

## **Ponencia para Audiencias Públicas - Comisión de Reforma del Código**

### **Procesal Civil y Comercial de Tucumán.-**

*El Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia sobre la prueba en los procesos sobre derechos “sensibles”:*

*por Santiago J. Peral*

#### **I.- Introducción:**

La presente ponencia tiene por propósito llevar a cabo un análisis de ciertas normas del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), que revisten el carácter de ser normas procesales, y que han de ser tenidas en cuenta por la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán para la futura redacción del digesto de forma de la Provincia.

En concreto se analizarán las normas del CCyC que regulan cuestiones relativas a la carga de la prueba, poniendo especial atención a la consagración normativa en el mencionado código de fondo de la teoría de las “cargas probatorias dinámicas”, expresando las opiniones doctrinarias que han generado estas normas de índole procesal incorporadas en el CCyC, para luego manifestar nuestra opinión acerca de la conveniencia o no de receptar estas disposiciones en el digesto de forma Provincial, sobre todo en los supuestos de procesos judiciales en donde se encuentren involucrados “derechos sensibles”.

#### **II.- Las cargas probatorias dinámicas y su consagración en el CCyC:**

Los artículos 710 y 1735 del CCyC consagran lo que se ha denominado “carga dinámica de la prueba”, en los procesos de familia y de daños, respectivamente: en esos procesos, por disposición legal, la carga recae en la parte que esté en mejores condiciones de probar. En realidad el concepto no es nuevo, puesto que se encuentra en la obra de Bentham, quien afirmaba que “la obligación (actualmente carga) de exhibir la prueba en cada caso particular, debe ser impuesta a la parte que pueda hacerlo con menor inconveniente, esto es con menos demora, menos vejaciones y menos gastos”. Sin embargo, cabe reconocer

que en nuestro país el concepto fue difundido y actualizado por Peyrano, quien en diversas obras se ocupó del tema<sup>1</sup>.

La carga de la prueba integra el capítulo de la valoración de la prueba producida en un proceso determinado; en el momento de sentenciar, “salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (art. 386 CPN); ello implica apreciar no sólo la prueba producida sino también, entre otros elementos, la conducta de las partes durante la sustanciación del proceso como elemento corroborante de las pruebas (art. 163, inc. 5°. CPN); el haber omitido alguna de ellas arrimar una prueba, aun cuando tenía facilidad para hacerlo y era muy difícil o imposible para la contraria, implicará una conducta abusiva que los jueces deben valorar<sup>2</sup>.

En concordancia con lo expresado en el párrafo anterior, se comparte la opinión de quienes sostienen que el juez debe valorar, de acuerdo con la sana crítica, no sólo la prueba producida sino también las omisiones o deficiencias para la comprobación de los hechos, y apreciará, según las circunstancias del caso, quién estaba en mejores condiciones para aportar los elementos de convicción y no lo hizo o lo hizo en forma deficiente<sup>3</sup>.

El hecho de que la omisión de una prueba perjudique a quien estaba en mejores condiciones para aportarla constituye la aplicación de los principios básicos del debido proceso y, entre ellos, tiene especial importancia el de igualdad, si a una de las partes le resulta imposible o muy difícil probar mientras que a la otra le es sumamente simple, será ésta última quien deba traer los elementos en que funde su pretensión, defensa o excepción, de esa forma se evita la “indiferencia a las diferencias”.

---

<sup>1</sup> Bentham, Jeremías, *Teoría de las pruebas judiciales*, Bossgne Freres, París, 1825, t. I, pág. 151; Peyrano, Jorge W., *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en coautoría con Julio A. Chiappini, en E. D. 107-1005; *Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en L. L. 1991-B-1034, entre otros.

<sup>2</sup> Arazi, Roland, *Algunas cuestiones relacionadas con la prueba en el CCyCN*, en Revista de Derecho Procesal 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2016, pág. 23.

