

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA
V CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL DE SANTA FE
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL



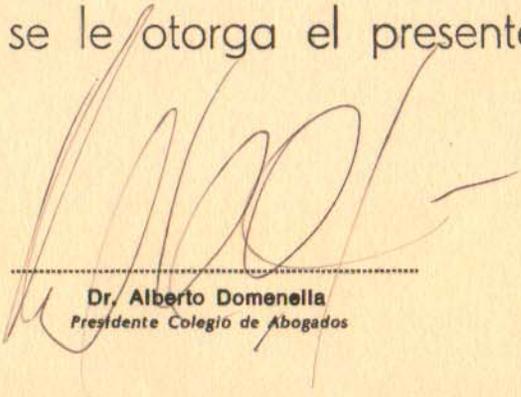
**Banco
HORIZONTE
Coop. Ltda.**

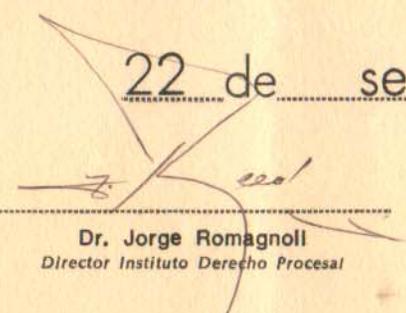
Por cuanto el Dr. Adolfo Alvarado Velloso
ha asistido en carácter de Ponente al

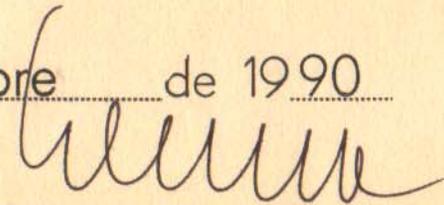
V Congreso Provincial de Derecho Procesal

desarrollado los días 20, 21 y 22 de setiembre de 1990
se le otorga el presente certificado.-

22 de setiembre de 1990


Dr. Alberto Domenella
Presidente Colegio de Abogados


Dr. Jorge Romagnoli
Director Instituto Derecho Procesal


por Centro Estudios Procesales de Rosario

V CONGRESO PROVINCIAL DE DERECHO PROCESAL

ORGANIZAN:

**Colegio de Abogados de la Quinta
Circunscripción Judicial**

**Instituto de Derecho Procesal del Colegio
de Abogados de la Quinta Circunscripción Judicial**

FECHA Y SEDE:

**20, 21 y 22 de Setiembre de 1990
Centro Cultural Municipal**

AUSPICIO ACADEMICO:

Centro de Estudios Procesales de Rosario



RAFAELA - Santa Fe

PROGRAMA DE ACTIVIDADES ACADEMICAS

- TEMA 1:** Bases para una reforma del derecho procesal
laboral
Ponente: OMAR BENAVENTOS
- TEMA 2:** Denuncia del litigio y citación en garantía
Ponentes: FABIO RODRIGUEZ FALGUERA
ANDREA MEROI
- TEMA 3:** La carga de la prueba en los procesos de daños
Ponente: RICARDO LUIS LORENZETTI
- TEMA 4:** Hacia un proceso acusatorio puro
Ponente: HECTOR SUPERTI

CONFERENCIAS

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Tema: La competencia en la nueva ley orgánica de tribunales.

JORGE MOSSET ITURRASPE

Tema: La responsabilidad civil del Abogado y del Escribano

MARIO ZINI

Tema: El acto notarial como título ejecutivo

JORGE VAZQUEZ ROSSI

Tema: Modificaciones proceso penal y opinión pública

INVITADOS ESPECIALES

HUMBERTO BRISENO SIERRA - Catedrático Colombiano

LINO PALACIO - Profesor Universidad Nacional de Bs. As.

PROGRAMA GENERAL DE ACTIVIDADES

- Jueves 20:** 10 hs.- Recepción e inscripción
Acto de apertura del V Congreso
11,30 hs.- Conferencia
12,30 hs.- Lunch de bienvenida
15 hs.- Tema 1
18 hs.- Conferencia
20 hs.- Actuación Coral
- Viernes 21:** 9 hs.- Tema 2
11 hs.- Conferencia
15 hs.- Tema 3
18 hs.- Conferencia
- Sábado 22:** 9 hs.- Tema 5
11 hs.- Conferencia
15 hs.- Conferencia
17 hs.- Conclusiones
18 hs.- Acto de Clausura
21,30 hs.- Cena y Baile
Celebración Día del Abogado

Arancel del congreso: u\$u 50 en dos cuotas

Día de iniciación u\$u 60

Inscripción comprende: La totalidad de las actividades descriptas en el Programa general.

Inscripciones: Colegio de Abogados 5ta. Circuns. Judicial
o a los Tel, 22557 - 23211 - 28297 - 26462

Informaciones: a los teléfonos indicados,

Por carta a Lavalle 220 - 2300 Rafaela (Sta. Fe)

Colegio de Abogados de la
Circunscripción Judicial N° 5
de la Provincia de Santa Fe

LAVALLE 220
2300 RAFAELA [SF]

Rafaela, 13 de Agosto de 1990.

