



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

## **HACIA UNA ALIGERACIÓN PROBATORIA EN EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad  
de Derecho de la Universidad de Chile

AUTOR:

Francisca Alicia Rojas Moreno

PROFESOR GUÍA:

Cristián Maturana Míquel

Santiago, Chile

Noviembre, 2017

## RESUMEN

En primer término, el presente trabajo pretende subsanar deficiencias procesales que se han ido develando con el devenir de los años en ciertos ámbitos de la contratación. Si bien, desde una óptica tradicional, en las relaciones entre particulares existen lazos de carácter eminentemente horizontal, en que las partes se miran como iguales, hoy por hoy, en contextos tales como la responsabilidad médica por mala praxis, el derecho del trabajo o de protección al consumidor, presentan especiales características de desigualdad económica, productiva y de información, entre las partes contratantes.

Para esto, analizaremos la institución moderna de la carga dinámica de la prueba, sus principales características y estructura, consecuencias prácticas, fundamentos que llevaron a su creación y estudio, así como también, el actual estado de la distribución del esfuerzo probatorio en áreas de especial interés; como son el derecho laboral y de protección al consumidor.

Luego, se construirá doctrinalmente el principio de colaboración, a través de los elementos que nos proporcionan la buena fe y la adquisición procesal. Veremos que dicho principio actúa como idea inspiradora de diversas normas que contemplan sanciones efectivas a las partes que injustificadamente no colaboren en el esclarecimiento de los hechos.

En tercer lugar, presentamos como modelo alternativo, la responsabilidad objetiva y las presunciones de culpa, los cuales permiten eximir de la carga de acreditar la negligencia con que ha actuado el causante del daño, cuando se trate de actividades que normalmente lleven un riesgo aparejado por el solo desarrollo de dicha función.

Cerraremos dando un vistazo hacia el exterior y examinaremos el tratamiento con el que el derecho comparado ha intentado revertir situaciones de desigualdad contractual y procesal, dentro de las reglas relativas a la carga de la prueba.

Por último, expondremos un ítem final que da cuenta del Proyecto de Ley (Boletín 9369-03), en actual tramitación, que pretende incorporar a la normativa vigente de defensa de los derechos de los consumidores, una alteración de las cargas probatorias de manera facultativa por el juez, verificados ciertos supuestos de hecho.

Para finalizar, se extraerán las conclusiones que se coligen del presente trabajo, delimitando así, el mecanismo idóneo bajo el cual se posibilita el restablecimiento de la igualdad entre las partes.

**Palabras clave:**

*Carga dinámica de la prueba — principio de colaboración — responsabilidad objetiva — presunciones de culpa — sanciones a la conducta antiprocesal de las partes — disponibilidad y facilidad probatoria — artículo 1698 del Código Civil — protección del derecho del consumidor — análisis comparado de la carga probatoria — principio de buena fe — igualdad entre las partes — principio de adquisición procesal — concepción publicista del proceso — Proyecto de Código Procesal Civil— Proyecto de Ley que modifica la Ley N°19.496.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.....</b>	<b>10</b>
<b>1. LAS CARGAS DINÁMICAS.....</b>	<b>10</b>
1.1. Un breve acercamiento a la estructura probatoria.....	10
1.2. Un concepto de carga dinámica.....	11
1.3. La llamada “carga dinámica” en sentido estricto. Nociones doctrinales.....	13
<b>2. PRINCIPIOS QUE INTERVIENEN.....</b>	<b>14</b>
2.1. Fundamentos de las cargas probatorias dinámicas.....	14
2.2. Una óptica publicista.....	15
2.3. Igualdad entre las partes.....	16
<b>3. LA CARGA DINÁMICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....</b>	<b>17</b>
3.1. Reconocimiento a nivel nacional.....	17
3.2. El <i>onus probandi</i> en el derecho laboral.....	18
3.3. Distribución actual de la carga probatoria en la protección al consumidor.....	19
<b>CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN.....</b>	<b>19</b>
<b>1. UN PANORAMA GENERAL.....</b>	<b>19</b>
<b>2. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN PROBATORIA.....</b>	<b>21</b>
2.1. Hacia un concepto del principio de colaboración.....	21
2.2. Nociones doctrinales.....	22
2.3. La buena fe procesal como fundamento.....	24
2.3.1. Manifestaciones normativas de la infracción de la buena fe procesal.....	26
2.4. El principio de adquisición procesal como elemento de su justificación.....	27
<b>3. MANIFESTACIÓN NORMATIVA.....</b>	<b>28</b>
3.1. Sanciones a las partes.....	28
3.1.1. La confesión tácita y ficta.....	28
3.1.2. Multas ante la no exhibición de documentos que obren en poder de la contraparte o terceros.....	29
3.1.3. Falta de colaboración en la declaración de las partes.....	29

3.1.4. Falta de colaboración para la práctica de la medida probatoria, respecto a las partes y terceros.....	30
3.1.5. Omisión de exhibir documentos que legalmente deben obrar en poder de una de las partes. Código del Trabajo.....	30
<b>4. RECONOCIMIENTO A NIVEL NACIONAL.....</b>	<b>30</b>
4.1. Proyecto de Código Procesal Civil.....	31
4.2. Ley N°20.886 de Tramitación electrónica.....	31
4.3. Derecho de familia.....	32
4.4. El modelo de la carga probatoria en el Derecho del Trabajo: prueba indiciaria.....	32
4.4.1. Una comparación necesaria: Derecho laboral vs Derecho de protección al consumidor.....	33
4.4.1.1. Fines y objetivos que persigue su regulación.....	34
4.4.1.2. Sujetos involucrados.....	34
4.4.1.3. Posición dentro del proceso y dificultades probatorias.....	35
<b>CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y EL RES IPSA LOQUITUR.....</b>	<b>36</b>
<b>1. La responsabilidad objetiva: criterio de inversión probatoria.....</b>	<b>37</b>
1.1. Ejemplos.....	38
<b>2. El Res Ipsa Loquitur: presunciones de culpa.....</b>	<b>39</b>
2.1. Requisitos .....	40
<b>CAPÍTULO IV. UN ESTÁNDAR INTERNACIONAL: ANÁLISIS COMPARADO.....</b>	<b>41</b>
<b>1. ARGENTINA.....</b>	<b>41</b>
1.1. Código Civil y Comercial de la República de Argentina.....	43
1.2. Código Procesal de la Provincia de la Pampa.....	43
1.3. Protección al consumidor.....	43
1.4. Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.....	44
1.4.1. A.C.G con Pasema S.A. y Arcos Dorados S.A. y Mc Key Argentina S.A.: Caso Mc Nuggets.....	44
1.4.2. D.M. con Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado:.....	45
1.4.3. Álvarez y GCBA con Telefonía Móviles Argentina.....	46
<b>2. ESPAÑA.....</b>	<b>47</b>

2.1. Reconocimiento normativo.....	47
2.2. La carga dinámica de la prueba en la garantía legal de los consumidores: presunciones en el Decreto Legislativo 1/2007.....	49
2.2.1. Artículo 147.....	49
2.2.2. Artículo 114.....	49
2.2.3. Artículo 123.....	50
<b>3. UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>51</b>
3.1. Reconocimiento normativo y jurisprudencia.....	51
<b>4. PERÚ.....</b>	<b>53</b>
4.1. Código Procesal Civil.....	53
4.2. Jurisprudencia relativa a las Cargas Dinámicas.....	53
4.2.1. Tribunal Constitucional.....	54
4.2.2. Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual.....	54
<b>5. ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>55</b>
 <b>CAPÍTULO V. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 19.496. BOLETÍN 9369-03</b>	
<b>1. El Proyecto de Ley.....</b>	<b>56</b>
1.1. El actual estado del proyecto.....	57
<b>2. El Artículo 50 Q inciso 5° y la carga dinámica.....</b>	<b>57</b>
2.1. La problemática de su aplicación.....	59
2.1.1. Fijación de criterios.....	59
2.1.2. La celeridad y concentración.....	60
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>65</b>

## INTRODUCCIÓN

Se ha tornado habitual, en donde se verifica un marcado desequilibrio contractual, la presencia de la problemática que surge a la hora de aportar los elementos probatorios en ámbitos negociales como el derecho del trabajo y las relaciones de consumo.

En efecto, desde la óptica de un trabajador dependiente o de un consumidor promedio, las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva son escasas. Ello, puesto que en circunstancias en que la posición dominante o favorecida respecto al acceso de las fuentes y medios de prueba, son naturalmente, el empleador o bien, el proveedor. Esta “desigualdad desarrollada puede tener su origen en una situación económica, cultural o intelectual superior y por ello surge la necesidad de disminuir la brecha que pueda existir entre las partes porque la amenaza puede llegar incluso a afectar los derechos fundamentales de quien está en peor posición”<sup>1</sup>.

Así, la concepción tradicional que recae en la contratación entre particulares como entes iguales, ha ido perdiendo cabida. Un claro ejemplo en virtud del cual podemos entender este escenario se manifiesta cuando un consumidor no experto pretenda obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados por un producto defectuoso. Para esto, deberá probar -según las reglas actuales de la distribución del *onus probandi*-, la existencia del defecto, el daño, la imputabilidad, el dolo o culpa en la conducta del proveedor y sus procesos industriales, y también, el nexo causal entre estos últimos elementos. Parece desmedido que “le sea exigible que pruebe el defecto del producto cuando desconoce de manera técnica y científica los elementos constitutivos del producto que le permitan determinar su falta de seguridad”<sup>2</sup>.

A partir de esta situación, plantearemos la incorporación -esencialmente en materias de protección a los consumidores- de mecanismos procesales para restablecer el equilibrio entre las partes contratantes, ya sea a través de la institución de la carga dinámica, el

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ C, María de los Ángeles. (2001) La carga dinámica de la prueba y sus límites. En especial límite impuesto por la no autoincriminación. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 48.

<sup>2</sup> Referencia a Salvamento de vito H.M. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Sentencia C-973-02. Colombia. En: PICO Z. Fernando. (2017). La carga dinámica de la prueba y el Derecho del Consumidor. <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-carga-dinamica-de-la-prueba-y-el-derecho-del-consumidor> Fecha de consulta: 16-08-17.

reconocimiento al principio de colaboración procesal o a través de los modelos de la responsabilidad objetiva y de las presunciones por culpa.

Para esto, analizaremos la estructura, fundamentos y consecuencias que acarrea la institución moderna de la carga dinámica de la prueba en contraposición a las normas rígidas y tradicionales que fijan la distribución de la carga de probar, en aquellos casos en que dicha carga se hace en extremo difícil o derechamente imposible, por motivos completamente ajenos a la voluntad<sup>3</sup> de la parte, así como el reconocimiento normativo en nuestro país del mentado estatuto probatorio.

Luego, se estudiará la idea de la colaboración procesal como principio formativo del procedimiento que produce sus consecuencias de manera práctica, estableciendo sanciones ante eventuales conductas antiprocesales de las partes. Debido a la indeterminación normativa de este concepto, el estudio lo centraremos a nivel doctrinal, pasando a revisar los fundamentos que permiten entender la colaboración como una idea inspiradora de las normas sustantivas.

Para finalizar, abarcaremos también a la responsabilidad objetiva y las presunciones de culpa como modelos de inversión del *onus probandi* o bien, su liberación parcial, los cuales cobran especial relevancia en ámbitos en que se desarrollan actividades riesgosas, donde atendidas estas circunstancias no cabe sino, atribuirle la culpabilidad al ejecutante del hecho.

Como veremos, el estudio de dichas instituciones no ha sido abordado profundamente por parte de la doctrina nacional, dado que aún no logran un reconocimiento expreso por el legislador. De todas maneras, se ha generado un amplio debate sobre sus beneficios y desventajas. Ante esta situación, indagaremos sobre el *estado del arte* de la legislación y jurisprudencia comparada, analizando particularmente países como Argentina, España, Perú y Estados Unidos, que han establecido desde hace algún tiempo, métodos para flexibilizar las reglas de la carga probatoria, en áreas de especial interés y preocupación para el legislador.

---

<sup>3</sup> Esta última noción se les atribuye a los catedráticos LEPORI W., Inés y PEYRANO Jorge. (2004). Cargas Probatorias Dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.



En este mismo orden de ideas, revisaremos el Proyecto de Ley que pretende modificar la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores<sup>4</sup>, el que a la fecha se encuentra en trámite preventivo de constitucionalidad. A través de esta iniciativa, el legislador ha reconocido las falencias judiciales que ocurren cotidianamente en ámbitos de la contratación con marcados aspectos desiguales, optando por el reconocimiento expreso de mecanismos procesales que permitan restaurar el equilibrio entre las partes.

El objetivo así se proyecta a establecer qué institución procesal moderna se alza como el mecanismo idóneo para restablecer el desequilibrio que impera el ámbito del derecho de protección a los consumidores.

---

<sup>4</sup> Proyecto de Ley que Modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. (Boletín 9369-03).

## CAPÍTULO I. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

### 1. LAS CARGAS DINÁMICAS

#### 1.1. Un breve acercamiento a la estructura probatoria

Este concepto de las cargas dinámicas acuñado por la doctrina<sup>5</sup> -no exento de un sinnúmero de críticas-<sup>6</sup>, surge como respuesta o salida más flexible a aquella institución de la carga de la prueba tradicional como regla de juicio. En nuestro ordenamiento se ha señalado que la piedra angular que rige la carga de aportar los elementos probatorios para la obtención o satisfacción de la pretensión hecha valer en juicio, se encuentra consagrada por el Código Civil en su Artículo 1698, en cuanto señala en su inciso primero: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

Este precepto se ha interpretado de manera estricta aplicándose a un panorama general, sin contemplar situaciones excepcionales, en cuanto, por regla general, quien deberá probar los hechos constitutivos y convalidativos, cuya existencia le favorece, será el demandante. Por su parte, los hechos invalidativos, impeditivos y extintivos, deberán ser probados por la parte a quien le favorece su concurrencia, quien por regla general será el demandado. Sin embargo, esta clasificación genérica ha sido criticada por la doctrina moderna<sup>7</sup>.

Así entonces, "el principio fundamental que se sigue en numerosos ordenamientos se expresa tradicionalmente a través del brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Se trata de la versión procesal de una regla generalísima de *fairness*, en virtud de la cual, quien hace

---

<sup>5</sup> Normalmente se atribuye a su creación a Jeremías Bentham, que luego fue ampliamente abarcado por el procesalista argentino Jorge Peyrano.

<sup>6</sup> Por la extensión y el objetivo del presente trabajo, estas críticas no serán tratadas aquí. Sin embargo, para más detalles es posible consultar, a modo ejemplar; Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2013. Ed. Thomson Reuters; Palomo Vélez, Diego. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?. *Ius et Praxis*, 19(2), 447-466. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015>; Muñoz, César. (2014). Las cargas dinámicas en la prueba del proceso civil: alcances y perspectivas. En: Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N°3, 2014. [http://cedej.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/02\\_Mu%C3%B1oz\\_-\\_Cargas\\_dinamicas.pdf](http://cedej.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/02_Mu%C3%B1oz_-_Cargas_dinamicas.pdf); SANTIBAÑEZ B, Cristina. (2010). Las cargas probatorias dinámicas. En Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, N°1, 2010. pp. 83-92. <http://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/viewFile/43029/44966>. Fecha de consulta: 17-06-17.

<sup>7</sup> A este respecto podemos mencionar a Hernando Devis Echandía, quien nos señala en su Teoría general de la prueba judicial, 6° Ed., Buenos Aires 1988, p.436, que “no es posible hablar de normas constitutivas, extintivas o impeditivas, en términos abstractos, sino respecto de una específica hipótesis (...) una norma puede ser constitutiva en un caso y extintiva o impeditiva en otro o respecto de la parte contraria”.

una afirmación debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado”<sup>8</sup>.

Esta concepción tradicional de la carga probatoria se ha visto flexibilizada a través de la incorporación de ciertas reglas de carácter excepcional que se han ido estableciendo en los últimos años por la legislación y jurisprudencia.

El legislador ha optado por la flexibilización de dicha regla en ciertas materias, cuando ha estimado que su aplicación en diversas circunstancias, pueden llevar a hacer imposible o en excesivamente gravosa la carga de suministrar ciertas pruebas en juicio para una de las partes. Siguiendo esta línea, “la justificación de plantear la carga dinámica de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base, como ya hemos mencionado, en la asimetría que puede existir entre las partes, y en el mayor costo social que puede implicar para una de ellas el proporcionar una determinada prueba respecto a la otra”<sup>9</sup>. Su aplicación, encuentra fundamento en la desigualdad existente entre las partes y la necesidad de disminuir el gravamen económico que puede significar la aportación de pruebas. Así entonces, estas modificaciones buscan propender a la búsqueda de la verdad, la justicia, la economía procesal y por sobre todo, la igualdad entre las partes. En este sentido, “la idea es que el tribunal se empape de los hechos y al hacerse una idea completa de ellos pueda llegar a una sentencia lo más justa posible”<sup>10</sup>.

