

Ubiría, Fernando A.

La responsabilidad civil

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ubiría, F. A. (2012). La responsabilidad civil [en línea]. En *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/responsabilidad-civil-fernando-ubiria.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

FERNANDO A. UBIRÍA

Disposiciones generales. Funciones de la Responsabilidad Civil

El Proyecto innova sustantivamente en esta materia respecto de las previsiones contenidas en el Código de Vélez Sarsfield, lo hace en su misma estructura o ingeniería central y desde la primera norma.

Se acusa recibo de un fenómeno que se verifica tanto dentro como fuera de nuestra geografía, la “explosión” del instituto de la responsabilidad civil que se expresa en la cantidad de procesos judiciales, el ensanchamiento hacia nuevos espacios, el creciente interés doctrinal manifestado en copiosas obras y en las numerosas reformas legislativas.

Ya los prestigiosos autores del Proyecto de 1998 dieron cuenta que la disciplina se encuentra emplazada en un “área móvil”, que los viejos odres del Código Civil resultan insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, e imprimieron un cambio de perspectiva para colocar al hombre como núcleo y pivote (Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 259).

El Proyecto ahora en análisis, por lo pronto, luego de abordar en sus anteriores cuatro títulos a “las obligaciones en general” (1°), “los contratos en general” (2°), “los contratos de consumo” (3°), y “los contratos en particular” (4°), dedica el título 5° a “Otras fuentes de las obligaciones”, aglutinando allí a la responsabilidad civil con la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores.

Se recepta la denominación clásica “responsabilidad civil”, lo que a nuestro entender importa el respeto de la tradición y arraigo vernáculo y procura mantener la uniformidad de la terminología utilizada en la legislación especial, sin que signifique mengua de la mayor locuacidad y consistencia que pone de manifiesto la expresión “derecho de danos”.

Regula esta materia de la responsabilidad civil a lo largo de 72 artículos (arts. 1708 a 1780), los estructura en once secciones de manera coherente y con acertada metodología interna, aun cuando hubiera sido conveniente ubicarla al final del Libro III como título autónomo y que resulte abarcativa de las diferentes causas fuentes del deber de responder ante la eliminación de múltiples diferencias entre las “órbitas”.

Siguiendo una lógica que se inicia con el mismo “Título Preliminar”, la primera sección es dedicada a “Disposiciones generales” que contiene solamente “dos normas fundamentales para orientar el razonamiento jurídico: la primera establece las funciones del sistema y la segunda alude a la “Prelación normativa” (“Fundamentos”).

El primero de los artículos (1708), plasma o más bien profundiza un cambio de paradigma en la disciplina en cuanto extiende sus confines o áreas de competencia a la “prevención” y a la “punición con fines disuasivos”.

Se supera el molde velezano decimonónico que limita *in extremis* y de manera intolerable, el campo de actuación a la dimensión estrictamente indemnizatoria que encarnaba el sentir *ius* filosófico de una época muy pretérita, y que puede perfectamente resumirse en la fórmula *pas responsabilité sans faute, nessuna responsabilitá sensa colpa* o “no hay responsabilidad sin culpa” que recogieron los códigos del siglo XIX.

Se procura concretar un nuevo modelo integral de protección del ser humano, en donde se lo concibe mucho más allá de un patrimonio que se afecta o de un lucro que se frustra como propósitos preponderantes de un modelo que requiere, por tanto, una profunda readequación. En el derecho anglosajón hace mucho ya que no se duda en consagrar al trinomio *compensation - deterrence - punishment* como las finalidades de la disciplina, las que por cierto se relacionan o penetran recíprocamente.

De esta manera, el mismo primer artículo del Título 5° sienta las distintas funciones que le competen a la disciplina, las discrimina y ordena cronológicamente, asumiéndose por cierto valientemente el riesgo de exorbitarla por “sobreabundancia” o “exceso de input” (Cesare Salvi).

Se plantea, incluso, cierto “atisbo jerarquizante” pues la normativa se orienta manifiestamente hacia la conformación de una nueva cultura jurídico-social, alejada del pleito. Se trata de una disposición que encierra un fuerte mensaje y que se dirige, fundamentalmente, a los operadores jurídicos para que conciban a la disciplina desde la perspectiva de un eje distinto, tamizada o iluminada a la luz del nuevo paradigma.

