

**XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil**  
**Comisión n°12, Interdisciplinaria**  
**“Relaciones entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Procesal”**

**Título:** La carga de la prueba de la responsabilidad civil

**Autor:** Sebastián Gabriel Arruiz\*

### **1. Introducción**

En este trabajo desarrollaremos las distintas reglas y principios que recepta el Código Civil y Comercial (CCyC) para distribuir la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil. Introduciremos breves nociones conceptuales de la carga de la prueba y analizaremos las particularidades que presentan la prueba del daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y los factores de atribución. Finalmente nos referiremos a la incorporación explícita que hizo el CCyC de la teoría de las cargas probatorias dinámicas y expondremos las limitaciones que introdujo para su aplicación en el proceso de daños.

### **2. Carga de la prueba**

La carga de la prueba cumple una función trascendental en todo proceso porque determina el sentido en que debe resolverse el litigio frente a casos de insuficiencia probatoria.<sup>1</sup> Constituye un mensaje para el juez que le indica cómo debe fallar cuando no está convencido lo suficientemente acerca de los hechos alegados por las partes<sup>2</sup> y, a su vez, un mensaje para las partes que le indica cuál de ellas corre el riesgo de perder el litigio si no logran acreditar determinado hecho que invocan a su favor. De ese modo, con relación al juez, la carga de la prueba evita el problema de las sentencias *non liquet*<sup>3</sup> y permite dar solución a todos los casos puestos a su conocimiento; y con relación a las partes, genera incentivos para que, orientadas por las máximas de su propio interés, se esfuercen para acreditar los hechos controvertidos relevantes para la causa ya que de otro modo correrán el riesgo de perder el litigio.

---

\* Profesor Adjunto. Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

<sup>1</sup> ROSENBERG Leo, *La Carga de la Prueba*, (trad. KROTOSCHIN, Ernesto), 2ª ed., IBdeF, Montevideo y Buenos Aires, 2002, p.23. “Sólo en caso de incertidumbre sobre la llamada cuestión de hecho, el juez precisa instrucción respecto al contenido de la sentencia que debe dictar, y esta instrucción se la dan las normas relativas a la carga de la prueba.”

<sup>2</sup> ALVARADO VELLOSO Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t.II, p.31. “Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes del litigio, es menester proporcionarle reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.”

<sup>3</sup> En latín: “no está claro”. En el Derecho Romano, cuando un juez no estaba convencido sobre la certeza de los hechos controvertidos o de las normas jurídicas aplicables, dictaba esta sentencia que dejaba inconcluso indefinidamente el litigio.

En sentido similar, la doctrina clásica del *CommonLaw* diferencia dos aspectos esenciales en la carga de la prueba (*burdenofproof*). Por un lado, la carga de producción de la prueba (*burdenofproduction*) que indica a quién le corresponderá ofrecer al menos algo de prueba sobre los hechos alegados e impulsar su producción.<sup>4</sup> Por otro lado, la carga de persuasión (*burdenofpersuasion*) que apunta a identificar cuál de las partes correrá con el riesgo de no alcanzar el umbral de convicción necesario para que el juez tenga por acreditada la veracidad de los hechos que alega, en cuyo caso perderá el litigio.<sup>5</sup>

Así se indica, por un lado, cuál de las partes correrá con la carga de suministrar la prueba, y por otro lado, la intensidad con que deberá lograr el convencimiento judicial. Si no se cumplen ambos recaudos, aportación de prueba y que esa prueba sea suficiente, entonces la parte que tenía la carga de probar cierto hecho se verá perjudicada porque ese hecho se considerará como no acreditado. Es decir, no alcanza con producir cualquier prueba para cumplir con la carga que pesa sobre una parte, sino que esa prueba tiene que ser adecuada y suficiente para persuadir que ese hecho ocurrió tal como fue alegado.<sup>6</sup>

Esta asignación puede ser realizada por la legislación *a priori* según la teoría clásica de la carga de la prueba que constituye el principio general receptado con distintas palabras pero con el significado similar en la mayoría de los códigos procesales de Latinoamérica, por el cual “*la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos.*”<sup>7</sup> Así se encuentra legislado también en la mayoría de los ordenamientos procesales civiles y comerciales de nuestro país.<sup>8</sup> Si embargo, este principio puede modificarse mediante presunciones legales y