Respecto de esta última noción, cabe destacar que, “si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediamente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad”<sup>11</sup>.

## **1.2. Un concepto de carga dinámica**

---

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. (2010). *Simplemente la verdad, el juez y la reconstrucción de los hechos*, Ed. Marcial Pons, Madrid. pp. 255 y 256.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ C., María de los Ángeles. (2001) *La carga dinámica de la prueba y sus límites. En especial límite impuesto por la no autoincriminación*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>10</sup> Op. Cit. pp. 40.

<sup>11</sup> ALVARADO Velloso, Adolfo. (2006). *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. 1 Ed. Rosario, Argentina. Editorial Juris. pp.248

Tal como ya señaláramos, esta doctrina ha tenido un amplio desarrollo doctrinal<sup>12</sup>, sin perjuicio que su origen se atribuya a Jeremías Bentham, por cuanto señaló en un inicio que “la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”<sup>13</sup>.

Las llamadas “cargas dinámicas de la prueba”, no constituyen una institución rígida, ni menos un concepto restringido o delineado, puesto que esta construcción doctrinal se ha venido modificando con el paso del tiempo con cada autor aportando sus elementos propios y, además dentro de ella, encontramos de manera inorgánica todas aquellas normas que:

a) se han establecido para morigerar la imposibilidad de probar ciertas circunstancias en virtud de una serie de causas, por las cuales se la ha reconocido a una parte una facultad de aplicar de manera restringida las reglas tradicionales de la carga de la prueba, “en todos aquellos supuestos en que quien debía probar se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”<sup>14</sup>, o bien,

b) en aquellos casos en que la aplicación de una regla como la del Artículo 1698 del Código Civil, determine que la parte quien debe proporcionar una determinada prueba, no se encuentra en una situación de disponibilidad y facilidad<sup>15</sup> en virtud de quien posee el material probatorio con menor dificultad o lo dispone en su poder, es la contraparte, justamente en los casos en que existe una desigualdad de posiciones, como sucede -a modo ejemplar<sup>16</sup>- en materia laboral, en cuanto normalmente será el empleador quien tendrá bajo su poder los medios de prueba sustanciales y pertinentes para efectos de obtener una decisión favorable a su interés, como sería el caso de; grabaciones del lugar del trabajo,

---

<sup>12</sup> Principalmente a través de Jeremías Bentham, Jorge Peyrano, Inés W., Lepori, Ignacio Avendaño Leyton, Hernando Devis Echandía, entre otros.

<sup>13</sup> BENTHAM, Jeremías. (1971). Tratado de las pruebas judiciales, traducción de Manuel Ossorio F., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. pp. 149-150.

<sup>14</sup> LEPORI W, Inés y PEYRANO W, Jorge. (2004). Cargas Probatorias Dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. pp. 68.

<sup>15</sup> BONET Navarro, José. (2009). La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales. Madrid, España, Grupo Madrid, Difusión Jurídica. pp.289

<sup>16</sup> Cabe precisar que las materias respecto de las cuales se ha discutido la aplicación de esta teoría dicen relación con: responsabilidad médica por mala praxis, derecho laboral, infracción a las leyes de protección al consumidor -principalmente- sin dejar de considerar su actual discusión como una de las modificaciones más relevantes en el Proyecto de Código Procesal Civil.

acceso a emails e historiales de navegación de los computadores utilizados para el desarrollo de la actividad remunerada, así como también, la posesión de las planillas y hojas de asistencia diaria de los trabajadores sujetos a su dependencia.

A mayor abundamiento, junto con el derecho laboral, ha sido el ámbito de la responsabilidad médica por mala praxis, el cual ha suscitado -principalmente- la discusión acerca de la injusticia que significa la aplicación de las normas rígidas que distribuyen el *onus probandi*. En este sentido y en palabras de PEYRANO, “la fuerza de las cosas demostró, v.gr., que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior de un quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito. Cuantimás se encuentran, por ejemplo, los médicos y enfermeras participantes en el referido acto quirúrgico, en mejores condiciones para ofrecer y producir las pruebas respectivas, que la propia víctima”<sup>17</sup>.

### **1.3. La llamada “carga dinámica” en sentido estricto. Nociones doctrinales**

Una aproximación a este concepto puede comprenderse en palabras de BERIZONCE, como ‘la imposición de la carga de aportación a la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad de actor o demandado en el proceso’<sup>18</sup>.

En otras palabras y teniendo en cuenta una noción más precisa de la noción de carga dinámica, puede entenderse como: “una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla”<sup>19</sup>.

Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad

---

<sup>17</sup> PEYRANO, W. Jorge. Nota a fallo, la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. [inédito].

<sup>18</sup> BERIZONCE, R. Omar. (2002). El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por audiencias, “La prueba. Homenaje al maestro Devis Echandía”, Bogotá, Editorial del Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre. p. 391. En: PICÓ I JUNOY, Joan. (2003). El principio de la buena procesal. J.M Bosch Editor. España. pp.155-156.

<sup>19</sup> BERMÚDEZ, Martín. (1997). El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista Temas Jurídicos. N° 11, Colombia. p. 16.

de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo<sup>20</sup>.

Para LÓPEZ MESA, esta idea significa “imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. La superioridad técnica, la situación de prevalencia, o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacía quien se halla en mejores condiciones de probar”<sup>21</sup>.

Para el profesor TAVOLARI, “la carga probatoria dinámica es una modalidad que confiere protección al litigante desposeído o impedido, que evita los abusos, permitiendo que se dé la razón judicial al que esté amparado por ella y no al que, por diversas razones circunstanciales, tiene en su poder la prueba que lo perjudica, como tantos ejemplos lo demuestran. A vía de ejemplo, mencionó el caso de una persona iletrada, que una vez a la semana lleva un carretón con papeles y cartones a la Papelera, a la cual le asalta la duda que no le han cancelado todo lo que le correspondía. Preguntó cómo se acreditaría ese hecho y si la aplicación del artículo 1698 del Código Civil daba la solución adecuada. De acuerdo a esa norma corresponde a dicho acreedor demostrar que no le están pagando lo que corresponde. La carga probatoria dinámica permite determinar que corresponde probar a quien tiene mayor facilidad de acceso a la prueba. En este caso, a la Papelera le bastaría con imprimir un documento contenido en el computador, para acceder a la prueba”<sup>22</sup>.

En suma, se ha ido reemplazando la premisa “**quien alega debe probar**”, con el postulado “**quien puede debe probar**”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup>PÉREZ R., Juliana. (2011). La carga dinámica de la prueba e la responsabilidad administrativa por la actividad médica – decaimiento de su actividad. Estudios de Derecho Vol. LXVIII. Nº 152, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. pp.1. [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJ\\_Cargadin%C3%A1micapruebaresponsabilidadadministrativa.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJ_Cargadin%C3%A1micapruebaresponsabilidadadministrativa.pdf) Fecha de consulta: 16-08-17.

<sup>21</sup> LÓPEZ M. Marcelo. (1988). La doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Tomo Zeus. Nº 76. Zeus Editora S.R.L. [http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dasa990043-lopez\\_mesa-doctrina\\_las\\_cargas\\_probatorias.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dasa990043-lopez_mesa-doctrina_las_cargas_probatorias.htm). Fecha de consulta: 16-08-17.

<sup>22</sup> Informe de la comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que establece el nuevo código procesal civil. Boletín Nº 8197-07 p. 351-352.

<sup>23</sup> PICO Z. Fernando. (2017) Op. Cit. pp.

## **2. PRINCIPIOS QUE INTERVIENEN.**

### **2.1. Fundamentos de las cargas probatorias dinámicas.**

Tal como hemos señalado en lo precedente, el rigorismo con que se aplica la regla de la carga probatoria del Artículo 1698 del Código Civil, puede llevar muchas veces a situaciones injustas, en cuanto no siempre las partes dispondrán con facilidad de los medios que deberán aportar al juicio para la satisfacción de su propio interés, a raíz de diversas causas a las que ya nos hemos referido.

En este punto, se abordarán -de manera tangencial- los fundamentos que guiaron la noción de la carga dinámica, como conjunto de reglas cuya aplicación se ajusta a la idea de flexibilizar el contenido de las reglas de la carga de la prueba clásicas.

### **2.2. Una óptica publicista**

En primer lugar, parece pertinente sostener que un primer atisbo de esta institución surge a raíz del alejamiento de la concepción del proceso como una relación<sup>24</sup> privada que existe entre las partes, quienes acuden ante un tercero imparcial, a fin de resolver sus conflictos de relevancia jurídica. “En el abordaje de las visiones que en torno al proceso se sostienen se ha coincidido en destacar la existencia de dos grandes concepciones que han estado permanentemente luchando dogmática, ideológica y normativamente por la hegemonía. Una es la concepción liberal, la otra la concepción publicista”<sup>25</sup>

Por su parte, aquellos que ven al proceso desde una perspectiva privada, o bien desde una óptica garantista, teniendo en cuenta la garantía de la imparcialidad del juez respecto a las partes y el principio dispositivo del proceso, señalan que el proceso en definitiva les pertenecía a las partes y el juez no está facultado para actuar de oficio, sino solo debe abocarse a la resolución del fondo del asunto.

---

<sup>24</sup> El empleo de la palabra “relación” es meramente ilustrativa y no pretende alcanzar las nociones o teorías introducidas para efectos de explicar la naturaleza jurídica del proceso. Es más, cabe destacar la predominancia e importancia que reviste la Teoría de la Situación Jurídica de Goldschmit, que precisamente, nos permite orientar el presente estudio, desde la idea de la carga de prueba, la cual no sería posible sin la distinción efectuada por este autor.

<sup>25</sup> PALOMO Vélez, Diego. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*, 19(2), 447-466. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015> Fecha de consulta: 10-08-17.

Por otro lado, y desde una perspectiva publicista, en virtud de la cual el proceso se estima como un medio establecido por el Estado, para la resolución de un asunto que finalmente, tiene un matiz de interés social y público. En este sentido, se pronuncia el profesor PALOMO, quien al respecto señala; “La evolución experimentada por los modelos procesales concretos en diversos países, europeos primero, latinoamericanos después, evidencia una progresiva instalación de un modelo de enjuiciamiento que apuesta por un cambio de paradigma que va de la mano de la presencia y participación activa del juez, a lo que se suma con destacado énfasis el predominio del principio de cooperación eficiente de las partes con el juez y del juez con las partes, interacción y dinámica colaborativa que identificaría la estructuración de un modelo procesal sustancialmente dirigido a producir una sentencia justa”<sup>26</sup>.

Esta última concepción del proceso realza las facultades del juez, otorgándole un rol activo en el proceso, que en virtud de los principios de buena fe procesal y de cooperación -entre otros- debe propender por la búsqueda de la verdad real o material, más allá de satisfacer las pretensiones de las partes alcanzando una verdad formal o procesal.

En segundo lugar, resulta relevante mencionar al principio de igualdad como uno de los fundamentos que construyeron la doctrina de las cargas dinámicas, la que atendida su trascendencia analizaremos brevemente a continuación.

### **2.3. Igualdad entre las partes**

Dentro de las garantías fundamentales contempladas en nuestra Constitución, se erige la igualdad ante la ley, así como una igualdad en el ejercicio de sus derechos<sup>27</sup>. En este entendido, en un nivel procesal, “debe otorgarse a las partes en el proceso posibilidades de ataque y de defensa equivalentes”<sup>28</sup>. En palabras de PICÓ I JUNOY ‘este derecho [a la igualdad] exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Así, la existencia misma de dos partes y sus derechos a ser oídas perderían, en buena medida, su sentido si no

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> Artículos 19 número 2 y 3 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>28</sup> MATURANA M., Cristián. (2012). Plazos, actuaciones judiciales, notificaciones, resoluciones judiciales y el juicio ordinario conteniendo la teoría general de la prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.223



gozasen de idénticas posibilidades procesales para sostener y fundamentar los que cada una estime conveniente<sup>29</sup>.

Así entonces, si reconocemos que la igualdad importa una idea básica en la construcción adversarial del proceso, es al legislador a quien le corresponde velar por su mantenimiento. Como veíamos, situaciones de desigualdad que ocurren horizontalmente en ámbitos de la contratación, tanto en materia laboral como de consumo, requieren un resguardo con especial énfasis.

Uno de los mecanismos que vienen a restablecer la imperante necesidad de igualdad entre las partes -al menos dentro del proceso-, lo encontramos en la carga dinámica de la prueba.

### **3. LA CARGA DINÁMICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN**

#### **3.1. Reconocimiento a nivel nacional**

Desde el comienzo de la tramitación del proyecto de nuevo Código Procesal Civil<sup>30</sup>, se intentó incorporar la institución de la carga dinámica, puesto que con dicha iniciativa se pretendía que la legislación actual “manifestara los principios que la moderna doctrina procesal reconoce, acogiéndolos en un sistema que permita enfrentar eficazmente la resolución de los actuales conflictos civiles y comerciales”<sup>31</sup>.

Así, el Artículo 294 con que inició dicho proyecto señalaba: *Carga de la prueba. Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes. El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder.*

---

<sup>29</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. (2005) El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional, en Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII. pp. 34. En: ROMERO, S. Alejandro. (2012). Los principios inspiradores del Código Procesal Civil (material para curso de Instituto Chileno de Derecho Procesal e Instituto de Estudios Judiciales). Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. pp.16. <http://www.iej.cl/sitio/wp-content/uploads/2012/09/PrincipiosyreglasgeneralesCPC.pdf> Fecha de consulta: 23-10-17.

<sup>30</sup> Boletín N° 8197-07. Ingresado a la Cámara de Diputados con fecha 13 de marzo de 2012.

<sup>31</sup> Mensaje del S.E. Presidente de la República con que se inicia el Proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, 12 de marzo de 2012. p. 5 y ss.

A este respecto, el mensaje de dicho proyecto de ley dejó en claro los objetivos que se persiguen con la incorporación de esta institución, señalando que “a fin de corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación<sup>32</sup> y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal”<sup>33</sup>.

Hoy en día luego de haber sufrido diversas modificaciones según el texto aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional y encontrándose en segundo trámite Constitucional ante el Senado, el actual Artículo 294 dispone lo siguiente: “Carga de la prueba. Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes”<sup>34</sup>.

En consecuencia, resulta fácil constatar la supresión en la Cámara de Diputados de la disposición que regulaba la carga de la prueba la parte de ella en la cual se contemplaba la denominada carga dinámica.

### **3.2. El *onus probandi* en el derecho laboral**

La carga de la prueba en materia procesal laboral ha sido objeto de un intenso análisis, puesto que con la consagración de la prueba indiciaria en el Código del Trabajo<sup>35</sup> se dio origen al primer reconocimiento normativo de las llamadas cargas dinámicas de la prueba. Si bien cierta parte de la doctrina ha señalado que la institución regulada en el Artículo 493 del mentado Código, constituiría una inversión de la carga probatoria. Sin embargo, la

---

<sup>32</sup> Afirmación que confirmaremos a lo largo del presente trabajo y a través de un análisis comparado de esta institución.

<sup>33</sup> Mensaje del S.E. Presidente de la República con que se inicia el Proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. 12 de Marzo de 2012. Santiago, Chile. Op.cit. pp.116.

<sup>34</sup> Actual Artículo 294 del Proyecto de Código Procesal Civil chileno.

<sup>35</sup> Institución comprendida en su Artículo 493, que al respecto señala: Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

mayoría ha postulado “que no existe una inversión de la carga de la prueba, en la medida que el empleador no debe acreditar un hecho negativo, como sería la inexistencia de la violación de un derecho fundamental”. Es más, podríamos incluso hablar de una aligeración probatoria, en cuanto “no altera la carga de la prueba, sino que le facilita al trabajador la prueba de la vulneración de sus derechos fundamentales”<sup>36</sup>. En este mismo sentido, la norma supondría que al trabajador todavía le corresponde la prueba de ciertos antecedentes que debe aportar, para llevar al juez a un estado que le permita comprender que la violación de derechos fundamentales efectivamente pudo haber ocurrido. Una vez realizado aquello, será el empleador quien deberá probar la legalidad y proporcionalidad de sus medidas.

### **3.3. Distribución actual de la carga probatoria en la protección al consumidor**

Actualmente<sup>37</sup> el Artículo 50 inciso séptimo, de la ley 19.496 de Protección al Consumidor consagra la regla que distribuye de manera rígida la carga de la prueba, señalando al efecto: *Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, de conformidad a las normas señaladas en el párrafo 2º de este Título, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados.*

Como hemos visto, dicha homologación de la regla tradicional del *onus probandi* en materia procesal civil, consagra la esencia y fundamento de las dificultades e injusticias que caracterizan los procedimientos de defensa de los derechos de los consumidores.