El art. 1708 establece que “Las disposiciones de este Título (debe modificarse y decir “Capítulo”) son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”.

El anterior “salto de calidad” a mediados de la década del 80’ fue una nueva lectura propuesta por la doctrina sobre el sistema legal vigente, se configuró un pasaje o tránsito desde una concepción anclada en una “deuda de responsabilidad” a un “crédito de indemnización”, lo que fue posible al entenderse que importa más “la injusticia del daño que la injusticia de la conducta generadora”. El daño (con su rasgo de atipicidad o tipicidad en blanco) se transformó en “la clave de bóveda para el jurista” (Di Majo, Bueres, Picasso).

En esta ocasión, casi 30 años después, el cambio es más profundo aún.

Por cierto que se renuevan los augurios apocalípticos que otrora presagiaban la crisis y decadencia de la responsabilidad civil a manos del desarrollo del seguro (y la llamada “asegurabilidad”) y de los sistemas de previsión social (ambos enmarcados dentro del fenómeno de la “socialización”), nefastas predicciones que ahora resurgen al conjuro de la referida hipertrofia o sobreabundancia de la disciplina por el indebido ensanchamiento de sus márgenes al sumar nuevas incumbencias a la tradicional indemnizatoria.

Como razona agudamente Salvi, punir, prevenir, restaurar, hacer justicia, vengar, diluir el cálculo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos de un modo más eficiente, garantizar un óptimo funcionamiento del mercado y enaltecer el valor de la persona humana, son deberes demasiado numerosos y contradictorios, y ello dificulta reconducir la responsabilidad hacia un fundamento unitario en el que puedan tenerse en cuenta principios operativos comunes.

Sin perjuicio de reconocer el tenor de las dificultades señaladas, entendemos que la creciente complejidad del derecho de daños no estriba en la apertura y ampliación de sus tradicionales confines. Por el contrario, la incorporación de nuevas funciones constituye “efecto” antes bien que “causa”, y la reestructuración se impone al influjo de las actuales características de la matriz social, económica, política y jurídica en la que se inserta.

Aquella aguda y elocuente observación de Lambert Faivre patentizó un notable desarrollo que ha permitido una expansión hasta límites inimaginables (en la praxis, en ocasiones desmedida), pero de cualquier manera todavía permanece amordazada dentro de los estrechos límites de la dimensión resarcitoria. Cabe señalar que aun hoy día una importante corriente doctrinaria considera que la única función posible sigue siendo la indemnizatoria, pero advertimos con agrado cierta apertura a través de la aceptación de la “tutela civil inhibitoria”.

El Proyecto construye asumiendo cierta madurez, pone el acento en la necesidad de hacer foco primeramente en el estadio previo, en el *ex ante* (la prevención) más que en el *ex post* (la indemnización). A través de la primera se procura evitar que se produzcan daños, pero también por la segunda al haber una condena a pagar que produce un efecto disuasorio o bien resulta un incentivo a efectos de que el daño no se vuelva a producir.

Refleja un profundo sentido humanista, y a la par resulta económicamente eficiente.

El Proyecto de 1998 ya había incorporado esta función (art. 1585), por considerarse que lo contrario importaría tanto como “crear el derecho de perjudicar”. Se le asignó “un lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendientes a instarla, y la tutela inhibitoria” (“Fundamentos”, N° 261).

Se le brinda a los operadores jurídicos (en particular a los jueces) las necesarias herramientas para el adecuado cumplimiento de sus funciones, demostración notable del fuerte y sano activismo judicial, resultando oportuno dar cuenta que han sido los mismos jueces quienes alientan la incorporación de una norma como la que es objeto de comentario, por ejemplo, al practicar una interpretación extensa de la previsión legal contenida en el art. 2499 del CC en materia de “daño temido”.

Se profundiza así un modelo de desarrollo que procura anticipar los daños, y la tutela preventiva es un claro ejemplo de mecanismo idóneo, efectivo, de anticipación a la producción del perjuicio, todo lo cual será objeto del agudo análisis del Prof. Lamanna Guñazú.

En otro orden, en el artículo siguiente (el 1709) se establece que “En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este código”.

