicomiso a título de fiduciario, debe adoptar al momento de suscribir el convenio, los recaudos necesarios a los fines de evitar quedar involucrado en una operatoria en eventual fraude de los acreedores del fiduciante.

Si de acuerdo con los parámetros señalados con anterioridad, los acreedores del fiduciante pudieran acreditar el menoscabo patrimonial que les hubiera originado la transferencia fiduciaria de cualquier bien del deudor insolvente, el fiduciario puede quedar expuesto a un reclamo por tales secuelas, en tanto aquéllos pudiesen demostrar culpa o dolo en su actuación.

El conocimiento previo que debió haber tenido el fiduciario sobre el estado de insolvencia del fiduciante, es un elemento que lo obliga a actuar con mayor cuidado y diligencia.

Una entidad financiera o una sociedad autorizada que se compromete a desempeñarse como fiduciario, además de actuar como tal y quedar, por ello, sometida al deber de cuidado que se espera del "buen hombre de negocios", conforme a lo normado por la ley 24.441, por su condición jurídica de sociedad comercial está comprendida dentro del marco regulatorio de la ley 19.550, debiendo los administradores y los representantes de la sociedad obrar de conformidad con el mismo "standard" y "los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión"(art. 59 Ley 19550).

En consecuencia, difícilmente el fiduciario "profesional", en especial una entidad financiera que actúe en tal carácter, pueda desvirtuar la existencia de culpa, si la condición insolvente del fiduciante al momento de la transferencia fiduciaria, resultaba manifiesta.

Al fiduciario le serían de aplicación, también, las prescripciones del art. 902 del Cód. Civ. en cuanto expresa que "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

Incluso, desde el punto de vista de la prueba de la culpa, la moderna doctrina se inclina por considerar que la misma no correspondería necesariamente al actor, sino a quien se encuentre en mejores condiciones de realizar la prueba ("cargas probatorias dinámicas"). Bien se ve que la producción de dicha prueba a cargo del acreedor perjudicado en muchos casos será de difícil concreción, por lo que se justifica poner la carga de la misma en cabeza de aquél que tiene posibilidades concretas de acreditar qué es lo que ha hecho a fin de desvirtuar la presunción de culpabilidad.

Una manera de fulminar la presunción del conocimiento del estado de insolvencia del fiduciante consistiría en acreditar que, con anterioridad a la celebración del contrato, el fiduciario ha desplegado una actividad tendiente a comprobar razonablemente la falta de evidencia de la insolvencia mentada.

El conocimiento que está obligado a tener del derecho, para no incurrir en actos disvaliosos por incumplimiento del deber de cuidado, conduce al fiduciario, frente a prescripciones tuteladoras de los derechos del acreedor del fiduciante, a tomar las precauciones que le permitan asegurarse razonablemente de que el contrato que está a punto de celebrar no tendrá el efecto de afectar tales derechos.

6. En juicios contra empresas telefónicas

1. En el fallo "Biestro de Bover, Amelia v. Telefónica de Argentina s/amparo"(62), la Cámara de Apelaciones confirma la sentencia de primera instancia haciendo lugar a la acción motivada en la sobrefacturación del consumo de pulsos telefónicos y condenando a la empresa concesionaria del servicio a entregar el detalle real del consumo correspondiente a la línea de la actora, "haciendo aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", según la cual la parte que en mejor condición de probar se encuentre es quien debe acreditar los hechos. *El usuario no posee los elementos técnicos necesarios para probar la sobrefacturación, por lo que la empresa telefónica, que tiene el monopolio y el control de lo facturado, es quien debe hacerlo.*

Además, las facturas acompañadas son demostrativas del aumento progresivo de la facturación de pulsos telefónicos, lo que generó indicios graves y precisos que permitieron presumir la existencia de sobrefacturación.

2. En otro fallo, "Crasso, Raúl v. Telefónica de Argentina S.A. s/amparo"(63), la Cámara de Apelaciones, vuelva a confirmar el fallo de primera instancia. En este caso, la demandada, ni siquiera había contestado la demanda, habiendo sido declarada rebelde, no habiendo producido prueba alguna. Por supuesto se presentó más tarde, constituyendo domicilio procesal, pero no cuestionó ningún acto procesal anterior ni posterior a su presentación. En definitiva: sólo apeló la sentencia.

Es así que la Cámara dijo: *esta cómoda posición procesal no puede ser fuente de beneficios. No es posible que –quien está en inmejorable posición para esclarecer los hechos controvertidos-, se ampare en una posición individualista, no colaborando con la indagación de la verdad, y luego pretenda sostener que es el actor quien debe cargar con el esclarecimiento preciso y minucioso de todo el andamiaje empresario: por ejemplo pretender que el actor deba probar que el mecanismo de control de pulsos telefónicos no funciona correctamente; que las facturas emanadas por la empresa demandada, no están confeccionadas conforme la lectura de los medidores de pulsos; que el consumo de pulsos del actor en el lapso reclamado, ha sido menor que el facturado, etc.*

Este es un comportamiento procesal egoísta (en cuanto a colaboración con la tarea judicial de esclarecimiento), es contrario a los principios de buena fe con que deben ejecutarse los contratos de prestación de servicios (arts. 1197 y 1198 CC.).

Y la Cámara siguió diciendo: " *Actualmente, se debe tener en cuenta la posición procesal que cada uno asume en el proceso, y así, el simple usuario del servicio telefónico (totalmente ajeno al manejo empresario), sólo puede acreditar que su*

consumo histórico de pulsos alcanza sólo un promedio de 1555 bimestrales; y que la pretensión de cobro de la empresa, excede ese promedio, en un 870%... En verdad, la prueba del actor ha sido súper abundante, teniendo en cuenta su magra posibilidad probatoria, mientras que la demandada, que dispone de todos los medios técnicos y empresarios para esclarecer el asunto, se queda estática, y nada hace para contribuir al esclarecimiento".

3. En "Llorente, Cristóbal y otro v. Telefónica de Argentina S.A. s/daños y perjuicios", se dijo: *"que no habiendo la prestataria aportado prueba alguna para demostrar que los días 23 a 26/6/1998, las líneas en cuestión estaban habilitadas para recibir llamadas, y que previo al corte del servicio efectuó al menos en dos oportunidades las telegestiones pertinentes para informar al cliente la situación en que aquéllas se encontraban, cabe admitir que en el caso sub examine, se configura un incumplimiento contractual imputable a "Telefónica de Argentina S.A."*

Se recordó que en esta materia de servicio telefónico "corresponde a la parte que en mejores condiciones se encuentra, acreditar extremos fácticos controvertidos, siendo ésta, la empresa prestataria del servicio telefónico, por tener el monopolio de éste, el control casi unilateral" de la facturación, la posesión de los elementos técnicos necesarios para la medición del servicio utilizado, la posibilidad de cortar el suministro, etc., mientras que el usuario carece de tales posibilidades, motivo por el cual la relación entre éste y la concesionaria del servicio, configura un contrato de adhesión, razón por la cual no puede pretender la demandada que su contrario sea quien demuestre aspectos técnicos.

7. En la violación del derecho a la intimidad

Representa otro buen ejemplo de apartamiento de los lineamientos clásicos en el terreno del *onus probandi*, lo que sucede cuando se invoca (y prueba) que se ha conculcado el derecho a la intimidad del demandante. En tal supuesto, se presume que toda intromisión es arbitraria y contraria a derecho; debiendo el "invasor" probar, en su caso, lo contrario. Al respecto, De Lázari, subraya: "En efecto, el ordenamiento jurídico debe considerarse, en lo que concierne al marco reservado e íntimo de una persona, como emplazado fundamentalmente a los fines de proteger su inviolabilidad. El derecho a no ser turbado en la privacidad de la vida posee tal entidad, que quien quiera, se atribuya la facultad de vulnerarlo y penetrarlo, debe él dar las razones que lo legitimen. Al titular le basta con su instalación pacífica y piensa en el goce de esta prerrogativa de no ser perturbado en su fuero íntimo. Tiene lugar así una especie de

inversión de la carga de la probatoria, de tal manera que, acreditando el entrometimiento, la invasión, la incursión de otro en la vida privada, debe presumirse que ella es arbitraria. De este modo, a los fines cautelares, al afectado le bastará con justificar sumariamente que ha mediado la intromisión del demandado en su vida, porque la arbitrariedad de esa irrupción queda presumida(64)".

8. En juicios de daños causados por animales

"Cuando el dueño del campo se maneja con contratistas, generalmente existen animales de éstos últimos como también del propietario; los terceros víctimas no están en condiciones de poder desentrañar perfectamente cuál es la íntima relación negocial que pueda darse en realidad de los hechos entre quienes explotan el campo y su dueño. Esta prueba le incumbía traerla a quienes resultaban accionados, no bastando una actitud pasiva, negando sistemáticamente los hechos(65)".

9. En los juicios derivados del contrato de garaje

"No es suficiente que el garajista o su aseguradora se limiten a realizar una negativa o desconocimiento de los hechos invocados por el actor, pues ambas partes deben contribuir para que el juez conozca la verdad real de lo acontecido, máxime cuando como en el caso, el aporte de la prueba no sólo le causaba un beneficio, sino que de producirse, lo liberaba definitivamente de la posibilidad de condena. El principio de buena fe nos conduce a exigir la producción de la prueba de aquella de las partes que se encuentre en mejores condiciones de lograrla. En el contrato de garaje, la posibilidad de demostrar que un rodado quedó bajo la custodia del garajista o no, la tiene éste, por cuanto tiene obligación de conocer toda entrada y salida de su establecimiento mediante la implementación del sistema que considere más adecuado(66)".

XII. Las cargas probatorias dinámicas y el proceso penal

Antes de preguntarnos si es posible concebir la existencia de cargas probatorias dinámicas en el proceso penal, debemos partir de un interrogante infraestructural y condicionante.

El mismo no consiste en preguntarnos en cabeza de quién está la carga de la prueba, sino en qué circunstancias y, fundamentalmente, a quién se le plantea este dilema.

Es claro que lo atinente a la resolución de esta problemática va a cobrar relevancia ante la inexistencia de prueba; pues de existir la misma, y en virtud del principio de

adquisición procesal, nadie va a preguntarse en cabeza de quién se encontraba el *onus probandi*.

Como se repitió repetidamente en el presente trabajo, es ante la ausencia de prueba que se plantea lo atinente a determinar sobre qué parte recae el efecto disvalioso de tal carencia. Tal es el dilema que se le plantea al juez.

Es por ello que en el proceso civil han reinado distintos criterios que primero fueron precisados de acuerdo con los sujetos, para luego ser fijados de una manera más objetivada (67).

Ahora bien en el ámbito del proceso penal, y a la hora de precisar la actuación del derecho objetivo, este problema parecería no tener vigencia. Así es, si en el *iter procesus* se evidencia la falta de pruebas, rige precisamente allí el principio *in dubio pro reo* como criterio de solución del caso. El mismo determina que la sentencia de condena tenga como presupuesto la expresión de certeza acerca de todas y cada una de las condiciones para reprochar un hecho punible a una persona determinada; a contrario, fija el criterio que permite dar solución cierta a todos los casos donde falte la misma; ante cualquier otro grado de conocimiento sobre la imputación que no sea la certeza, corresponde absolver. El principio deriva de considerar inocente al imputado frente a cualquier imputación (presunción de inocencia) mientras el Estado no reúna los elementos necesarios para alcanzar la certeza sobre ella.