## **CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN**

### **1. Un panorama general**

Desde la perspectiva probatoria, existe amplio consenso que, en el proceso civil, rige un principio dispositivo, en virtud del cual, son las partes quienes deben realizar gestiones que permitan un efectivo avance del procedimiento, aportando las pruebas y solicitando la dictación de resoluciones que permitan la solución del conflicto. En este sentido, la

---

<sup>36</sup> FLORES D. Camila (2012). Análisis de la facilidad probatoria establecida en el procedimiento de tutela laboral -aspectos doctrinarios-. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>37</sup> De todas maneras, se analiza en un apartado final de este trabajo, el Proyecto de Ley con que se pretende modificar la Ley N° 19.496, incorporando una regla flexible en la distribución del *onus probandi*.

intervención del juez en el procedimiento, su inicio y posterior tramitación, se encuentra sujeta al requerimiento y actuar de las partes.

Siguiendo esta línea, los modelos de actividad probatoria descansarían en el llamado “principio de autoayuda”<sup>38</sup>. Lo cual significa, en palabras de STÜRNER, que la parte que busca la declaración de su derecho debe probar sus afirmaciones remitiéndose únicamente al material probatorio de que dispone<sup>39</sup>.

Como contrapartida a estas nociones que hacen aplicable una carga rígida y conservadora de la carga de la prueba, nacen aquellas alteraciones probatorias diferentes a la carga dinámica, las cuales no presentan -como se analizará- las problemáticas teóricas y prácticas que se vislumbran respecto a esta última doctrina.

Asimismo, MATURANA nos plantea un concepto novedoso; el de las inferencias probatorias adversas, cuyas normas “en vez de operar sobre la carga de la prueba, ellas permiten al juzgador tener por acreditados ciertos hechos ante la negativa de una contraparte a acompañar prueba que se encuentre en su poder o por no colaborar en la realización de ciertas actividades probatorias”<sup>40</sup>.

Así, el deber de colaboración o cooperación que es capaz de impregnar una amplia gama de normas procedimentales exigirá que las partes realicen ciertas conductas dentro del proceso, bajo diversas sanciones que acarrearán la desobediencia a la norma sustantiva. Bajo esta línea, y siguiendo a lo que ya señalaban RIEGO y MARÍN, “es necesario incorporar el principio según el cual es razonable presumir que quien se niega a entregar una prueba de la que dispone es porque ésta lo perjudica. Esta sería una presunción general, establecida previamente por la ley y conocida por todos, que operaría en el marco de la apreciación libre de la prueba como una regla que el legislador explicita al juez como un parámetro para su argumentación en la sentencia”<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> SALDÍAS C, David. (2017). Deber de colaboración probatoria en el proceso civil. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile. pp.7

<sup>39</sup> STÜRNER, Rolf. (2008). La obtención de información probatoria en el proceso civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXX Valparaíso. pp.243-262.

<sup>40</sup> MATURANA B., Javier. (2015). Carga dinámica de la prueba: sus virtudes y los defectos que hicieron aconsejable reemplazarla por las inferencias probatorias adversas. pp. 27. [INÉDITO].

<sup>41</sup> RIEGO, Cristián y MARIN, Felipe. (2012). La carga de la prueba. Artículo publicado el 6 de Agosto de 2012, El Mercurio Legal. <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901328&Path=/OD/CO/>. Fecha de consulta: 10-08-17.

Según la RAE, cooperar consiste en: Obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común<sup>42</sup> y por su parte, colaborar importa: Trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra<sup>43</sup>. Dicho esto, y tal como se analizará en lo sucesivo, justamente lo que pretende el deber de colaboración radica en la consecución de la verdad y el esclarecimiento de las pretensiones hechas valer en juicio por las partes, a la cual malamente podemos arribar si las partes se niegan injustificadamente -o al menos de manera negligente- a aportar todos aquellos elementos probatorios que permitirían alcanzar este fin en común, regulándose para tal evento, la imposición de sanciones disuasivas ante tal conducta.

Una vez que hemos revisado el panorama general bajo el cual podemos situar al principio de colaboración, el cual si bien, no se encuentra regulado de manera orgánica ni expresa, si importa una idea inspiradora a lo largo de variados preceptos legales que ha incorporado o pretende incorporar el legislador, respecto al cual vislumbramos sanciones a aquellos litigantes que dejen de lado la buena fe en sus actuaciones, así como en particular, sean reacios a la aportación de elementos probatorios, cuando les correspondía -a través de una exigencia legal- o bien, dichos elementos obraban en su poder e intencional o negligentemente no han sido aportados al juicio.

## **2. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN PROBATORIA**

### **2.1. Hacia un concepto del Principio de Colaboración**

En términos preliminares, podemos entender al principio de colaboración, como aquel deber - que inspira todo el procedimiento y que surte su mayor relevancia en la etapa probatoria- que pesa sobre ambas partes litigantes, de colaborar de buena fe a la hora de aportar las pruebas que aquellos tengan en su poder, teniendo como fin principal el esclarecimiento de la cuestión debatida, llevando al juez a la resolución de la verdad material.

Así, dicho principio, cobra especial relevancia a raíz del decaimiento del axioma *nemo tenetur edere contra se*, en cuanto 'este polémico aforismo, fundado en una visión

---

<sup>42</sup> Según señala la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=cooperar>. Fecha de consulta: 07-08-17.

<sup>43</sup> Según señala la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colaborar>. Fecha de consulta: 07-08-17.

exacerbadamente privatista del proceso civil y en la “propiedad” de los medios de prueba, ha perdido lugar en el moderno proceso civil dispositivo<sup>44</sup>.

Nos referiremos a este concepto de manera preliminar, en cuanto, actualmente no existe consenso acerca de la noción definida que debe adoptarse con respecto a este principio.

Podríamos señalar que “este deber proviene de los principios generales que rigen en materia probatoria, tales como el de probidad y buena fe, que impone a los litigantes no solo coadyuvar en la dilucidación de la verdad jurídica objetiva, sino también no utilizar el procedimiento para ocultar o deformar la realidad, o tratar de inducir al magistrado a un engaño”<sup>45</sup>. En el apartado siguiente, se analizará esta idea desde parte de la doctrina.

## **2.2. Nociones doctrinales**

Abordando el concepto de manera amplia, “se han planteado dos modelos, que entienden el deber de colaboración con una mayor o menor amplitud”<sup>46</sup>. ‘Una primera alternativa se decantaría por no afectar en lo posible a la contraparte o los terceros, debiendo cada parte remitirse, en principio su propio material probatorio, perturbando al adversario sólo excepcionalmente. La segunda alternativa sería establecer un deber amplio y general en colaboración y aportación, estableciendo excepciones calificadas para negarse a aportar el material probatorio con que se cuenta.’<sup>47</sup>

Para algunos<sup>48</sup>, este principio que debiese ir inmerso en todas las normas procedimentales puede no necesariamente tener un reconocimiento orgánico en los Códigos sustantivos, sino que puede surtir sus efectos con establecer armónicamente sanciones ante la falta de colaboración de las partes dentro del proceso.

---

<sup>44</sup> PEREIRA Campos, Santiago. Moralidad, veracidad y colaboración, su incidencia en el proceso civil contemporáneo. 9. El deber de colaboración en la práctica de las medidas probatorias. En: Estudios iberoamericanos de derecho procesal: libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez / compilador Carlos J. Sarmiento Sosa. 1 ed. Caracas, Venezuela. Editorial Legis. (2005). pp.540.

<sup>45</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (2000). Compendio de la prueba judicial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, t. I, pp.35 y ss.

<sup>46</sup> SALDÍAS, C. David. (2017). Op. Cit. p. 11

<sup>47</sup> STÜRNER, Rolf. (2008). op. cit. pp. 244 y ss. En: Saldías Candia, David. Deber de colaboración probatoria en el proceso civil. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile (2017).

<sup>48</sup> MATURANA B., Javier. (2015). op. Cit.

En este sentido “el deber de colaboración impondría a cada parte la aportación del material probatorio que obra en su poder, con prescindencia de si este pudiere llegar a perjudicarlo, superando con ello la concepción puramente adversarial del proceso civil patrimonial”<sup>49</sup>.

Siguiendo esta línea, la idea de proporcionar todos los elementos necesarios para el esclarecimiento de los enunciados hechos valer por las partes dentro de sus pretensiones, se convierten en elementos de carácter neutro orientados a la resolución del conflicto y por ende apuntan lograr la certeza del juez, como hechos independientes y desprovistos de titularidad a la que puedan beneficiar o perjudicar según un análisis ex ante. Así, estas concepciones se relacionan y encuentran su fundamento con aquel principio formativo -ya instaurado en nuestro derecho procesal-; de la adquisición procesal. Según MONROY GÁLVEZ; “una prueba de peritos o una declaración testimonial producen conclusiones y efectos procesales para ambas partes, a favor o en contra, prescindiendo absolutamente de la parte que las ofreció. Con alguna mayor precisión podemos decir que los efectos producidos por los actos procesales que realizan las partes inciden sobre el resultado del proceso, con absoluta independencia y desinterés respecto de su origen o, concretamente, de la parte que lo provocó o actuó”<sup>50</sup>.

En palabras del profesor GIANINNI, “consideramos, en definitiva, que *la carga* que nuestro ordenamiento positivo coloca al demandado que posee (o debe poseer) especiales conocimientos en la materia debatida (vg., la empresa frente al consumidor; el establecimiento contaminante frente al vecino afectado; el médico frente a su paciente, etc.), *es la de colaborar en el esclarecimiento de la verdad*, bajo apercibimiento de extraer de su conducta reticente un indicio en su contra (o, más precisamente: favorable a la hipótesis fáctica enunciada por el actor)”<sup>51</sup>.

Siguiendo esta distinción necesaria -entre carga dinámica y principio de colaboración- que mencionamos al inicio, este último, “en su consecuencia procesal más notable en el ámbito de la prueba, conlleva a la posibilidad de extraer indicios (o “argumentos de prueba”) derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para

---

<sup>49</sup> SALDÍAS, C. David. (2017). Op. Cit. p. 12.

<sup>50</sup> MONROY GÁLVEZ, JUAN. (1996). Introducción al proceso civil. Tomo I. Editorial Temis. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/material2014.pdf> Fecha de consulta: 25-07-17.

<sup>51</sup> GIANNINI, Leandro J. (2010). “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, en La Ley 2010-F-1136.

esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (conf. art. 163, inc. 5, CPCN)<sup>52</sup>. Como se observará en el apartado siguiente, uno de los mecanismos útiles que consideró el legislador para aplicar sustancialmente el principio de colaboración, fue el establecer sanciones diversas para las conductas que establecidas ex ante, se consideren como infractoras a la lealtad y buen comportamiento en las relaciones procesales, así como aquellas en que se evite aportar elementos de prueba relevantes, cuando los sujetos han sido compelido a hacerlo o bien, negligentemente no contribuyan con el esclarecimiento de la verdad material.

Parece prudente mencionar a este respecto, una ejemplificación que realiza DEVIS ECHANDÍA, respecto de la aplicación concreta del deber de colaboración; ‘Refiriéndose a la colaboración en las pericias, en términos extensibles a otros medios probatorios, agrega el autor que existe una verdadera carga procesal para las partes, de facilitarles a los peritos los medios para realizar sus estudios, siempre que les sea posible hacerlo, y cuando obstaculizan las labores de éstos o se niegan a permitir sus exámenes e impiden que el dictamen se rinda, incurren en conducta antiprocesal y desleal, que implica el incumplimiento de esa carga, por lo que se les debe imponer la consecuencia procesal pertinente<sup>53</sup>.

### **2.3. La buena fe procesal como fundamento**

Una vez delimitado el concepto de principio o deber de colaboración, corresponde mencionar de manera sucinta los fundamentos que llevan a su implementación, y la importancia que subyace la existencia de deberes que emanen de la buena fe como institución horizontal en todo proceso o bien, hacia la búsqueda de la verdad material. Instituciones que tal como veremos, no son necesariamente excluyentes.

En este sentido, podemos entender en palabras de CARTES PINO, que la buena fe actúa como límite al interés jurídico protegido por el derecho fundamental de defensa de las partes. “De tal manera, si las partes sobrepasan dicho interés –vulnerándose en consecuencia los derechos fundamentales de defensa de la contraparte, de tutela judicial efectiva, de igualdad de armas procesales y a un proceso sin dilaciones indebidas- nos

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba judicial, T.2. p.376. En: Estudios iberoamericanos de derecho procesal: libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez. Op. Cit. pp.539



encontraremos con un acto contradictorio con los fines del proceso que el derecho debe desterrar. En otras palabras, la buena fe procesal impone un deber negativo de no contradicción, el cual se manifiesta en la no comisión de actos fraudulentos (dentro de los cuales he incorporado las hipótesis del abuso del derecho) y en la no vulneración de la conducta procesal previa (*venire contra factum proprium*)”<sup>54</sup>. Llevando la anterior reflexión a lo que nos atiende, la buena fe surgiría como una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el proceso, teniendo como principal fundamento, la búsqueda de la verdad y una sentencia justa. Para conseguir lo anterior, las partes debiesen aportar los materiales y elementos probatorios que obran en su poder, conociendo que eventualmente estos pudiesen perjudicarle, o bien, aportar todos aquellos elementos que permitan la resolución del conflicto, siempre y cuando se encuentren a su alcance.

Según ya señalara SALDÍAS en su análisis al principio de colaboración en el proceso civil, citando al efecto al profesor BARROS “se ha sostenido que si bien el derecho privado patrimonial es dominio de la libertad negocial y del resguardo de los propio intereses, se vería sin embargo limitado en términos generales por el principio general de la buena fe, esto es, por el deber genérico de pesa (*sic*) sobre toda persona de observar un mínimo de lealtad y decencia en la conducción de sus relaciones jurídicas”<sup>55</sup>.

Para una parte de la doctrina, la existencia de principios formativos de los procedimientos significa la existencia de ideas tan básicas y fundamentales que impregnan un área jurídica, que finalmente logran explicar la existencia de deberes y conductas que no necesariamente se han expresado a través de normas jurídicas. En palabras del profesor FUEYO “estos conceptos indeterminados, o flexibles, o standards jurídicos, constituyen posibilidad amplia concedida al juez para la creación judicial del derecho, puesto que ni la norma, ni sus fundamentos, están dados en forma completa por el legislador”<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> CARTES P., Rodrigo. (2009). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. La buena fe en el procedimiento civil. <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106918>. Fecha de consulta: 10-08-17. pp.12.

<sup>55</sup> BARROS, Enrique. (2013). Tratado de Responsabilidad civil extracontractual, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp.100 y ss. En: SALDÍAS, C. David. (2017). Op. Cit. pp.14.

<sup>56</sup> FUEYO L., Fernando. (1976). “Interpretación y Juez”, Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Juris, pp. 80, Santiago.

La buena fe, como un principio formativo del procedimiento<sup>57</sup>, no ha sido construida unánimemente, sino que podríamos incluso encontrar tantas definiciones como autores.

En el mismo orden de ideas, algunos de los conceptos más idóneos corresponden a los siguientes autores: PICÓ I JUNOY nos señala que la buena fe procesal es “aquella conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”<sup>58</sup>. Para NUÑEZ OJEDA este principio corresponde a aquel en que “las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente y de acuerdo a la realidad de los hechos”<sup>59</sup>.

Si seguimos el concepto dado por el profesor NUÑEZ OJEDA, en el sentido de que las partes deben -en términos generales- formular sus declaraciones según los hechos, tal como sucedieron realmente, es decir, según un contexto de objetividad y realidad de los hechos. En este sentido, y como ya sabemos, si la buena fe infunda cada una de las normas que rigen las normas procedimentales, no cabe más que concluir, que el deber de cada una de las partes de aportar al proceso todos aquellos materiales probatorios y elementos que pueden llevar a la adecuada resolución de un conflicto de relevancia jurídica. Siguiendo esta aproximación, corresponde a las partes colaborar y cooperar en la consecución de la verdad fáctica y material a la que podría arribar el juez, de comportarse las partes durante el procedimiento, según conductas correctas y leales para con los demás intervinientes en el proceso.

Normativamente hablando, cabe señalar, que el Proyecto de Código Procesal Civil reconoce explícitamente la Buena Fe Procesal, señalando al efecto que “Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe.

---

<sup>57</sup> Circunstancia que no ha estado exenta de discusión, puesto que para otros autores (como Larroucau García), la buena fe no puede considerarse como un principio formativo, puesto que, en nuestra tradición procesal, son aquellos que ostentan una dualidad y contradicción. En este sentido, ya que evidentemente no existe un principio que disponga actuaciones de mala fe, además por cuanto de configurarse la buena fe como un principio del procedimiento, necesariamente debiera afectar, ser aplicable y exigible respecto de todos quienes hacen el proceso, incluyendo a los jueces y magistrados, siendo que en la práctica los únicos destinatarios de estas normas son las partes. Así lo señala esta autora en: (2010). La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 1. pp. 70

<sup>58</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. (2001) El Principio de la Buena fe Procesal, Buenos Aires, Abeledo Perrot. pp.69.