<sup>3</sup> *Idem*, pág. 24.

La teoría de la carga dinámica se basa también en el deber de colaboración de las partes, que se asienta y desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal, con la finalidad de afianzar la “eticidad” en el proceso y el resultado útil de la jurisdicción<sup>4</sup>. Al respecto cabe tener presente lo establecido en la Ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor (texto según ley 26.361), que consagra en su art. 53 un deber de colaboración acentuado en materia probatoria que recae sobre el proveedor de bienes o servicios demandado, así se establece expresamente: “...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

El desplazamiento de la carga probatoria hacia quien está en mejores condiciones de probar tiene el aval de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía – por sobre la interpretación de normas procesales – a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal<sup>5</sup>.

El art. 710 del CCyC, relativo a los procesos de familia, es preciso al disponer: “...La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”. Sin embargo, los artículos 1734 y 1735 del CCyC pueden dar lugar a diversas interpretaciones. En efecto, mientras que el artículo 1734 dice que “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”, en el artículo siguiente se expresa: “No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente,

---

<sup>4</sup> CNCom., Sala A, 26-9-2006, “Rodríguez, Francisco M. c/Banco Itaú Buen Ayre S.A.”, Lexis N° 35010119.

<sup>5</sup> CSJN, 20-8-96, E. D. 171-361.

durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”<sup>6</sup>.

Las dudas se originan porque la norma no es categórica sino que establece una mera facultad del juzgador (“...*puede distribuir la carga*...”). Además el último párrafo del artículo, después de un punto, dispone la atribución del juez de hacer saber a las partes que aplicará ese criterio, si lo considera pertinente. Arazi considera que el juez, al apreciar las pruebas producidas y las omitidas, determinará qué parte tenía facilidad para aportar éstas y no lo hizo, con el único propósito de ocultar los hechos. Formará su convicción con base en las pruebas y en la conducta de las partes. Sólo en caso de que “lo considere pertinente” comunicará a las partes quién está en mejores condiciones de aportar la prueba; ello si hubiese duda sobre esta cuestión, y en este supuesto permitirá “a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”. Pero si resulta claro quién está en mejores condiciones de probar esa comunicación es innecesaria<sup>7</sup>.

Por nuestra parte, consideramos acertada la opinión de Arazi precedentemente expuesta, en razón de que incurrir en una interpretación rígida respecto de la facultad que tiene el juez de informarle a las partes quién se encuentra en mejores condiciones de probar determinada cuestión en el proceso, podría ocasionar posibles planteos de nulidad de eventuales sentencias en las que, sin haberse realizado la mencionada comunicación a una de las partes, el juez proceda a condenar a quien tuvo una actitud remisa respecto de la prueba de elementos de convicción conducentes para el esclarecimiento de la cuestión.

Resulta necesario señalar que el CCyC con normas como la de los arts. 710 y 1735, invade una órbita que no le compete según el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, y conculca el poder originario de las provincias no delegado al gobierno federal según el art. 121 de la misma Carta Magna –como de la ciudad

---

<sup>6</sup> Cfr. Arazi, Roland, *Algunas cuestiones...Ob. Cit.*, pág. 27.

<sup>7</sup> *Idem*, pág. 28.

de Buenos Aires conforme el artículo 129 -, en tanto se trata indudablemente de normas de orden procesal.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, llamativamente se afirma que “Este tipo de normas no es procesal, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo. En tales condiciones, la prueba es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio, que en este caso significa que el hecho no está probado y el juez debe decidir en consonancia<sup>8</sup>.

En el CCyC no sólo se consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas, sino que se procede a afirmar en sus fundamentos, que dichas normas no son de índole procesal, lo cual es a nuestro entender y el de autorizada doctrina<sup>9</sup> una afirmación errónea.