Como vemos, pareciera ser que este problema no puede tener vigencia, ni mucho menos actualidad en el proceso penal. Dogmáticamente ninguna construcción podría sustentarse transgrediendo la presunción de inocencia, de raigambre constitucional, en función no sólo del art. 18 CN, sino además por lo dispuesto en el art. 75 inc. 22, relativo a los tratados prevalentes; en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que al regular las garantías judiciales, en su art. 8.2, establece el derecho de toda persona inculpada de delito a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (68).

No obstante esta categórica afirmación dogmática, se han presentado y se presentan supuestos donde pareciera adquirir virtualidad la inversión del *onus probandi*, aun en materia penal; con lo que, aparentemente, se abriría la puerta al interrogante subsiguiente, relativo a la posibilidad de operatividad de las llamadas cargas probatorias dinámicas en el proceso penal.

a) Posibilidades que pueden presentarse al operador del sistema penal de aparente inversión de la carga de la prueba

En materia de eximentes penales

Aquí haremos mención al clásico ejemplo de la legítima defensa.

Esta causa de justificación es concebida como una autorización a defender bienes propios atacando bienes jurídicos de quien trata de agraviar aquéllos; por lo que se la caracteriza como una acción de repulsa autorizada, contemplada en el art. 34 incs. 6 y 7 Cód. Penal.

Pensemos por un momento, en el ejemplo de una persona atacada por otra con un cuchillo y en un descampado, la que, en ausencia de testigos y sin mayores rastros, mata a su agresor tomando su propio cuchillo o golpeándolo certeramente con un objeto contundente.

Obviamente, aquí el imputado de homicidio será quien se encuentre en mejor situación de probar la eximente, ello, en relación con quien ejerce el poder de acusación.

De no mediar la imposibilidad dogmática derivada de la presunción de inocencia, la inversión de la carga de la prueba y la operatividad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas pareciera brindar las respuestas al operador del sistema penal.

Es por tal razón que han existido precedentes en los que se ha sostenido, por ejemplo, que: "Si no se acreditó la causa de justificación alegada por el procesado (art. 34 inc. 6 Cód. Penal), y habiendo reconocido su intervención en el hecho, corresponde dictar un veredicto condenatorio"(69). Criterio que, en los hechos, importaba la inversión del *onus probandi*, toda vez que de no existir prueba relativa a la causa de justificación, tras acreditarse su intervención en el delito, el imputado resultaba condenado.

Al advertirse la virtual violación de la presunción de inocencia, mediante la inversión de la carga de la prueba, se trataron de elaborar discursos alternativos para justificar aquello que – dogmáticamente – no tenía posibilidad de justificación, y, partiendo de la teoría de la situación procesal, que –recordemos- pretendía explicar la naturaleza jurídica del proceso, hablaban no de la inversión del *onus probandi*, sino de un interés que se colocaba en cabeza del justiciable; olvidando que la idea de interés resulta ser consustancial al concepto de la carga procesal (que desde siempre se la definió como el imperativo jurídico del propio interés), con lo que, sin mencionar la palabra "carga", se invertía efectivamente el *onus probandi*.

Así se sostuvo, por ejemplo, que: "De allí resulta el interés especial del imputado en llevar a la convicción del juzgador la real existencia de la justificación que invoca, interés que crea una situación procesal sin revestir el carácter del *onus probandi* del proceso civil ni eximir al juez de la obligación de investigar los hechos sucedidos, sustenta la presunción *hominis* contraria a la veracidad de los dichos excusantes cuando nada se hace por el interesado o su defensa para probarlos"(70).

En los hechos, se cambia sólo en lo declamativo la real operatividad de la inversión del *onus probandi* por la invocación de una presunción *hominis* que surge a partir de la inactividad probatoria del imputado o su defensa técnica. En suma, un desatino, toda vez que en el fondo de la cuestión sigue existiendo una inversión del *onus probandi*, pues, en definitiva, se lo condena porque no ha acreditado la justificante.

Ahora bien, estos precedentes carecen de toda posibilidad dogmática de aplicación, por ello es que ya, prácticamente, no se echa mano a los mismos.

Es más, no les era ajena cierta dosis de hipocresía, pues si le incumbía al imputado la acreditación de la legítima defensa, con la consiguiente necesidad de obtención de la evidencia-certeza negativa-, podríamos preguntarnos qué juez condenaría, aunque no medie certeza de la justificante, si la misma legítima defensa sólo aparecía como "probable". En estos supuestos muchas veces se decía que se encontraba acreditada no obstante existir dudas, las que no obstaban a su probabilidad.

Por ello, la solución pasa por aquella noción, tan cara para el proceso penal, de las limitaciones en el plano vertical del conocimiento adquirido por el juez. Así, algunos precedentes comenzaron a adosar a la afirmación dogmática de que corresponde a quien la invoque-a la legítima defensa-probar en forma fehaciente las circunstancias requeridas por el inc. 6 del art. 34 Cód. Penal, que al menos se contentaban con que la eximente surgiera como verosímil o posible frente al hecho curioso, sin que sea suficiente su simple invocación.

En el caso de la legítima defensa no nos encontramos ante la inversión del *onus probandi*, ni mucho menos ante un ejemplo de las cargas probatorias dinámicas, sino que, de resultar verosímil la legítima defensa, habilita a la existencia de la "duda razonable" como exteriorización del principio de *in dubio pro reo*.

No cualquier duda mantiene incólume la presunción de inocencia ante una acusación fundada, por eso la misma debe ser razonable y la duda así lo será, en la medida en que la afirmación de la eximente resulte verosímil: entendiendo por verosimilitud aquella credibilidad objetiva y seria que desacredite la pretensión manifiestamente infundada o muy cuestionable.

Delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar

Aquí lo atinente a la prueba está en cabeza-en cuanto a la materialidad del injusto y la responsabilidad del autor-de la acusación.

La ley 13944 estructura dos tipos de delitos de acuerdo con el particular ofendido, ya que el delito es de acción pública como regla (por ejemplo, respecto de los hijos), pero de acción privada cuando la víctima fuera el cónyuge (art. 73 inc. 4 Cód. Penal).

La acusación, sea pública o privada, debe acreditar los extremos *ut supra* referidos.

No obstante lo apuntado, en el supuesto de que el imputado invocare la carencia de capacidad económica, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que es pacífica la interpretación que hace recaer en el acusado la prueba de tal déficit económico, en virtud de constituir un presupuesto de la omisión que integra el tipo penal.

Estos criterios jurisprudenciales importan un supuesto muy claro y preciso de operatividad de las cargas probatorias dinámicas, toda vez que quien se encuentra en mejor situación de probar su imposibilidad económica es-precisamente-el imputado, ya que resulta ser quien mejor conoce sus carencias y, obviamente, la forma de acreditarlas.

Pero el hecho de que el imputado invoque una capacidad contributiva alimentaria menor a la expresada en la incriminación no lo coloca en la carga de disipar tal duda, pues no es el imputado quien deba probar su incapacidad económica, pues no debe olvidarse que la sustracción de deber alimentario hacia el hijo es un delito de acción pública, y obligarlo a probar a quien declara que no tiene medida para hacerlo sería, para quien no cumple la carga de la prueba, consagrar una responsabilidad de tipo formal en la comisión de un delito de acción pública, lo que repugna los principios en que se funda el derecho penal.

No empece a dicha conclusión que la pretensión penal se esgrima pro acción privada (art. 73 inc. 4 Cód. Penal), ya que en las acciones de ejercicio privado rigen iguales garantías constitucionales que en las que tutelan la situación del acusado por cualquier otra incriminación penal.

Con ello, no puede prosperar la invocación relativa a la operatividad de las cargas probatorias dinámicas con relación a este delito, pues está en juego la garantía de la presunción de inocencia que el CPP Santa Fe prevé en el art. 3, relativo a las normas fundamentales, en el Libro I, Título I, que por estar ubicado en la parte dogmática y de enunciación de principios no puede afirmarse que se aplique solamente a una clase de procesos en detrimento de otros, pues cuando la ley no distingue, no hay por qué

distinguir; máxime cuando se trata de una garantía que se considera invariablemente como de raigambre constitucional.

Tenencia de estupefacientes para el consumo

El art. 14 Ley 23737 establece: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de \$ 11,25 a \$ 225 el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal".

Aquí el imputado va a tener interés en probar las demás circunstancias que rodearon la tenencia de escasa cantidad de estupefacientes; pues si no las acredita, le corresponderá la figura básica, que es, obviamente, más severamente penada que la atenuada.

El imputado puede encontrarse en mejor situación de probar la finalidad de consumo, por ejemplo, a partir de la prueba de su propia adicción, indicando no sólo la existencia de testigos de ello, sino las entidades donde pudo haber iniciado algún tratamiento para superar su adicción.

El interés en la prueba por parte del imputado-prueba que la propia ley refiere debe ser inequívoca-, entendiendo que la ley lo utiliza como sinónimo de certeza o evidencia (art. 14 párr. 2º Ley 23737), se evidencia no sólo en la proyección de una pena menor en expectativa, sino además en la posibilidad que tiene el juez, contemplada en el art. 17 Ley de Estupefacientes(71), de optar entre la pena, o dejar en suspenso la misma, con el sometimiento a una medida de seguridad curativa, con la posibilidad cierta de que se le exima de la aplicación de la pena (art. 17 párr. 2º Ley 23737).

Aquí se advierte el interés del imputado en la producción de la prueba, la que no reposa exclusivamente en el actor penal o el oficio; habida cuenta de que si no hay prueba, la solución no es la aplicación de la figura atenuada en virtud del principio de *in dubio pro reo*, sino la figura básica, que es más grave (art. 14 parte 1º, del texto legal referido).

Ese interés en la prueba de las demás circunstancias, que rodearon la tenencia de la sustancia estupefaciente reposa sobre aquel que puede encontrarse en mejor situación de brindar la prueba.

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

Este delito fue ratificado, como tal, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El texto legal, el art. 268 (2) Cód. Penal, conforme la Ley 25188, prevé: "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del 50% al 100% del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, al que al ser debidamente requerido no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho". Texto a partir de la entrada en vigencia de la denominada Ley de la Ética y el Ejercicio de la Función Pública, sancionada el 29/9/1999, promulgada el 26/10/1999 y publicada en B.O. del 1/11/1999.

De su texto se infiere, el supuesto paradigmático de la operatividad de las cargas probatorias dinámicas, toda vez que quien se encuentra en mejor situación de probar la licitud de su enriquecimiento no es el titular del poder de acusación, sino el propio imputado.

Ahora bien, tal inversión del *onus probandi* no es ilimitada; porque no toda la prueba corresponde al imputado. Existe una prueba relevante que debe aportar el poder de acusación a la hora de pretender fundar el juicio de reproche. La acusación no sólo tiene que demostrar la objetividad del crecimiento patrimonial, sino, además, que el mismo no se compadece con los ingresos o posibilidades del agente; en dicho sentido, el calificativo de "apreciable", empleado en el tipo, es elocuente a ello.