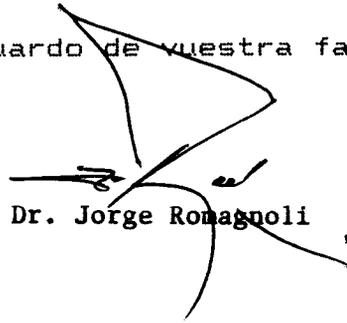
Señor
Doctor
Adolfo Alvarado Velloso
PRESENTE

De nuestra consideración:

En mi carácter de miembro de la Comisión Organizadora del V CONGRESO PROVINCIAL DE DERECHO PROCESAL, me dirijo a Ud. a los fines que: habiendo sido propuesto como disertante para el referido encuentro científico, de su confirmación por escrito, para poder contar con su participación anticipadamente.

Con el objeto referido adjunto a la presente, los correspondientes programas de actividades académicas y generales, las que de no interferir con otras actividades, ruego de su conformidad a vuelta de correo.

Al aguardo de vuestra favorable respuesta,
lo saluda atentamente.



Dr. Jorge Romagnoli

PROGRAMA DE ACTIVIDADES ACADEMICAS

V. CONGRESO PROVINCIAL DE DERECHO PROCESAL.

Días 20, 21 y 22 de Septiembre de 1990
Centro Cultural Municipal

Organiza: Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de la Quinta Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe

Tema 1: " Bases para una reforma del derecho procesal laboral "

Ponente: Omar Benaventos

Tema 2: " Denuncia del litigio y citación en garantía "

Ponentes: Fabio Rodriguez Falguera
Andrea Meroi

Tema 3: " La carga de la prueba en los procesos de daños "

Ponente: Ricardo Luis Lorenzetti

Tema 4: " Hacia un proceso acusatorio puro "

Ponente: Héctor Superti

CONFERENCIAS

- * Adolfo ALVARADO VELLOSO - Tema: " La competencia en la nueva ley orgánica de tribunales "
- * Jorge MOSSET ITURRASPE - Tema: " La responsabilidad civil del Abogado y del Escribano "
- * Mario ZINI - Tema: " El acto notarial como título ejecutivo "
- * Jorge VAZQUEZ ROSSI - Tema: a determinar

INVITADOS ESPECIALES

- * Humberto BRISENO SIERRA - Catedrático Colombiano
- * Nicola PICARDI - Profesor de la Universidad de Roma
- * Lino PALACIO -

PROGRAMA GENERAL DE ACTIVIDADES

<u>Jueves 20</u>	10.00 Horas	Recepción e inscripción Acto de apertura del V. Congreso
	11.30 Horas	Conferencia
	12.30	Lunch de bienvenida
	15.00 Horas	Tema 1
	18.00 Horas	Conferencia
<u>Viernes 21</u>	9.00 Horas	Tema 2
	11.00 Horas	Conferencia
	15.00 Horas	Tema 3
	18.00 Horas	Conferencia
	20.00	Actuación Coral
<u>Sábado 22:</u>	9.00 Horas	Tema 4
	11.00 Horas	Conferencia
	15.00 Horas	Conferencia
	17.00 Horas	Conclusiones
	18.00 Horas	Acto de Clausura
	21.30	Cena y Baile - Celebración día del Abogado

CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE DAÑOS.

1)- LA CARGA DE LA PRUEBA:

1- Noción de carga:

Burrhus Skinner, creador de la ingeniería social norteamericana, supuso que las conductas humanas podían regularse mediante motivaciones del tipo premio-castigo; rechaza la obligación y prefiere la inducción a hacer algo bajo la promesa de un beneficio o de una pérdida.- Esta es una buena metáfora para comprender la noción de carga, puesto que es esta técnica de comportamiento de la que se aplica.-

El concepto de carga ha sido estudiado con diversos enfoques.- Un grupo de nociones serían aquellas que alumbran el aspecto pasivo de la idea.-

Para un sector de la doctrina, es una categoría dentro de las obligaciones, respecto de la que no hay sanción en sentido estricto, sino decadencia.- Esta sería una pérdida económica que genera un fenómeno de "autorresponsabilidad"

La autorresponsabilidad supone que la carga es un asunto exclusivamente pasivo, una obligación consigo mismo, y descuida los aspectos activos del concepto en cuanto fenómeno de encauzamiento de la libertad.-

Se observa aquí la ausencia de elementos estructurales de la noción de obligación.- La falta de sujeto pasivo en la carga, no se compadece con el carácter bipolar de la obligación.- La ausencia de coercibilidad es también un dato que la excluye, puesto que aunque puedan señalarse obligaciones naturales en las que este elemento no existe, se trata sin embargo de un fenómeno marginal.- Bien dice Leo Rosenberg (1) que "nadie tiene el deber de triunfar" en el proceso y por lo tanto nadie puede ser conminado a ello.- Tampoco existe ilicitud ni sanción y no llena esta función la pérdida de un beneficio, que sólo tiene un carácter económico y no jurídico.-