Lo afirmado *ut supra* no implica desconocer la necesidad de la consagración normativa de la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” respecto de determinados procesos judiciales, sin embargo, entendemos que la regulación de los ámbitos de aplicación de la mencionada teoría es una facultad privativa de las provincias, por tratarse de normas de índole procesal, ya que integran la “teoría general de la prueba”. Es por ello que se concibe como de fundamental importancia que la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán, contemple la posibilidad concreta de incorporar las cargas probatorias dinámicas en el nuevo CPCCT para determinados procesos judiciales.

Puede decirse que genéricamente los códigos procesales locales (como el art. 377 del CPCCN) establecen que incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez

---

<sup>8</sup> Cfr. Leguisamón, Héctor Eduardo, *Las reglas de la carga de la prueba en el nuevo Código Civil y Comercial y algunas normas sobre la responsabilidad civil con efectos procesales*, en Revista de Derecho Procesal 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2016, págs. 192-193.

<sup>9</sup> *Idem*, pág. 193.

o el tribunal no tenga el deber de conocer, y que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de su pretensión, defensa o excepción.

Como vemos, no establecen cuáles son los hechos que debe probar el actor ni cuáles el demandado, sino que indica a todos los litigantes que deben probar los hechos que afirman en tanto sean controvertidos, y los que constituyan el presupuesto de hecho de la norma en que se basen. Pero, de todas formas, la teoría tradicional se puede enmarcar en sus contenidos, aplicados a todo tipo de controversias, no sólo con relación a la responsabilidad civil como ha quedado en el nuevo CCyC<sup>10</sup>.

Así, por ejemplo, si el actor demanda la devolución de un préstamo en dinero y no probó el mutuo que es el presupuesto de hecho de su pretensión (o sea, el hecho constitutivo), resultará vencido aunque el demandado nada pruebe. Si el demandado reconoce que recibió el préstamo pero alega que devolvió el dinero que recibiera, debe probar el pago que es el presupuesto de hecho de su defensa (o sea, el hecho extintivo), pues en caso contrario será condenado<sup>11</sup>.

En la hipótesis planteada en el párrafo precedente, no serían aplicables los artículos 1734 a 1736 del CCyC puesto que éstos se refieren a la responsabilidad civil<sup>12</sup>, de lo cual se derivaría que necesariamente se aplicarían las reglas sobre la *carga de la prueba* que contienen los códigos procesales civiles locales, que son los que deben contener tales normas en virtud del juego armónico de los artículos 75, inciso 12, y 121 de la Constitución Nacional.

En virtud de lo expresado anteriormente, es que consideramos de fundamental importancia que la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial analice la posibilidad concreta de incorporar, en el eventual nuevo digesto de nuestra Provincia, normas sobre las cargas probatorias dinámicas que resulten aplicables a la totalidad de los procesos judiciales civiles y comerciales, e inclusive

---

<sup>10</sup> Leguisamón, Héctor Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2009, t. I, págs. 608/610.

<sup>11</sup> Cfr. Leguisamón, Héctor Eduardo, *Las reglas de la carga...Ob. Cit.*, pág. 195.

<sup>12</sup> Los artículos referenciados se encuentran en la Sección 3°, *Función resarcitoria*, del Capítulo I, *Responsabilidad civil*, del Título V, *Otras fuentes de las obligaciones*, del Libro Tercero, *Derechos personales*.

consideramos necesaria su consagración en forma agravada o acentuada en aquellos supuestos de procesos sobre derechos “sensibles”, como lo son los procesos en los que se involucran los derechos de la familia y de los consumidores y usuarios. De esta manera concebimos que se subsanaría la posibilidad de que las normas del CCyC que consagran las cargas probatorias dinámicas, sean objeto de planteos de inconstitucionalidad en los procesos, que solamente contribuirán a dilatar el trámite judicial y a desvirtuar la verdadera finalidad perseguida por el legislador al consagrar tales normas.