Como vemos, la noción de cargas probatorias dinámicas es ajena, por esencia, al proceso penal. No obstante ello, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 [2] Cód. Penal), constituye un caso paradigmático de ella; porque en esta ínsula el interés en la prueba se coloca en cabeza del imputado, quien, por otra parte, es el que se encuentra en mejores condiciones de acreditar la licitud de su enriquecimiento.

XIII. Las cargas probatorias dinámicas en el juicio ejecutivo

a) La historia

Este tema en particular debemos desarrollarlo a través de los siguientes interrogantes: si en los procesos de conocimiento la recepción jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas avanza casi sin obstáculos, ¿en qué se funda su rechazo en los procesos ejecutivos?.

Resulta imposible comprender el rechazo o la resistencia a la recepción de la "doctrina de las cargas probatorias dinámicas" en el juicio ejecutivo si no se parte de la génesis jurídica del mismo, del objeto que tuvo en miras el legislador al instituir tal modalidad de proceso y de su evolución a lo largo del tiempo.

Históricamente el juicio ejecutivo, reconoce su origen en la "necesidad" de las ciudades italianas del medioevo de "regular estatutariamente un proceso más simple que el ordinario". Frente a la irremediable injerencia de la Iglesia en la materia, se había vuelto práctica corriente que los jueces recurrieran al Papa cada vez que resultaba necesario "aligerar el proceso de alguna formalidad mediante dispensa expresa". Al papado no podía escapársele que tales licencias jurídicas con el tiempo habrían de terminar en *strepitu fori*.

El Papa Clemente V, en 1306, consciente de la necesidad de poner fin a la práctica, emite la decretal "*Clementina saepe si cogniti*" a fin de regular el modo de proceder "*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudici*"(72) en determinados casos. ¿Cuáles eran las notas distintivas? La posibilidad de la *dispensa del libello*, de la contestación de la litis, de la rigurosa sucesión de términos; la concentración en una audiencia de la totalidad de las postulaciones de las partes, el refuerzo de los poderes del juez con relación a la duración del litigio, el fortalecimiento del principio de inmediación, el incremento de la oralidad y, como consecuencia de todo ello, la posibilidad de tramitar el juicio en rebeldía (73).

Es en este proceso conocido como "sumario indeterminado"-que no surge de dicha decretal sino del nombre que doctrinariamente se le dio por oposición al "sumario determinado o juicio ejecutivo"-donde se advierte la verdadera naturaleza del proceso bajo examen: la sumariedad debe entenderse referida "exclusivamente" a la reducción de las facultades cognitivas del juez.

En realidad, un siglo antes, y aunque la Iglesia hubiera proclamado que "a la ejecución debe precederle el conocimiento", la influencia jurídica germana y el creciente tráfico comercial y financiero italiano de los siglos XII y XIII, en opinión de Podetti(74), "habían logrado exactamente lo contrario", admitiéndose "en ciertos casos, que el

conocimiento podía ser limitado o postergado, empezando por los actos de ejecución y poniendo la iniciativa para abrir el período de conocimiento en manos del ejecutado". Cuando se consintió, aun en contra de los principios que sustentaban la *actio iudicati*, después llamada *actio factum*, que el juez estaba dotado, por la naturaleza de su función, de la facultad de hacer cumplir sus sentencias, ya poco importó considerar si la sentencia dictada en juicio sumario determinado o ejecutivo era "sólo prueba de la existencia del crédito".

Ergo, si el juez podía ordenar el cumplimiento de este tipo de sentencia, cuatro importantes consecuencias, que lo alejaban de su origen, se desprenden de: a) se podía prescindir de la orden de crédito y de sus fundamentos; b) se reconoce la voluntad del Estado en la actuación de la ley y no en su mera declaración; c) se adjudica al vencedor un derecho autónomo que nace de un título inmediato, que es la sentencia; d) se confunden sentencia y ejecución de sentencia.

A poco de andar, los comerciantes que habían estragado con sus apetencias la naturaleza de las herramientas negociales no pudieron evitar que a los primeros y privilegiados *títulos creditorios o circulatorios o de valores* se agregaran otros tantos dotados de igual ejecutividad. Las derivaciones no tardarían en revestir seriedad.

Sólo el respeto por el derecho de defensa hizo que el juez de la tardía Edad Media y de la Modernidad antes de ordenar la ejecución debiera librar lo que hoy conocemos como mandamiento de intimación de pago; así como citar al deudor a fin de que éste pudiera oponer tanto la excepción de nulidad de título como las dilatorias y las perentorias nacidas con posterioridad a la emisión del título o al dictado de la sentencia.

Como las excepciones aumentaron, los glosadores las dividieron en dos categorías: 1. las de fácil prueba y 2. las de largo examen. Las primeras suspendían la ejecución, las segundas no. Finalmente, el juicio ordinario debía abrirse en todos los casos para el ejecutante y el ejecutado que hubiera resultado vencido. Nunca a la inversa (75).

La mayoría de los doctrinarios del Derecho Comercial consideran que la estructuración del juicio ejecutivo en el derecho español se encuentra emparentada con el derecho italiano, específicamente con el genovés(76).

Como esto es erróneo, creencia de que ello así aconteció deviene falsa por la omisión de un hecho histórico(77) trascendental en lo jurídico: España fue provincia romana, y, si bien caído el imperio de occidente inevitablemente se produce la germanización del derecho romano(78), en ella se legisla el proceso ejecutivo como un proceso de conocimiento común, sin abandonar la legislación procesal romana, sumariándolo

sólo por razones cualitativas, y atendiendo a la índole de los derechos allí debatidos(79).

En apoyo de estos argumentos debe indicarse como el más remoto precedente del juicio ejecutivo al estatuido por Alfonso VII en 1212 en el Fuero Viejo, Libro III, Título IV.

Como nunca es poco importante el origen, mucho menos en derecho, no parece destinado afirmar que la tan mentada distinción entre juicios ordinarios o de conocimiento y juicio de ejecución puede no ser la más apropiada, al menos para nuestro derecho, en principio heredero del español en materia procesal.

El juicio ejecutivo es un juicio de conocimiento "abreviado" para el juez y respecto del título que "debe controlar".

A partir de ello se inicia un *itinere* procesal sinuoso a satisfacción de mercaderes y banqueros: el conocimiento limitado al título; la creencia general traducida en práctica; la práctica reiterada convertida en costumbre; la costumbre reconocida jurídicamente como fuente normativa convertida en norma de del derecho comercial. La aplicación generalizada de esta práctica a "todos" los procesos de ejecución es jurídicamente insostenible si partimos del hecho de la inexistencia de un proceso comercial autónomo.

El juicio ejecutivo fue hecho por y para los comerciantes sobre la base del juicio civil romano, demasiado dispositivo para sus propósitos: la protección del crédito y la expansión del comercio, quienes a tal fin propiciaron y lograron una modificación sustancial en su estructura: el grado de conocimiento quedó acotado, en el mejor de los casos, a la exhibición del título.

Es así que podría afirmarse que el rechazo a la dinamización de la carga probatoria en el juicio ejecutivo, se arraiga en la peculiar estructura de la que históricamente fue dotado.

b) La ley, la doctrina, la jurisprudencia

En principio, debemos atender a la naturaleza y caracteres de los procesos genéricamente denominados de ejecución normados en el CPCC Santa Fe, a saber: el juicio de ejecución *strictu sensu* o juicio ejecutivo, las ejecuciones especiales y las ejecuciones de sentencias.

El juicio ejecutivo, en opinión de Palacio(80), es "un proceso especial, sumario (en sentido estricto) y de ejecución, tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una

obligación documentada en alguno de los títulos extrajudiciales convencionales o administrativos legalmente dotados de fehaciencia o autenticidad".

Mario Kaminker(81) ha dicho en referencia a ellos que:

1. "La existencia de los títulos ejecutivos exhibe la voluntad de generar la movilización de crédito, agilizando, tanto antes como durante la actividad judicial, el cumplimiento de las obligaciones dinerarias en ellos documentados, usualmente de origen contractual".
2. "La institución de una normativa específica, signada por las restricciones en los plazos y en las defensas y garantías del ejecutado, resulta consecuente con tal propósito al posibilitar un trámite ágil, cuyo norte casi excluyentemente finca en la satisfacción del acreedor".

Por causa de lo expuesto, se determinó acordar autonomía a la presentación ejecutiva sobre la base la calidad abstracta del título: "El título ejecutivo tiene así carácter constitutivo, bastándole al ejecutante comprobar tan sólo el título sin que deba examinar ni justificar el crédito"(82).

¿Dónde? En el juicio ejecutivo, el que, conforme lo expuesto, "quedó recortado como un proceso en el cual si bien aparecen reunidas las etapas de cognición y de ejecución, la primera se halla reducida al examen de un escaso número de defensas, todas ellas referidas al instrumento-título en sí; o a hechos posteriores a la creación del título: pago, compensación, etc."(83)

Así, la estructura del proceso ejecutivo hoy se concibe y desenvuelve sobre un principio fundamental: la presunción de legitimidad del título o la presunción de certeza del derecho contenido en él. Por esta característica se le acuerda la vía ejecutiva, y el que pretende atacar al título sólo puede oponer las excepciones establecidas en el art. 473 CPCC Sta. Fe, incumbiéndole-según doctrina mayoritaria-la carga de la prueba.(84)

Ello parte de una práctica inveterada, perniciosa y generalizada consistente en colegir, desde la norma de ejecución y no desde la estructura del título mismo, que "todos" los títulos existentes en el mercado merecen idéntico tratamiento, pese a reconocer orígenes diversos, tales como: 1. Los títulos valores (creditorios o representativos de mercaderías); 2. Los títulos autocreados (o emanados del acreedor); 3. Los actos jurídicos bilaterales con diverso grado de reconocimiento judicial, que gozan de la presunción de legitimidad; 4. Las decisiones judiciales.

De esta enunciación, en rigor de verdad, los únicos "títulos ejecutivos", privilegiados con dicha presunción, son los denominados títulos valores, o aquellos a los cuales las

leyes otorgan fuerza ejecutiva y que contienen obligaciones de dar cantidades líquidas y exigibles de dinero (letras de cambio, cheques, etc) o de cosas (warrants) o de valores (acciones), y, de entre todos ellos, los de uso habitual denominados "títulos valores creditorios o crediticios".

El Dr. Rambaldo(85) opina que todos los demás títulos, cuentan con una causa explícita o implícita(86), por lo que carecen de la abstracción material propia de aquéllos. Más aún, debemos advertir que también adolecen por falta de autonomía, y que-en el caso de los actos jurídicos bilaterales-se debe adicionar la ausencia de literalidad ya que en ellos el aspecto instrumental no tiene carácter constitutivo sino meramente dispositivo", y contienen *ab initio* distintos grados de certeza que justifican de pleno derecho el desenvolvimiento de procedimientos con diferentes grados de conocimiento y amplitud de prueba.

Y agrega: "Parecería ser entonces, que nuestro ordenamiento procesal sigue el criterio de unificar el aspecto declarativo propio del título y el aspecto instrumental como elemento probatorio, para allegar de esa manera a la presunción de legitimidad que caracteriza a los títulos ejecutivos y que se ha dado en llamar abstracción procesal"(87).