Otros han puesto el acento en el carácter público de la carga, el que surgiría de las numerosas imposiciones de ésta índole que suelen existir en las Constituciones; en relación al proceso habría un interés en la buena administración.- Esta noción descuida ciertamente la libertad básica que existe para el sujeto de cumplir o no con la carga, déficit éste que ha motivado el desdén de la doctrina mayoritaria.-

Otro grupo fluye de insistir en la libertad.- Así tenemos las ideas de Binder y de Brunetti respecto de la obligación como deber libre.- Las normas "relativas" en la terminología de Brunetti (2), se limitan a indicarles a los ciudadanos la conveniencia de observar determinado comportamiento si desean evitar consecuencias desfavorables, que no son sanciones; el deudor tiene siempre la opción de cumplir o de no hacerlo pagando una indemnización.- Se disminuye la intensidad de la obligación asimilándola a la carga.- Es conocida la refutación que hiciera la misma doctrina italiana, que en el aspecto procesal del problema fue claramente expuesta por Carnelutti (3) y Micheli (4).- En relación con las cargas se ha señalado que no hay aquí deber, sino fundamentalmente poder de actuar.-

Un importante grupo de autores pone el acento en el interés particular.- Carnelutti distingue entre el acto necesario, que es el que debe ejecutarse si se quiere obtener una finalidad en interés propio y el acto debido, que es el acto jurídico clásico.- En el primer caso hay una "sanción" económica.- Los debates se han suscitado respecto de si este interés es jurídico, con lo que se asimila la carga a la obligación o de si es un fenómeno extrajurídico, es una mera "coacción psicológica", como lo

sostiene Micheli, siendo seguido en ello por la mayoría de la doctrina.-

Coincidiendo con este enfoque, Couture (5) habla de que la carga es un "imperativo del propio interés de aquel que se halla gravado con la misma", es una situación de riesgo.-

Se va perfilando así la concepción actual, elaborada principalmente por Rosemberg en la doctrina alemana y por Micheli en la italiana, y Davis Echandia en la Latinoamericana (6), que apunta a considerar la carga como una facultad de obrar en beneficio propio, sin coacción ni ilicitud; como una conveniencia práctica, no como un deber jurídico; como un imperativo del propio interés.-

Con la doctrina mayoritaria se puede entonces definir la carga como un poder o facultad de ejecutar libremente un acto previsto en una norma jurídica en beneficio propio, sin coacción, pero cuya inexecución acarrea la pérdida del beneficio.- Se pone de relieve así no sólo la faz negativa que implica esta institución en la relación acto-beneficio, sino también los aspectos positivos en tanto supone una facultad de hacer reconocida legalmente.-

2- La carga de la prueba

2-a- Concepto

La carga de la prueba es entonces la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión.- No se puede obligar a alguien a probar, pero si no lo hace el hecho no será considerado por el sentenciante.-

De allí se derivan reglas de juicio importantísimas.-

2-b- Fundamentos:

La importancia de estas reglas es que distribuyen el riesgo de la ausencia de pruebas.- Ello es relevante en los tiempos actuales donde surgen los denominados "procesos complejos", que encierran dificultades extremas tanto en la obtención como en la producción de la prueba.-

Las reglas de distribución de la carga probatoria se han revestido de una aparente inmutabilidad, parecen inmodificables como si tuvieran una base ontológica.- Que la prueba la soporte el actor es sólo una elección; nos dice Lessona (7) que en los procedimientos germanicos primitivos era al revés, se reconocía una presunción a favor de los actores porque se suponía que habitualmente tenían razón.- Facilitar a unos la prueba y a otros no supone hacer una elección.- La doctrina señala que esta elección debe estar inspirada en razones de justicia distributiva, de oportunidad, de respeto por la igualdad de las partes en el proceso.-

2-c- La regla que atiende a la posición de las partes en el proceso:

Es en el derecho justiniano donde se elaboran los principios generales que se constituyeron en los adagios que llegan hasta nuestros días.- La carga de probar incumbe al actor y al demandado que excepciona o a quien afirma y no a quien niega.-

En el medioevo se siguieron los preceptos romanos clásicos, que se incorporan en las partidas.- Así, la ley 1, título 14 de la Partida 3, establece que pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta.-

Estas nociones fueron receptadas en los Códigos del siglo XIX que siguieron el modelo francés que las adoptó en el art. 1315 del Código de 1804 que establece que "quien reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente, quien se pretenda librado debe justificar el pago

o el hecho que ha producido la extinción de su obligación".- El Código Civil Chileno redactado por Andres Bello aún vigente se lee en el art. 1698 que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta", el Código civil español, en su art. 1214, señala "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone".-

Estas nociones toman en cuenta la posición que las partes tienen en el proceso.- Se señala que el actor debe probar el nacimiento de su crédito ("onus probandi incumbit actori"), mientras que el demandado debe demostrar los hechos que excepcionan.-