Lo sostenido se fundamenta en el hecho de que la aparición de la “carga probatoria compartida” constituye una nueva cultura del proceso judicial, caracterizada por la vigencia del principio de solidaridad y el deber de cooperación de todos en procura de un rendimiento del servicio de justicia más eficiente que el actual, donde se encuentra aceptable que, en buena medida, la tarea probatoria es común a ambas partes, abriéndose actualmente camino, cada vez con mayor ímpetu y vigor, la teoría de las *cargas probatorias dinámicas – favor probationis -*, 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<sup>13</sup>.

### **III.- La carga de la prueba y el rol del juez en los procesos de derechos “sensibles”. La cuestión en los procesos de consumo:**

En algunos procesos en particular puede observarse la importancia del rol del Juez en la distribución de la carga probatoria. Es el caso por ejemplo de los procesos de consumo, respecto de los cuales el CCyC si bien no consagró expresamente la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, corresponde hacer algunas precisiones que pondrán de manifiesto la necesidad de que el futuro CPCCT regule expresamente este tipo de procesos especiales y la distribución de la carga probatoria en el marco de los mismos.

---

<sup>13</sup> Cfr. Leguisamón, Héctor Eduardo, *Las reglas de la carga...Ob. Cit.*, pág. 196.

En primer lugar, cabe destacar que la eficacia de las medidas protectivas del consumidor no sólo dependen del reconocimiento de los derechos, sino en igual medida y especial énfasis de los medios adecuados y eficaces para ejercerlos<sup>14</sup>.

Al respecto cabe destacar que los procesos de consumo cuentan con características particulares que son impuestas por la propia LDC a fin de favorecer la protección de los más vulnerables, en tanto su situación asimétrica se mantiene vigente dentro del proceso y, fundamentalmente, en la expansión de la cosa juzgada que es un tema central en materia de consumo, ya que posibilita la celeridad en la reparación integral de los damnificados y evita la obstrucción de la justicia frente a la masividad de causas idénticas (art. 54, LDC)<sup>15</sup>.

El principio *in dubio pro consumidor* emergente del artículo 3° de la ley 24.240 y de la norma mencionada dispone un criterio general de interpretación y, en la duda, debe estarse siempre a una interpretación del derecho que le sea más favorable al consumidor. Tal tutela especial se fundamenta, en el reconocimiento de una situación de debilidad *estructural, genética y funcional* de los consumidores y usuarios frente a los proveedores en las relaciones de mercado<sup>16</sup>.

La finalidad perseguida mediante la protección intensificada es la restauración del equilibrio jurídico y económico puesto que, tratar como iguales a quienes son intrínsecamente desiguales incrementa la desigualdad, ocasionando un traslado de riesgos injustificado y éticamente reprobado<sup>17</sup>.

Una vez realizadas las aclaraciones precedentes, nos parece oportuno remarcar la problemática que se plantea con relación a la prueba en el Derecho de Consumo, ya que la naturaleza objetiva de la responsabilidad determina que el

---

<sup>14</sup> Stiglitz, Gabriel, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, págs. 317 y sigtes.

<sup>15</sup> Lovece, Graciela, *La nueva Ley de Defensa del Consumidor. El libre acceso a la justicia y la expansión de la cosa juzgada como posibilidad de ejercicio efectivo del derecho*, en MJ-DOC-3426-AR, MJD3426.

<sup>16</sup> Lovece, Graciela, *La prueba en las relaciones de consumo*, en: Revista de Derecho Procesal 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2016, pág. 288.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

proveedor sólo habrá de eximirse si logra quebrar el nexo causal probando la causa ajena (arts. 40, LDC y 1722, CCyC)<sup>18</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho del Consumo debemos tomar en consideración algunas de las premisas básicas que éste plantea, como ser el carácter de profesional del empresario que le otorga un conocimiento específico (art. 1725 CCyC), que lo sitúa en un lugar de poder sobre el consumidor profano, su carácter netamente preventivo, la amplitud probatoria y, como mencionamos, el principio rector protectorio del consumidor previsto en el artículo 3° de la LDC y en los artículos 1094 y 1095 del CCyC, que posee un efecto expansivo alcanzando también el ámbito procesal, en este último, en lo relativo a las cargas probatorias dinámicas y a las presunciones emergentes de la ley<sup>19</sup>.