<sup>59</sup> NUÑEZ O., Raúl. (2005). Crónica sobre la Reforma del Sistema Procesal Civil Chileno (Fundamentos, historia y principios), En Revista de Estudios de la Justicia N°6. pp. 181.

El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe<sup>60</sup>.

Esto, sin perjuicio de otros cuerpos normativos procedimentales también incluyan este principio de manera expresa<sup>61</sup>.

### **2.3.1. Manifestaciones normativas de la infracción de la buena fe procesal:**

Tal como hemos visto, no existe una idea restringida y consagrada expresamente en los cuerpos normativos que reconozcan este principio, por lo cual será el juez quien de manera prudencial o bien, guiado por parámetros legales, deberá determinar si las conductas de las partes caben dentro de las hipótesis de hecho que acarrearían ciertos efectos jurídicos.

En este sentido, de manera meramente ejemplar y de acuerdo con lo ya analizado por CARTES PINO<sup>62</sup>, cabe mencionar; la condenación en costas, la inadmisibilidad del acto, la indemnización de perjuicios, la pérdida de una consignación, multas, arrestos, nulidad procesal, entre otras.

### **2.4. El principio de adquisición procesal como elemento de su justificación**

El principio de adquisición procesal -parece a nuestro juicio- vislumbrar el porqué de la existencia y necesidad de un deber genérico de colaboración que impregna el proceso y la actitud de todos aquellos que intervienen en él.

Según el profesor MATURANA, “dado que el proceso es un conjunto de actos procesales que se conectan y relacionan ente sí, los actos se vacían al proceso, independizándose de su ejecutante, naciendo de él beneficios y perjuicios, sin distinguirse en quien, en definitiva, se radican esos beneficios o perjuicios. El principio de la adquisición Procesal importa que los actos jurídicos procesales no sólo van en beneficio del que los ejecuta perjudicando a la contraparte, sino que también ese adversario pueda obtener ventajas de dicho acto. <sup>63</sup>”.

---

<sup>60</sup> Proyecto de Código Procesal Civil, Artículo 5°. - Buena fe procesal.

<sup>61</sup> El reconocimiento normativo de este principio a nivel procesal, también se plasma expresamente en nuestro país en: Código del Trabajo, Ley 20.886 de Tramitación Electrónica y en la Ley 19.968 Crea los Tribunales de familia.

<sup>62</sup> CARTES P., Rodrigo. (2009). Op. Cit. pp. 150.

<sup>63</sup> MATURANA M., Cristián. (2012). Op. Cit. pp.219

Para CHIOVENDA, “un derecho importante de las partes se deriva de la circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación única. Este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud de este principio, llamado de la adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los documentos presentados por la contraria, las peticiones que esta presente o los actos de impulso procesal que realice”<sup>64</sup>.

Podemos sostener que este principio adquiere especial relevancia en materia probatoria, manifestándose por ejemplo en el actual Código de Procedimiento Civil, Artículo 384 respecto a las declaraciones de los testigos presenciales, puesto que en su numeral sexto señala: “Los testigos presentados por una parte que declaran en contra de lo sostenido por la parte que los presenta, se suman a los de la parte contraria”.

También, la confesión judicial espontánea expresa que realizan las partes tanto en la demanda como en su contestación -principalmente-, no pueden ser desconocidas por sus declarantes cuando con posterioridad en el proceso, dichas alegaciones no le sean favorables, negando los hechos contenidas en ellas.

Así, si tenemos en cuenta una noción publicista del proceso, los actos jurídicos procesales y con mayor razón los elementos probatorios que se aporten al juicio adquieren plena neutralidad con respecto de la parte que los ha presentado, obrando tanto a su favor, o eventualmente en su contra, puesto que la finalidad buscada a través del proceso es la consecución de la verdad material.

### **3. MANIFESTACIÓN NORMATIVA**

Como hemos venido exponiendo en lo preliminar, este principio al que nos avocamos produce sus efectos a través de sanciones concretas y particulares reguladas -o por regular- en diversos cuerpos normativos.

#### **3.1. Sanciones a las partes**

Inicialmente el proyecto de Código Procesal Civil establecía expresamente una carga dinámica en su Artículo 294, el cual a través de los diversos trámites legislativos fue sufriendo modificaciones que finalmente, terminaron por eliminarla por completo. Según

---

<sup>64</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. (1954). “Instituciones de derecho procesal civil”. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.

MATURANA, “esta decisión se adoptó a propuesta del Ejecutivo, quien en su reemplazo propuso imponer sanciones efectivas a las partes que tengan en su poder medio probatorios y que se nieguen injustificadamente a allegarlos al proceso, permitiendo tener por acreditados los hechos que se pretenden probar con esos medios de pruebas”<sup>65</sup>.

Algunas de estas sanciones son:

**3.1.1. La confesión judicial tácita y ficta. Artículo 394 inciso primero del Código de Procedimiento Civil.**

*Si el litigante no comparece al segundo llamado, o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración.*

Así, en el evento de no colaborar en las declaraciones, la sanción prevista será la de tener por confesos aquellos hechos afirmados por la contraparte.

**3.1.2. Multas ante la no exhibición de documentos que obren en poder de la contraparte o terceros. Artículo 308 inciso final del Proyecto de Código Procesal Civil.**

*Si la persona a quien incumba su cumplimiento desobedeciere, sin justa causa, la exhibición requerida, conociendo la información que se le requiere o existiendo en su poder los documentos, el tribunal podrá apremiarla con el pago de multa que no excedan de dos Unidades Tributarias Mensuales. Tratándose de documentos en poder de la contraparte, incurrirá además, en el apercibimiento establecido en numeral 5 del artículo 160.*

Esta última parte del mentado precepto alude a las medidas prejudiciales preparatorias, en el evento de una conducta de las partes que desobedezca la exhibición decretada, al señalar el Artículo 160 numeral quinto: *Si la persona a quien incumba su cumplimiento desobedeciere la exhibición prevista en los numerales 4º y 5º anteriores, conociendo la información que se le requiere o existiendo en su poder los documentos, registros o bases de datos a que las medidas se refieren, perderá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición, todo ello, sin perjuicio de los apremios*

---

<sup>65</sup> MATURANA B., Javier. (2015). Op. Cit. pp.1.

*contemplados en el artículo 168 y en el párrafo 2°, Título II, del Libro I del Código de Comercio.*

**3.1.3. Sanción a la falta de colaboración en la declaración de partes. Artículo 333 del Proyecto de Código Procesal Civil.**

Esta norma corresponde a una homologación a aquella institución denominada como confesión tácita o ficta que antes señalamos del actual Código de Procedimiento Civil.

El Proyecto de Código contempla que: *Si la parte debidamente citada no comparece a la audiencia de juicio, personalmente o debidamente representada, o si compareciendo voluntariamente o por citación de la contraria, no declara o da respuestas evasivas, el juez podrá establecer como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la contraparte cuando aparezcan razonables, coherentes y debidamente fundamentadas. En la misma sanción incurrirá la propia parte en caso de negarse a declarar o dar respuestas evasivas conforme a lo previsto en el inciso 3° del artículo 331.*

**3.1.4. Falta de colaboración para la práctica de la medida probatoria, respecto a las partes y terceros. Artículo 337 del Proyecto de Código Procesal Civil.**

Terceros: *En caso de negativa injustificada de los terceros a prestar la colaboración, el tribunal adoptará las medidas conminatorias apropiadas remitiendo, si correspondiere, testimonio de lo actuado al Ministerio Público a los efectos pertinentes. (Artículo 337, inciso primero).*

Partes: *Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello persistiera en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, pudiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación respecto del hecho que se quiere probar. (Artículo 337, inciso primero).*

**3.1.5. Omisión de exhibir documentos que legalmente deban obrar en poder de una de las partes. Artículo 453 numeral 5° del Código del Trabajo.**

*La exhibición de instrumentos que hubiere sido ordenada por el tribunal se verificará en la audiencia de juicio. Cuando, sin causa justificada, se omita la presentación de aquellos que legalmente deban obrar en poder de una de las partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba decretada.*

Así, un caso ejemplificador podría ser el hecho que por mandato legal el empleador debe contar con un Reglamento interno de orden, higiene y seguridad, como también la inscripción de los contratos de trabajo ante la Dirección del Trabajo o, en el evento de que el empleador exija el cumplimiento de horarios de entrada y salida a través de registros escritos, aquél historial de asistencia de los trabajadores.

#### **4. RECONOCIMIENTO A NIVEL NACIONAL**

En nuestro ordenamiento, podríamos señalar que existe un principio general de autoayuda en lo que concierne el acceso a las fuentes de la prueba<sup>66</sup>, lo que implica, en términos simples, que las partes no solo tendrán que acreditar aquellos hechos que conforme a las reglas de la carga de la prueba les sean asignados por constituir el fundamento fáctico de su pretensión, sino que, además, por regla general, solamente podrán valerse de aquellas fuentes que se encuentren dentro de su poder.

Sin perjuicio de esta noción de autoayuda contemplada de manera normativa en el Artículo 1689 del Código Civil, existen ciertas excepciones en que se consagrarían deberes de colaboración en los términos vistos en el apartado precedente.

A continuación, expondremos hipótesis en que el legislador ha pretendido consagrar deberes de colaboración a través de diversos cuerpos normativos:

##### **4.1. Proyecto de Código Procesal Civil**

Esta iniciativa legislativa, dentro de las modificaciones que se proponen para la etapa de ejecución de las sentencias, por medio de la incorporación de la figura del oficial de ejecución civil, se contempla en su Artículo 448: *Deber de colaboración. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución y a entregar al oficial de ejecución o al tribunal cuantos documentos y datos tengan en su poder, sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes.*

---

<sup>66</sup> Según lo Señalado por STURNER, Rolf. (2008). La obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°30. pp.243-262 en: PINOCHET C. Francisco José. (2011). Cargas dinámicas de la prueba: el modelo chileno. Algunos comentarios sobre la propuesta de regulación legal. En Revista: Justicia Civil y comercial: Una reforma cercana. pp.316.

#### **4.2. Ley N° 20.886 de Tramitación Electrónica**

Con la entrada en vigencia de esta ley durante el año 2016, se incorporó un catálogo de principios generales que regirán los procedimientos regidos bajo esta nueva ley.

En su artículo segundo, literal d. señala: “Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe.”

Si bien, tal como vemos, el principio incorporado es el de la buena fe, bajo esta perspectiva podemos entender que una de las consecuencias que acarrea al actuar correcta y lealmente en las relaciones con los demás y dentro del proceso, dice relación con un deber más específico de colaboración -en términos amplios- de las partes para con el proceso.

#### **4.3. Derecho de familia**

El título tercero, párrafo primero de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, enumera y describe los principios bajo los cuales se rigen los procedimientos incorporados en dicha ley.

*Artículo 14.- Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.*

#### **4.4. El modelo de la carga probatoria en el Derecho del Trabajo: la prueba indiciaria**

Por otra parte, existe otro caso en nuestra legislación, en el cual se ha reconocido la desigualdad entre los contratantes y consecuentemente, se ha regulado la carga de la prueba de manera que flexibilice la utilización de la regla probatoria del Código Civil. En este sentido, en materia laboral y, con las modificaciones que sufrió el Código del Trabajo en el año 2006 a partir de la sustitución del párrafo sexto del Libro V, se vino a responder a los objetivos principales del derecho del trabajo, los cuales dicen relación con proteger la situación desmejorada y de inequidad en la que se encuentra el trabajador al ingresar en una relación laboral, protegiéndolo y entregándole ciertos elementos y facilidades que le permitan lograr un mejor y más eficiente acceso a la justicia.



El Artículo 493 del Código del Trabajo contempla la regla de la carga probatoria aplicable a los procedimientos de tutela de Derechos Fundamentales, señalando al efecto: *“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

En este caso, y respecto de la acción de tutela contemplada en el libro V del Código del Trabajo, “el trabajador debe acreditar, con sus pruebas, que hay indicios que constituyen una posibilidad razonable de existencia de una vulneración de sus derechos fundamentales. Ante esto, no basta al empleador con negar los hechos afirmados por el denunciante, ya que aquí, como ya dijimos, se altera la regla general en materia de prueba, por lo que el demandado deberá explicar los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad”<sup>67</sup>, es decir, normalmente el empleador tendrá la carga de probar que la conducta denunciada responde a criterios objetivos, razonables y de proporcionalidad -por ende dentro de los límites de lo legal- y que, en consecuencia, no ha incurrido en las conductas vulneratorias de derechos fundamentales de las cuales ha sido acusado por el trabajador o demandante. En otras palabras, el demandante no se encuentra liberado de toda carga probatoria, sino que una vez que ha aportado indicios suficientes que hagan creíble su alegación, la carga de la prueba se traslada al demandado. En este sentido y siguiendo a José Luis Ugarte Cataldo, “la regla procesal citada, más que alterar la carga probatoria, afecta el objeto de la prueba (thema probandum), ya que el demandante sí debe acreditar un hecho, pero no el que le correspondería según las reglas generales (la conducta discriminatoria o lesiva), sino una cosa distinta: la existencia de indicios que hagan verosímil la existencia de la lesión”<sup>68</sup>.

#### **4.4.1. Una comparación necesaria: Derecho laboral vs derecho de protección al consumidor**

En este punto contrastaremos dos modelos o áreas del derecho nacional, que, sin duda alguna, convergen tanto en sus fundamentos y razones de su establecimiento, así como los

---

<sup>67</sup> CABEZAS P., René. (2010). Aspectos Relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. pp. 90. [www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-cabezas\\_r/pdfAmont/de-cabezas\\_r.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-cabezas_r/pdfAmont/de-cabezas_r.pdf). Fecha de consulta: 15-10-17.

<sup>68</sup> UGARTE C., José Luis (2004). El nuevo Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria. pp. 133.

principios que informan a ambas relaciones, en una relación que surge de un determinado espacio jurídico y que develan características propias, todas las cuales hacen merecer un especial resguardo normativo. En efecto, estos ámbitos jurídicos en análisis coinciden en que tanto los trabajadores como los consumidores o usuarios son un grupo que requiere una exclusiva y propia protección y, por ende, los fundamentos jurídicos de la protección e implementación procesal son los mismos. Ante estas similitudes, comprendemos que la introducción de facilidades probatorias es una necesidad fundamental a fin de otorgar un cierre y coherencia lógica de esta especial protección.

Para esto, se analizarán comparativamente los objetivos, principios y sujetos involucrados de ambas instituciones.

**4.4.1.1. Fines y objetivos que persigue su regulación.** Aquí, encontramos un evidente punto de convergencia, ambos pretenden reestablecer el desequilibrio entre las partes de la relación.

En cuanto a la regulación laboral en nuestro país, desde un tiempo a esta parte, se ha comprendido que la necesidad de una fuerte interferencia del legislador junto a la dirección y regularización de las relaciones laborales, tienen como finalidad "compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del trabajador"<sup>69</sup>. En este mismo plano podemos ubicar la progresiva protección que ha ido sufriendo la figura del consumidor. Desde una perspectiva socioeconómica y a raíz de la creciente globalización, y por ende, de la producción en masas, es que se comprende el fenómeno por el cual, las relaciones de consumo se desenvuelven en una desigualdad tanto, práctica, teórica y económica, más aún cuando a lo anterior le agregamos el efecto principal de estos factores: la asimetría de información. Es más, *"el rol de los consumidores se acompaña de una característica asimetría de información, donde éstos se presentan como los sujetos "débiles" o "desinformados", frente a un proveedor fuerte y profesional que conoce los detalles, características y especiales condiciones del bien o servicio que ofrece"*<sup>70</sup>.

Ahora bien, dejando de lado los fundamentos meramente formales y teóricos -pero teniéndolos en cuenta como causa-, en un nivel práctico y probatorio, cabe mencionar las

---

<sup>69</sup>GALLART F., Alejandro. (1936). "Derecho español del trabajo". Editorial Labora, Barcelona. pp 18.

<sup>70</sup>LORENZINI B., Jaime. (2013). Protección Efectiva del Consumidor. Espacio Público. Documento de referencia Agosto 2013. p 9.

dificultades probatorias -y en general procedimentales- que sufren los “sujetos débiles” ya analizados, que, en definitiva, les hace difícil o prácticamente imposible la satisfacción de sus pretensiones jurídicas<sup>71</sup>.