Como complemento de esta máxima se utiliza otra también de origen antiguo: *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, es decir según que se afirme o se niegue un hecho.- Fontes de Miranda preguntaba si toda la regla cambiaba cuando una parte decía "murió" y la otra "no vive más"; en una hay una afirmación y en otra una negación.- Estas paradojas hicieron disminuir la utilización de este criterio.-

El rol de actor y demandado en el proceso moderno es dinámico, cambia constantemente respecto a las distintas cuestiones en juego.- Este hecho arroja dudas sobre la regla predescrita y condujo a la doctrina a reelaborar el concepto atendiendo a los hechos.- Así surge la doctrina de Chiovenda (8) quien dice que el actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado deben probar los hechos impeditivos o extintivos.-

Elaborar una teoría general en base a estos datos, tropieza con la ubicación procesal de las partes; el actor muchas veces tiene que probar hechos extintivos como el incumplimiento.- De modo que desde el punto de vista teórico se necesita un estadio superior que, alejado de la posición procesal de las partes y de lo fáctico en su estado puro, permita diseñar un criterio abstracto de distribución.-

2-d- La regla normativa

Leo Rosenberg en la doctrina alemana señaló que la carga de la prueba es un tema involucrado en la aplicación del derecho y que cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable o lo beneficia.- Se independiza de la posición de las partes en el proceso y se atiende a su relación con la norma y la consecuencia que se pretende.- Señala Rosenberg que hay que atender a la relación de las partes con el efecto jurídico perseguido y así, una norma puede tener un efecto constitutivo o destructivo o inhibitorio variable.-

Esta es la teoría que fue ganando más adeptos.- En tal sentido, el Código civil italiano, dispone en su art. 2697: "Quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento. Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido, debe probar los hechos sobre los cuales se funda la excepción".- También puede incluirse en éste grupo el Código Procesal de la Nación que dispone en su art. 377, segundo párrafo que "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".-

Al establecerse que estamos ante un problema de aplicación del derecho, no sólo interesan los mandatos dirigidos a las partes, sino también los que tienen al juez por destinatario.- Se diseña la noción de carga de la prueba no sólo como una norma de conducta dirigida a las partes, sino también como una regla de juicio dirigida al Juez.- Le indica cómo resolver ante la presencia de hechos insuficientemente probados, a fin de evitar el *non liquet*.- Indirectamente indica a cuál de las partes le interesa la demostración, y por lo tanto asume el riesgo de la falta de evidencias.-

Aquí aparece entonces el enlace con el derecho sustantivo, donde estas reglas de juicio han sido receptadas .-

2-e- La regla de la experiencia:

En el derecho sustantivo, se receptan reglas de juicio derivadas de la normalidad, de lo que sucede habitualmente, se la experiencia.- El profesor de Tolouse, Gabriel Marty dice que "la carga de la prueba incumbe a quien invoca un hecho contrario a lo normal" y que la carga se traslada de una parte a otra, según el juego de las verosimilitudes (9).-

Las presunciones derivadas de la experiencia vinieron a gravitar decisivamente sobre el régimen de la distribución de la carga de la prueba en cuanto regla de juicio dirigida al juzgador.-

2-f- Las presunciones generales derivadas de la experiencia, aplicables al proceso de daños:

El principio pro damato

Sabido es que el derecho de daños se ha orientado hacia la protección de la víctima.- En éste sentido, una de las preocupaciones esenciales ha sido la de aligerar la carga probatoria de la víctima con el fin de restituir un equilibrio afectado por la masividad y la producción anónima de daños (10).- Es una regla de experiencia que la víctima se encuentra en un estado de dificultad probatoria, de lo que deviene la regla de facilitarle la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión o bien de invertirla .-

En algunos casos es el legislador quien asume esta tarea; es un ejemplo de ello el "in dubio pro operario" del derecho del trabajo.- En el derecho de daños se ha resuelto el problema a través de la responsabilidad objetiva.- Decía Leon Diguít en sus conferencias argentinas de principios de siglo que cuando hay responsabilidad objetiva no hay otra prueba que ofrecer que la del perjuicio causado y , practicada esta prueba, la responsabilidad obra en cierta manera automáticamente (11) -

En otros supuestos, se adoptan reglas jurisprudenciales de experiencia, modificando los criterios legales.- En el derecho español se trabajó arduamente este tema a partir de una sentencia del Tribunal Supremo de 1953, en que se acepta el principio "pro dammato" para la apreciación de la prueba, por la dificultad de la misma.- Como un avance se incorporó el principio de "favor probationes" para aquellos casos de difícil prueba en beneficio del más débil.- Así se dijo que la dificultad de la prueba, coloca en situación de inferioridad al demandante, contradiciendo los principios de equidad que deben presidir la realización de la justicia (12) .- La dificultad de este mecanismo es que se aplicaba caso por caso.-

Ante esta insuficiencia se optó por un remedio presuntivo general, por el solo dato del daño , ya que la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume siempre culposa (13) En los casos de riesgo creado la presunción se ha extendido a la limitación de la contraprueba, exigiendo un agotamiento de la diligencia, que impide que el demandado pueda exonerarse probando su diligencia (el daño mismo demuestra que esta no se agotó), eximiéndose sólo con el casus.-