Aun cuando la referida norma encuentre respaldo en su similar del Proyecto de 1998 (art. 1583), estimamos que aparejará problemas porque se ponen en un pie de igualdad a las normas indisponibles de la ley especial y las del Código, sin que exista atisbo siquiera de efectiva prelación normativa.

Respecto a la incorporación de la figura denominada “sanción pecuniaria disuasiva” que norma el art. 1714 (ubicada ya en la Sección 2° “Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva”), se trata de una función aún más controvertida que la preventiva. Resulta objeto de encendidas polémicas, en buena medida sin fundamento serio pues lo que se critica es su origen anglosajón refractario a nuestra tradicional permeabilidad por las consideraciones europeas, fundamentalmente francesas.

La figura concebida en el Proyecto objeto de estudio reconoce como antecedente y adopta algunos rasgos de los *punitive damages* del derecho anglosajón. Procede a requerimiento de parte y tiene como específica (y noble) finalidad desalentar las conductas que evidencian “grave menosprecio”, instituto ya incorporado a nuestro derecho a través del art. 52 bis de la ley 24.240, norma que se modifica con el alcance del citado art. 1714 aunque referida al “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”.

Por lo pronto, acierta el Proyecto al no llamarlo “daño punitivo” pues el daño se repara o resarce, no tiene una finalidad punitiva, y además la punibilidad que se aplica no tiene equivalencia con el daño sufrido por la víctima sino con la conducta del dañador.

Ya había sido incorporada por el Proyecto de 1998 a través de la “multa civil” (art. 1587) y registraba un alcance más amplio pues cubría a los “derechos ajenos” y a los “intereses de incidencia colectiva”. El art. 1714 del Anteproyecto no prevé a los “derechos individuales” sino solamente a los “derechos de incidencia colectiva”, por ejemplo el ambiente, la transparencia del mercado, la competencia, etc. (art. 43 de la C.N.), por lo que su aplicación resulta claramente excluida en materia de “danos bilaterales” y de “danos individuales homogéneos”.

Según los autores, se adoptó dicha decisión porque en este caso el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes” y porque no hay incentivos individuales para su tutela; además, porque “no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto” (“Fundamentos”).

A pesar del loable propósito de los autores del Proyecto, la figura fue objeto de una profunda limitación o desguace a manos del P.E.N. al modificar la versión originaria y eliminar los arts. 1745/1748 que contemplaban los “Daños a los derechos de incidencia colectiva”.

Asimismo, se preveía una legitimación muy amplia ya que el art. 1714 remite al art. 14 del Título Preliminar, norma que también fue modificado el P.E.N. y que incluía al “afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos para proteger al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”, destacándose entre ellos a las asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias (“Fundamentos”).

En cuanto al monto de la “sanción” se establece que debe fijársela de manera prudencial y “tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas”, por lo que constituye terreno fértil para el emplazamiento de la prudencia judicial, sin que se haya fijado un tope, lo que constituye un acierto, y similar consideración merece que no resulta asegurable, extremo este que lamentablemente surge de los “Fundamentos” pero no del texto legal.

Por último, se determina que “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”, otro acierto pues la jurisprudencia será la criteriosa y dinámica encargada de encontrar el mejor destino de acuerdo al desarrollo de la figura en la praxis.

“Daño resarcible”

Criteriosamente el Proyecto en análisis, luego de abordar la materia atinente a la antijuridicidad, los factores de atribución y la causalidad, le dedica al daño resarcible una Sección autónoma (la 4^o) en la que nos encontramos situados completamente dentro del plano resarcitorio de la responsabilidad civil, su función prevalente.

La decisión se justifica plenamente a tenor del peso específico del presupuesto de la responsabilidad más importante, se encuentra en sintonía con los sistemas más modernos en derecho comparado pues ha sido advertido muchos años atrás por el Código Civil italiano que se ordena tras el *danno ingiusto* (art. 2043) y por el derecho anglosajón a través de la elocuente, precisa y pragmática denominación: *Law on torts*.

Reconoce anclaje en la denominada “reparación plena” (art. 1740) y, a diferencia del Proyecto de 1998, no se establece un sistema de limitación cuantitativa de responsabilidad para algunos casos de imputación objetiva (art. 1634).