**4.4.1.2. Sujetos involucrados:** En materia de protección al consumidor, cabe mencionar lo señalado por el profesor LORENZINI BARRÍA, al identificar una de las causas de esta especial protección: *“sujetos que se han denominado “consumidores” se destacan aspectos particulares que los configuran como grupo digno de especial protección. Principalmente, el rol de los consumidores se acompaña de una característica asimetría de información, donde éstos se presentan como los sujetos “débiles” o “desinformados”, frente a un proveedor fuerte y profesional que conoce los detalles, características y especiales condiciones del bien o servicio que ofrece”*<sup>72</sup>. Las razones para una especial protección a los consumidores, se explica fundamentalmente en razón a la desigualdad o asimetría de información en que se basa la relación de consumo. Por un lado, los consumidores encuentran limitadas las fuentes para obtener dicha información, puesto que la mayoría de las veces, son los mismos oferentes o proveedores quienes ponen a disposición del público diversas informaciones esenciales pero parciales de sus productos o servicios. En otros casos, e incluso obteniendo la mayor cantidad de información acerca de un cierto bien o servicio, quien finalmente ostenta los factores de producción y, por ende, la información acerca de las características, fallas y demás circunstancias determinantes del bien, es el proveedor. Además, esta desigualdad de posición del consumidor o usuario con el proveedor se acentúa en el estado actual que se encuentra el mercado, con la creciente industrialización de los factores productivos, producción en masas, aumento de los oferentes, todos los cuales no logran sino, aumentar el grado de disparidad en que se encuentran ambas partes de la relación.

**4.4.1.3. Posición dentro del proceso y dificultades probatorias:** la etapa fundamental de cualquier procedimiento dice relación con la rendición de pruebas, puesto que, sin esta actividad procesal, la consecución de las pretensiones hechas valer en juicio, son mera ilusión.

---

<sup>71</sup> Sus consecuencias y dificultades probatorias están analizadas en el punto C.

<sup>72</sup> Op.cit pp.9.

Por un lado, tenemos que la carga probatoria establecida para el consumidor sigue a la regla general del Código Civil del artículo 1698 y, por consiguiente, los esfuerzos para acreditar los hechos alegados son mayores. Aquí, el consumidor deberá aportar pruebas para acreditar fehacientemente que –a modo de ejemplo- ha sufrido un perjuicio a raíz de un producto defectuoso. Tales pruebas, como imágenes, grabaciones de videos, contratos entre productores, información de las líneas de producción, componentes o ingredientes contenidos en el producto defectuoso, se encuentran bajo el dominio del proveedor, quien normalmente será quien los utilice -u omita- a su favor. Así las cosas, el consumidor tendrá acceso a escasos medios probatorios y probablemente económicos, los cuales lo llevarán indefectiblemente a un estado de insuficiencia probatoria y, las probabilidades de obtener la satisfacción de su pretensión en juicio serán ilusorias.

Por otro lado, y como ya se ha planteado, tenemos el actual estado en que se encuentra el sistema probatorio respecto de la acción de tutela del Código del Trabajo, en el cual existe una reducción o alteración del *onus probandi*, al exigirle al trabajador, únicamente aportar indicios que hagan formar en el juez, la convicción de que la vulneración de derechos efectivamente ocurrió.

Así entonces, como idea preliminar debemos señalar que en materia probatoria se ha establecido una institución que aliviana el esfuerzo probatorio de la víctima (trabajador), en vista de que en la relación laboral no existe un comportamiento normal, como sucede en el resto de los casos, por ejemplo, en sede civil. Tal como se plantea, es claro y fuertemente asentado en la doctrina y el derecho comparado, lo complejo y muchas veces imposible que resulta probar que el empleador ha vulnerado un derecho fundamental, puesto que requiere que el trabajador pueda probar el motivo o consideraciones subjetivas que tuvo el empleador al momento de despedir al trabajador o realizar ciertas conductas. En efecto, y tal como señala la doctrina comparada, estas conductas lesivas de Derechos Fundamentales, nunca se presentarán como tales, sino que siempre se mostrarán encubiertas o con matices<sup>73</sup>. Por otro lado, la introducción de la prueba indiciaria se justifica por cuanto fácticamente y en su posición de empleador, es él quien ostenta el poder de dirección y manejo de los factores productivos de su empresa –dentro de los cuales se

---

<sup>73</sup> GARCIA-PERROTE, Ignacio, “Prueba y proceso laboral, en Derecho Privado y Constitución” (1994), pp. 163–222. En UGARTE C., José Luis. Tutela de derechos fundamentales y Carga de la prueba En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII. Valparaíso, 2009. Página 217.

incluye al trabajador como mano de obra- y, por ende, goza de un mayor poder que el trabajador, más aún en relación con el acceso a la prueba –emails, informes, lista de asistencia, acceso a grabaciones de cámaras de seguridad, entre otras-, en vista de que goza del dominio de éstos medios.

### **CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA DOCTRINA DEL *RES IPSA LOQUITUR***

Antes de cerrar los mecanismos eventuales que operan como respuesta ante la disparidad de las partes contratantes, encontramos a la responsabilidad objetiva y las presunciones de culpa. Estas instituciones que tienen como fundamento la reducción de los costos desproporcionados que -normalmente- pesan sobre determinados litigantes, y que se revelan con mayor frecuencia en los costos asociados a la producción de prueba, sobre aquella parte que no tiene un fácil acceso al medio de prueba.

Dicho esto, analizaremos el modelo de responsabilidad estricta como criterio de inversión de prueba, para luego establecer las principales características de las presunciones de culpa y sus consecuencias procesales, aliviando la prueba de los elementos de la responsabilidad.

#### **1. La responsabilidad objetiva: criterio de inversión probatoria**

Como comentábamos al comienzo, existe una tendencia minoritaria que se ha inclinado por comprender que, en ciertos ámbitos contractuales y extracontractuales, existe una evidente aparición de conductas riesgosas, en las cuales, se presume la culpa o bien, se invierte la carga de la prueba, enfrentándonos a la responsabilidad objetiva por el causante del riesgo creado.

En palabras del profesor BARROS, “la responsabilidad estricta queda configurada por la *mera relación causal* entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante. Desde este punto de vista funcional, tiene como fundamento el riesgo creado por quien desarrolla la actividad respectiva y no la omisión de deberes de cuidado, de modo que es innecesario, a efectos de dar por establecida la responsabilidad, hacer un juicio de valor respecto de la conducta del demandado. Basta que el daño se produzca a consecuencia de

una actividad cuyo riesgo la ley ha sometido a un estatuto de responsabilidad sin negligencia”<sup>74</sup>.

Para algunos, la inversión del *onus probandi* está determinado por la menor propensión al error en los procesos y, en segundo lugar, por la peligrosidad de la actividad dañosa<sup>75</sup>.

El primer elemento, mira a la actividad judicial, puesto que este modelo de inversión de la carga probatoria “permite a los jueces y tribunales decidir la responsabilidad del demandado sin consideración hacia el nivel de diligencia exigible, y sin detenerse a determinar si el cuidado realmente observado por el demandado se ha atendido a tal nivel, los procedimientos judiciales en la materia serán, en buena lógica, más simples y menos costosos”<sup>76</sup>.

El segundo fundamento, a diferencia de la responsabilidad por culpa, dice relación con el desarrollo de la actividad que intrínsecamente puede causar daño, y en evento de que esto ocurra, cabrá al ejecutante de la actividad el pago de la indemnización. Es por esto que se “fuerza al causante a internalizar el coste externo de su actividad: como, con independencia de su mayor o menor cuidado, tendrá que pagar por todo el daño causado, le conviene, por propio interés, elegir el nivel de actividad que hace máxima la diferencia entre la utilidad resultante de la actividad y el daño producido, y éste es precisamente el nivel que dicta la maximización del bienestar social”<sup>77</sup>.

Del régimen de atribución de responsabilidad en nuestra legislación, se ha dicho que la regla general es la responsabilidad por culpa. Así, la aplicabilidad de la institución en comento estará sujeta a una sistematización *ex ante* por el legislador, de manera restrictiva, de aquellas conductas o actividades que podrán juzgarse a través del mecanismo de la responsabilidad estricta u objetiva.

### **1.1. Ejemplos**

De modo ejemplar, en nuestro país se regulan de manera aislada los casos de responsabilidad estricta; daños ocasionados por derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas al mar, responsabilidad estricta del explotador de instalaciones

---

<sup>74</sup> BARROS B., Enrique. (2008). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. pp.29.

<sup>75</sup> GOMÉZ P., Fernando. (2001) Carga de la prueba y responsabilidad objetiva.

<sup>76</sup> Op. Cit. pp.2.

<sup>77</sup> Op. Cit. pp.3

nucleares (Ley N° 18.302, Artículo 49) o bien, la del explotador de aeronaves por daños causados en accidentes aéreos (Ley N° 18.916 y Código Aeronáutico, Artículos 142 y siguientes). También, en otros países se regula expresamente. Un ejemplo que podríamos plantear corresponde al sistema de responsabilidad del transportista por el equipaje facturado (en general en el derecho aeronáutico) que rige actualmente en Colombia. Es el caso, en que “el transportista será responsable del daño causado por la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado por la sola razón de que el hecho que causó la pérdida, avería o destrucción se haya producido a bordo de la aeronave o en cualquier momento en que el equipaje facturado se encontrara bajo la custodia del transportista”<sup>78</sup>. Vemos entonces, que la imputabilidad se “objetiviza”, en el sentido en que el transportista no podrá probar su diligencia a efecto de exonerar su responsabilidad. Será ‘al demandado a quien le corresponde aportar las pruebas sobre las cuales se sustenta la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad’<sup>79</sup>.

Esta doctrina sería entonces aplicable, cuando al adoptar el nivel de cuidado óptimo, las posibilidades de causar daño se reducen a cero. Sólo en estos casos extremos entonces, sería justificable utilizar la responsabilidad objetiva, cuyo elemento de imputabilidad carecería de la posibilidad de prueba en contrario, es decir, la prueba de la diligencia<sup>80</sup>.

## **2. Res ipsa loquitur: presunciones de culpa**

Otro mecanismo que permitiría restaurar la igualdad entre contratantes, evitando las pruebas imposibles o en extremo difíciles, corresponde a la doctrina anglosajona del *res ipsa loquitur*: las cosas hablan por sí mismas, “utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de un determinado individuo”<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> DÍAZ B., María, HENAO C., María, JACÓME S., María, JARAMILLO S., Andrés, *et al.* (2014). De la inversión de la carga de la prueba en el derecho aeronáutico. Desproporción de la carga de la prueba en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, equipaje y mercancías. Universidad Estud. Bogotá, Colombia. N° 11. pp. 283.

<sup>79</sup> GOMEZ P., Fernando. Op. Cit. EN: DÍAZ B., María, HENAO C., María, JACÓME S., María, JARAMILLO S., Andrés, *et al.* pp. 284.

<sup>80</sup> Op. Cit. pp.14

<sup>81</sup> BULLARD G., Alfredo. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Thémis Revista de Derecho* 50°. pp. 219.

Se ha dicho que esta doctrina sería un paso anterior a la responsabilidad objetiva, puesto que estaría presumiendo -en ciertas circunstancias-, la culpa del causante del ilícito. De todos modos, el elemento distintivo que permitiría optar entre las presunciones de culpa o responsabilidad estricta sería el hecho de que el primero admitiría prueba en contrario.

En este sentido, debemos aclarar que la mayoría de la doctrina ha estimado que esta institución es distinta a la carga dinámica de la prueba, puesto que las primeras ‘mantienen el onus probandi intacto lo que varían son los hechos a probar’<sup>82</sup>.

Así, esta teoría surge como una respuesta con fundamento económico y de justicia: por un lado, pretende reducir los costos de producir la prueba, poniendo la carga sobre la parte que enfrenta menores gastos para proveer la información necesaria<sup>83</sup>, o bien, evitar que los responsables sean absueltos, cuando su aportación al proceso ha sido la mera negación de los hechos imputados, sancionando la pasividad de la parte que solo declara que no existen pruebas suficientes en su contra. La idea entonces radica en que “quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quien más información tiene tendría el incentivo para no producir ninguna prueba sobre lo ocurrido”<sup>84</sup>.

Esto último resulta de vital importancia teniendo en cuenta los complejos procesos productivos en los que se ven envueltos los proveedores de bienes y servicios, en los cuales parece casi imposible que un litigante promedio logre determinar en qué eslabón de la cadena se encuentra el hecho negligente. Siguiendo esta línea, “es usual que quien causa un daño contractual o extracontractual, tiene normalmente bajo su control la conducta causante del daño. Así, controla la información y los recursos usados en dicha conducta”<sup>85</sup>.

Una vez que se ha presumido que la culpa del hecho dañoso corresponderá al demandado, recaerá sobre aquél la prueba de su diligencia.

## **2.1. Requisitos**

---

<sup>82</sup> LEGUISAMÓN, Héctor. La necesaria madure de las cargas dinámicas de la prueba. En: PEYRANO W., Jorge. Op. Cit. pp.113. En: GONZÁLEZ C., María de los Ángeles. Op. Cit. pp. 34.

<sup>83</sup> GOMÉZ P., Fernando. (2001) Op. Cit. pp.222.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> *Ibíd.*



La aplicación de esta doctrina no implica -bajo ninguna perspectiva- liberar completamente al demandante de la carga de probar los demás elementos de la responsabilidad. Es más, se ha estimado que, para efectos de aplicarla, el actor deberá probar<sup>86</sup>:

- a) Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien.
- b) Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada.
- c) El hecho debe estar en la esfera de control del demandado.
- d) El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante.
- e) Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto a la causa del accidente.

En suma, este último modelo reparador de las desigualdades imperantes en ciertos ámbitos de la contratación no implica liberar al demandante de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad (hecho- perjuicio-causalidad), sino que lo exime de la prueba de la culpa, habiéndose presumido por el legislador el incumplimiento del estándar de diligencia debido.

#### **CAPÍTULO IV. UN ESTÁNDAR INTERNACIONAL: ANÁLISIS COMPARADO**

En esta etapa, vislumbraremos el estado actual de la carga probatoria en diversos ámbitos del derecho; códigos procesales, código civil y en materia de derecho de protección al consumidor. Para esto, sistematizaremos el “*burden of proof*” impuesto por las directrices de la Unión Europea, así como en otros países<sup>87</sup> tales como; España, Perú, Estados Unidos y Argentina principalmente.

---

<sup>86</sup> Requisitos señalados por BULLARD G., Alfredo (2005). Op. Cit. 223 y ss.

<sup>87</sup> Cabe precisar, que existen otros países latinoamericanos que han introducido normas que flexibilizan la aplicación tradicional del *onus probandi*. Como, por ejemplo: Colombia, Venezuela y Uruguay (incorporación jurisprudencial y normativa).

Es más, en DÍAZ-RESTREPO., Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional.

En: Entramado. Enero - Julio, 2016 vol. 12, no. 1, pp. 202-221, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>, señala que el Código General del Proceso colombiano, en su Artículo 167 al incorporar la carga dinámica de la prueba, anunció aquellos casos en que una parte se considera en mejor posición para probar concluyendo sin mayores precisiones, que una parte está en mejor posición para probar:

- En virtud de su cercanía con el material probatorio

## 1. ARGENTINA:

Este país ha sido uno de precursores de las “teorías de las cargas dinámicas”, en cuanto esta construcción doctrinal se le atribuye al maestro rosarino PEYRANO en la época de los años 80<sup>88</sup>, y al mismo tiempo ha tenido un reconocimiento normativo, como jurisprudencial<sup>89</sup>.

Doctrinariamente hablando, ha existido en un amplio debate respecto de las características, límites y posibilidades de incorporación de esta institución a la legislación actual, a este respecto se ha dicho: “Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas”<sup>90</sup>.

Cabe señalar, que el desarrollo y aplicación de las cargas dinámicas ha ido *in crescendo* a través de su homologación judicial y concreta en el caso a caso, en cuanto se ha estimado “que las cargas probatorias dinámicas son una derivación de las reglas de la sana crítica”<sup>91</sup>.

- 
- Por tener en su poder el objeto de prueba
  - Por circunstancias técnicas especiales
  - Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio
  - Por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual
  - se encuentre la contraparte
  - Entre otras circunstancias similares

<sup>88</sup> Esto, sin perjuicio de que el origen de la teoría date del año 1823 (aproximadamente) a través del pensador inglés, Jeremías Bentham, quien señaló al efecto: *Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. (...) Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma, tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas.* Bentham, Jeremías. (2002). Tratado de las pruebas judiciales, Valetta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, pp. 289.

<sup>89</sup> Prudente resulta señalar que hoy por hoy los fallos emitidos por los tribunales superiores no están contestes en la procedencia y aplicación absoluta de la “teoría de las Cargas Dinámicas”.

<sup>90</sup> Declaraciones extraídas del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Termas de Río Hondo (Santiago del Estero, Provincia de Argentina, situada en la Región del Norte Grande) durante los días 19 al 22 de mayo de 1993. En: CAMPOS M, Walter. (2012-2013). Aplicabilidad de las Teorías de las Cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes Iniciales. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6-7, N° 8 y N°9. pp. 205. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8/11.+Campos+Murillo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8> Fecha de consulta: 17-08-17.