Con ello no sólo confundimos el trámite que al título le corresponde, sino que admitimos otra frecuente, inveterada y mala práctica: que al ejecutante le baste con probar tan sólo la existencia del título (aun cuando no se trate de títulos valores creditorios o crediticios) sin que deba examinar ni justificar el crédito.

No debe haber un único tipo de proceso para todos los títulos; debe haber al menos dos tipos: uno para aquellos títulos que por poseer abstracción, autonomía, literalidad y aptitud circulante gozan de la presunción de legitimidad, y otro para los restantes títulos.

Mientras persista tan importante confusión en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica de los títulos, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es plenamente aplicable en juicio ejecutivo.

Por tal motivo el Dr. Rambaldo propone para los títulos valores creditorios o crediticios, un proceso monitorio(88); y para los restantes títulos, un proceso ejecutivo renovado.

Empero hasta tanto la normativa procesal no capte esta realidad, los jueces deberán realizar la tarea de examinar aun de oficio el título con que se promueve la ejecución, sin exclusiones, y, eventualmente, repeler la acción en la misma forma si éste no

reuniera los requisitos legales de abstracción, autonomía, literalidad y aptitud circulatoria.

En sustento de lo expuesto, nuestra jurisprudencia ha dicho: "El órgano jurisdiccional, independientemente de las excepciones o defensas que articule el demandado, puede y debe por tratarse de uno de los presupuestos de la acción de examinar de oficio el título con que se promueve la ejecución y repeler la acción en la misma forma se éste no reúne los requisitos legales, sea al abrir el proceso, sea al dictar sentencia (del voto en minoría de Dr. Dalla Fontana). C. Civ. y Com, Santa Fe, sala 2º, del 28/3/1985, "Serenó, B. v. Baglet, R. A. y/o s/dem. ejec., Zeus, t. 17, J-I. Rep. Zeus, t.8, p. 783.

Los arts. 483 al 485 CPCC Santa Fe refieren a la posibilidad de plantear, con posterioridad a la sentencia, y en un juicio declarativo posterior(89), las cuestiones que no pudieron debatirse en el juicio ejecutivo.

En este juicio, que pueden iniciar tanto el actor como el demandado, no está permitido discutir las excepciones procesales relativas al anterior, tampoco es admisible cualquier defensa u excepción en el mismo cuando hubieren sido ventiladas y resueltas en él: "Es decir que tanto para el actor que como para el demandado se ofrece la posibilidad de plantear ante el juez-que, dicho sea de paso, será el mismo que intervino en el ejecutivo precedente-todas las cuestiones que no pudieron discutirse en el ejecutivo a causa de las limitaciones propias de este proceso. Porque ésta es, precisamente, la finalidad del declarativo posterior: salvar la limitación de defensas del juicio ejecutivo" (90).

Empero, en este juicio posterior no siempre será posible subsanar el daño que provoque la ejecución.

Veamos algunas expresiones jurisprudenciales que vedan la posibilidad de discutir la relación causal en el juicio ejecutivo:

"La acción ejecutiva es independiente de la relación jurídica sustancial y se acuerda al poseedor de un título ejecutivo con prescindencia de toda consideración sobre la legitimidad del derecho que se pretende hacer valer. No puede discutirse la validez de la relación sustancial ya que las únicas excepciones admisibles son las que se fundan en el título mismo. Lo contrario importaría permitir se discutiera la causa de la obligación desnaturalizándose los fines del juicio ejecutivo". Juzg. Civ. Com. y Trab. Villa Constitución (Santa Fe), "Mutual de Socios Club J. Newbery v. Stamatorio S.A. s/ejecutivo" (sentencia firme), Zeus, Rep. 8, p. 790.

"El tratamiento de las cuestiones causales o relativas a la relación subyacente habida entre las partes, resulta improcedente en juicio ejecutivo". C. Civ. y Com. Rosario, sala 3°, del 4/7/1991, "Banco de Crédito Argentino v. Traversone, Susana N. s/demanda ejecutiva", Rep. Zeus, t. 10, p. 705.

"En el proceso de conocimiento, las excepciones son defensas nominadas que el demandado puede oponer con carácter previo, sin perjuicio de todas las demás defensas que se incluyan en la contestación de la demanda. En el juicio ejecutivo, en cambio, el único medio que tiene aquél, para oponerse al progreso de la ejecución son las excepciones, las que taxativamente-en principio-se encuentran enumeradas por el art. 544 Cód. Procesal". C. Nac. Civ., sala B, del 1/12/1990, "Consortio de Propietarios Esmeralda v. Brukman, Michael", JA 1993-I-99, síntesis.

"En el juicio ejecutivo no hay contestación de demanda ni defensa, sino la articulaciones que, por el incidente de excepciones, permiten formar el contradictorio para enervar el título". C. Nac. Civ., sala K, del 31/5/1990, "Franceschini, Vicente N. v. Tarantino, Carlos", JA 1993-I-99, síntesis.

"Las excepciones puestas en juicio ejecutivo son aquellas que el legislador santafesino consideró idóneas para ser ventiladas en su seno. De ahí que el codificador haya perfilado el concepto de 'excepción legítima' como sinónimo de 'excepción admisible' y que en el art. 475 CPCC Santa Fe, claramente haya establecido que en el juicio ejecutivo sólo serán admisibles las excepciones que enumera, brindándole así al tribunal la posibilidad de rechazar *in limine* y sin más trámite la 'excepción inadmisibles'. Tal posición se encuentra avalada por el art. 474 CPCC Santa Fe, que en su primera parte reza "...transcurridos los tres días sin que se oponga excepción legítima se dictará sentencia", Juzg. Civ. Com. y trab. Villa Constitución (Santa Fe), "Mutual de Socios Club J. Newbery v. Stimatorio S.A. s/ejecutivo" (sentencia firme), Zeus, Rep. 8-789.

"Al ejecutado excepcionante corresponde aportar la prueba que desvirtúe la legitimidad y autenticidad presumida en el título, base de la ejecución porque de lo contrario se desvirtuaría sin razón aparente alguna, la estructura del proceso de ejecución que no se concibe sin la mentada presunción, a la par, que se le restaría a los documentos a la orden, gran parte de la fuerza que se les asigna por ley". C. Civ. y

Com. Rosario, sala 4º, del 11/2/1987, "Mezzelani, Enrique v. Marconi, Ricardo", Juris, 81-89, Rep. LL 1990-1127.

Como se puede observar, con sólo cinco fallos, se puede evidenciar la gran preocupación de nuestros juzgados por la desnaturalización del juicio ejecutivo, y tienen razón en estar preocupados: la vía ha sido desnaturalizada, por cuanto: 1. No todo título, aunque se diga ejecutivo, amerita el derecho al uso de esta vía; 2. El juicio no debe ser funcional al título por el título mismo, por cuanto lo que en justicia importa es que el medio de debate procesal elegido sea el que el título amerita.

Más allá de las posibles soluciones legislativas o de los paliativos que arrima la jurisprudencia, mientras este estado de cosas se mantenga, creemos que las palabras del maestro Podetti(91) nos dan la respuesta más ajustada a la equidad: "...expresada o no la causa de la obligación en el título, el examen de dicha causa, cuando es ilícita, es procedente. Admitir lo contrario, sería legitimar las causas que la ley declara ilícitas, violando el orden público del Estado. Sería dar efecto *contra legem* a obligaciones carentes de ella (art. 502 Cód. Civ.), sería convalidar actos de nulidad manifiesta y absoluta (art. 1047 Cód. Civ.). Constituiría tal interpretación del título ejecutivo, una vía fácil para violar leyes que protegen la moral y las buenas costumbres y son por ello de orden público e irrenunciables (arts. 18 y 19 Cód. Civ.).

Los excesos cometidos en los juicios ejecutivos, motivados en parte por la limitación cognoscitiva que su estructura impone y en parte por la ausencia de claridad en orden a la verdadera naturaleza jurídica de los instrumentos de ejecución utilizados, generaron una suerte de rebelión de un sector de la jurisprudencia, la que, con el claro objeto de subsanarlos, de morigerar la injusticia que la estrictez de este esquema causaba en numerosos casos concretos, extendió el contenido definitorio de las excepciones oponibles, en particular la de inhabilidad de título; apeló a los principios constitucionales, a los derechos conferidos por la ley de fondo, a los principios de la moral y las buenas costumbres y a doctrinas como la del abuso del derecho, la de no convalidación del exceso ritual, la de la equidad, la de la exigencia de cooperación procesal de quien está en mejores condiciones de probar, la de la buena fe, etc.

Consiguientemente este sector ha dicho:

"La regla que limita el examen del título ejecutivo a sus formas extrínsecas no llega al extremo de admitir una condena fundada en una deuda inexistente, pero la

demostración de tal supuesto debe resultar manifiesta en el proceso para que la excepción opere". Cám. Nac. Civ., sala D, del 6/10/1987, "Miri de Gutiérrez, Mabel v. Gutiérrez, Luis E.", LL 1989-E-604; Rep. LL 1989-1114.

"Toda excepción a los requisitos expuestos de cada título ejecutivo debe ser interpretada restrictivamente en natural relación con la tutela del derecho de defensa en juicio que consagra nuestra Constitución Nacional en su art. 18". C. Nac. Civ., sala B, del 8/7/1988, "Municipalidad de Buenos Aires v. Empresa Liniers S.A.", LL 1988-E-467; Rep. LL 1988-1034.

"Si bien cierta posición doctrinaria afirma que en el procesos de ejecución cambiaria deben admitirse las excepciones de naturaleza sustancial, por cuanto los Códigos adjetivos no pueden alterar los derechos conferidos por la ley de fondo, estas pautas sólo pueden aplicarse a partes directamente vinculadas (endosante – endosatario, librador – tomador, etc), o a un tercero que procedió en perjuicio del demandado". C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2º, del 3/5/1984, "Caminos, Federico v. Zárate, Hugo", LL 1986-A-683; Rep. LL 1986-1233.

"Si la ejecución hipotecaria versa sobre la vivienda de la demandada y el mutuo garantizado por el derecho real que se ejecuta está sometido a un régimen que-en numerosos casos, notoriamente-ha derivado en abusos manifiestos, la limitación en el elenco de excepciones admisibles en la ejecución debe ceder so pena de que un verdadero exceso ritual convalide una injusticia difícilmente reparable en cualquier proceso de conocimiento ulterior". C. Civ. y Com. Rosario, sala 1º, del 30/10/1984, "Giménez Zapiola Viviendas S.A. v. Álvarez, Hugo y otra", Juris 76-195; Rep. LL 1986-1235.

"Si la pretensión de la parte actora resulta excesiva y usuraria, contrariando los principios de moral y buenas costumbres, el tribunal no puede ignorarlos pese a tratarse de un juicio ejecutivo, ya que ninguna razón procesal puede ser valedera para que un tribunal de justicia avale y dé curso a una pretensión abusiva que desborde los límites de la licitud". C. Civ. y Com. Córdoba, sala 3º, del 19/9/1984, "Giménez Zapiola Viviendas S.A. de Ahorro y Préstamo v. Atlántida Inmobiliaria", LL 1985-E-89; Rep. LL 1985-1106.