En el ámbito de los procesos de consumo, cabe tener presente que, el mero hecho material de la existencia del daño durante el desarrollo de la relación de consumo implica una deficiencia de la seguridad (art. 5°, LDC, 42, CN) y por tanto una violación de la garantía legal y constitucional, constituyendo un ilícito formal que hace nacer una presunción de responsabilidad, y consecuentemente se invierte la carga de la prueba, debiendo el proveedor probar aquellas causales que operen como eximente.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritariamente han remarcado el mejor posicionamiento empresario en materia probatoria, en la etapa precontractual<sup>20</sup>, en la conclusión del contrato<sup>21</sup>, en la dinámica funcional del negocio<sup>22</sup>, etcétera, es por ello que por ley n° 26.361 se modificó el art. 53 de la LDC receptando esta tendencia, al establecer que los proveedores deberán

---

<sup>18</sup> CNCom, Sala F, 25-2-2016, "*Martitegui, María José y otro c/Asatej SRL s/Ordinario*" MJ-JU-M-97361-AR, MJJ97361: "El criterio de responsabilidad recién referido exhibe la objetivización del factor de atribución con apoyo en el citado art. 40, LDC, más allá de la conjetural negligencia de la agencia. Su calidad de intermediaria la coloca en la cadena de provisión del servicio de turismo frente a los usuarios y es por tal motivo, justamente, por el que debe estimarse adecuada la atribución de responsabilidad".

<sup>19</sup> Lovece, Graciela, *La prueba en el defecto u omisión de información en el Derecho de Consumo*, en Ghersi, C., *La prueba en el Derecho de Daños*, Nova Tesis, Rosario, 2009, pág. 118.

<sup>20</sup> CNFed.CAdm., Sala II, 24-7-2008, "*Dominguez Val c/DNCl, disk 460/06*", eDial – AA4B66.

<sup>21</sup> CCAdm. Y Trib. De la CABA, Sala II, 6-8-2007, "*Swiss Medical SA c/GCBA s/Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.*", MJ-JU-M-18186-AR, MJJ18186.

<sup>22</sup> CNCom., sala D, "*Sanatorio Otamendi y Mirolí SA c/B. B. de F. y G. F. s/Ordinario*", L. L. del 17-2-2009, pág. 6.

aportar al proceso todos los elementos de prueba referentes al bien o servicio que obren en su poder, y prestar toda la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio, reconociendo explícitamente el mejor posicionamiento empresarial<sup>23</sup>.

El cumplimiento adecuado de las obligaciones legales por el proveedor durante todo el *iter* negocial debe ser probado por el proveedor ya que es el único en condiciones de acreditar que efectivamente cumplió, pues posee los medios para hacerlo y, además, porque resulta imposible para el consumidor la prueba de un hecho negativo, dándose así consagración legal a la teoría de las cargas probatorias dinámicas; asimismo, el artículo 37 de la LDC veda por abusiva la cláusula que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Si bien estos principios son aceptados y reconocidos por lo general en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia, consideramos prudente que la Comisión de Reforma del CPCCT incorpore los mismos en el texto del nuevo digesto procesal de la provincia, en el ámbito de una regulación específica de los procesos de consumo.