En realidad se ha trabajado jurisprudencialmente la inversión de la carga probatoria produciendo así una objetivación de la responsabilidad (14)

En materia de causalidad sucede algo similar al estar al criterio de la normalidad y y de la experiencia (15) .- En el terreno procesal ello ha tenido concreción en la denominada prueba "prima facie".- Esta se distingue de la prueba de presunciones por cuanto en ésta última existe un hecho base

acreditado, en la prima facie el convencimiento se extrae de la máxima de experiencia.-

Esta noción se ha generalizado en el derecho comparado.- Es en el derecho anglosajón donde más se ha desarrollado, denominándose la "res ipsa loquitur" (The things speaks for himself).-Es una regla probatoria por la cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa, también presume que la próxima causa del daño fue la culpa.-

La profesionalidad

La "profesionalidad" constituye un dato de las relaciones jurídicas que pone de relieve aspectos de fisonomía particular.- El más relevante de todos es que, en este terreno, las distancias no son solo económicas, sino informativas.- Es la brecha informativa entre uno y otro contratante la que opera como desequilibrante del igual emplazamiento prestatorio.- Se reconoce en doctrina que corresponde distinguir específicamente las relaciones jurídicas que se establecen entre profesionales y quienes no lo son, haya o no condiciones generales, sean o no masivas.- Este criterio se propone legislativamente en el proyecto de Código Unico de 1927.-

Sin embargo, de lege lata se admite que la interpretación del negocio está relacionada con la profesionalidad: cuando una de las partes tiene superioridad técnica cabe interpretar que hay superioridad jurídica.- La distribución dinámica de las cargas probatorias se relaciona con la profesionalidad en tanto la prueba de hechos complejos incumbe a quien está en mejores condiciones de demostrarlos.- Este criterio se viene admitiendo en varios congresos en que se trató la responsabilidad profesional (16)-

La prueba difícil

La doctrina procesal ha ido elaborando por su parte la teoría de las pruebas leviores aplicable a asuntos en que resulta difícil cumplimentar la carga demostrativa, por circunstancias ajenas al titular.- En estos casos se admiten simples argumentos de probabilidad (perspicua indicia) que no producen una evidencia objetiva, pero que se tienen en cuenta como excepción debido a la aludida dificultad probatoria (17)

Conclusiones

La carga de la prueba es un tema involucrado en la aplicación del derecho y que cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable o lo beneficia

La minusvalía probatoria de la víctima, las distancias entre el profesional y el profano, las reglas de probabilidad, el sentido común y la dificultad probatoria, constituyen reglas de experiencia general que son admitidas con pretensiones de modificar la distribución del riesgo probatorio, colocando la carga en aquella parte que está en mejores condiciones de probar.-

II)- LOS DAÑOS Y LA PRUEBA

Conforme la doctrina expuesta en materia procesal, incumbe al pretensor del resarcimiento de daños demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia; esto es evidenciar los presupuestos del deber de reparar.- El hecho antijurídico o el incumplimiento, el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de su esfuerzo demostrativo.- Quien pretenda invocar una eximente que excluya la antijuridicidad, la culpa, deberá probarlo.-

Estas reglas sufren modificaciones en función de las normas de experiencia que se han ido incorporando legal o pretorianamente y que examinaremos seguidamente.-

1- El hecho antijurídico:

Como regla general se entiende que el pretensor debe demostrar la existencia del hecho o de la acción antijurídica.-

2- Imputabilidad:

Cuando la imputabilidad se funda en la atribución por el riesgo creado, debe demostrarse el presupuesto de la norma, esto es la existencia de una cosa riesgosa.- Aquí se ha ensanchado jurisprudencialmente la noción de cosa hacia la de actividad, facilitando así la tarea demostrativa de la víctima.-

En los demás casos, tales como obligaciones de resultado, abuso del derecho, intromisión arbitraria en la intimidad, debe siempre mostrarse la "fattispecie" normativa.-

A- La prueba de la culpa:

La doctrina tradicional distinguió la carga probatoria de la culpa según la naturaleza de la obligación.-

Si esta es contractual, el incumplimiento hace presumir la culpa, mientras que en el ámbito aquiliano se debía siempre probar la imputabilidad subjetiva.- Ambas cosas han cambiado bastante.-

2-A-1 Ambito contractual:

El criterio clásico, señalaba que al acreedor contractual le basta con probar la existencia de su derecho, porque la culpa del deudor resulta de la inexecución misma de la obligación (18)

A partir de los años cincuenta, cuando comienza a surgir el tema de las responsabilidades profesionales, aparece en nuestro país la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.-