Más recientemente, la jurisprudencia comienza a admitir que es posible el desplazamiento de la carga probatoria en los juicios ejecutivos:

Ejemplo de la recepción jurisprudencial de las cargas probatorias dinámicas en juicio ejecutivo, lo constituye el fallo de la C. Civ. y Com. Rosario, sala 1º, del 25/04/2001, en autos "Banco Bisel S.A. v. Pessoa, Rogelio E. y ot. s/demanda ejecutiva", donde se opuso la "excepción de inhabilidad de título" fundada en la inexistencia de la cuenta corriente bancaria, donde en primera instancia el *a quo* no hizo lugar a la excepción interpuesta.

En segunda instancia, la sala 1º revocó el fallo sobre la base de las siguientes consideraciones:

I. "Ante la negativa de los demandados de la existencia de la cuenta corriente, mal puede crearse un título ejecutivo-certificado de saldo deudor por quien carece de tal relación con los demandados".

II. "La certificación del saldo deudor en cuestión supone la implícita afirmación de la preexistencia de un contrato de cuenta corriente bancaria como premisa de la obligación, y, entonces, negada la cuenta corriente, la carga de probar su existencia pesa sobre la actora. *De todas maneras, y aun prescindiendo de la ortodoxia procesal sobre distribución de la carga probatoria, a igual conclusión se arriba aplicando la tesis que impone la carga probatoria a quien está en mejores condiciones de producir los medios de demostración que, claro está, es el banco y no los supuestos cuentacorrentistas*".

III. "Oportuno es advertir que no se analiza la causa de las partidas que conformarían el supuesto saldo deudor que se reclama en autos sino la falta de demostración del invocado presupuesto constitutivo de la relación jurídica que habría vinculado a los demandados con la entidad bancaria". (voto del Dr. Elena y voto coincidente del Dr. Silvestre).

En este fallo se citan, como precedentes, los acuerdos de la misma sala (con diferente integración), a saber: acuerdo 79/93, en autos "Banco Horizonte Coop. Ltda. v. Eujanian, Orlando A. y Eujanian, Napoleón s/demanda ejecutiva", criterio que fuera reiterado, entre otros, en los acuerdos 99/97 "Banco Mayo Coop. Ltda. v. Di Rosa, Ana M. s/juicio ejecutivo" y 120/00 "Cía. Financiera Argentina S.A. v. Ferrari, Omar y ot. s/juicio ejecutivo".

Otros fallos recientes admiten el desplazamiento de la carga probatoria en los juicios ejecutivos:

Juicio ejecutivo. Títulos ejecutivos. Cuenta corriente con saldo deudor. Carga dinámica de la prueba.

-No es posible dentro de un proceso ejecutivo ventilar la conformación del saldo deudor en cuenta corriente que es materia de la ejecución, pues ello importaría adentrarse en una discusión causal vedada por el CPCCN, art. 544, por lo que no corresponde la apertura a prueba de la causa con esa finalidad.

Voto del Dr. Monti: "Aun cuando puedan parecer atendibles los planteos del ejecutado en punto a ciertas discriminaciones del saldo reclamado, en particular con respecto a los intereses, no habiendo probado que haya exteriorizado su disconformidad previa con la posición asumida por el banco actor a través de los resúmenes de cuenta que debió remitirle (arts. 793/797 C. Com.), ya que ni los presentó ni se refirió a ellos ni alegó su impugnación o que no hayan existido, tales falencias, que desatienden el principio de la carga dinámica de la prueba han privado a las cuestiones planteadas de esa especie de *fumus boni iuri*, esa necesaria "Verosimilitud" en la razón y el interés de su planteo, que podría llevar al tribunal a considerar el temperamento que aquél sugiere" (92).

Cuenta corriente bancaria. Certificado de saldo deudor. Juicio ejecutivo. Carga probatoria dinámica.

-"En un proceso de esta índole, donde se han puesto en juego aspectos causales debatidos en la ejecución precedente, el *onus probandi* debe juzgarse a la luz del principio de la carga dinámica de las pruebas, teniendo en cuenta la situación correspectiva de las partes y, en especial, de aquella que se encuentra en la situación más favorable para probar los hechos de que se tratan; máxime considerando la naturaleza propia de la relación que dio origen al título y las particulares condiciones que la rigen (art. 797 C. C.er.)"(93).

Ejecución Fiscal. Carga de la prueba. Determinación. Gravamen irreparable. Improcedencia. Falta de prueba.

- "No resulta aplicable en esta materia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, de indudable valía cuando está en juego la prueba de aspectos técnicos u operativos concernientes a la prestación de un servicio público (conf. esta sala, causa 8379 del 16/12/1994). El apelante no ha demostrado de qué manera el reglamento de suministro de energía eléctrica, y el ejercicio por la actora de las facultades que ese ordenamiento le confiere, contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen irreparable, razón por la cual no cabe entender introducido debidamente el planteo de inconstitucional (conf. Corte Sup., Fallos 297:108; 300:869; 307:1656-LL 1986-A-564-; 310:211, etc.). No basta alegar el carácter unilateral de la determinación de la deuda ejecutada para concluir, con base en ello, que se está en presencia del ejercicio por parte de la actora de una facultad que irrita a la Constitución Nacional, pues tal circunstancia lejos de evidenciar agravio a derecho federal alguno, resulta plenamente compatible con el carácter unilateral que tiene la formación del título ejecutivo fiscal, en la que no interviene ni la voluntad real, ni la voluntad presunta del deudor (conf. Podetti, J. R., "Tratado de las ejecuciones", t. VII-B, n. 264, p. 216)"(94).

c) El proceso monitorio

Por lo visto es posible que haya llegado la oportunidad de pensar en introducir nuevos procesos o remozar los existentes, entendiendo que no debería existir un solo tipo de juicio para todos los títulos genéricamente denominados ejecutivos, ya sean éstos creados por ley o autocreados.

Así, para los títulos valores creditorios o crediticios, podría resultar idóneo el proceso monitorio y para los restantes títulos, un proceso ejecutivo "renovado" con amplitud de conocimiento y prueba, es decir, la introducción de un proceso judicial que articule adecuadamente la reclamación al deudor, sistema que ya existe en la mayor parte de los países europeos, en algunos ordenamientos jurídicos operando desde hace décadas; así, vgr., *le procédure d'injonction de payer* del derecho francés, el *Mahnverfahren* del derecho germánico, *il procedimento d'ingiunzione* del derecho italiano o el *Mandatsverfahren* austríaco; no siendo un instituto desconocido en Latinoamérica; así, el proceso uruguayo. En otros resulta de reciente implantación, como la *injunção* portuguesa instaurada a finales de 1993, o, más recientemente, la *ação monitoria* en el derecho brasileño(95) o el "Proceso monitorio en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil española (96). En nuestro medio existen anteproyectos que lo contemplan (97).

En todos ellos el término "monitorio", que significa advertencia, admonición, exhorto, se configura como un instrumento jurídico en virtud del cual se advierte al deudor que pague o conteste al requerimiento, so pena de decretar ejecución sobre sus bienes.

Podemos definir al proceso monitorio como un instrumento rápido y ágil tendiente a obtener una resolución judicial de ejecución del derecho de crédito que reúna las formalidades previstas por la ley, y evitar, por tanto, la lentitud, e ineficacia de los procesos previstos para la protección del crédito en los que el deudor en la mayor parte de las ocasiones no comparece ni se opone.

Se estructura, en general, teniendo en cuenta las siguientes opciones:

- a) El deudor atiende el requerimiento y paga: el proceso monitorio finaliza.
- b) Pasividad del deudor; ni paga ni se opone: el monitorio se transforma en proceso de ejecución.
- c) Oposición de deudor: pone fin al juicio monitorio, se remite al proceso declarativo que corresponda según la cuantía.

Un resumen de las diferentes posiciones doctrinales respecto de la naturaleza jurídica del juicio monitorio no es sino reiteración del viejo debate abierto en la doctrina italiana. Así, Carnelutti, que defiende el carácter de *tertium genus* al no poder ser encuadrado ni como declarativo ni como ejecutivo, la tesis de Chiovenda, que afirma la proximidad del monitorio al proceso de ejecución puesto que el mandato de pago constituye declaración jurisdiccional de carácter ejecutivo. Y, en fin, aquellos como Garbagnati, que por sus particulares procedimentales lo consideran un procedimiento especial.

El debate ha de resolverse atendiendo a las distintas fases en las que se estructura este proceso. Así, acertada parece la opinión de los que postulan caracterizar este proceso en función de la variación de sus fases, que parece ser la tesis doctrinal que goza de mayores adeptos.

En una primera fase, que comprendería hasta la creación del título, puede afirmarse que nos hallamos ante un proceso caracterizado por la sumariedad y la ausencia de contradicción, aunque precisa de una función de conocimiento mínimo para preparar el título ejecutivo. Nos hallaríamos ante un proceso declarativo, sumario y especial.

En la segunda fase, el proceso transforma su naturaleza en función de la actitud del deudor; así, si no comparece adquiere naturaleza ejecutiva, mientras que si comparece para oponerse el se convierte en un juicio declarativo que, asimismo, debe adecuarse a la realidad y a la celeridad que equilibren el derecho de ejecución y el derecho de defensa de manera justa.

Un sector de la doctrina española que comenta la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil(98) ha dicho del proceso monitorio que:

1. Es un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que no exista un real conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a hacer efectiva la deuda. La condición de "insustituible" radica en que el monitorio es la regla en materia de obligaciones de dar sumas de dinero y el juicio cambiario es la excepción, y sólo procede su elección cuando las causales se funden en el monitorio reclamado o cuando se desee garantizar la deuda mediante un embargo preventivo normativamente no previsto en el monitorio, o cuando sea presumible la oposición del deudor en juicio ordinario.
2. Es un mecanismo jurídico que, con las debidas garantías, permite pasar directamente a la ejecución en aquellos supuestos en que no exista una oposición del obligado.
3. En realidad el proceso monitorio, más que un juicio propiamente dicho, constituye un instrumento procesal para formar el título ejecutivo.

Partiendo de una legislación integral que introduzca el proceso monitorio, y, en su caso, adecue los procesos de conocimiento que regulen la oposición del deudor, podría ser sostenible la aplicación del proceso monitorio a otros supuestos, además de los que tengan por causa la ejecución de títulos valores (99).

d) Conclusiones

La relación jurídica procesal impone a los sujetos o partes determinadas conductas en el proceso, imperativos del propio interés, cuyo incumplimiento les acarrea consecuencias desvaliosas, entre ellas la probatoria. La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho pierde.

En el moderno derecho procesal no existen reglas absolutas en materia probatoria, dado que predomina el principio de las "Cargas probatorias dinámicas", según el cual dicha carga se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; no hay preceptos rígidos, sino la búsqueda de una solución justa según las circunstancias del caso concreto.

Mientras la reopción de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en los juicios de conocimiento, tanto en el orden nacional como en el provincial, es un hecho, en el juicio ejecutivo su recepción es aún rechazada.

La estructura del proceso ejecutivo hoy se concibe y desenvuelve sobre un principio fundamental: la presunción de legitimidad del título o la presunción de certeza del derecho contenido en él. Por esta característica se acuerda la vía ejecutiva, y el que pretende atacar el título sólo puede oponer las excepciones establecidas en el art. 473 CPCC Santa Fe, incumbiéndole –según doctrina mayoritaria – la carga probatoria.