El Proyecto incluye un “concepto” sobre el daño por considerarse que “tiene efecto normativo y no meramente pedagógico” (“Fundamentos”), en procura de fijar claramente su marco y, por su intermedio, conferir certeza debido a la profusión de opiniones encontradas en doctrina.

El criterio adoptado evidencia gran amplitud ya que se lo considera como la “lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737), por lo que se distingue al “daño – lesión” de la “indemnización” por ser esta última una consecuencia de aquel (“Fundamentos”).

Aun cuando su formulación difiere en parte de la practicada por anteriores proyectos, la señalada amplitud normativa asignada torna bizantina en parte la férrea disputa doctrinaria pues, aun cuando los parámetros o márgenes para asignar juridicidad a los distintos nocimientos son anchos, los conflictos se seguirán gestando (e incluso profundizando) dentro del marco de las llamadas “guerra de etiquetas y de autonomías”.

A través del art. 1738 se enuncia un “elenco” de nocimientos resarcibles que comienza por la “pérdida o disminución del patrimonio de la víctima” (daño emergente), el “lucro cesante”, la “pérdida de chances”, así como también se incluye “especialmente” (sic) “las consecuencias de la vio-

lación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad corporal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida”.

Distintos puntos salientes son los que se desprenden de lo normado por los arts. 1739/41 y 1745.

Por lo pronto, respecto de la “pérdida de la chance”, su expresa inclusión resulta adecuada por cuanto constituye un daño cierto, concretamente, la “probabilidad de éxito frustrada”, es decir, determinado porcentaje que variará de conformidad con las objetivas posibilidades existentes, por lo que el tópico necesariamente se liga con el análisis causal.

Dentro de este mismo punto, resulta también acertada la norma ya más específica contenida en el art. 1745 inc. “e” que prevé la indemnización de “la pérdida de chance futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”, disposición que conferirá certidumbre pues se trata de un tópico objeto de diferente tratamiento por parte de los tribunales.

La incorporación de la resarcibilidad de los daños físicos y psíquicos importa el lógico y necesario reconocimiento normativo de la fecunda tarea doctrinaria y jurisprudencial que desarrolló acabadamente ambos nocimientos, haciéndolo con el preciso alcance que da cuenta el art. 1746.

En materia de “afección espiritual legítima”, en primer lugar constituye un acierto el cambio de denominación.

Sin perjuicio de reconocer que la alocución “daño moral” se encuentra fuertemente arraigada en nuestro vocabulario y cultura socio jurídica, lo cierto es que lo afectado resulta el espíritu, los sentimientos, nada tiene que ver la moral en esto, y más aún si se recuerda que la denominación de la figura (que reconoce sus orígenes en el *pretium doloris* del derecho romano) pone de manifiesto un claro juicio de valor negativo respecto a su juridicidad por haber sido así denominada hacia fines del siglo XIX en un momento histórico signado por el iuspositivismo.

Por otro lado, resulta criticable el alcance de la procedencia de su reparación debido a la eliminación de múltiples diferencias existentes en el sistema velezano entre las órbitas del deber de responder contractual o aquiliano. El carácter terminante del primer párrafo del art. 1738 en cuanto establece que “La indemnización comprende... sus afecciones espirituales legítimas”, exorbita y desnaturaliza a la figura pues coloca en un pie de igualdad a la lesión proveniente de un hecho ilícito y la del mero incumplimiento convencional.

En efecto, sin perjuicio que se siga el modelo de anteriores proyectos de reforma (art. 522 del Proyecto de 1987, mismo artículo del Proyecto del año 1993 y art. 1601 del Proyecto de 1998), así como la opinión de cierta doctrina que considera que debe eliminarse la discrecionalidad judicial para fijar este resarcimiento en las obligaciones contractuales, consideramos que corresponde seguir discriminando la reparabilidad del nocimiento conforme a su génesis convencional o aquiliana, siendo menester en el primer caso probar su existencia de conformidad con el principio general sentado en el art. 377 del CPCCN, ponderándose “la índole del hecho generador” y las “circunstancias del caso”.