Lo afirmado *ut supra* se fundamenta además en el hecho de que el CCyC si bien establece en el art. 1735 la facultad de los jueces de distribuir las cargas probatorias, ello sólo tiene efecto en el marco de la responsabilidad subjetiva (prueba de la culpa), ámbito que resulta ajeno al Derecho del Consumidor<sup>24</sup>. Es por ello que se considera fundamental que el nuevo digesto de rito de la Provincia le confiera al Juez un rol importante en el marco de este tipo de procesos judiciales con “derechos sensibles” involucrados, a fin de que el mismo pueda imponer la carga de probar y de acercar los elementos de convicción necesarios, a la parte fuerte de la relación jurídica, que en el caso de las relaciones de consumo dicha posición la revisten los proveedores de bienes y servicios.

En este sentido, la doctrina ha manifestado que los códigos procesales locales – y también el nacional – deben ser adecuados a la instauración, aunque

---

<sup>23</sup> CNCiv., sala A, 1-3-2016, “D. M. c/CEAMSE y otros s/Daños y perjuicios”. MJ-JU-M-97868-AR, MJJ97868.

<sup>24</sup> Lovece, Graciela, *La prueba en las relaciones de consumo*, en:...*Ob. Cit.*, pág. 293.

inconstitucional, de las *cargas probatorias dinámicas* – como, asimismo, a muchos otros aspectos incorporados o modificados -, como lo ha hecho el legislador de la Provincia de Chaco – anticipándose incluso a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial – al modificar el artículo 338 ter del Código Procesal Civil y Comercial<sup>25</sup> dedicado a las reglas que se deben observar en la audiencia preliminar, contemplando en el inciso 6° el siguiente texto: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 335 de este Código, *advertirá a las partes sobre las exigencias probatorias que pesará sobre cada una de ellas, pudiendo suspender la audiencia para que amplíen el ofrecimiento de pruebas dentro de los cinco días*”.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior, y a la tendencia que se vislumbra en otros códigos procesales locales de nuestro país, se considera que la Comisión de Reforma del CPCCT debe evaluar la posibilidad concreta de incorporar las *cargas probatorias dinámicas*, previendo una aplicación a todos los procesos, no quedando limitada la misma solamente a los procesos de familia, de daños, o al ámbito de los procesos de consumo. Ello en razón de que la búsqueda de la verdad jurídica objetiva debe constituirse como el principal objetivo de todo proceso judicial, y la teoría de las cargas probatorias dinámicas coadyuva precisamente a la consecución de dicha finalidad.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, debe conservarse como regla general la norma que establece que quien alega un hecho controvertido es quien debe probarlo, pudiendo el juez, en ejercicio del poder genérico de dirección del proceso, atribuir fundadamente la carga a la parte que se encuentra en mejores condiciones de incorporar ese elemento probatorio al proceso, sin liberar a la contraria del *onus* que por regla general le viene cargado.

#### **IV.- Sobre la oportunidad procesal para imponer la distribución de la carga probatoria:**

---

<sup>25</sup> Texto actualmente vigente modificado según art. 3° de la ley 7372, sancionada el 9-4-2014, promulgada el 5-5-2014 y publicada en el B. O. del 19-5-2014, y ley 7440, sancionada el 6-8-2014, promulgada el 26-8-2014 y publicada en el B. O. del 3-9-2014.

Luego de las consideraciones efectuadas en los puntos precedentes, consideramos importante analizar de qué manera, y en qué momento del proceso, debería el Juez distribuir la carga de la prueba en ejercicio de las facultades que le concede el CCyC y que entendemos debería conferirle también el futuro CPCCT en su carácter de director del proceso.

Cabe tener presente la tarea realizada hasta aquí por la Comisión de Reforma, a través de sus diferentes grupos de trabajo, en donde se abordó el estudio de códigos procesales de otras provincias e incluso de otros países. Allí se pudo observar, por ejemplo, que el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa, prevé en la regulación del proceso de conocimiento ordinario una “Audiencia Preliminar”, la que se convoca ante la existencia de hechos controvertidos luego de la demanda y contestación de demanda, y con el fin exclusivo de que sean fijados con precisión los hechos conducentes, es decir, las cuestiones relevantes para la solución de la controversia.