Ello parte de una práctica inveterada, pernicioso y generalizada consistente en presumir, desde la norma de ejecución y no desde la estructura del título mismo, que "todos" los títulos existentes en el mercado merecen idéntico tratamiento, pese a reconocer orígenes diversos, tales como: 1. los títulos valores (creditorios o representativos de mercaderías); 2. los títulos autocreados (o emanados del acreedor); 3. los actos jurídicos bilaterales con diverso grado de reconocimiento judicial, que gozan de la presunción de legitimidad; 4. las decisiones judiciales.

De esta enunciación, los únicos "títulos ejecutivos", privilegiados con dicha presunción son los denominados títulos valores; todos los demás títulos cuentan con una causa explícita o implícita, por lo que carecen de la abstracción material, propia de aquéllos. Pueden también adolecer de autonomía. En el caso de los actos jurídicos bilaterales se debe adicionar la ausencia de literalidad, ya que en ellos el aspecto instrumental no tiene carácter constitutivo sino meramente dispositivo. Todos ellos contienen *ab initio* distintos grados de certeza que justifican de pleno derecho el desenvolvimiento de procedimientos con diferentes grados de conocimiento y amplitud de prueba.

En abierto desconocimiento de estas sustanciales diferencias, el ejercicio abusivo que de la vía ejecutiva han hecho las entidades bancarias nos afirma en la pertinencia del empleo de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el juicio ejecutivo. Así, la referencias al valor del título previsto en el art. 793/797 Cód. Com. y a otros que son de naturaleza bancaria, como el pagaré, que se otorga como base de un crédito bancario que carece de carácter circulante, o cuando se establecen pautas abusivas como la constitución de domicilio de pago en el banco, cuando el pagaré es a la vista, etc.; o en el caso de la ejecución de los certificados de cuenta corriente bancaria que son emitidos por la entidad sin intervención del pretendido deudor, o en el caso de las llamadas hipotecas abiertas, sean éstas bancarias o no.

No debería haber un único tipo de proceso para todos los títulos; debería haber al menos dos tipos: uno, el proceso monitorio para aquellos títulos que por poseer abstracción, autonomía, literalidad y aptitud circulante, gozan de la presunción de legitimidad, y otro, un proceso ejecutivo renovado, para los restantes.

Partiendo de una legislación integral que introduzca el proceso monitorio, y, en su caso, adecue los procesos de conocimiento que regulen la oposición del deudor, podría ser sostenible la aplicación del proceso monitorio a otros supuestos, además de los procesos que tengan por causa la ejecución de títulos valores.

Empero, podemos acordar que hasta tanto la normativa procesal no capte esta realidad, los jueces deberán realizar la tarea de examinar aun de oficio el título con que se promueve la ejecución, sin exclusiones, y, eventualmente, repeler la acción en la misma forma si éste no reuniera los requisitos legales.

Las alternativas de reforma son múltiples: 1. introducir el proceso monitorio; 2. reformar el ejecutivo dotándolo de amplitud de debate; 3. diseñar una norma que establezca que la carga de la prueba sea de naturaleza dinámica; que su producción incumba a ambas partes o bien a aquél que, por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal datos que permitan el esclarecimiento de los hechos que dieron lugar a la litis; que 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 ausencias de la colaboración debida.

En virtud de estas consideraciones, resultaría imperiosa una reforma que acerque la ley procesal santafesina al moderno derecho procesal.

XIV. La corriente opositora

Algunas voces minoritarias se han alzado en contra de las cargas probatorias dinámicas expresando lo siguiente:

"En contra de las reglas claras y precisas se alza la teoría de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes en el proceso en el acopio del material de convicción.

Estas conllevan un nuevo reparto en las reglas de imposición probatoria, ceñidas a las circunstancias del caso, no ceñidas a enfoques apriorísticos, haciendo recaer el *onus probandi* en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para hacerlo.

La bondad del "nuevo sistema" se encuentra en lo que nosotros advertimos como la mayor trampa con idoneidad para vulnerar el derecho de defensa: que esté desentendida de reglas previas y que se adapte a las circunstancias del caso.

Como a nuestro criterio bien se ha dicho, la teoría de las cargas probatorias dinámicas no es otra cosa que intentar sistematizar elementos dispersos que se quieren aglutinar bajo la luz de una llamada teoría solidarista o de colaboración. En virtud de esta teoría, los jueces exigen al demandado – en ciertos casos de difícil comprobación – la prueba de su no culpabilidad (o no responsabilidad), descargando del actor la demostración de esa culpa o responsabilidad(100).

No comparto esta posición, ya que el hecho de ubicarse una de las partes en mejor posición de aportar la prueba no indica, necesariamente, que la otra no pueda producirla. Si el sujeto aparentemente débil se encontraba en "suficientes" condiciones de producir la prueba y podía hacerlo, no tiene caso indagar sobre la mejor posición de su contraria. Colegimos entonces que quien pretenda beneficiarse con el desplazamiento de la carga probatoria hacia su contraria enrostrándole una mejor posición tendrá, asimismo, que justificar que él no está en condiciones – ni aún suficientes – de poder producirla. Visto de otro modo: si el sujeto puede probar, entonces tendrá que probar, con independencia de que su contraria también pueda o mejor pueda.

Y es que la parte con aparente posición desventajosa frente a la prueba, no puede escudarse – tan fácilmente – en la mejor posición de su contraria. Si se postula que la carga probatoria es compartida, pues la parte que reviste o argumenta una situación de inferioridad tendrá que desarrollar actividad probatoria que, aunque a la postre insuficiente, ponga de manifiesto su esfuerzo e intención de colaborar. Incluso, el fracaso de aquéllas y otras diligencias probatorias, por razones no imputables al sujeto proponente, resultarán demostrativas de la aludida inferioridad.

Por tales motivos, no bastará con sostener o probar que una parte se encuentra en mejor posición para la producción de la prueba si, asimismo, no se ha puesto en evidencia que quien ello argumenta no tiene modo de producirla.

Es que no podemos conformarnos con atribuir siempre – como si fuera una regla fija más – la carga probatoria a quien aparece en mejores condiciones de probar, pues si de colaboración o solidaridad probatoria se trata, el sujeto cuya carga se aligera debe arrimar algún esfuerzo y desarrollar también actividad. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que objeta la teoría de las cargas probatorias dinámicas, no habrá hecho más que cambiar de manos.

Asimismo los mismos autores han sostenido: "A quienes – comprometidos con la posición que vela por la preservación de las garantías del debido proceso legal constitucional – sostenemos la inadmisibilidad de una tesis que pone en la omnimoda e

incontrolada voluntad casuística de los jueces la distribución de las cargas probatorias (según le parezca a cada juzgador que una u otra parte está en mejores condiciones para probar asertivamente), no nos anima la adhesión a lo que en el mismo trabajo de inmediata cita se caracteriza como "la máquina de impedir", en alusión a una supuesta renuencia a admitir cambios e innovaciones.

Creemos que tal simplificación es, como mínimo, desafortunada en cuanto aprehende un juicio sobre intenciones no merecido. Tan pernicioso es el "misoneísmo" (miedo a la novedad) cuanto el desmedido entusiasmo con lo nuevo porque es nuevo.

Jamás sostendríamos que la impulsión de tan peligrosa doctrina u otras innovaciones no menos riesgosas para la salud jurídica de la sociedad (medidas autosatisfactivas, por ejemplo) representan un delirio autoritario (la dictadura de los jueces), en lugar de advertir en tales iniciativas la explicable desesperación por la lentitud o la ineficacia del sistema judicial, perfectible hasta donde no alcanza nuestra imaginación, pero sin utilizar el fácil atajo de la desprotección de alguno de los justiciables.

Por el contrario, nos plegamos al sentimiento de insatisfacción que provoca un sistema en el que cantidad, diseño de las estructuras judiciales y aferramiento tozudo a exceso de escrituralidad – entre otros vicios cuyo análisis excede el objeto de este trabajo – profundizan la dilación desmesurada de las soluciones jurisdiccionales y el riesgo de sentencias injustas.

Bien que, puestos a establecer qué es lo justo en cada caso, habremos de recordar nuestra propia imperfección humana que hace inevitable confiar en el preordenamiento de las reglas de juzgamiento por la comunidad, a través de sus órganos de voluntad legislativa por sobre el eventual – y siempre incierto – "talento" de cada juez para acertar con la mejor respuesta.

Permítasenos una tenue ironía. Un Estado de Derecho necesita de jueces que impartan la justicia que ha sancionado la ley. Jueces justos y no "justicieros". Estos, por simpáticos que nos parezcan, pertenecen al mundo de la fantasía literaria, no al del derecho.

En suma, los supuestos en los que la posibilidad de probar aparezca como empresa dificultosa para quien la acomete, debe funcionar como un estímulo tanto para la actividad demostrativa indirecta de su introductor, cuanto para una cuidadosa valoración de indicios, presunciones, otros elementos que – en casos normales – suelen no abastecer a la formación de un juicio de certeza en los magistrados; mas no autoriza la recurrencia a "remedios novedosos" que importan un liso y llano desconocimiento de la imparcialidad del órgano para imponer cargas inexistentes en cabeza del "más dotado"

de los litigantes y – en definitiva – la sustitución de la justicia a partir del Derecho por la justicia del propio parecer de quien juzga, lo que constituye un claro ejemplo de abuso de poder.

Por fortuna, la afirmación del concepto de Estado de Derecho relega al terreno de la fina ironía la frase atribuida a Montesquieu, según la cual la ley es lo que los jueces en sus sentencia dicen que es, lo que no nos pone a resguardo de jueces que – autoritarios o simplemente equivocados- así lo creen".

Tampoco comparto tal razonamiento ya que entiendo que las cargas probatorias dinámicas son una derivación de las reglas de la *sana crítica* a través de las cuales, el juez valorará diferente lo que es distinto, es decir, que no se trata de otra cosa más que de valoración y razonamiento judicial, cuestión que nada tiene que ver con delirio autoritario, abuso de poder o transformación de jueces justos en justicieros.

Bueno es recordar que se trata de una herramienta excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva. En los casos normales, donde no exista preeminencia de una parte, o se trate de una cuestión rutinaria, debe estarse a las máximas corrientes en materia de carga de la prueba, so pena de desnaturalizar el instituto y violar la normativa.

Por ello, cuando la atribución de la carga probatoria se deriva de la palmaria situación que, *eo ipso*, presenta el caso ventilado, no podrá decirse que tal distribución sorprenda al atribulado litigante, porque si no estaríamos afirmando que la prueba pertenece a las partes y no al proceso, afirmación que a mi juicio, en nada se condice con el fin que el mismo debe perseguir, y que es el de llegar a la verdad real.

Otros han sostenido que "constituye un verdadero "peligro" que por aplicación de la doctrina apuntada se tome conocimiento recién en la sentencia de un cambio en las reglas de juego o en la atribución de la carga probatoria".

Tampoco se puede sostener esto, ya que todo litigante (y su abogado), así como conoce desde antaño las reglas chiovendanas, no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina y la pujanza de un proceso civil moderno más preocupado por encontrar la verdad y la justicia del caso concreto. Por tal razón, no hay en verdad "sorpresas", pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (y que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio deberá aceptar que dicha estrategia conducirá – muy probablemente – a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada.