---

<sup>4</sup>FLEMINGS James Jr., “Burdens of Proof”, *Virginia Law Review*, vol.47, 1961, p.55. (disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3068/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3068/)). “*The production burden first comes into play at the very beginning of the trial. (...) If neither party offers any evidence at the trial, what will happen? The answer is that one party loses. He may, therefore, be said to bear the risk of this consequence of non-production of evidence. Or, as we more often say, he bears the burden of producing at least some evidence. (...)*”

<sup>5</sup>PARKER Jeffrey S. y KOBAYASHI Bruce H., “Evidence: General Economic Analysis”, en BOUCKAERT Boudewijn y DE GEEST Gerrit (dirs.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000, t.5, p.293. (disponible en SSRN: [http://ssrn.com/abstract\\_id=1031736](http://ssrn.com/abstract_id=1031736)). “*The substantive law casts the burden of proof (...) in both of two senses: (1) the burden of production or ‘going forward’, which allocates the burden of adducing some evidence on the point in question (though this burden can be shifted by operation of a ‘presumption’); and (2) the burden of persuasion, or ‘risk of non-persuasion’, which specifies the party who will lose in the event that the quality of evidence falls beneath the pertinent standard of proof.*”

<sup>6</sup>ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit., p.76. “*La omisión de todo preparativo de una prueba no causa a la parte que carga con ésta mayores perjuicios que la tentativa de probar una afirmación discutida que se hubiera hecho con todos los medios disponibles pero inútilmente.*”

<sup>7</sup>ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit., p.123.

<sup>8</sup>Por ejemplo, art.377 CPCCN: “*Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.*” Que es replicado por gran parte de los códigos procesales provinciales.

judiciales<sup>9</sup>, o incluso en ocasiones se habilita al juez a asignar la incumbencia probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo aplicando la teoría denominada teoría de las “*cargas probatorias dinámicas*”<sup>10</sup>.

### 3. Elementos de la responsabilidad civil

La teoría general de la responsabilidad civil exige la presencia de cuatro elementos para determinar la obligación de indemnizar, a saber: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. La inexistencia de uno de ellos implica la eximición de responsabilidad civil por parte del sindicado como responsable.

El CCyC receptó explícitamente esta teoría y además precisó reglas específicas para asignar la carga de la prueba de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, tal como expondremos a continuación.

### 4. Daño

Desde antes del CCyC existían dos teorías enfrentadas acerca del concepto daño jurídico, por un lado, aquellos que defendían la idea de daño como la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial y, por otro lado, quienes concebían al daño como las consecuencias dañosas derivada de un hecho que repercute en la esfera patrimonial o extrapatrimonial.

El art.1737 CCyC establece: “*Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.*” A primera vista, pareciera que el CCyC se inclina por la teoría del daño-lesión. Pero si analizamos otras normas del CCyC referidas a la obligación de indemnizar ciertos daños, observamos que el art.1726 CCyC indica que se indemnizan las consecuencias dañosas que tengan relación de causalidad adecuada con el hecho generador, el art.1738 ordena indemnizar las consecuencias dañosas de la violación de derechos personalísimos, integridad, salud psicofísica, afecciones e interferencia al proyecto de vida, el art.1741 CCyC que regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, entre otros artículos más.

Por ello, coincidimos con Acciarri cuando sostiene que coexisten en el CCyC las dos nociones de daño-lesión y daño-consecuencia, y la aplicación de una u otra dependerá de los efectos jurídicos implicados en cada caso, a saber, prevención, recomposición o

---

<sup>9</sup>Nos referimos a las presunciones *iure et de iure* (que no admiten prueba en contrario), *iuris tantum* (salvo prueba en contrario) u *homini* (derivadas de las reglas de la experiencia sobre la base de indicios).