En materia de “legitimación” para reclamar indemnización de las consecuencias no patrimoniales, la novedad que se incorpora reside en una generosa ampliación pues, en caso de muerte o de “gran discapacidad” de la víctima, se habilita “a reclamar a título personal y según las circunstancias de cada caso” (margen de discrecionalidad) a los “ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible”. Nada se ha prescripto sobre las personas jurídicas, lo que deja abierta la discusión sobre el punto.

Se advierte aquí una notable influencia de la jurisprudencia tanto nacional (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales inferiores) como foránea (tribunales franceses, Corte Interamericana de Derechos Humanos), que cada vez con mayor frecuencia extienden la legitimación y “acogen una visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia” (“Fundamentos”).

Aun cuando se trata de un tópico debatido, el sistema vigente no supera el test de constitucionalidad pues la limitación del art. 1078 del CC no importa una reglamentación razonable del derecho a la reparación del daño injustamente sufrido, sino una grotesca conculcación de la esencia misma de

dicho derecho que torna inconstitucional la solución normativa vigente, particularmente en función de la interpretación de los arts. 16, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Carta Magna.

El Proyecto de 1998 había recorrido un camino similar, incluso un poco más extenso aún: lo denominaba “daño extrapatrimonial” y no solo legitimaba a los citados sino que también determinaba que “los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias” (art. 1689).

Por último, la misma norma en análisis especifica que, a los efectos de la determinación del *quantum*, lejos de ponderarse la conducta del dañador en procura de aplicar una sanción ejemplificadora, “debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurarse las sumas reconocidas”.

Consideramos que es perfectamente posible moldear este particular nocimiento en derredor de ambos fundamentos, el del “resarcimiento” y el de la “sanción ejemplar”, para eventualmente aplicarlos concomitantemente cuando el juez lo estime razonable a tenor de las circunstancias del caso. Ambas funciones no se excluyen recíprocamente sino que pueden complementarse y priorizarse una por sobre otra, de manera de permitir una ponderación adecuada de la conducta antijurídica particularmente reprochable con el objetivo de desalentar comportamientos especialmente contrarios al interés general.

Párrafo aparte merece la contemplación del “proyecto de vida” pues, de acuerdo a los términos en los que se la incorpora, una primera lectura revela que se le ha conferido autonomía ya que al enumerarse los distintos renglones indemnizatorios se utiliza la conjugación copulativa “y” para discriminarlo de las “afecciones espirituales legítimas”. A nuestro entender, debió expresarse que las afecciones espirituales legítimas “comprenden” las que resulten de la interferencia en el proyecto de vida.

No caben dudas que el truncamiento de un proyecto de vida constituye un daño radical que debe ser adecuadamente valorado por el juez (Fernández Sessarego), mas no se advierten cuáles son los elementos para disociarlo del daño espiritual, nocimiento que lo comprende o engloba. No se entiende qué otro daño, es decir, diferente del que afecta aguda y profundamente a los sentimientos, puede generar la conciencia sobre la frustración de un proyecto de vida ya que no existen parámetros para determinar o deslindar un perjuicio del otro. El rigor científico impone aquí una barrera infranqueable.

Así, la afección espiritual abarca todo el espectro del daño a la salud, tanto este nocimiento como el *danno biologico* de la doctrina italiana y otros. El Proyecto (al igual que el Código de Vélez) no abre camino a un *tertius quid*, por lo que no existe el llamado “daño a la persona” independiente del daño espiritual.

Resulta tarea de los operadores jurídicos (en particular de los autores de doctrina y de los jueces) el enriquecimiento de los daños resarcibles habida cuenta el carácter “abierto” del texto legal (rasgo que también comparte con el Código de Vélez a tenor de lo normado por su art. 1068) (Mosset Iturraspe).

El resultado de la postura que proponemos, desde luego, procura evitar los dobles o múltiples resarcimientos por un mismo daño, el enriquecimiento sin causa, y, consecuentemente, el descalabro del sistema.

Demostrativo de lo expuesto es que el origen de esta figura (como el de otras tantas) se encuentra en el ingenioso esfuerzo de la doctrina italiana para sortear el estrecho límite impuesto por el art. 2059 del CC italiano que establece: *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (dique de similares características al que teníamos con el originario art. 1078 de Vélez Sarsfield) y que tiene como base el art. 32 de su Constitución que ampara o tutela el derecho a la salud.