Tampoco trae ninguna solución que el juez fije de antemano en una audiencia preliminar, a cuál de las partes le corresponderá la carga probatoria, ya que aceptar esto

como solución, implica darle a la dinámica probatoria un cariz de pauta *a priori* que, justamente el instituto repudia. Que la carga probatoria sea dinámica entraña, precisamente, su movimiento y latente posibilidad de desplazamiento. Así podrá trasladarse de una parte hacia la otra, y viceversa, y volver luego sobre la misma según resulte de la actividad desplegada por los contendientes en todo el proceso, aun después de la audiencia de marras.

XV. Conclusión final

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas se dio a conocer hace más de dos décadas, mediante un trabajo que realizaran los Dres. Jorge W. Peyrano y Julio Chiappini.

Creo que ya han recorrido un largo y próspero camino, difundiéndose hacia todos los fueros nacionales, e incluso regulándose legislativamente, como en el caso de Corrientes y La Pampa, como asimismo aplicándose muchas veces de manera equivocada, tal vez a causa de un desmedido entusiasmo por lo nuevo.

Sin embargo estoy convencido de que la susodicha doctrina, es una valiosa construcción doctrinaria cuyo mérito es su enfoque destinado a una más justa y equitativa distribución de la carga de la prueba, que respondiendo a la realidad y la justicia del caso concreto, deberá ser receptada por los procesalistas, apoyando definitivamente su consagración legislativa.

- (1) Calamandrei, Piero, "Proceso y justicia", Revista de Derecho Procesal, año X, n.1, 1er. Trim. de 1952, p. 13.
- (2) Bidart Campos, Germán, "El derecho constitucional del poder", t.II, 1967, Ed. Ediar, p. 248
- (3) Morillo, A. M.: "El sistema de la justicia en la Constitución de la Prov. De Buenos Aires reformada en 1994 (el proceso civil)", J.A. 1995-I-918.
- (4) Goldschmidt, James, "Derecho Procesal Civil", 1936, Ed. Labor, Barcelona.
- (5) Carnelutti, Francesco; "La prueba civil" cit., p. 217
- (6) Carnelutti, Francesco, "La prueba civil" cit., p. 218. Más adelante destaca que "en el proceso, la parte no es puesta en la alternativa entre el no ejercicio de la acción y, por ejemplo, una pena, sino que tiene siempre una elección a hacer: o provocar el proceso, o adaptarse a perder la tutela de su interés. Esta apreciación económica que precede siempre al ejercicio de la acción, constituye el secreto de su dinamismo. En virtud de esta apreciación económica, el poder de la parte se convierte en una carga".
- (7) Carnelutti, Sistema, t. 1 p. 674
- (8) Bolivia, art. 158; Uruguay, 327. Según ambos textos, "prueba es la averiguación jurídica de la verdad o falsedad de la demanda", o "de los hechos alegados en el juicio". México (D.F.), art. 278, dice "para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos".
- (9) Santiago Sentis Melendo, "La Prueba", 1979, p.12 y ss.; p.57 y ss.
- (10) Francesco Carnelutti, "La Prueba Civil", 1982, p.37; ver asimismo el apéndice de esa obra escrito por Giacomo P. Augenti, p.226.
- (11) Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 1977, p.215 y p.219.
- (12) Luis René Herrero, "La Prueba Judicial, un concepto inasible y problemático", 1996, p. 11 y ss.
- (13) José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", t.II, Madrid 1977, p.258
- (14) Hugo Alsina, "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t.III, 1971, p.239.
- (15) Lino Enrique Palacio, "Derecho Procesal Civil", t.IV, 1984, p.320.
- (16) Palacio, op. y loc. cit. p.343, n°32.
- (17) Hernando Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", t.I, 1974, p.156.
- (18) Si llevamos aún más allá estas reflexiones, podemos observar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art.163 inc.6o ap.2) establece que "La

sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos".

(19) Gian Antonio Michelli, "La carga de la Prueba", Bogotá 1989, p.101, nº 20.

(20) Clemente A. Díaz, "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, t.I, 1968, p.345.

(21) Leo Rosemberg, "Tratado de Derecho Procesal Civil", t.II, 1955, p.209 y ss.; Friedrich Stein, "El conocimiento privado del Juez", Bogotá 1988, p.14; Devis Echandía, op. y loc. cit. p.157.

(22) En estos mismos términos, "L. J. U.", 2756

(23) Halsbury, "The laws of England", London, 1910; Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe, en "Juristische Wochenschrift", 1904, p. 408; Pistolese, "La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza", Padova, 1935.

(24) Calamandrei, "Per la definizione del fatto notorio", t.2, p.289; Carnelli, "El hecho notorio", Buenos Aires, 1944; Comentario de "El hecho notorio", de Lorenzo Carnelli, en "La Ley", t. 38, p. 1148.

(25) Calamandrei, "Per la definizione del fatto notorio", p.314.

(26) Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.

(27) Arazi, Roland, "Bases para reformular los principios fundamentales de la actividad probatoria", Rev. Jur. Delta, n. 12.

(28) Conviene subrayar que el C.P.C Santafesino-a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos procesales civiles-no incluye la reglas de distribución de la carga de la prueba. Sin embargo, sus antecedentes y su economía permite sostener su adscripción al clásico esquema cuatripartito Chiovendiano. Conforme el mismo, en principio al actor le incumbiría en todos los casos acreditar los hechos constitutivos alegados en su favor en el escrito de demanda, mientras que, como regla, le correspondería al demandado probar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en el responde. Peyrano, Jorge W., Cód. Proc. Civil y Comercia de la Pcia. de Sta. Fe, t. 1,p. 465.

(29) Es decir, "La cosa no está clara"; "Diccionario Ilustrado Box Latín-Español Español-Latín", 1992, Ed. Rei, p. 281, voz "liquet ". Refiere a la tradicional absolución de la instancia por falta de prueba sobre hechos decisivos para el fundamento de la pretensión o excepción.

(30) Según el art. 15 CCiv., los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Este precepto impone a los mismos la obligación de encontrar siempre una solución a todos los casos que se les planteen, para lo cual han de recurrir a los medios establecidos en el art. 16; es decir que si la cuestión no puede resolverse por la palabra ni por el espíritu de la ley, atenderán a los principios de las leyes análogas y a la costumbre, y si aún así fuere dudosa, resolverán por los principios generales de derecho. Hoy ya no se discute la existencia de lagunas de la ley, pues aun la más perfecta de las legislaciones no puede comprender la totalidad de los casos. Lo que de ninguna manera se admite es que existan vacíos en el ordenamiento jurídico, ya que a través de los medios de integración de juez debe encontrar siempre una solución a los casos sometidos a su decisión. El juez no puede absolver la instancia por falta de solución expresa, porque el art. 15 CCiv. No sólo se lo prohíbe expresamente, sino que además le impone una obligación de Derecho Público de la que no puede sustraerse.

(31) "La carga de la afirmación y la carga de la prueba no presentan dos problemas distintos, sino que constituyen los dos aspectos de un solo problema. Cada parte debe afirmar, y en caso de discusión, probar aquellas circunstancias de hecho de las cuales pueden deducirse los presupuestos de los preceptos jurídicos que le son favorables"; Rosenberg, Leo, "La carga de la prueba" cit.

(32) Estas reglas se enunciaban a través de las frases "onus probando incumbit actori", o "necessitas probandi incumbit ei qui agit", "actori non probante, reus est absolvendus" y "reus in excipiendo fit actor", entre las más conocidas.

(33) La exponen, entre otros, Ricci, "Tratado de las pruebas", Madrid, s/f, y Jossierand, "Curso de derecho civil", 1939, Madrid.

(34) Gorphe, "De la apreciación de la prueba", 1955, Planiol – Ripert, "Tratado de derecho civil", 1941, Madrid, Lesiona, "Tratado de la prueba en materia civil", 1914, Florencia, entre otros.

(35) Bentham, "Tratado de las pruebas judiciales", 1959, Bonnier, "De las pruebas en derecho civil y penal", 1929, Madrid.

(36) Chiovenda, G., "Instituciones", 1954, Madrid.

(37) Micheli, Gian A., "La carga de la prueba" cit.

(38) Autores de la talla de Redente, Pavanini, Calamandrei y Gentile, adoptan puntos de vista muy similares a los de Micheli, aunque podría decirse que coinciden también con Rosenberg.

(39) Rosenberg, Leo, "La carga de la prueba" cit.

(40) Por ejemplo, el art. 177 CPC de Colombia.

(41) Devis Echandía, Hernando; "Compendio de la prueba judicial", t. I, 2000, Ed. Rubinzal-Culzoni.

(42) Peyrano, J. W., "compendio de reglas procesales", 1999, Ed. Zeus, p. 234.

(43) Peyrano, Jorge W., "Carga de la prueba. Actualidad. Los dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal", en "Procedimiento civil y comercial", t. 3, 1994, Ed. Juris, p. 110.

(44) Peyrano, Jorge W., "Carga de la prueba. Actualidad. Los dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal", en "Procedimiento civil y comercial", t. 3, 1994, Ed. Juris, p. 118.

(45) Corte Sup., in re "Corones, G. v. M. y O'F.", del 3/7/1990, en LL 1990-D-536, (JA 1991-II-199).

(46) Corte Sup., in re "Pinheiro, Ana M. V. ISSPF.", del 10/12/1997. Ver nota a fallo de Peyrano, Jorge W., en Revista de Derecho Procesal, n. 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 395.

(47) Hernando Devis Echandía afirmaba que: "No se trata de fijar quién debe traer la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte" ("Compendio de la prueba judicial", t. 1, 2000, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 211).

(48) En paralelo, y sin obviar o desconocer las diferencias existentes, barruntamos un comportamiento similar al que acaece con las presunciones. Si bien, por ejemplo, no debe probarse aquello que una norma presume cierto, el interesado no está eximido de probar el hecho generador de la presunción y que la pone en funcionamiento.

(49) Hay que admitir que en sus albores, hasta que se produjo un rápido acomodamiento y se delinearón sus contornos, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas generó entusiasmos que excedieron su campo de aplicación y no faltó quienes la invocaron (o malentendieron) como una lisa y llana inversión de la carga probatoria.

(50) Prütting, Hanns, comentario en el "Münchener Commentar ZPO.", obra colectiva comentario al ZPO. Alemán, art. 286, t. I, 2000, Ed. Beck, Manchen, p. 1777 y ss. Prütting, Hanns, "Gegenwartsprobleme der Beweislast".

(51) Prütting, Hanns, "Beweisprobleme im Arzthaftungsprozess", "Problemas de la prueba en el proceso por responsabilidad médica", 1985, Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken.