Esta distinción fue acogida con distintos matices.-

Para un sector importante esta clasificación tiene directa relación con la carga probatoria de la culpa.- Según Bustamante Alsina (19), cuando se compromete una obligación de resultado, queda fuera de cuestión la culpabilidad, porque el lazo de sujeción del deudor es tan fuerte que sólo se libera mediante la demostración del caso fortuito. En cambio, cuando están en juego solo medios, es el acreedor el que debe patentizar la culpa del solvens, ya que ésta se identifica con el incumplimiento.- Coincide LLambías (20) quien afirma que en las obligaciones de diligencia el incumplimiento implica un comportamiento culposo, puesto que no se ha sido diligente; ello supone que ambos conceptos se identifican de hecho y el acreedor es quien debe hacer ostensible la negligencia.- La conclusión de muchos autores (21) y de la jurisprudencia revela que cuando se compromete un resultado, el acreedor debe demostrar simplemente que éste no se cumplió, presumiéndose la culpa del deudor salvo prueba adversa; caso contrario el demandante debe poner de manifiesto el incumplimiento y la culpa del demandado.- La tendencia más moderna es que en las obligaciones de resultado no hay presunción de culpa sino imputación objetiva.-

Se produce aquí una reforma pretoriana, que hace cargar al pretensor de reparación de daños derivados del incumplimiento de una obligación de medios con la prueba de la culpa.- Esta es una variación que no tiene base legal, que tiene consecuencias disvaliosas que no es posible consentir.-

Para disminuir la inequidad de estas consecuencias se ensayaron dos tipos de tesis.-

Una, que relativiza la importancia de la clasificación, verifica que hay diversos matices en el orden probatorio (22).- Siguiendo a la doctrina francesa distingue entre: a)- obligaciones de resultado ordinarias: la liberación del deudor contractual exige la prueba del casus, generico, externo, positivo concreto y determinado; no puede legitimamente invocarse la causa desconocida (arts. 513 y 514 CC).- b)- de resultado atenuadas: basta la demostración de no haber culpa, de haber prestado la diligencia exigible (art 512) sin que sea preciso llegar hasta la frontera de lo imposible; c)- de resultado agravadas: la fuerza mayor generica es irrelevante, se exige una fuerza mayor calificada por la ajenidad o extraneidad, d)- cuando hay garantía (vicios), la única causal liberatoria es la culpa de la victima.- e)- obligaciones de medio ordinarias: incumbe al acreedor la prueba de la culpa, f)- obligaciones de medios reforzadas: el demandado puede tener la carga exclusiva o concurrente de probar haber obrado sin culpa.-

Otro sector, que parte de admitir la clasificación, ha ido modelando sus concepciones hasta admitir mecanismos presuntivos que menguan los aspectos más arduos que derivan de imponer la carga probatoria a las victimas.- Así se dice que las obligaciones de resultado son preponderantes en la responsabilidad contractual (23).- Asimismo que "cuando se funda en la culpa, debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quien se halle en mejor situación para probar" (24).-

A su vez, quienes desechan la distinción y mantienen la idea tradicional, tratan de disminuir su rigurosidad respecto de los deudores de obligaciones de hacer.- Así se dijo que "el incumplimiento obligacional en sentido amplio produce una responsabilidad objetiva; los daños causados por circunstancias ajenas al fin jurídico propio del contrato deben imputarse objetivamente; en las obligaciones de hacer hay culpa que se presume debiéndose demostrar la falta de culpa (25).- "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" (26).-

Esta última se perfila como la tendencia mayoritaria en la doctrina referente a propuestas de lege ferenda, y es la que se advierte en el art. 1625 del proyecto de código único de 1987, que ha recibido apoyo en numerosos congresos y jornadas científicas.- En el derecho vigente hay todavía una gran confusión conviviendo todas las posiciones predescritas.-

1-b- Ambito aquiliano:

La doctrina tradicional sostuvo que incumbe la prueba de la culpa a quien pretende beneficiarse con la imputación, es decir a la victima.- El principio de mantiene, aunque el avance de la objetivación, y la incorporación de algunas inversiones de la carga probatoria de origen legal, como la del art. 1113 (daños con las cosas), hay reducido su campo de aplicación.-

3- Causalidad:

Es criterio admitido que la vinculación causal entre el hecho antijurídico y el daño debe ser demostrada por la victima.-

La ley específica presunciones de causalidad a nivel de autoría, como bien lo reseñan Altarini-Lopez Cabana (27).-

Más difícil en cambio resulta admitir presunciones de adecuación del

nexo causal.- Sin embargo y por las razones apuntadas ut supra, se admiten los criterios de normalidad que tienen entrada en este tema a través de los arts. 901 y subsiguientes del Código civil que hablan de las consecuencias que "acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas".- La doctrina se viene orientando hacia el criterio de que, probado que el hecho del agente es condición necesaria sine qua non del daño se presume la adecuación (28).-

Así cuando se trata de casos en que pueden describirse científicamente muchas causas posibles pero hay una que sobresale y que es la que normalmente es apta para producir el resultado, se ha dicho que debe estarse a esa causa (29).-

También cuando el resultado es anormal, adverso a lo que ocurre ordinariamente, se presume una participación causal (30).-

