



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

ISSN: 2145-9355

Fundación Universidad del Norte

PÉREZ RAGONE, ALVARO JAVIER; TOLEDO, PABLO ROBERTO
Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo derecho procesal del consumo chileno*
Revista de Derecho, núm. 54, 2020, Julio-Diciembre, pp. 89-112
Fundación Universidad del Norte

DOI: <https://doi.org/10.14482/dere.54.345>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85168441005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo derecho procesal del consumo chileno*

*Evidence Flexibility And Dilemmas In The
New Chilean Costumer Procedural Law*

* Financiado por la Universidad Católica del Norte (Antofagasta, Chile).

Á L V A R O J A V I E R P É R E Z R A G O N E

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán), magíster (LL.M.) y doctor en Derecho (Dr. Iur Utr.) (Universidad de Colonia Alemania), Post. Doc. Alexander von Humboldt Fellow, miembro del Instituto y la Asociación internacional de Derecho Procesal. Profesor visitante permanente de Derecho Civil, Universidad Católica del Norte (Chile). Profesor titular de Derecho Procesal Civil, Universidad de San Pablo-T (Tucumán, Argentina). Av. Estado de Israel 1062, CP 4000, Tucumán, Argentina. Tel.: 543814180660. alvaro.perez01@ucn.cl

P A B L O R O B E R T O T O L E D O

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán), doctor en Derecho (Universidad de Rosario/ Argentina), relator Corte Suprema Tucumán, profesor de Derecho Procesal Civil, Universidad Nacional de Tucumán. Dirección: San Juan 142, 7º piso, Dpto. 5, CP 4000, San Miguel de Tucumán, Argentina. Tel.: 543814339605. pablorobertotoledo@hotmail.com

Resumen

Este estudio examina dogmática y comparativamente la carga de la prueba en materia de los procesos de consumo a partir de la reciente modificación al derecho positivo chileno al respecto. La desigualdad de las partes en el acceso y producción de la prueba es un problema permanente en el proceso de consumo. La reforma se focaliza en ello para ofrecer un mecanismo para palear aquello. Puede concluirse en resaltar lo positivo de incorporar la flexibilidad probatoria en un área como la del proceso de consumo. Ahora bien, la norma introducida debiera leerse siguiendo la distinción propiciada sobre la carga que impone, lo que permite advertir que el pasaje final de la norma es consistente con la variante de carga dinámica de la prueba en tanto exigencia de colaboración. Ello es así porque a la empresa le bastaría con aportar la prueba de la que disponga, sin ampararse en el silencio ni en la mera negativa de la hipótesis fáctica sostenida por el consumidor, pero no correría con la carga de despejar la incertidumbre sobre el hecho controvertido, como sí lo hace la primera parte de la norma. En síntesis, para esta segunda manifestación de la regla analizada, el productor debe aportar toda la información que se encuentra en su poder, pero no sufre las consecuencias de la incertidumbre que puede subsistir una vez verificada dicha colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos.

PALABRAS CLAVE

Consumidores, carga de la prueba, colaboración.

Abstract

This paper examines dogmatically and comparatively the burden of proof in the matter of costumer litigation from the recent amendment to the Chilean positive law in this regard. The problem of inequality of the parties in the access and production of evidence is a permanent problem in the costumer proceedings. The reform focuses on it to offer a mechanism to shovel that. It can be concluded by highlighting the positive aspects of incorporating evidentiary flexibility in an area such as that of the costumer proceedings. Now the introduced norm should be read following the distinction made on the load it imposes, which makes it possible to note that the final passage of the standard is consistent with the dynamic load variant of the test as a requirement for collaboration. This is so, because the company would be enough to provide the evidence it has, without relying on silence or the mere denial of the factual hypothesis held by the consumer, but would not bear the burden of clearing the uncertainty about the fact controversial, as the first part of the norm does. In synthesis, for this second manifestation of the analyzed rule, the producer must provide all the information that is in his power, but does not suffer the consequences of the uncertainty that can subsist once verified that active collaboration in the clarification of the facts.

KEYWORDS

Costumers, burden of proof, collaboration.

I. INTRODUCCIÓN

La determinación de a cuál de las partes le corresponde probar sus alegaciones fácticas judicialmente se suele situar solo en un ámbito de consideración residual y relevante cuando ya no existe más prueba por examinar y el juez se enfrenta a un escenario de insuficiencia o inexistencia probatoria (Gerhardt, 1969, 289-316). Así refiere a un concepto casi indeterminado que además solo desempeñaría un rol aparentemente subjetivo para una consideración de cierre: a quién le correspondía probar y qué debía decidir el juez con base en aquello (Prütting, 1983, p. 269; Nieva, 2011, pp. 91-120). Réplica de esta visión solo subjetiva se traduce en la norma (e interpretación) que es considerada como la “regla de la carga de la prueba” en el derecho nacional chileno (Carvajal, 2012, pp. 565-604).