<sup>91</sup> PEYRANO W., Jorge, Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, ob. cit., p. 22; y BARBERIO, Sergio. Cargas probatorias dinámicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar?, En PEYRANO W., Jorge,

Es por esto, que en el entendido de que la valoración probatoria a través de la sana crítica debe dejarse para la sentencia, la carga dinámica no admite advertencia previa durante el juicio para con las partes, de manera de poder prever las consecuencias de su aportación probatoria, sino que la aplicación de la carga dinámica se hará directamente en la sentencia definitiva.

### **1.1 Código Civil y Comercial de la República de Argentina:**

Con las últimas modificaciones que ha sufrido el Código Civil y Comercial en comento, se ha discutido la aplicabilidad de la teoría de las cargas dinámicas, puesto que actualmente su Artículo 1735 reza lo siguiente: Facultades judiciales. No obstante<sup>92</sup>, 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.

### **1.2 Código Procesal de la Provincia de la Pampa (entre otros<sup>93</sup>)**

Este cuerpo normativo, vigente desde el 12 de marzo de 1999 contempla la excepcionalidad de aplicación de la carga dinámica en los incisos finales del Artículo 360, el cual reza lo siguiente:

*“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer.*

*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.*

---

Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 106. En: Maturana B. Javier. (2015). Op. Cit. pp. 13.

<sup>92</sup> El Artículo 1734 señala al efecto: *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.*

<sup>93</sup> También se contemplan normas de este carácter en los códigos de las provincias de; Corrientes, Santiago del Estero, San Juan y Río Gallegos.

*La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368.*

*Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos”.*

**1.3 Protección al consumidor:** Argentina cuenta con una ley de protección al consumidor N° 24.240, que contempla expresamente y de manera excepcional –al régimen civil y mercantil<sup>94</sup>- una norma que establece la carga dinámica de la prueba<sup>95</sup> en el derecho del consumidor. En efecto, el Artículo 53 de la mentada ley señala: “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

Si bien de manera gradual el estado argentino ha ido incorporando normativamente la doctrina de las cargas dinámicas, es la jurisprudencia quien ha realizado una gran labor al establecer la procedencia de esta alteración probatoria, por los motivos y fundamentación que ha realizado -principalmente- la Cámara de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia.

#### **1.4 Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia**

A continuación, se enuncian algunos casos ejemplificadores:

##### **1.4.1 A.C.G con Pasema S.A. y Arcos Dorados S.A. y Mc Key Argentina S.A.: “caso mc nuggets”<sup>96</sup>**

Para efectos de ilustrar la aplicación de esta institución, en lo sucesivo, se expondrá un caso, ocurrido el año 2015 en la Ciudad de La Plata, en autos de daños y perjuicios promovidos por la señora A.C.G, en representación de sus hijos J.I y L.F., en contra de las sociedades Pasema S.A. y Arcos Dorados S.A. y Mc Key Argentina S.A., en virtud de una intoxicación sufrida por la parte demandante al ingerir productos comestibles “Mc

---

<sup>94</sup> Sin perjuicio de lo que ya vimos, relativo a la excepcionalidad de aplicación del Artículo 1735 del Código Civil y Comercial Argentino.

<sup>95</sup> En un sentido amplio. Tal como veremos, se reconoce como aplicación del principio o deber de colaboración que informa a los procedimientos actualmente.

<sup>96</sup> Esta nomenclatura del caso es propia y meramente ejemplificadora.

Nuggets". En una primera instancia, esta demanda fue desestimada por la falta de prueba del nexo causal entre el consumo de los alimentos y los trastornos sufridos por los menores y atribuidos a los mismos<sup>97</sup>. En segunda instancia, esta sentencia fue confirmada por el tribunal de alzada, la Cámara de Apelación. Luego, la actora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de -entre otras- la Ley 24.240 en especial del Art. 53, el cual fue acogido en todas sus partes, revocando la sentencia de segunda instancia y, por ende, remitiendo los autos al tribunal de primera instancia para la cuantificación de los daños<sup>98</sup>.

Al efecto, dicho fallo señaló, relativo a las alegaciones realizada por la actora, que; "ha relacionado tal carga dinámica de la prueba a la necesidad de que la demandada hubiese mantenido en su poder y a resguardo determinado material, sobre el que debería haberse realizado una prueba pericial que hubiese permitido acreditar extremos esenciales para la resolución de la causa (..) El retiro o destrucción imputable a la demandada del producto sobre el que debería haberse analizado la presencia de la cepa Escherichia Coli 0157:H7 (nuggets de pollo) impidió el despliegue probatorio pretendido por la actora"<sup>99</sup>.

Asimismo, refiriéndose al fallo de segunda instancia, señala: "Así, admite que no se han podido periciar los productos de pollo del tipo que consumieron los menores, por razones exclusivamente imputables a la demandada"<sup>100</sup>.

#### 1.4.2. D.M. con Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado

Este caso, D. M. c/ C.E.A.M.S.E y otros s/ daños y perjuicios, plantea la discusión si acaso responde una concesionaria vial, en calidad de proveedora del servicio, por lesiones producidas a un usuario por el impacto de una piedra en el automóvil cuando se desplazaba por la autopista. Al efecto, la demanda de indemnización de perjuicios fue desestimada en

---

<sup>97</sup> Al efecto, el fallo de la Suprema Corte de Justicia conociendo el recurso extraordinario de inaplicabilidad señaló: "para que se vea comprometida la responsabilidad civil de un sujeto, es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho de su autoría y el daño sufrido por quien pretende la reparación, requisito que juzgó no probado por la actora en la especie: la existencia de una bacteria contaminante en el producto alimenticio comprado en "Mc Donald's" (el contenido de una "Cajita Feliz") y las consecuencias dañosas sufridas por los hijos de la actora (fs. 1656/1664 vta.)".

<sup>98</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, 1 de abril de 2015, causa C. 117.760. A. C. G. *contra Pasema S.A. y otros*. Daños y perjuicios.

<sup>99</sup> *Ibíd.* pp.16

<sup>100</sup> *Ibíd.* pp.18

primera instancia por falta de prueba. El juez de instancia sentenció que no pudo probarse la existencia del hecho -es decir del accidente sufrida por la usuaria en la autopista- y, por ende, la demanda resultaba rechazada en todas sus partes. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con fecha 1 de marzo de 2016 conociendo de alzada, reconoció la existencia de una relación de consumo entre las partes litigantes, siendo aplicable la regulación de la Ley 24.240. A este respecto se señaló:

“Sobre estos puntos, debo destacar que según lo prescripto por el art.53 de la ley 24.240, los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Por lo tanto, la falta de declaración de los dependientes que trabajaban esa madrugada en la estación de peaje y la falta de presentación de los libros obligatorios que reportan las incidencias diarias, no pueden sino que redundar en contra de la postura defensiva planteada en autos.- (..) En otras palabras, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 53 de la ley 24.240, cuando el proveedor no aporte al juicio las pruebas que se encuentren en su poder cuya preservación se encontraba razonablemente a su cargo, este extremo constituirá un indicio en su contra, que permitirá, según las circunstancias, presumir el hecho invocado por el consumidor”<sup>101</sup>.

En definitiva, se estableció la falta de colaboración en la aportación de pruebas por parte de la empresa concesionaria, quien se encontraba en una notable mejor posición probatoria respecto de la posibilidad de citar como testigos a los trabajadores de la autopista que tuvieron noticia del hecho ilícito denunciado, así como los libros en que se deja constancia de los incidentes ocurridos, lo cual nos lleva a la conclusión de que estos comportamientos “no pueden sino redundar en contra de su postura defensiva, pues de conformidad con el art. 53 de la Ley 24.240 si esas pruebas no son acompañadas por el proveedor, dicha circunstancia constituye un indicio en su contra, que permitirá presumir los hechos alegados por la contraria”<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Considerando 5° de la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, con fecha 1 de marzo de 2016, citando al efecto: Sáenz, Luis R. J. – Silva, Rodrigo, en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto A. (2009). Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, , t. I, p. 664 y ss. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/05/24/responde-la-concesionaria-vial-en-calidad-de-proveedora-del-servicio-por-las-lesiones-producidas-al-usuario-por-el-impacto-de-una-piedra-en-el-automovil-cuando-se-desplazaba-por-la-autopista/> Fecha de Consulta: 10-08-17.

<sup>102</sup> Op. cit. Numeral tercero del sumario del fallo en comento.

### **1.4.3. Álvarez y GCBA<sup>103</sup> con Telefonía Móviles Argentina S.A.**

La sentencia que se expone a continuación dice relación con el recurso deducido por Telefonía Móviles Argentina S.A. contra GCBA c/otras, Expediente N° 2987/0 conocido por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires con fecha 18 de Agosto de 2015, en cuanto el tribunal de primera instancia condenó a la empresa antes mencionada al pago de una multa correspondiente al monto de \$30.000 (treinta mil pesos argentinos) por la infracción del Artículo 19<sup>104</sup> de la Ley 24.240 De Defensa del Consumidor de dicho país, debido a la facturación de una línea telefónica que no había sido solicitada por la actora.

En relación con el tema que nos convoca, el tribunal ad quem señaló que al caso en particular y dadas las circunstancias que lo rodeaban, era perfectamente aplicable la teoría de las cargas dinámicas.

En su considerando número quinto señaló: “Si bien, en principio, cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión art. 301 del CCAyT<sup>105</sup>, este criterio general se ve morigerado, a su vez, por la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas según la cual, cuando una de las partes está en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos o de la causa, ésta debe soportar el *onus probandi*.”

Así, cuando por la índole de la controversia o de las constancias documentales de la causa surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material demostrativo ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento o por el rol que desempeña en el hecho litigioso, su deber procesal de colaboración se acentúa, al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>104</sup> Dicha norma reza lo siguiente: “Modalidades de Prestación de Servicios. Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”.

<sup>105</sup> Norma correspondiente al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su inciso primero establece la carga de la prueba, señalando: “Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer”.

<sup>106</sup> Considerando V. del fallo Telefonía Móviles Argentina S.A. contra GCBA sobre otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones. Expediente RDC 2987/0. <http://www.saij.gob.ar/camara-apel-cont-adm-trib-ciudad-aut-bs-as-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-telefonía-moviles-argentina-sa-gcba-otras->

## 2. ESPAÑA:

### 2.1. Reconocimiento normativo

Hoy por hoy, la legislación española ha plasmado de manera expresa una salida más flexible a las reglas clásicas de la carga de la prueba, incorporando una distribución del esfuerzo probatorio a través de criterios de disponibilidad y facilidad.

Con anterioridad a las modificaciones sufridas por el Código de Enjuiciamiento Civil español en el año 2000, la regla que distribuía la carga de la prueba se estructuraba -prácticamente- de igual manera a como lo hace actualmente nuestro artículo 1698 del Código Civil. En efecto, el Artículo 1214 del Código Civil español<sup>107</sup> señalaba *“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”*.

Sin embargo, actualmente dicho artículo se encuentra derogado en virtud del Artículo 217 del Código de Enjuiciamiento Civil, que al efecto dispone:

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

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

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

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

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

---

[causas-tramite-directo-ante-camara-apelacion-fa15370034-2015-08-18/123456789-430-0735-1ots-eupmocsollaf?#](#) Fecha de consulta: 17-08-2017.

<sup>107</sup> Publicado en Real Decreto del 24 de Julio de 1889.



*6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". (El énfasis es nuestro).*

Si entendemos que los incisos primeros de este citado artículo corresponden a las reglas generales y rígidas que recaen sobre la prueba, el legislador de todos modos se ha preocupado por establecer variadas excepciones<sup>108</sup> en la regulación legal especial, así como en normas sustanciales, tal como sucede en los incisos finales del citado precepto.

Como se señaló, el apartado número sexto contempla dos elementos fundamentales de esta aligeración: "La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el principio de facilidad, de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras para la otra parte ésta resulta más fácil o más cómoda. En este segundo caso hablamos de *cheapest information provider*"<sup>109</sup>. Esto último, hace hincapié en el hecho de que el legislador ha tenido en cuenta los costos económicos asociados a producir o conseguir un elemento probatorio. En definitiva, se impone dicha carga a quien le sea más sencillo obtenerla.

## **2.2. La carga de la prueba en la garantía legal de los consumidores: presunciones en el Decreto Legislativo 1/2007**

**2.2.1.** En materia de consumo, el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/2007, establece el régimen general de responsabilidad en la materia: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y

---

<sup>108</sup> Otras excepciones las encontramos en:

- **La Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor**, en la que se establece en su art. 1, que el conductor del vehículo a motor es el responsable en virtud del riesgo creado por la conducción de este.
- **La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguros**, que incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos asegurados dentro de la póliza. Artículo 38.2.
- **La Ley 17 /2001, de 7 de diciembre, de Marcas**, cuyo art. 58 recoge que "en la acción de caducidad por falta de uso de la marca corresponderá al titular de la misma demostrar que ha sido usada con arreglo al artículo 39 o que existen causas justificativas". Consulta en línea: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/inversion-de-la-carga-de-la-prueba-en-procedimientos-por-danos-causados-a-consumidores> Fecha de consulta: 21-06-2017.

<sup>109</sup> LUNA Y., Álvaro. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria. Working paper N° 165. Revista In Dret 04/2003. Barcelona, Octubre de 2003. [http://www.indret.com/pdf/165\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/165_es.pdf). Fecha de consulta: 17-10-17.

usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”<sup>110</sup>.

**2.2.2.** Por su parte, el Artículo 114 del Real Decreto Legislativo 1/2007 señala que “el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del contrato”<sup>111</sup>.

**2.2.3.** El Artículo 123 contiene un párrafo específico que regula la carga probatoria según presunciones, al señalar “(...) salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad”<sup>112</sup>. Esta norma, según MARTÍNEZ suaviza la dificultad que supondría para el consumidor demostrar la falta de conformidad<sup>113</sup>.

Analícemos brevemente esta institución.

---

<sup>110</sup> Artículo 147 del Decreto N° 1/2007, de fecha 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>111</sup> Artículo 114, op.cit.

<sup>112</sup> Actualmente el Artículo 123 del Decreto Legislativo 1/2007 reza lo siguiente: 1. El vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega. En los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad.

2. Salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior.

3. El vendedor está obligado a entregar al consumidor o usuario que ejercite su derecho a la reparación o sustitución, justificación documental de la entrega del producto, en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho.

Del mismo modo, junto con el producto reparado o sustituido, el vendedor entregará al consumidor o usuario justificación documental de la entrega en la que conste la fecha de ésta y, en su caso, la reparación efectuada.

4. La acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en el capítulo II de este título prescribirá a los tres años desde la entrega del producto.

5. El consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación.

Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido.

<sup>113</sup> MARTÍNEZ, E. Pascual. (2013). La carga de la prueba en la garantía legal. Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 6/2013. Pp. 36-47. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> Fecha de consulta: 16-08-17.

La normativa antes citada ha sido motivo de múltiples interpretaciones:

a) Una posibilidad consiste en entender que la presunción rige por los primeros seis meses y que luego de transcurrido ese plazo de tiempo, “la prueba del defecto se traslada al consumidor, por lo que ha de ser éste quien acredite la falta de conformidad y que la misma resulte originaria, señalando que, si del resultado del informe aportado por el consumidor resulta tal extremo, procederá a realizar la reparación o sustitución del bien, a elección del cliente”<sup>114</sup>. Así, transcurrido el plazo garantista que otorga esta normativa, la carga de la prueba seguirá las reglas ordinarias, por cuanto le corresponderá al consumidor acreditar todos aquellos elementos de la responsabilidad.

b) Otra vía, proviene de una interpretación sistemática de la legislación de protección al consumidor. Por su parte, la norma en comento establece una presunción de carácter legal o *iuris tantum*, y por tanto puede ser desvirtuada por la aportación de hechos impeditivos o extintivos de la pretensión del consumidor. Así entonces, “es el vendedor el que debe probar que la falta de conformidad es imputable al consumidor o que no existía en el momento de la entrega<sup>115</sup>”. Así lo ha afirmado la jurisprudencia de la Audiencia Provincial<sup>116</sup> de Zamora, Alicante, Valencia y León -entre otros-. Sin embargo, transcurrido el plazo de seis meses, se seguirán las reglas que rigen la carga de la prueba en el derecho al consumidor, aplicando así las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en especial los Artículos 217 -en particular su numeral sexto antes citado- y siguientes, en todo aquello que rige la inversión del *onus probandi*, una vez que “advertido y denunciado el defecto, es el vendedor el que debe acreditar el funcionamiento correcto, sin que pueda exigir al consumidor que demuestre su falta de negligencia o la diligencia debida, ya que nunca se presume la negligencia y quien lo afirma ha de probarlo”<sup>117</sup>.

En definitiva, la carga probatoria estará sujeta a las circunstancias particulares del caso, teniendo en cuenta para ello la disponibilidad y facilidad probatoria que tienen las partes con respecto al defecto específico que adolece el producto o servicio. Para esto, y tal como vimos anteriormente, se podrá recurrir a las presunciones judiciales y legales que permitan

---

<sup>114</sup> Martínez E. Pascual. Op. cit. pp.37.