<sup>10</sup>Para profundizar y analizar las discusiones principales sobre esta teoría, ver por todos: PEYRANO Jorge W. y CHIAPPINI Julio O, “*Lineamiento de las Cargas Probatorias Dinámicas*”, *El Derecho*, 107, p.1005. GARCÍA GRANDE Maximiliano, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad.*, Iuris, Rosario, 2005. VARGAS Abraham, “Cargas Probatorias Dinámicas. Sus Perfiles Actuales y Algunas Respuestas para sus críticos” y TERRASA Eduardo, “Cargas Probatorias Dinámicas”, en AAVV, *Activismo y Garantismo Procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p.79-111.

resarcimiento.<sup>11</sup> Si de lo que se trata es de encuadrar una pretensión preventiva para evitar o hacer cesar una conducta dañosa, no es relevante referirse a las consecuencias dañosas (que tal vez no las haya y, si las hubiere, serán objeto de una pretensión resarcitoria) y utilizaremos la noción de daño-lesión. En cambio, si lo que analizamos es la pretensión indemnizatoria, entonces tendremos que acudir al concepto de daño-consecuencia ya que será necesario determinar su magnitud para fijar la indemnización correspondiente.

Según el art.1744CCyC, “*El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.*” Es decir, la norma citada remite al principio general clásico (anteriormente mencionado) según el cual quien alega un hecho como sustento de su pretensión tiene la carga de acreditarlo; pero también aclara que puede ser imputado<sup>12</sup>, presumido por la ley<sup>13</sup> o si surge de hechos notorios<sup>14</sup>.

En caso de que la presunción del daño sea *iure et de iure* o que surja de hechos notorios, entonces no existirá la carga de acreditarlos porque el juez podrá tenerlos por ciertos en virtud de ese conocimiento público y generalizado. En cambio, cuando la presunción sea *iuris tantum*, acreditado el hecho dañoso que es el presupuesto de la presunción<sup>15</sup>, entonces la carga de la prueba de la inexistencia de la consecuencia perjudicial pesará sobre quien la niegue.

Por último, debe recordarse también que existe una regla procesal muy importante que establece el art.165 CPCCN<sup>16</sup> (y que replican la mayoría de los ordenamientos procesales civiles y comerciales de nuestro país) según la cual, acreditada la existencia de un daño el juez

---

<sup>11</sup> ACCIARRI Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, p.196-201.

<sup>12</sup> Por ejemplo, daños tarifados mediante baremos legales que implican presunciones *iure et de iure* como ocurre con la Ley de riesgos del Trabajo, aunque sometida a cuestionamientos de constitucionalidad,

<sup>13</sup> Por ejemplo, mediante presunciones *iuris tantum* como establece el art.1745 CCyC en caso de muerte de la víctima para los gastos de asistencia médica, gastos fúnebres y alimentos del cónyuge, conviviente, hijos menores o con capacidad restringida, etc.

<sup>14</sup> Una situación extremadamente frecuentemente y que genera profundas discusiones, es la relativa a la cuantificación de las indemnizaciones por daños patrimoniales derivados de incapacidad permanente cuando no puede acreditarse con precisión las bases sobre las cuales deben determinarse. Tal como actualmente establece categóricamente el art.1746 CCyC, para estimar dichas indemnizaciones es imprescindible la utilización de fórmulas matemáticas y en muchas ocasiones la jurisprudencia utiliza como base para el cálculo el ingreso que percibía el actor al momento del hecho dañoso y lo proyecta inalterado hasta el final de su vida productiva. Parece plausible afirmar que es de público y notorio conocimiento que, de acuerdo con el curso normal y ordinario de las cosas, las personas obtienen los mismos ingresos a lo largo de su vida y las fórmulas que hasta el momento se venían utilizando impiden tomar en consideración y esto fue objetado explícitamente por la CSJN en el fallo “Arostegui” (*Fallos*331:570, 08/4/08). Por ello, el Profesor Acciarri diseñó una fórmula que permite captar de manera sencilla dichas variaciones y así lograr una cuantificación más precisa que se adecúe a la realidad de aquellos hechos probados o que surjan de hechos notorios. Para profundizar sobre el tema, ver: ACCIARRI Hugo A., “Sobre el Cómputo de Rentas Variables para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidad”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, 2017-I, p.13.

<sup>15</sup> Si seguimos con el ejemplo del art.1745 CCyC, una vez demostrada la muerte de la víctima a causa del hecho dañoso, se presumirá *iuris tantum* las consecuencias indicadas por la norma citada.