(52) BGH, NJW.97, 796 (NJW es una revista jurídica)

- (53) Gómez de Liaño González, Fernando y Pérez Cruz Martín, Agustín J., "Derecho procesal civil" cit., p. 394.
- (54) "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana M. y otro v. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario", Corte Suprema, del 10/12/1997
- (55) CNCiv. Cap., Sala "D", L.L., t. 1990-E, pág. 414
- (56) Jordano Praga, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", p. 79.
- (57) Ver conclusiones J.A., 1996-IV-1027
- (58) Vázquez Ferreyra, "La obligación de seguridad...", cit. p. 105.
- (59) UDRP (Sistema de Nombres de Dominio – Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio). www.icann.org/udrp/udrp-schedule.htm
- (60) Martínez, Gabriel, "Política de solución de controversias en materia de nombres de dominio de internet", www.losdominiospunto.com, 2001
- (61) Leguisamón, Eduardo, "La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas", Temas de Derecho Procesal, Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal, n. 2, mayo 2000, p. 50.
- (62) C. Apel. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, "Biestro de Bover, Amelia c/Telefónica de Argentina S.A.", J.A. 1995-II-166
- (63) C. Civ. y Com. Junín, 17/9/1992, "Crasso, Raúl v. Telefónica de Argentina S.A.
- (64) De Lázzari, Eduardo, "Protección cautelar del derecho a la intimidad", JA, del 21/2/90, p. 11.
- (65) C. Apel. Civ. Com. Junín, Sent. Del 3/6/93 "Caporale c/La Limpia S.R.L. y otro" "La Ley Buenos Aires" Año 1, n° 1, Mayo 1994, págs. 43 y sigtes.
- (66) CNCom., Sala B, Sent. del 18/5/94 "La Aseg. Río de La Plata Cía de Seguros S.A. c/Bulib S.A." en JA Sem. 5961 del 29/11/95, p. 26.
- (67) Ver págs. 14 y 15
- (68) El art. 8 –"Garantías Judiciales"-prevé en el párr. 2º que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".
- (69) C. Nac. Crim. y Corr., sala 1º, 2/6/81, "Furchi Miguel", LL rep. XLI, 1981, p. 1864.
- (70) Sup. Trib. Just. Chubut, 7/11/79, "Gómez, Zenón", JA 980-III-576.

(71) Al prever, en el caso del art. 14 párr. 2º, si en el juicio se acreditase, que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo para su desintoxicación y rehabilitación.

(72) Antecedentes de las medidas autosatisfactivas.

(73) Falcón, Enrique, "Procesos de ejecución" t. I, vol. A, cap.I, 1998, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 12/13.

(74) Podetti, J. Ramiro, "Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de ejecuciones", actualizado por V. Guerrero Leconte, t. VII-A, 1968, ps. 22 y ss., cit. por Falcón, Enrique, "Procesos de ejecución" cit., t.I, vol. B, cap.I, p. 14.

(75) Ver Falcón, Enrique, "Procesos de ejecución" cit., t.I, vol. A, cap. I, p. 15.

(76) El punto de partida es la Ley Toledana de 1480, dictada y expandida bajo el reinado de los Reyes Católicos. Con posterioridad se incluye en la ley 64 de las Ordenanzas de Toro, siendo la mayoría de estas disposiciones objeto de compendio de la Novísima Recopilación (Libro II, Título XXVII).

(77) Es frecuente la omisión de la consideración de los acontecimientos históricos que abonan la formación de los institutos procesales, sus modificaciones y/o desviaciones en el tiempo; de ello deviene en gran medida la incorrecta y/o incompleta visión que de su auténtica naturaleza jurídica se tiene.

(78) Sólo después de la caída del Imperio Romano este proceso de dinamiza; influenciado por el derecho germano, se forman las ordenaciones o colegios, transformadas luego en corporaciones de comerciantes, banqueros o industriales, se dictan estatutos y se provee al establecimiento de una magistratura especial. La justicia era administrada por los cónsules, con la intervención de un letrado y de dos comerciantes. Se procedía allí sumariamente (*sine strepitu e figura iudici*), resolviendo en el plazo de dos o tres días según la equidad (*ex bono et aequo, solo veritate rei inspecta*). Los litigantes debían comparecer personalmente sin intervención de abogados o procuradores, y sólo por excepción podía apelarse ante los que se denominaban "supra cónsules". Conf. Arazi, Roland, "El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba". "En el antiguo derecho romano la carga correspondía por igual a ambas partes, mientras que en los procesos germanos primitivos ella recaía sobre la parte más débil social y económicamente" (Lesiona, Carlo, "Teoría general de la prueba en el proceso civil", trad. Aguilera de Paz, 1907, Ed. Reus, Madrid, p. 120) en LL 2000-A-1041.

(79) Conf. Greif, Jaime, "El proceso de ejecución", en "Procesos de ejecución", II, Revista de Derecho Procesal, 2001-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 290/291.

(80) Palacio, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 691/692.

(81) Kaminker, Mario E., "Reflexiones sobre los juicios ejecutivos, la cosa juzgada, los procesos de conocimiento posteriores y los causales", "Procesos de Ejecución", I, Revista de Derecho Procesal, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 35/36.

(82) Chioyenda, Giuseppe, "Principios de derecho procesal Civil", t.I, Ed. Reus, Madrid, p. 300: "Título ejecutivo es siempre una declaración, pero debiendo constar siempre esta declaración (*ad solemnitatem*) por escrito; de ahí deriva la frecuente confusión entre título ejecutivo y documento. Es preciso distinguir el significado sustancial del formal, de título ejecutivo: 1. En el primer significado el título ejecutivo es la declaración a base de la cual se consagra la declaración; 2. En el segundo-el formal- es el documento en el cual se consagra la declaración".

(83) Carrillo, Hernán G., en "Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. de Sta. Fe- Análisis doctrinario y jurisprudencial", Juris, t.II, p. 265 y ss.

(84) En nuestro juicio ejecutivo, no siendo posible la discusión de la causa, tan funcional a cualquier tipo de título, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas parece de difícil aplicación.

(85) Rambaldo, Juan A., "Los procesos de ejecución. Críticas y propuestas", disertación de fecha 12/09/2002, en el "IV Curso de Actualización en Derecho Procesal Civil – Procesos de Ejecución", Colegio de Abogados de Rosario, Instituto de Derecho Procesal Civil, Publicación n.2, 2002, Juris.

(86) Los títulos autocreados son los llamados certificados de deuda de naturaleza fiscal, municipal, bancaria, etc, en los que la causa se encuentra ínsita en el mismo certificado.

(87) Rambaldo, Juan A., "Títulos ejecutivos y títulos valores", en Jurisprudencia Santafesina.

(88) Rambaldo, Juan A., "Los procesos de ejecución. Críticas y propuestas" cit.

(89) "La pretedida discusión sobre la causa obligacional que intenta introducir el demandado en juicio ejecutivo no resulta procedente, debiendo en su caso quedar reservada para el juicio declarativo posterior". C. Civ y Com. Rosario, sala 1º, del 19/06/1987, "Schwindt de Conti v. Spropiana, Carlos s/demanda ejecutiva"; Rep. Zeus, t. 8, p. 87.

(90) Carrillo, Hernán G., "Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe – Análisis doctrinario y jurisprudencial" cit. p. 338.

(91) Podetti, Ramiro, "Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las ejecuciones", actualizado por V. Guerrero Leconte, t. VII-A, 1968, ps. 96/97.

(92) C. Nac. Com., sala C, Capital Federal (Di Tella – Cavigliole Fraga – Monti), "Banco Río de la Plata S.A. v. Serafín, Carmelo s/juicio ejecutivo", sentencia del 23/12/1999.

(93) C. Nac. Com., sala C, Capital Federal (Caviglione Fraga – Monti, "Sabajanes María L. v. Banco del Buen Ayre S.A. s/ord", sentencia del 25/2/1999.

(94) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, Capital Federal (Amadeo – Bulygin – Vázquez), "Edesur S.A. v. Mercado del Progreso s/ejecución fiscal", sent. 2750/94 del 9/06/1995.

(95) Se introduce en el Código del Proceso Civil mediante ley 9079, del 14/7/1995.

(96) Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil, cit.

(97) "Código Tipo" de Procedimiento Civil para Iberoamérica del los Dres. Torillo, Giordano, Gelsi Bidart y Véscovi; que en lo pertinente reza: "...art. 311 (aplicación) El proceso de estructura se aplicará en los casos especialmente previstos por la ley y además a los siguientes procesos: 1. ejecutivo; 2. desahucio o desalojo; 3. entrega de la cosa; 4. entrega efectiva de la herencia; 5. resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros (compraventa de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad en propiedad horizontal) y los demás que establezca la ley". El Anteproyecto de Reforma del CPCCN, de autoría de los Dres. Morillo, Kaminker, Eisner y Arazi, es de similar orientación; el Título Preliminar del Libro III dispone: "Procesos de Estructura Monitoria, Artículo I (supuestos y requisitos). Tramitarán como procesos de estructura monitoria las controversias que versen sobre: a) Obligaciones exigibles de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas; b) División de condominio cuando la división en especie fuere imposible; c) Restitución de la cosa mueble dada en comodato; d) Desalojo por falta de pago y locaciones de bienes inmuebles urbanos o rurales, cuando se hallare justificada por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las normas vigentes; e) El desalojo de bienes inmuebles urbanos o rurales, cuando (art. 679) se demuestre documentadamente que la obligación de restituir es manifiesta y líquida por no estar el ocupante legitimado para mantenerse en ella; f) Los procesos de ejecución en los casos autorizados por el presente código u otras leyes". Ruzafa, Beatriz S., "La

tutela jurisdiccional del consumidor y del usuario en el derecho europeo continental. La *injonction* de hacer en el nuevo Código de Procedimiento Civil Francés", en "Tutela procesal del consumidor y del usuario", 2000, Ed. Panamericana S.R.L., ps. 263 y ss.

(98) Serra Domínguez, Manuel, "La ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil", ps. 57 a 67.

(99) Rambaldo, Juan A., en "Los Procesos de Ejecución. Críticas y propuestas", ha dicho: "Consideramos que este tipo de proceso, que se inicia con el dictado de auto ejecutivo (postergando el contradictorio y supeditándolo a la eventual decisión del pretense deudor) debe ser utilizado cuando la pretensión ejecutiva tenga su fuente en títulos valores creditorios, que –como ya hemos visto – no sólo gozan de la abstracción procesal (presunción de legitimidad) que hace a la naturaleza de todos los títulos ejecutivos, sino de otros cuatro caracteres que le son propios y le otorgan – *mionisterio legis* – un plus de certeza con el que no cuentan los otros títulos ejecutivos: literalidad, autonomía, abstracción material y función circulatoria.

(100) Osvaldo M. Cingolani y Roxana Mambelli, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Las dudosas virtudes de la novedad".

BIBLIOGRAFÍA

"Cargas Probatorias Dinámicas". Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 11 de junio 2003, J.A. 2003-II, fascículo n. 11, ps. 1 a 96.

Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 1977

Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en ED 107- 1005.

Jorge W. Peyrano, "cargas probatorias dinámicas", *La Ley*, To.1991-B-Secc. Doctrina, pág. 1035.

Daniel D. Yaber, "Cargas probatorias dinámicas en el proceso de daños", *artículo publicado en la Revista "INSTITUTA", publicación del instituto de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Junín, Marzo 1997.*

Peyrano, J. W. y Chiappini, "Nuevos Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", *E.D* 153-968.

De Los Santos, M. A., "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", *J.A* 1993-IV-866.

Constantino "Los desplazamientos actuales de la carga de la prueba", *J.A* sem. 5800 del 28/10/92 p. 4.

Morello, A. M. "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba", *E.D* 132-953.