<sup>115</sup> Op. Cit. pp.39.

<sup>116</sup> A modo de ejemplo podemos citar los siguientes fallos: SAP Valencia 20-3-2007 (JUR 2007/272766, SAP Zamora 1-10-2009 (AC 2009/2255), SAP Murcia 6-11-2007 (JUR 2008/94408), SAP La Coruña 7-4-2009 (JUR 2009/304716), SAP Tarragona 16-7-2009 (AC 2009/1881). Cuyos contenidos están referidos brevemente en Martínez Pascual. Op. Cit.

<sup>117</sup> Op. cit. pp.38.

alcanzar un estado de certeza en el juez competente, sobre las alegaciones efectuadas en el proceso.

### **3. UNIÓN EUROPEA:**

#### **3.1. Reconocimiento normativo y jurisprudencia**

A continuación, presentaremos el Caso C- 497/13, resuelto por la Corte de Justicia de la Unión Europea, cuyo extracto de sentencia fue publicado por una *press release* N° 63/15<sup>118</sup> en Luxemburgo. Dicho caso, trata de una demanda infraccional interpuesta por la Srta. Froukje Faber en contra del vendedor de un auto usado, en virtud de la falta de conformidad del producto adquirido respecto del contrato.

En el caso en comento, se utilizaron los preceptos legales plasmados en la Directiva 1999/44/EC<sup>119</sup> de la Unión Europea, que en términos generales regula aquella situación en que exista una falta de conformidad con el producto adquirido y, el consumidor pretenda hacer efectivos los derechos y la protección que le otorga esta normativa ya citada, deberá informar al proveedor/vendedor de esta falta de conformidad dentro de los dos primeros meses desde el momento en que se ha descubierto esta falla. Igualmente, en el caso de que estas fallas se manifiesten dentro de los primeros seis meses luego de la compra, existe una “relajación” de la carga de la prueba, puesto que se presumirá que la falla existía al momento de la compra del producto<sup>120</sup>.

Sin embargo, esta alteración de la carga de la prueba no es absoluta:

De todos modos, le corresponde al consumidor probar ciertos hechos; en primer lugar, deberá probar que las fallas del producto adquirido se encuentran disconformes con lo pactado en el contrato, por ejemplo, que no tienen las cualidades mencionadas en él o bien, no sirven para el propósito normal al que se destina el producto. Cabe precisar que el consumidor no debe probar que la causa de la falta de conformidad ni que su origen es atribuible al vendedor. En segundo lugar, deberá probar el consumidor que la falla se hizo evidente dentro de los seis meses luego de la entrega.

---

<sup>118</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de la Unión Europea, de 4 de Junio de 2015. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164727&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=381387> Fecha de consulta: 21-06-17.

<sup>119</sup> Directiva 1999/44CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>120</sup> Según lo señalado en el numeral tercero del Artículo 5 de la Directiva antes citada.

Así entonces, una vez que el consumidor ha entregado evidencias para probar lo anterior, este se ve relevado de la carga de probar que la falla del producto existía al tiempo de su compra. Sin perjuicio de esto, el proveedor/vendedor podrá probar, asimismo, que la falla no provenía de fábrica o desde el momento en que fue adquirido, sino que el origen de dicha falla se ocasionó a partir de un acto u omisión luego de la entrega del bien.

Vemos entonces, que efectivamente la Unión Europea, dentro de las directrices y normas que regulan los derechos básicos del consumidor, ha establecido esta carga probatoria aligerada o dinámica, puesto que se transforma en una ventaja establecida en favor del consumidor para efectos probatorios, una vez que el demandante pueda probar ciertas circunstancias empíricas.

#### **4. PERÚ**

##### **4.1. Código Procesal Civil:**

Este cuerpo normativo reconocería de manera implícita y con carácter de supletoria, la aplicación del deber de colaboración, alterando las normas que regulan la carga de la prueba.

El Artículo 282 de este cuerpo normativo, dispone: “Presunción y conducta procesal de las partes. El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”<sup>121</sup>.

En este sentido, se ha dicho que “el derecho ha instituido los sucedáneos de los medios probatorios para evitar que el juzgador deje de resolver los conflictos por la insuficiencia o imposibilidad de los medios probatorios (principio pro operario). Esto significa que no debe limitarse la actividad probatoria a la labor de verificación de lo aportado por las partes, sino que el juez también puede encontrarse inmerso en esa actividad”<sup>122</sup>.

“En tal sentido, admitida su conveniencia, estimamos que es pertinente que se regule normativamente de manera expresa, de suerte que, de un lado se le conceda al Juez una

---

<sup>121</sup> Artículo 282 del Código Procesal Civil peruano.

<sup>122</sup> DONAIRES, Sánchez, Pedro. (2014). Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en Revista de Derecho y Cambio Social. pp.9.

herramienta que le permita flexibilizar la carga de la prueba, de manera excepcional, en aquellos casos en que aparezca evidente en que una de las partes tiene el control sobre la prueba o que el acceso a la misma para la otra parte deviene en muy difícil o excesivamente onerosa y, de otro lado, se les brinde a los litigantes un marco normativo que asegure debidamente su derecho de defensa y la seguridad jurídica, posibilitando de este modo la aplicación de la TCPD en concordancia con las normas constitucionales que preservan el debido proceso, particularmente, el derecho de defensa en juicio”<sup>123</sup>.

## **4.2. Jurisprudencia relativa a las cargas dinámicas.**

### **4.2.1. Tribunal Constitucional.**

Ha sido este Tribunal quien se ha pronunciado respecto de la aplicación de las cargas dinámicas.

Justamente, en el fallo N° 1776-2004-AA/TC27 se consagra lo antes mencionado: “Resolución que en el inciso c del numeral 50, expone textualmente: “La utilización de la prueba dinámica. Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196º del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. (...) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos:

---

<sup>123</sup> CAMPOS M., Walter. (2013). Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. apuntes iniciales. Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9. Perú. pp.213.

violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI)<sup>124</sup>.

#### **4.2.2. Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual**

En este caso, presentaremos un extracto - a modo meramente referencial- de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, que también ha tenido la oportunidad de aplicar la TCPD, en el caso de doña Liliana Carbonel Cavero, tramitado ante dicha entidad con el expediente N° 327-96-C.P.C. en la denuncia que interpone ésta contra la agencia de viajes Finantour S.R.L., por infracción a la Ley de Protección al Consumidor. En esta oportunidad, el Tribunal competente del INDECOPI, a través de la Resolución N° 102-97-TDC en el punto III.2, ha señalado que: “la carga de la prueba sobre si se informó o no al consumidor respecto de la existencia de escalas que no eran previsibles empleando su diligencia ordinaria debe ser asumida por aquél que maneja esta información y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre tal hecho: el proveedor es quien se encuentra en mejor posición para poder demostrar si efectivamente informó al consumidor sobre estas circunstancias no previsibles. En el presente caso, sin embargo, la denunciada no ha presentado prueba alguna que demuestre que informó al consumidor del número de escalas existentes. Por los motivos expuestos, la Sala considera que debe confirmarse la resolución impugnada en este extremo por haberse vulnerado el derecho del consumidor a recibir la información adecuada previsto en los artículos 5 inciso b) y 15 del Decreto Legislativo N° 716”.

## **5. ESTADOS UNIDOS**

---

<sup>124</sup> Expediente N° 1776-2004-AA/TC27, numeral 50, letra C. En: DONAIRES, Sánchez, Pedro. (2014). Op. Cit. pp.11.

Analizaremos de manera tangencial la institución del “*discovery*”, que rige a los procedimientos judiciales norteamericanos a través de las Federal Rules of Civil Procedures<sup>125</sup>.

“En general, el *discovery* puede ser definido como un mecanismo procesal prejudicial (pre trial), orientado a la obtención (sic) de información probatoria relevante para el desarrollo de un juicio posterior”<sup>126</sup>.

Sin perjuicio del concepto preliminar ya referido, parece necesario plantear un panorama general y esclarecedor de lo que significa este mecanismo del common law, introducido para subsanar algunas de las falencias probatorias que ya hemos visto. En este sentido, la institución del *discovery* se ha entendido como “un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información, principal pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva teórica, cumple diversas funciones. En parte cumple una función equivalente a la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba, en la medida en que permite preservar un determinado testimonio que, por las razones que sean, la parte instante cree que no podrá practicarse en la vista del juicio. Sirve también para confrontar a un testigo que sí pueda acudir al juicio con sus propias declaraciones, en caso de que resulten contradictorias. Pero primordialmente sirve para perfilar tanto la propia posición como la posición del contrario”<sup>127</sup>.

En efecto, y en relación con el último aspecto, uno de los propósitos a los que más claramente sirve el *discovery* es el de intentar promover que la resolución de los procedimientos responda en la mayor medida posible a la realidad de los hechos y dependa, en cambio, lo menos posible de tácticas más o menos ingeniosas o sorpresivas de los abogados durante el juicio<sup>128</sup>.

## **CAPÍTULO V. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 19.496. BOLETÍN 9369-03**

---

<sup>125</sup> Atendido a su carácter federal, estas normas se aplicarán para los litigios que se susciten en un contexto de tribunales federales y no de cada Estado.

<sup>126</sup> SALDÍAS, David. (2017). op cit. pp. 112.

<sup>127</sup> GUAL G., Cristián. (2011). Breves apuntes sobre el Discovery. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. [www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3080/documento/articuloUM.pdf?id=2994) Fecha de consulta: 26-7-17. pp.115.

<sup>128</sup> *Ibidem*.



## **1. El Proyecto de Ley**

Con fecha 2 de junio de 2014, se envió el Mensaje N° 141-362 a la Honorable Cámara de Diputados con el objeto de promover la modificación de la Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y en particular, propender hacia el fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC), bajo el entendido de que “el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de chilenos, especialmente en el ámbito de sus intereses individuales”<sup>129</sup>.

En términos generales, el proyecto, además de fortalecer las funciones fiscalizadoras y sancionadoras, otorgarle la facultad para interpretar la ley y de dictar instrucciones de carácter general al SERNAC, pretende ampliar las atribuciones de la Asociación de Consumidores, así como incrementar los montos de las multas por infracciones a Ley en comento y aumentar el plazo de prescripción de las acciones a dos años<sup>130</sup>.

En suma, dicho proyecto busca otorgar soluciones y mecanismos judiciales que permitan una real y eficaz tutela de los intereses hechos valer por los consumidores. El Mensaje señaló que “se puede constatar que el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de chilenos, especialmente en el ámbito de sus intereses individuales”<sup>131</sup>. Así, se pretendió incorporar modificaciones que permitieran una solución más justa “a fin de que los conflictos que afectan a una gran cantidad de ciudadanos en el tráfico económico se resuelvan dentro de plazos razonables”<sup>132</sup>.

### **1.1. El estado actual del Proyecto**

Ya en el año 2015 se aprobó el texto de ley por la Cámara de Diputados, enviándose con fecha 19 de mayo de dicho año, a la Cámara Revisora. Luego, el 29 de junio de 2016, se aprobó el segundo informe de comisión, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación de Justicia y Reglamento.

---

<sup>129</sup>Mensaje del S.E. Presidente de la República con que se inicia el Proyecto de ley que modifica la Ley N°19.496, 2 de junio de 2014.pp. 2.

<sup>130</sup> Ideas que se desprenden de la lectura del Mensaje del Proyecto de Ley en comento.

<sup>131</sup> Mensaje del S.E. Presidente de la República con que se inicia el Proyecto de ley que modifica la Ley N°19.496, 2 de junio de 2014.pp. 2.

<sup>132</sup> *Ibidem*

En 2017, habiendo transcurrido el segundo y tercer trámite constitucional, se envía el 26 de octubre, mediante el Oficio N° 13.600 al Tribunal Constitucional a efectos de realizar el control preventivo.

## 2. El Artículo 50 Q inciso 5° y la carga dinámica

Dado el objetivo del presente trabajo, cobra especial relevancia mencionar el Artículo 50 Q, que regula en su inciso quinto, la incorporación de la carga dinámica de la prueba.

En la sesión número 25 de la Legislatura 363° de fecha 19 de mayo de 2015 de la Cámara de Diputados, se dejó constancia de que dentro del Artículo 50, “5.- Se precisa de mejor manera el procedimiento aplicable al conocimiento de las acciones destinadas a obtener la indemnización de perjuicios por infracción a esta ley y la competencia para conocer de ellas corresponderá a los juzgados de policía local. En este procedimiento destaca la incorporación de la llamada “carga dinámica de la prueba”, ya que el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio”<sup>133</sup>.

Dicho artículo reglamenta el procedimiento aplicable ante el ejercicio de las acciones a título individual que se deduzcan para obtener la indemnización de perjuicios que deriven de infracciones a la Ley de Protección al Consumidor. Así, dentro de la audiencia de contestación, conciliación y prueba de carácter concentrada, las partes pueden realizar todas las gestiones necesarias para acreditar sus pretensiones; oponer de excepciones, rendir la prueba y promover los incidentes pertinentes. En cuanto a la carga de la prueba, el inciso quinto en comento señala que:

*“En el aludido comparendo, **el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio**, lo que comunicará a ellas para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder. Para efectos de rendir la prueba ordenada*

---

<sup>133</sup> BOLETIN DE SESIONES. Cámara de Diputados, Sesión 25°, martes 19 de mayo de 2015. pp. 25. <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11142&prmTIPO=TEXTOSesion>. Fecha de consulta: 17-11-17.

*conforme a este inciso, el juez citará a una nueva audiencia con ese único fin, la que deberá ser citada a la brevedad posible*<sup>134</sup>. (El énfasis es nuestro).

Sería este el caso en que nuestra legislación, por vez primera estaría aceptando un régimen de carga dinámica, otorgándole facultativamente al juez la posibilidad de anunciar a las partes litigantes qué hechos deberán probar conforme a los menores costos de producirla o bien la cercanía con los medios de prueba. Es el caso entonces, en que se “posibilitará al tribunal determinar, caso a caso, si la situación justifica el establecimiento de una carga dinámica, donde sea quien esté mejor posicionado para proporcionar la prueba el llamado a realizarlo y no quien se acuerdo a la generalidad haya afirmado el hecho”<sup>135</sup>.

De todos modos, cabe mencionar que al menos doctrinalmente, la profesora GONZÁLEZ<sup>136</sup> ya ha delimitado los requisitos mínimos para la aplicación de las cargas dinámicas.

- a) Hechos controvertidos; “es necesario que no se haya podido dar por establecido un hecho ya que de lo contrario no surge la necesidad de utilizar las normas sobre carga de la prueba”<sup>137</sup>.
- b) Desigualdad de posiciones: “respecto a la relación jurídica que ostentan las partes ésta deberá ser desigual respecto al nivel de información que se posee o a las pruebas que se tienen en su poder”<sup>138</sup>. Esto traerá como consecuencias que exista una situación de disponibilidad y facilidad probatoria por una de las partes, respecto de la cual se asume que la fuente de prueba se encuentre en su poder y, por ende, sea más sencillo introducirla en juicio<sup>139</sup>.
- c) Advertencia oportuna sobre quién recaerá y las consecuencias de la falta de aportación: “finalmente, la parte empoderada de mejor manera para rendir la prueba y a la cual excepcionalmente se le impondrá la carga de probar deberá saberlo con anterioridad por medio de la advertencia que se le debe efectuar por el

---

<sup>134</sup> Oficio N° 13.600 al Tribunal Constitucional, para control preventivo. 26 de octubre de 2017, Valparaíso, Chile. pp. 33. [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9783](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9783). Fecha de consulta: 17-11-17.

<sup>135</sup> GONZÁLEZ C., María de los Ángeles. Op. Cit. pp.40.

<sup>136</sup> Op. Cit. pp.42 y ss.

<sup>137</sup> Op. Cit. pp.46.

<sup>138</sup> Op. cit. pp. 47

<sup>139</sup> Op. Cit. pp. 44.

juez antes de la etapa de la rendición de prueba en el proceso, para así no producir inseguridad jurídica”<sup>140</sup>.

Será entonces necesario, precisar el alcance de la incorporación expresa de la doctrina de las cargas dinámicas, para evitar la transgresión de derechos básicos procesales, así como de los principios que informan a todo procedimiento.

## **2.1. La problemática de su aplicación**

Como vemos, la prevención del Artículo 50 Q inciso quinto es bastante abstracta, dejando su implementación a criterio del juez. Ante esta situación, se deberán establecer mecanismos y elementos para su justa aplicación.

### **2.1.1. Fijación de criterios**

La primera dificultad dice relación con fijar los criterios para la determinación de circunstancias que permitan entender que una parte tiene la disponibilidad y facilidad probatoria con respecto a un medio o fuente de prueba. En cuanto a dichos estándares, la regla general será que quien pretenda el desplazamiento de la carga procesal, acompañará los antecedentes que permitan deducir al juez que su parte contraria se encontraba o se encuentra actualmente en mejores condiciones respecto a la prueba a rendir en el proceso<sup>141</sup>, a menos, que aparezcan de manifiesto.