En dicha audiencia preliminar el rol del Juez resulta de vital importancia ya que el mismo debe participar de la misma bajo pena de nulidad y propender con su intervención a la conciliación entre las partes, y, ante la imposibilidad de ello, en el marco de dicha audiencia debe fijar el objeto del debate en el proceso. Es por esto, que consideramos que de ser incorporada la Audiencia Preliminar en el marco de los procesos ordinarios en nuestro futuro CPCCT, es allí donde el Juez debería distribuir la carga de la prueba en cabeza de quien se encuentra en mejores condiciones de probar el hecho controvertido, es decir, debería establecerse al ámbito de la Audiencia Preliminar como la oportunidad procesal para que el juez le otorgue plena vigencia a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En el ámbito de otros procesos judiciales, donde se vean involucrados derechos sensibles como ser los derechos de los consumidores, entendemos que el Juez debería colocar la carga probatoria en cabeza del proveedor, en la providencia simple que fije la fecha de la audiencia estipulada para el proceso sumarísimo

(actual art. 401 CPCCT). Ello en razón de que los procesos de consumo, deben instrumentarse a través del proceso de conocimiento más abreviado correspondiente a la jurisdicción ordinaria competente (art. 53 LDC), por lo tanto, en la providencia que fije la fecha para que tenga lugar la audiencia prevista para este tipo de procesos, debería informársele al proveedor demandado que sobre él recaerá la carga de probar los hechos controvertidos respecto de los cuales se encuentre mejor posicionado, para que el mismo acuda a la mencionada audiencia con todos los elementos de prueba que considere necesarios para acreditar su diligencia.

#### **V. A modo de conclusión:**

Tal como podrá apreciar el lector, en esta breve ponencia, se pretendió abordar la una temática de particular interés para la doctrina procesal, vinculada con la *Teoría General de la Prueba*, y que presenta una gran actualidad en el ordenamiento jurídico argentino, producto de su reciente incorporación al CCyC, nuevo digesto de fondo que rige la vida civil y comercial de los argentinos ya desde el 1 de agosto del año 2015.

En este punto y a modo de conclusión del trabajo se hará mención sintéticamente a las cuestiones analizadas que se consideran más importantes y que desde nuestra postura creemos que deben ser contempladas por la Comisión de Redacción que forma parte de la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán.

1)- Las incorporación de las cargas probatorias dinámicas en el CCyC implica un avasallamiento a facultades no delegadas por las provincias, en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, por lo que las normas incorporadas al código de fondo resultan inconstitucionales.

2)- La Comisión de Reforma del CPCCT debe aprovechar la oportunidad para incorporar las cargas probatorias dinámicas en el futuro código de forma de la provincia, y de esta manera subsanar la inconstitucional regulación de las cargas probatorias dinámicas llevada a cabo por el CCyC.

3)- La incorporación de las cargas probatorias dinámicas en el CPCCT debe resultar aplicable a la totalidad de los procesos judiciales regulados, no solamente respecto de los procesos de familia o de daños. Sobre todo, deben regularse en los supuestos de procesos con “derechos sensibles” involucrados, como lo son los derechos de los consumidores y usuarios.

4)- La Audiencia Preliminar, -en el ámbito de los procesos de conocimiento ordinarios-, constituye la oportunidad procesal para que el Juez informe a la parte sobre la cual recaerá la carga de probar determinados hechos controvertidos por resultar mejor posicionado respecto del objeto de la prueba.

5)- Resulta necesario regular los procesos de consumo en el CPCCT, para unificar los criterios interpretativos de los jueces provinciales respecto de las normas de índole procesal que se encuentran actualmente consagradas exclusivamente en la Ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor.

**Santiago J. Peral**

Abogado – Magister en Derecho Empresario

Asesor en H. Legislatura de Tucumán del Leg. Dr. Marcelo Caponio