Se aplica en estos casos la prueba "res ipsa loquitur".-

En casos de actuación colectiva, también se invierte la prueba en cuanto a la participación causal, debiendo los integrantes del grupo demostrar su ausencia de participación (31).-

También se ha dicho que "tratándose de productos elaborados por un productor no identificado dentro de un grupo determinado, se presume el nexo de causalidad con relación a todo el grupo en la proporción en que cada uno haya participado en el mercado" (32).-

4- Daño:

La víctima debe probar el daño cuya reparación pretende.- Tradicionalmente se aceptó que operan presunciones de daño en las obligaciones de dar sumas de dinero, en la cláusula penal y en las arras penitenciales.- No obstante también hay reglas de experiencia que se incorporaron legislativamente como la del art. 1084 respecto de los herederos forzosos, o bien la que se subsume en la tesis del valor de la vida humana que eximiría de la prueba concreta de los perjuicios.-

III)- CONCLUSION:

En el antiguo derecho romano se señala que la carga demostrativa incumbía a ambas partes, durante el' época de las acciones legales; tenía especial relevancia el juez quien decidía por razones de equidad.- Alterini nos habla de un retorno al "primitivismo" en la responsabilidad civil (32), que se revela también en este tema.- Se habla cada vez más de que hay un "deber de cooperación", (34), existiendo la carga concurrente de probar, resolviendo luego el Juez.-

Creemos sin embargo que aún así, las reglas descriptas mantienen su vigencia puesto que cuando el riesgo existe hay que distribuirlo y ello genera opciones de justicia que deben basarse en los principios jurídico predescriptos.-

Tal vez causa zozobra advertir una inclinación hacia la víctima, pero es la contrapartida de un desbalance que ofrece la realidad y que el derecho intenta reacomodar, es como la balsa que se inclina para poder neutralizar las oscilaciones de las aguas turbulentas.-

Creemos que ése es el límite, una regla formal que permite refutar desigualdades reales en la producción y obtención de la prueba, y que persigue mantener la igualdad de las partes.- Ello no deviene en una automatización de la justicia en base a presunciones, ni tampoco deben diluir la función de las partes y sus letrados en su esfuerzo demostrativo.-

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

ABOGADO

Mat. 22-12-78 F. 15 T. III

E. I. M. No 439

T. L. 20938

CITAS:

- 1- ROSEMBERG, Leo, "La carga de la prueba", Buenos Aires, Ejea, 1956, pag. 49-51.-
- 2- BRUNETTI, G. "Il diritto del creditore", Rivista del Diritto Commerciale", año 1916, n:1, pag. 147 y ss.-
- 3- CARNELUTTI, F, "Estudios de derecho procesal", T.I. pag. 372.-
- 4- MICHELI, "La carga de la prueba", Bs.As.Ejea, 1961, pag.63.-
- 5- COUTURE, "Estudios de derecho procesal civil", Bs.As. Ediar, t.II.143; "Fundamentos del derecho procesal civil", 3 ed. Depalma, 242.-
- 6- DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", BsAs. Zavalia, 3 ed. 1976, t.1,pag. 396; "Compendio de la prueba judicial", Rubinzal y Culzoni, T.I.pag.223 y ss.-
- 7- LESSONA, "Teoría general de la prueba en derecho civil", Madrid, REus, 1928, pag. 120.-
- 8-CHIOVENDA, "Instituciones de derecho procesal civil", Madrid, Rev. de derecho privado. 1954, t.II.pag. 101 y ss.-
- 9- MARTY, Gabriel, "Derecho civil", ed J.Cajicá, Mexico, 1952, Teoría general de las obligaciones", t II.pag. 254.-
- 10- JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bs As. Ejea, t.II.vol I.pag. 376.-
- 11- DUGUIT, Leon, "Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleon", Edeval, Valparaiso ,1987,pag. 123.-
- 12-TS. Sent del 5-4-63-)
- 13-sent. del 11.3.71).-
- 14- CAVANILLAS MUGICA, Santiago, "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia". Aranzadi SA. 1987.- ANGEL YAGUEZ, Ricardo de.-"La responsabilidad civil", Deusto.Bilbao, 1988.
- 15- TS. sent del 5-7-89).-
- 16- XI jornadas nacionales de derecho civil, Bs.As. 1987, 3 jornadas bonaerenses, 1988, Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989; Jornadas Rioplatenses de derecho civil, San Isidro, 1989; Jornadas Marplatenses sobre responsabilidad civil y seguros, 1989.-
- 17- Aluden a este tema COUTURE, Fundamentos..cit, pag. 247; PEYRANO-CHIAPPINI, "Estrategia procesal civil", Rubinzal y Culzoni, pag.93.-
- 18- COLMO, A. "De las obligaciones en general". Abeledo Perrot, Bs.As. pag.84.-
- 19-BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1972, Abeledo Perrot, página 255, N 826; y en "Prueba de la

culpa", L.L. T. 99, página 886.-

20-LLAMBIAS, Jorge J., "Código Civil Anotado", Buenos Aires, 1979, Abeledo Perrot, T. II-A, página 116/7.-