Si bien ambos criterios son indeterminados, será tarea de la jurisprudencia y doctrina ir afinando los márgenes para su correcta aplicación.

### **2.1.2. La celeridad y concentración**

Otra dificultad que podría aparecer en la aplicación de esta norma surge de la intención del legislador en otorgarle celeridad y concentración a los procedimientos en que se conozca la acción a título individual para obtener la responsabilidad del proveedor. En la audiencia de contestación, conciliación y prueba, el juez podrá estimar que una de las partes tiene disponibilidad y facilidad<sup>142</sup> respecto del material probatorio, debiendo citar a nueva audiencia.

---

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> BARBERIO J., Sergio. (2003). ¿Qué debe probar el que no puede probar? *En*: PEYRANO W., Jorge, op. Cit. pp.102. *En*: GONZÁLEZ C., María de los Ángeles. (2011). Op. Cit. pp. 43.

<sup>142</sup> Según lo dicta el inciso quinto del Artículo 50 Q del Proyecto en comento.

En la práctica, se verán reducidos los intentos de finiquitar la etapa de discusión y prueba en una sola audiencia, ampliándose el tiempo de discusión. Al efecto, si bien el texto del proyecto señala que a esta nueva audiencia se citará a la brevedad, debe considerarse un tiempo prudente para la recopilación de los elementos probatorios que le ha exigido el juez a una o ambas partes.

Por otro lado, y considerando que el inicio del procedimiento tendrá carácter escrito, como también las presentaciones que las partes realicen con anterioridad a la audiencia única de discusión, el juez deberá realizar un acucioso examen de las peticiones que hayan realizado las partes para poder determinar cómo distribuirá la carga de la prueba. En este entendido, al momento anterior a la realización de la audiencia de contestación, conciliación y prueba, lo normal será que en el expediente conste únicamente la demanda que haya presentado el consumidor, por lo que el examen anterior a la audiencia en la práctica sólo recaerá en las peticiones del actor. Luego, en la misma audiencia oral, el juez casi de manera inmediata deberá determinar si en el caso en concreto, corresponde utilizar la institución de la carga dinámica, impidiéndole así constatar minuciosamente la procedencia de esta inversión del *onus probandi*.

## **CONCLUSIONES**

1. Hemos puesto de manifiesto aquellas problemáticas más importantes en el derecho procesal y que dicen relación con la capacidad de llevar al juez a un estado tal de convencimiento que no exista otra opción que acoger una de las peticiones efectuadas en juicio. Así, la carga de la prueba constituye una de las instituciones más relevantes y complejas que rodean a las pretensiones hechas valer en juicio, y que finalmente a través de la aportación de prueba, logran dotarlas de materialidad, dejando de lado su mera consagración formal.

Lo fundamental del análisis planteado, dice relación con la existencia actual de válvulas de escape a los sistemas rígidos y tradicionales que consagran la carga de probar, que no consideran las situaciones particulares a las que se ven enfrentadas hoy en día las partes contratantes. Estas reglas estáticas vuelven aún más injustos aquellos escenarios procedimentales en que la disparidad de información, el acceso a factores productivos o la pesquisa de cada eslabón en cadenas complejas de producción en masa, inundan las relaciones contractuales. El alcance de la verdad material o la consecución de una tutela

efectiva de las pretensiones hechas valer en juicio, se alejan de las partes cuando le damos un enfoque meramente privatístico al proceso.

2. La incorporación de la carga dinámica a nuestro ordenamiento procesal civil ha sido rechazada por el Poder Legislativo y parte de la doctrina, impidiendo su consagración en el Proyecto de Código Procesal Civil. De todas maneras, la posición postulada en el presente trabajo, basándose en un ideal del proceso con carácter publicista, requiere con urgencia de modificaciones estructurales que permitan evitar los abusos acentuados por la rígida normativa actual, en todos aquellos casos de desigualdad de información, económica y productiva planteados con anterioridad. En este entendido, el legislador ha reconocido la necesidad de legislar en la materia, a través del Proyecto de Ley que pretende modificar la actual Ley N°19.496, incorporando de manera expresa la posibilidad de alterar la carga de probar en base a la doctrina de las cargas dinámicas y la disponibilidad y facilidad probatoria con que cuenten las partes en el proceso. Aludimos en el apartado anterior las dificultades que aquella norma pudiese plantear en el futuro y la incerteza que podría generar si no se delimita el ámbito de su aplicación. Reconocemos de todas maneras, los beneficios de dicha iniciativa legislativa y las ventajas que pueda acarrear.

3. Por su parte, el principio de colaboración surge como aquella institución inmersa en las normas actuales y en las futuras modificaciones legales, dado su carácter de principio formativo del procedimiento. Como vimos, esta idea inspiradora de las normas procesales produce las consecuencias previstas por el legislador cuando -en general- las partes e incluso terceros, omiten negligentemente colaborar con la consecución del proceso. No queremos implicar, que las partes deben cooperar en el desenvolvimiento de los actos procesales ni en la aportación de prueba cuando estos evidentemente les perjudiquen. A menos que exista un mandato legal que imponga a las partes, la carga de aportar con ciertos medios de prueba, bajo sanción de que su omisión, acarree sanciones previstas en la ley, ya sea bajo la construcción de penas económicas o bien, mediante reacciones probatorias en contra de sus intereses. En este sentido, siguiendo a PEYRANO; 'de todo lo apuntado existe un movimiento en pro de exigir un nivel de actividad probatoria a las partes que anteriormente no se le exigía y quitarles -algo, al menos- la posibilidad técnica de refugiarse en una cómoda inactividad, inactividad ésta contraria al imaginario social que cada día más concibe al proceso civil como una empresa compartida en post de un ideal

común, que no es otro que el de averiguar dónde está la razón y dónde la falta'<sup>143</sup>. Más aún, cuando “la virtud de la colaboración procesal de las partes es que hace más probable la obtención de una determinación verdadera de los hechos, lo que permite una aplicación de la norma jurídica más correcta, permitiendo su efectividad”<sup>144</sup>.

4. Un tercer mecanismo corrector de las desigualdades manifiestas en el ámbito del consumo son las instituciones civiles de la responsabilidad objetiva y las presunciones de culpa. Éstos pretenden evitar asignar la carga de la prueba en aquella parte a la que le resulta en extremo difícil u oneroso. Si aplicáramos la responsabilidad objetiva en favor del consumidor, estaríamos reconociendo *ex ante* la circunstancia de que el proveedor en su cadena productiva desarrollaría per sé una actividad riesgosa, por lo que, en el evento de la existencia de un producto defectuoso que cause daño -por ejemplo- la obligación de indemnizar dichos perjuicios, una vez probado el hecho, el daño y la causalidad entre ambos, recaería sobre el proveedor sin reconocerle la facultad de probar su diligencia. Por su parte, las presunciones de culpa significan una medida menos intrusiva al derecho de igualdad y defensa de las partes, puesto que el legislador debe reconocer que las consecuencias de ciertos hechos son causados necesariamente por la negligencia de su actor, puesto que de lo contrario no produciría daño. Así, se aliviana la carga de aquella parte que ha obrado diligentemente, al contrario de aquel que se comporta de manera negligente, sobre quien recaerá la carga de acreditar que su actuar se ha apegado al cuidado debido.

5. La práctica legislativa y jurisprudencial comparada deja en evidencia la especial preocupación que se ha tenido en cuenta para regular situaciones contractuales que requieren de un resguardo e intervención estatal mayor. En efecto, países como Argentina, España, Estados Unidos y Perú, han reconocido normativamente beneficios procesales a las partes “más débiles” con motivo de otorgar una tutela judicial efectiva. Para esto, las normas en comento introducen aligeraciones probatorias, ya sea a través de inferencias conductuales respecto a la tenencia de ciertos medios probatorios, presunciones de

---

<sup>143</sup> PEYRANO, Jorge. (2002). “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos Procesales”, tomo I, Editorial Juris, Rosario, Argentina. pp. 562. En: AVENDAÑO L., Ignacio. (2016). Cargas probatorias dinámicas en el proyecto del CPC. <http://lexweb.cl/cargas-probatorias-dinamicas-en-el-proyecto-del-cpc/>. Fecha de consulta: 21-09-17.

<sup>144</sup> MATURANA B., Javier. (2015). Op. Cit. pp.10.

culpabilidad, o bien, simplemente exigiendo una mayor colaboración a quien litiga en una posición dominante.

6. En definitiva, y siguiendo a MATURANA, su incorporación como inferencias probatorias adversas, cuyas sanciones las encontramos reguladas de manera inorgánica a lo largo del proyecto de nuevo código procesal civil, corresponden a “una decisión acertada, porque sigue la extendida experiencia comparada de destacados países y porque permite cumplir con la misma finalidad que se pretendía con la carga dinámica de la prueba, pero sin sus complicaciones teorías, ni dificultades prácticas”<sup>145</sup>.

7. Para finalizar no podemos dejar de notar que las normas positivas en que se presenta el principio de colaboración son de carácter imperativo para los jueces, puesto que contienen supuestos de hechos donde se consagran conductas colaborativas exigibles a las partes, que, en el evento de transgredirse, deben aplicarse las sanciones estipuladas por el legislador. Por su parte, la utilización de la alteración del *onus probandi* a través de la carga dinámica, estará sujeta a la discreción judicial pero informada por los estándares fijados por el Proyecto de Ley de disponibilidad y facilidad probatoria. A fin de cuentas, ambas instituciones no deben tenerse por excluyentes, sino que, por el contrario, como remedios que realzan la idea de equiparar la posición de las partes en contextos de marcada desigualdad.

---

<sup>145</sup> MATURANA B., Javier. (2015). Op. cit. pp.2.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO V., Adolfo. (2006). Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. Tomo I. Editorial Juris. Rosario, Argentina.
- AVENDAÑO L., Ignacio. (2012). Cargas Probatorias Dinámicas en el Proyecto del Código Procesal Civil. <http://www.lexweb.cl/cargas-probatorias-dinamicas-en-el-proyecto-del-cpc>
- BARROS B., Enrique. (2008). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile.
- BENTHAM, Jeremías. (1971). Tratado de las pruebas judiciales, traducción de Manuel Ossorio F., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Tomo II.
- BERIZONCE R., Omar. (2002). El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por audiencias, "La prueba. Homenaje al maestro Devis Echandía", Bogotá, Editorial del Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre.
- BERMÚDEZ, Martín. (1997). El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista Temas Jurídicos. N° 11.
- BONET N., José. (2009). La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales. Madrid, España, Grupo Madrid, Difusión Jurídica.
- BULLARD G., Alfredo. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Thémis Revista de Derecho* 50°.
- BOLETIN DE SESIONES. Cámara de Diputados, Sesión 25°, martes 19 de mayo de 2015. pp. 25. <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11142&prmTIPO=TEXTOSesion>.
- CAMPOS M., Walter. (2013). Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. apuntes iniciales. *Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9*. Perú.
- CARTES P., Rodrigo. (2009). Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. La buena fe en el procedimiento civil. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106918>
- CHIOVENDA, Giuseppe. (1954). "Instituciones de derecho procesal civil". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- DEVIS E., Hernando. (2005). Teoría General de la Prueba judicial, T.2. p.376. En: *Estudios iberoamericanos de derecho procesal: libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez / compilador Carlos J. Sarmiento Sosa*. 1 ed. Caracas, Venezuela. Editorial Legis.
- DÍAZ B., María, HENAO C., María, JACÓME S., María, JARAMILLO S., Andrés, *et al.* (2014). De la inversión de la carga de la prueba en el derecho aeronáutico. Desproporción de la carga de la prueba en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, equipaje y mercancías. Universidad Estud. Bogotá, Colombia.
- DONAIRES S., Pedro. (2014). Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en *Revista de Derecho y Cambio Social*.
- FLORES D., Camila. (2012). Análisis de la facilidad probatoria establecida en el procedimiento de tutela laboral -aspectos doctrinarios-. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- FUEYO L., Fernando. (1976). Interpretación y Juez. Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Juris. Santiago, Chile.
- GALLART F., Alejandro. (1936). Derecho español del trabajo. Editorial Labora, Barcelona.
- GIANNINI, Leandro J. (2010). Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2458246](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458246) .
- GOMÉZ P., Fernando. (2001) Carga de la prueba y responsabilidad objetiva.
- GONZÁLEZ C., María de los Ángeles. (2011). La carga dinámica y sus límites. En especial el límite impuesto por la no incriminación. Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- GONZÁLEZ C, A. y SLANZI R, P. (2011). Alcances del concepto de buena fe en el nuevo ordenamiento procesal laboral. Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/111495>.
- LEPORI W. Inés y PEYRANO, Jorge. (2004). Cargas Probatorias Dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.
- LORENZINI B., Jaime. (2013). Protección Efectiva del Consumidor. Espacio Público. Documento de Referencia N°4/2013. Santiago, Chile. <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/05/12.pdf>
- LÓPEZ M. Marcelo. (1988). La doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Tomo Zeus. N° 76. Zeus Editora S.R.L. [http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dasa990043-lopez\\_mesa-doctrina\\_las\\_cargas\\_probatorias.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dasa990043-lopez_mesa-doctrina_las_cargas_probatorias.htm).
- MARTÍNEZ E., Pascual. (2013). La carga de la prueba en la garantía legal. Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 6/2013. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- MATURANA B., Javier. (2015). Carga dinámica de la prueba: sus virtudes y los defectos que hicieron aconsejable reemplazarla por las inferencias probatorias adversas. [Inédito]
- MATURANA M., Cristián. (2012). Plazos, actuaciones judiciales, notificaciones, resoluciones judiciales y el juicio ordinario conteniendo la teoría general de la prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MORELLO, Augusto. (1991). La prueba. Modernas Tendencias. Editorial Platense, La Plata, Argentina.
- MUÑOZ, César. (2014). Las cargas dinámicas en la prueba del proceso civil: alcances y perspectivas. En: Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N°3. [http://cedej.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/02\\_Mu%C3%B1oz\\_-\\_Cargas\\_dinamicas.pdf](http://cedej.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/02_Mu%C3%B1oz_-_Cargas_dinamicas.pdf)
- PALOMO V., Diego. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?. Ius et Praxis, 19(2), 447-466. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015>.
- PÉREZ R., Juliana (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad-. [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJ\\_Cargadin%C3%A1micapruembangarresponsabilidadadministrativa.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJ_Cargadin%C3%A1micapruembangarresponsabilidadadministrativa.pdf)

PEYRANO W., Jorge. Nota a fallo, la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. [Inédito].

PICÓ I JUNOY, Joan. (2003). El principio de la buena procesal. J.M Bosch Editor. España.

PICO Z., Fernando. (2017). La carga dinámica de la prueba y el Derecho del Consumidor. <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-carga-dinamica-de-la-prueba-y-el-derecho-del-consumidor>

PINOCHET C., Francisco José. (2011). Cargas dinámicas de la prueba: el modelo chileno. Algunos comentarios sobre la propuesta de regulación legal. En Revista: Justicia Civil y comercial: Una reforma cercana. Santiago, Chile.

RIEGO, Cristián y MARIN, Felipe. (2012). La carga de la prueba. El Mercurio Legal. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2012/08/06/Carga-de-la-prueba.aspx?disp=1>

ROMERO S., Alejandro. (2012). Los principios inspiradores del Código Procesal Civil (material para curso de Instituto Chileno de Derecho Procesal e Instituto de Estudios Judiciales). Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. <http://www.iej.cl/sitio/wp-content/uploads/2012/09/PrincipiosyreglasgeneralesCPC.pdf>

SALDÍAS C., David. (2017). Deber de colaboración probatoria en el proceso civil. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile.

STÜRNER, Rolf. (2008). La obtención de información probatoria en el proceso civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXX Valparaíso.

TARUFFO, Michele. (2010). Simplemente la verdad, el juez y la reconstrucción de los hechos, Ed. Marcial Pons, Madrid.

UGARTE C., José Luis. (2004). El nuevo Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria. Santiago, Chile.

UGARTE C., José Luis. (2009). Tutela de derechos fundamentales y Carga de la prueba. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII. Valparaíso.

#### **JURISPRUDENCIA COMPARADA:**

##### **Argentina:**

*A.C.G con Pasema S.A. y Arcos Dorados S.A. y Mc Key Argentina S.A.* [2016] (CSJN).

*D.M. con Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado.* [2016] CNCivil).

*Álvarez y GCBA con Telefonía Móviles Argentina S.A.* [2015] (CABuenos Aires).

##### **Unión Europea:**

*Froukje Faber con Autobedrijf Hazet Ochten BV.* [2015](TJUE).

##### **Perú:**

*Victor A. Morales M. con Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y AFP Unión Vida.* [2007] (TC Perú).

*Liliana Carbonel C. con Finantour S.R.L.* [1997] (TDC Perú)