<sup>16</sup> Art.165 CPCCN: (...) *La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.*

deberá fijar una indemnización, e interpretamos que esta noción abarca no solo al hecho dañoso sino también a las consecuencias perjudiciales indemnizables. Es decir, si se demuestra la existencia de un rubro indemnizatorio, entonces no puede dejar de ser indemnizado so pretexto de que no se cumplió con la carga de acreditar su cuantificación.

## 5. Antijuridicidad

El CCyC mantiene el requisito de la antijuridicidad como elemento imprescindible para que exista responsabilidad civil.<sup>17</sup> La antijuridicidad puede derivar, según establece el art.1716 CCyC de la violación del deber genérico de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación preexistente, lo que genera efectos equivalentes a partir de la unificación de los regímenes extracontractual y contractual.<sup>18</sup> También establece una presunción *iuris tantum* de antijuridicidad a partir de la existencia del daño<sup>19</sup>, es decir, quien alegue una causal de justificación tendrá la carga de acreditar ese extremo.<sup>20</sup>

Entendemos que el CCyC establece que la antijuridicidad debe predicarse respecto el daño sufrido y no sobre la conducta dañosa. Esta era una discusión que existía con anterioridad y que actualmente podría considerarse superada.

Por un lado, el art.1716 CCyC se refiere a la antijuridicidad de toda acción u omisión no justificada que cause un daño (nótese el adjetivo femenino que califica a la “conducta”), pero por otro el art.1749 establece que es responsable quien causa un daño injustificado (nótese el adjetivo masculino que califica al “daño”). Esta aparente contradicción, a partir de una interpretación armónica de las normas del CCyC, debe resolverse a favor de la concepción de la antijuridicidad en el daño y no en la conducta, ya que en el propio CCyC existen otras normas que determinan responsabilidad civil donde claramente la conducta se encuentra justificada, por ejemplo, la que indemnización de equidad que deriva del daño ocasionado en estado de necesidad.<sup>21</sup>

Por ello, entendemos que en el CCyC se supera la discusión que planteaba cierta doctrina que consideraba superflua a la antijuridicidad en responsabilidad civil, ya que la cuestión fue resuelta a favor de su mantenimiento explícito como uno de sus elementos indispensables y la

---

<sup>17</sup> VÁZQUEZ FERREYRA Roberto A., “La Antijuridicidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, 2015-IV, p.38 y ss.

<sup>18</sup> Art.1716 CCyC: *Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*

<sup>19</sup> Art.1717 CCyC: *Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*

<sup>20</sup> Así lo expone claramente la Comisión Reformadora en los Fundamentos del Anteproyecto CCyC: “...la regla principal en materia de antijuridicidad: la acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada.”

<sup>21</sup> Art.1718 CCyC: *Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: (...) c. para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.*

importancia de este elemento radica en que permite explicar aquellos casos en los cuales no se responde, precisamente, por la inexistencia de antijuridicidad en virtud de una causal de justificación del daño.<sup>22</sup>

## 6. Relación de causalidad

La regulación de la relación de causalidad en el CCyC no presenta grandes novedades ya que la propia Comisión Redactora explicó en los Fundamentos del Anteproyecto CCyC, que siguieron los principios utilizados desde la reforma de la ley 17.711 que aplicaron en forma bastante pacífica y consolidada la teoría de la relación de causalidad adecuada.<sup>23</sup>

Esta teoría afirma que hay causa adecuada cuando un hecho se sigue de otro, de acuerdo con el curso normal y ordinario de las cosas. En otras palabras, un hecho que sea condición necesaria de otro es su causa *“cuando puede preverse que el primero incrementará significativamente la probabilidad de ocurrencia del segundo.”*<sup>24</sup>

Así, el art.1726 CCyC establece que se responderá por aquellas consecuencias dañosas que tengan relación de causalidad adecuada con el hecho que produjo daño y el art.1727 CCyC clasifica las consecuencias como inmediatas, mediatas y casuales, del mismo modo que lo hacía el Código Civil derogado (CCiv).

Ya no se mencionan las consecuencias remotas, pero eso no implica cambio alguno porque simplemente se refería a ellas el CCiv para aclarar que nunca se responde por ellas.<sup>25</sup> Se trataba de una norma evidentemente redundante e innecesaria que fue eliminada en el CCyC.