21-MAZEAUD-TUNC, "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil civil delictual y contractual", t.I, vol I., 126; PENNEAU, J. "La responsabilité médicale", Sirey, Paris, 1977, pag.22; STARK, B. "Droit civil-Obligations", Paris, 1972, pa. 525; GHESTIN, "Traité du droit Civil" Paris, 1982, pag. 629) RODIERE, R "Definition et domaine de la responsabilité contractuelle", Paris 1981, parte de "Harmonization du droit des affaires dans lespys du marché commun".-); TUNC, A, "La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligencia" Semaine Juridique 1945, 449; SAVATIER, J-AUBY-JM. SAVATIER, RE.- "Traite de droit médical", pag. 211 y ss.-.- CARTA, Aido, "La responsabilita civile del medico", Roma, 1967, pag. 43; VISINTINI, G. "La responsabilita contrattuale" (Napoles, 1979), SANTOZ BRIZ, J. "Responsabilidad civil, derecho sustantivo y procesal". pag. 719).-.-.- DIEZ PICASO, "Fundamentos de derecho civil patrimonial", vol.I. tecnos. Madrid, 1983, pag. 454; HERNANDEZ GIL, A., "Derecho de Obligaciones", Madrid, 1983, pag.125; LACRUZ BERDEJO, "Elementos de derecho civil", II.vol.I. Barcelona, 1985, pag. 80); ; BUERES, Alberto, "Responsabilidad civil de las clinicas y establecimientos medicos", Buenos Aires, 1981, Abaco, página 136; ANDORNO, Luis, "La responsabilidad medica".- Zeus. Rosario. oct/dic.1982. D.113; AGOGLIA, MARIA, BORAGINA, JUAN C. MEZA, JORGE. "Responsabilidad contractual subjetiva y objetiva", JA.4-4-90.-vincula la clasificación con la prueba. pero la distribución depende del tipo de incumplimiento: si es absoluto y relativo por retardo imputable, se presume la culpa del deudor (art. 509 in fine), si es defectuoso es necesario probar la culpa.-

22- ALTERINI, Atilio, LOPEZ CABANA, Roberto M. "La responsabilidad profesional (en los congresos de civilistas). LL.1988-E-723; "La carga de la prueba en las obligaciones de medios (aplicacion a la responsabilidad profesional", LL.1989-B-941; ALTERINI, Atilio A. "La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el derecho argentino", LL:1-12-89; "Carga y contenido de la prueba del factor de atribucion en la responsabilidad contractual", LL.1988-B-947.-

23- BUERES en el I Congreso Internacional de Daños, BsAs. 1989, com 2.-.

24- IV Jornadas Sanjuaninas de derecho civil" (ag. 1989).-

25- I Congreso internacional de derecho de daños, Comisión 2, "La responsabilidad objetiva en materia de contratación".-

26- Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe. jun/jul 1988.

27-"Presunciones de causalidad y de responsabilidad", LL.1986-E-981.

28- SPOTA, a. "El nexo adecuado de causalidad del daño". LL.1984-D-323); ALTERINI, AA, "Contornos Actuales de la Responsabilidad civil" Abeledo Perrot, pag. e4; "Jornadas sobre responsabilidad civil", Rosario, 1986, comision 2.-.-

28- Bueres, 1. instancia, "SACHI DE REGGIE, TERESA C. ALMAN CANESTRI, EDGARDO". LL.1981-D-132; CNCIV SALA E. "GUARAGNA DE TERZOLI, IDEAA C. SOIVA". LL.1977-A-155; CNCIV Y COM FED SALA II. VIUDEZ DE GULMANELLI ISABEL C. INSTITUTO DE OBRA SOCIAL PARA EL PERSONAL DE MINISTERIOS DE BIENES

SOCIAL, TRABAJO Y OTROS. ED.T. 125-279.- CNESP CIV Y COM, SALA 1, LEVATON, DAVID VS. SINDICATO DE ENCARGADOS Y AFUNTADORES MARITIMOS". JA.1988-11-202; CNCIV SALA M. MONACO JULIO Y OTRO C. ZUBIZARRETA, JOSE. JA.1-11-89- VOTO DARAY.-

29- CS GONZALEZ ORONO DE LEGUIZAMON, NORMA C. FEDERACION DE TRABAJADORES JABONEROS Y AFINES. LL.1984-B-389.

30- BUSTAMANTE ALSINA, "Responsabilidad civil en el caso de pluriparticipación profesional en acto medico"; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "La responsabilidad colectiva y el art. 1119 del Proyecto de Código Civil", LL.24-B-88.-LOPEZ CABANA, Roberto, "Responsabilidad colectiva en Argentina y Latinoamérica", LL:23-4-86)

31- Primeras Jornadas sobre responsabilidad por productos farmaceuticos y medicinales. Segundo encuentro sobre responsabilidad civil". abril de 1987.

32- ALTERINI, AA. "Contornos..."cit, pag. 75.-

33- MORELLO, Augusto, "La responsabilidad civil de los profesionales y la prueba de la culpa". LL:1988-E-896.-