A tenor de lo expuesto, llama la atención que en los “Fundamentos” se haya expresado precisamente que esta tarea resulta ajena a la ley y propia de la doctrina y la jurisprudencia “ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan”...

Cargas probatorias dinámicas

La teoría sobre el *onus probandi* constituye uno de los problemas vitales en cuanto versa sobre las consecuencias de la falta de prueba. En el proceso se trata de “probar o sucumbir”.

Por lo pronto, cabe recordar que la inclusión de instituciones procesales en los códigos de fondo constituye una tradición latina iniciada por el CC francés que incorporó normas sobre admisibilidad de pruebas, lo que por cierto no escapa de la crítica de los procesalistas (Chiovenda, Arazi, Fenochietto).

Lo cierto es que la *praxis* revela la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso a los efectos de imponer la carga probatoria a una parte o la otra, de apartarse eventualmente de las reglas rígidas que emanan del sistema normativo con asiento en los arts. 512, 902, 1109 y ccds. del Código de Vélez, aquí los dos primeros criteriosamente reproducidos (alterados mínimamente en su sintaxis) a través de los propuestos arts. 1724 y 1725.

El art. 1735 autoriza al juez a “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”.

Se contemplan los casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la prestación de la misma, habilitándose este mecanismo correctivo para paliar ciertas diferencias entre los litigantes que el derecho está llamado a corregir.

El art. 1619 del Proyecto de 1998 ya estipulaba: “Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega. Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”.

Se trata de la figura denominada “carga probatoria dinámica”, también objeto de férrea crítica por parte de los procesalistas por estimar que importa volver a etapas superadas de casuismo jurisprudencial, y hasta por desconocer el principio de legalidad que emana del art. 377 del CPCCN según el cual la prueba del presupuesto de hecho de la norma aplicable está a cargo de quien la invoca.

No obstante, civilistas y procesalistas parecen confluir hacia una misma orientación ya que para estos “las partes no producen prueba ni colaboran con la jurisdicción por razones de bondad, sino esencialmente en beneficio de sus propios intereses, y una actitud contemplativa importa una sanción jurídica cual es la pérdida del juicio. El principio dispositivo y, si se quiere, una actitud “egoísta”, los guía hacia una sentencia desfavorable” (Fenochietto).

En los “Fundamentos” se argumenta que el art. 1735 no tiene naturaleza procesal sino que contiene “directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir, casos en los que se establece cómo debe distribuirse el ‘riesgo probatorio’ y a quién adjudicarlo”, argumento cuestionable sin perjuicio de lo cual lo más importante es que la ubicación puramente material de una norma no determina su naturaleza sino su “finalidad”.

Entendemos que solo practicando una lectura superficial y de corte exclusivamente formal se llega a la descalificación de su incorporación, y a pesar del atisbo eufemístico de las razones desarrolladas en los “Fundamentos”, cabe recordar que se trata de una figura surcada fuertemente por valores como la buena fe y la equidad, y que cumple nítidamente una función teleológica determinante para lograr cierto “equilibrio” entre las partes en litigio.

Se impone reconocer que en la actualidad el derecho de fondo se ocupa no solo de los “conceptos”, sino también de los “hechos” y de su “prueba” por resultar esencial a los efectos de una adecuada protección de los derechos, solución que en definitiva se inscribe en la llamada “escuela eficientista” del derecho procesal que profundiza un modelo “solidarista”.

Por otro lado, entendemos que debe modificarse lo dispuesto en la segunda parte de la norma proyectada pues deja librada la aplicación de la figura a la mera discrecionalidad judicial. La norma propuesta prevé que “Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará 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”. Resulta conveniente que se establezca el “deber” judicial de

informar a las partes si aplicará o no esta regla, anticipando tan relevante criterio de análisis para conferir previsibilidad y seguridad jurídica. Un acto procesal oportuno podría ser en oportunidad de celebrarse la audiencia del art. 360 del CPCCN.

Solo así se evitará que las partes se enteren recién con el dictado de la misma sentencia definitiva, sufriendo la demandada un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía. El Proyecto del 98 nada establecía sobre este punto, y llama la atención que en los “Fundamentos” del Proyecto objeto de crítica los autores le hayan asignado el carácter de “deber” que sugerimos y que no lo plasmaran en el cuerpo normativo.