La importancia de la relación de causalidad se observa en dos instancias, en primer lugar, para determinar la autoría del hecho dañoso y, en segundo lugar, para determinar el alcance de la indemnización. Es decir, para que exista responsabilidad civil es necesario que entre el daño y el hecho generador haya relación de causalidad adecuada, y para precisar la extensión

---

<sup>22</sup>ACCIARRI Hugo A., “Conductas que Transgreden Objetivamente el Derecho en el Derecho de Daños”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Número Especial 10º Aniversario, 2009, p.6. *“La utilidad de incluir algún elemento que indique conformidad o disconformidad con el derecho, como requisito autónomo de la responsabilidad, puede invocarse para hacer jugar de un modo más directo las causales de justificación, que, caso contrario, deben interconvertirse en factores negatorios de otros requisitos de la responsabilidad (del factor de atribución, de la causalidad, etc.). En cambio, esa misma decisión suele constituirse en un problema - al menos cuando esa conformidad o disconformidad se predica respecto de la conducta- cuando se quiere preservar la posibilidad de una teoría de alcance universal (que se aplique a todo el campo de la responsabilidad de modo indiferenciado) y se pone la mira en los daños producidos por la actividad lícita del Estado, o ciertos actos cumplidos en estado de necesidad.”*

<sup>23</sup> Fundamentos Anteproyecto CCyC: *“En cuanto a la relación causal se ha seguido el artículo art.1557 del Proyecto de 1992, que ha mantenido la clasificación de las consecuencias que existía en el Código Civil según la reforma de la ley 17.711. Este distingo ha sido ampliamente aplicado por la doctrina y jurisprudencia, dando lugar a una consolidada interpretación que mantiene su utilidad, aún en un sistema unificado de responsabilidad. Tanto en el ámbito contractual como extracontractual es necesario hacer precisiones sobre la causalidad a nivel de autoría así como en la extensión del daño resarcible.”*

<sup>24</sup> ACCIARRI, Hugo A., *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p.96.

<sup>25</sup>Art.906 CCiv: *En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.*

de tiene que existir relación de causalidad adecuada entre el daño y las consecuencias dañosas que implica.

Según el art.1736 CCyC<sup>26</sup>, la prueba de la relación de causalidad debe ser acreditada por quien la alega, salvo que exista una presunción legal.<sup>27</sup> Asimismo, quien alegue la existencia de una causa ajena tendrá la carga de acreditarlo. Esta pauta, no hace más que reiterar el principio general que citamos de la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales del país.

## 7. Factor de atribución

El factor de atribución es el fundamento normativo por el cual se hace responder civilmente a un sujeto y pueden ser subjetivos u objetivos.

Los factores subjetivos de atribución son aquellos que se vinculan con la reprochabilidad de la conducta desplegada por el sindicado como responsable y consisten en la culpa y el dolo tal como establece el art.1724 CCyC<sup>28</sup>. Por eso, es suficiente para eximirse de responsabilidad civil en estos casos la prueba de haber actuado con la diligencia que era exigible, es decir, que no tuvo culpa.

En cambio, los factores objetivos de atribución son aquellos en los que la prueba de la culpa o la falta de ella es irrelevante para determinar la responsabilidad tal como los define el art.1725 CCyC<sup>29</sup>, ya que el fundamento se encuentra en otro aspecto como el riesgo creado, la garantía, la equidad, etc. Por eso, es necesario para eximirse de responsabilidad civil en estos casos acreditar la existencia de una causa ajena del daño.<sup>30</sup>

El art.1734 CCyC<sup>31</sup> establece el principio general según el cual, quien alega la existencia factor de atribución y quien alega circunstancias eximentes tienen la carga de acreditar dichos extremos.

---

<sup>26</sup> Art.1736 CCyC: *Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.*

<sup>27</sup> Fundamentos Anteproyecto CCyC: *Cada parte debe probar los presupuestos que hacen a su pretensión, y por ello la carga de la prueba de la relación causal y de las eximentes, corresponde a quien las alega. Esta regla no se aplica cuando hay una ley que impute la causalidad o la presuma.*

<sup>28</sup> Art.1724 CCyC: *Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*

<sup>29</sup> Art.1722 CCyC: *Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.*

<sup>30</sup> Fundamentos del Anteproyecto CCyC: *“Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presuma la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.”*

<sup>31</sup> Art.1734 CCyC: *Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.*

La aplicación de un factor objetivo de atribución no implica una presunción de causalidad sino que significa, tal como expusimos anteriormente, que será irrelevante la existencia o no de culpa para determinar la obligación de indemnizar. Esto implica que quien invoque la aplicación de un factor objetivo de atribución tendrá la carga de acreditar los presupuestos fácticos que así lo habiliten.<sup>32</sup>

En los casos en los que resulte aplicable un factor subjetivo de atribución, el art.1735 CCyC<sup>33</sup> establece una importante excepción al principio general mencionado anteriormente en cuanto recepta expresamente la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

## **8. Facilidad probatoria y cargas probatorias dinámicas**

Le recepción de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el CCyC para el proceso de daños, habilita a recurrir a la facilidad probatoria como criterio para asignar la carga de la prueba y constituye una aplicación concreta del principio de “*cheapestcostavoider*” que introdujo Calabresi al Análisis Económico del Derecho.<sup>34</sup> Este principio apunta a dirigir los incentivos para evitar los costos derivados de los daños a quienes se encuentren en condiciones de hacerlo a un menor costo.<sup>35</sup> Sin embargo, el propio CCyC establece importantes limitaciones para aplicar este criterio.

En primer lugar, se restringe la aplicación de las cargas probatorias dinámicas únicamente a la prueba de la culpa o la no culpa. Calificada doctrina ha cuestionado esta limitación y proponen la aplicación analógica de las cargas dinámicas para la prueba de la relación de causalidad.<sup>36</sup> Creemos que eso no es posible a partir de una lectura armónica del CCyC que, como ya expusimos, contiene normas precisas para determinar la carga de la prueba en cada uno de los elementos de la responsabilidad civil. Además, el principio general para la prueba de los factores de atribución subjetivos es que los tiene que acreditar quien los alega, pero en

---

<sup>32</sup> CSJN, “O’MILL Alan E. c/Provincia de Neuquén”, 19/11/91, Fallos 314:1505. “*Cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al vicio o riesgo de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia de ese riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio. Esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando -cuando se trata de cosas inertes- la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del 2o párrafo, última parte, del art. 1113 del Código Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián.*”

<sup>33</sup> Art.1735 CCyC: *Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*

<sup>34</sup> CALABRESI Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1970.

<sup>35</sup> Para un estudio de la aplicación jurisprudencial de este concepto, ver: ACCIARRI Hugo A. y ROMERO Melisa, “La Fórmula de Hand y el CheapestCostAvoider en el Derecho de Daños Argentino”, *La Ley Buenos Aires*, año 14, n°5, 2007, p.517 y ss.

<sup>36</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, “Las Cargas Dinámicas en el Código Civil y Comercial”, en MÁRQUEZ Fernando J. (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Zavallía, Buenos Aires, 2015, t.I, p.351.

estas circunstancias excepcionales de asimetría en la facilidad de acceso a la prueba entre las partes es posible distribuirla de otro modo.

La segunda limitación que impone el CCyC es que, si el juez decide aplicar las cargas probatorias dinámicas, es imprescindible que lo comunique previamente a las partes para no afectar su derecho de defensa en juicio.<sup>37</sup> No obstante, también es criticada esta limitación por parte de la doctrina que entiende innecesario, impracticable y hasta inconstitucional la exigencia de comunicación previa.<sup>38</sup> Disentimos con dicha crítica, porque si bien representa un esfuerzo adicional para el juez que deberá compulsar con detenimiento e interiorizarse con los hechos relevantes de la causa desde el inicio de las actuaciones, es la única manera en que pueda compatibilizarse la modificación de la carga de la prueba con principios elementales del debido proceso. Además, la aplicación de las cargas dinámicas requiere un presupuesto fáctico esencial que es la asimetría de medios probatorios entre las partes, es decir la mayor facilidad para aportar determinada prueba por una de las partes. Como todo hecho, será una cuestión que deberá surgir de las circunstancias de hecho alegadas y probadas, y sobre esa base el juez analizará la necesidad o no de aplicar las cargas dinámicas.

Por ello, entendemos que la comunicación previa constituye un requisito esencial que no puede omitirse para modificar el principio general y acudir a la facilidad probatoria en un caso concreto, y esa comunicación debe ser detallada con relación a cada uno de los hechos controvertidos sobre los que se adopte ese criterio. De esa manera, la utilización de las cargas probatorias dinámicas será compatible con lo prescripto por el CCyC y con las garantías constitucionales para el ejercicio regular del derecho de defensa en juicio.

Reconocemos que esta comunicación previa no está reglamentada en la mayoría de los ordenamientos procesales del país, pero ello no debe resultar un obstáculo para la aplicación de las cargas probatorias dinámicas. Entendemos que el juez deberá ejercer sus deberes ordenatorios como director del debate que constituye el proceso, para que las partes puedan ofrecer medios probatorios de los hechos controvertidos una vez que hayan tomado conocimiento de la decisión judicial respecto de la distribución de la carga probatoria. El momento más oportuno para decidir al respecto y comunicarlo podría ser en la audiencia preliminar o, en aquellos ordenamientos que no prevén esa etapa, luego de trabada la litis. Pero, en cualquier caso y sea cual fuere el procedimiento aplicable (ordinario, sumario,

---

<sup>37</sup> Esa preocupación se explicita con claridad por la en los Fundamentos del Anteproyecto CCyC: “Uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad (aplicar las cargas dinámicas), es que las partes recién conocen esta decisión del Juez al dictar la sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía. Por esta razón se señala que el Juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio.”

<sup>38</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Cargas Dinámicas...”, cit., p.353-357.

sumarísimo, etc), será necesario habilitar a las partes para que, a partir de ese momento, ofrezcan libremente medios probatorios sobre los hechos respecto de los cuales se les impuso la carga de acreditarlos por aplicación del principio de facilidad probatoria.

## **9. Conclusiones**

-El CCyC establece reglas específicas para asignar la carga de la prueba de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, a saber: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. Para ello, en principio, el CCyC recepta el criterio clásico según el cual, quien alegue el presupuesto de hecho que utilice como sustento de su pretensión o su resistencia, tiene la carga de acreditarlo.

-La prueba del daño recae sobre quien lo alegue, salvo que la ley lo impute, lo presuma o sea notorio. En el caso de las presunciones legales, será necesario demostrar los hechos que la ley establece como presupuesto para que el daño se presuma. En cambio, el daño notorio es aquel que resulta de público conocimiento, por lo que ninguna de las partes tiene la carga de probarlos y deben ser valorados de oficio al momento de resolver el litigio.

-La prueba del daño hace presumir su antijuridicidad y quien alegue una causal de justificación del daño tendrá la carga de acreditarla.

-La prueba de la relación de causalidad o de la causa ajena recae sobre quien la alega, salvo que exista una presunción legal.

-La aplicación de un factor objetivo de atribución no implica una presunción de causalidad, sino la irrelevancia de la prueba de la culpa para determinar la responsabilidad civil. Es decir, quien invoque un factor objetivo (ej: riesgo) tendrá la carga de probar la relación causal entre el hecho dañoso y ese factor de atribución. Eso no impide que coexista en un mismo caso la aplicación de un factor de atribución objetivo junto con una presunción legal de causalidad, pero

-El CCyC recepta la teoría de las cargas probatorias dinámicas para la prueba del factor subjetivo de atribución, es decir, la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia. Dicha aplicación es una excepción al principio general según el cual quien alegue la existencia de culpa tiene la carga de acreditarla.

-Las cargas probatorias dinámicas no pueden aplicarse analógicamente para otros elementos de la responsabilidad civil distintos del factor subjetivo de atribución, porque ello iría en contra del texto expreso del CCyC que establece reglas precisas para la carga de la prueba de todos ellos.

-Si se decide asignar la carga de la prueba a quién se encuentre en mejor condición para hacerlo, será imprescindible comunicar esa decisión a las partes, en forma detallada indicando sobre cuáles hechos controvertidos recae esa decisión y permitir que las partes ofrezcan

libremente medios probatorios sobre esos hechos una vez que toman conocimiento de la decisión.