En realidad, la regla de la carga de la prueba tiene una visión subjetiva, pero también otra objetiva, ambas son dos caras de la misma moneda, y desconocerlo conlleva a tergiversar la importante función que esta regla cumple. Incluso parecería ser esta la visión para quienes asumen un rol crítico a modificaciones propuestas en las que se insertan mecanismos de flexibilidad probatoria (Palomo Vélez, 2013, p. 448). La mencionada regla desempeña un rol cuyos destinatarios son las partes y el juez, pero a partir de una formulación que distribuya y atribuya claramente en la relación sustantiva quién la asumirá, sabiendo de antemano las consecuencias y pudiendo recurrir a ellas en el razonamiento probatorio (Taruffo, 2010, pp. 76-80).

Una visión reducida y tradicional de la carga de la prueba ha sido que esta cumple un rol subsidiario al momento de la apreciación y valoración de la prueba, basada en los principios probatorios *incumbit probatio qui dicit non qui negat/actori incumbit y non liquet*, debiendo aplicarla el juez automáticamente, sin interacción previa con las partes. Estos postulados se complementan con la visión errada de que la prueba pertenece y solo aprovecha o perjudica a la parte que la ofreció y rindió (Prütting, 2009, pp. 135-158). Todo ello coherente con la prohibición de “autoinculpación”. Ahora ello es atendible en materia penal y convencional, no en lo civil. A nivel del TEDH se refrendó la superación y no aplicación en sede civil del principio *nemo contra se edere tenetur*, de modo que nada obsta para que una parte pueda producir prueba que la perjudique y beneficie a la contraria. Por lo tanto, aquella constituye una premisa propia del proceso punitivo-persecutorio no trasladable a materia civil y superada en este ámbito por la cooperación procesal (Stürner, 2010, p. 147; Bentham, 1840, pp. 440-451). En realidad, aquí resulta aplicable en general lo sostenido por Couture en tanto la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario: “es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no pueda probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que señala” (Couture, 1959, p. 242; ver además y comparar Mekki, 2015).

Este artículo analiza los fundamentos de la doctrina de la llamada flexibilidad probatoria o “carga dinámica de la prueba” (en sentido amplio) con ocasión de la incorporación de una de sus

variantes en el nuevo Derecho de Consumo chileno 2018. La propuesta de la nueva regulación en materia de consumo en su art. 50Q inc. 4 Ley n° 19.496, establece 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. Es así necesario formular adecuadamente la regla general de la carga de la prueba (Lobinger, 2014, pp. 5-20). Ello condice con el estándar en materia civil de “plausibilidad relativa o probabilidad preponderante” para dar por acreditado un hecho (Allen y Stein, 2013, pp. 557 y 588-594).

A partir de ello es posible identificar casos en el derecho material en los que por las condiciones propias de la relación debe haber válvulas de flexibilidad probatorias, no necesariamente alteración de la regla de la carga de la prueba, inversión o reasignación de la misma (Schweizer, 2015, pp. 125-145). Ello queda reservado para situaciones excepcionales; mucho más útil es aplicar criterios de disponibilidad y acceso a la prueba para instar a esa parte su producción, no por la carga, sino por un deber de colaboración procesal y su rol en la relación sustantiva (Dos Santos, 2016, pp. 245-274). La referencia en la tradición anglosajona de la carga de producir la prueba, además de la carga de la persuasión del tribunal, en definitiva son fundamentales como un dispositivo para minimizar los costos del litigio (Hay y Spier, 1997, pp. 413-431; Baumgärtel, 2014, p. 21).

El “procedimiento ordinario” simbolizó cierto estándar de igualdad de trato y, al mismo tiempo, un cerrojo para que el proceso se adecue a las particularidades del derecho sustantivo en litigio (Proto Pizani, 2014, p. 50). Ello no fue neutro en lo que a la carga de la prueba se refiere y, por ende, un parámetro único y rígido sustantivo se manifiesta en el caso chileno con ocasión de la prueba de las obligaciones (Kaplov, 2012, pp. 738-855; Schweizer, 2015, pp. 125-145). Ese modelo proyecta un régimen probatorio afiliado a una conceptualización privatística del quehacer judicial, en el que se postula que solo las partes soportan las consecuencias de la omisión probatoria, ocultando la dimensión social que también atraviesa al proceso judicial, y por el cual debe existir un compromiso de todos con el resultado útil y efectivo del litigio (Morello, 2001a, pp. 85-87). Por ello, superando la distinción entre carga y deber, podría hablarse de deberes procesales de las partes en relación con el aporte de información relevante para un proceso, en muchos casos superadores del clásico imperativo de la “carga procesal” (Stürner, 1976, p. 329). Hay áreas como la del Derecho del Consumidor en las que no puede aplicarse mecánicamente la carga de la prueba tal cual está planteada en el Código Civil. Coherente con ello y desde otro plano se impone la prohibición de acordar con el consumidor cláusulas que “inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”. Ello tiene su razón de ser, pero conviene hacer una interpretación extensiva en tanto no solo que “inviertan”, sino además que pongan condicionamientos a la prueba a cargo del consumidor que la transformen en una prueba difícil o compleja que, en definitiva, desaliente su voluntad de acceso a la justicia (Fuentes Maureira, 2013, pp. 323-325).

Además se complementa con otros institutos que instan al acceso y producción de prueba necesaria para una decisión adecuada del proceso. Esta es la opción que adoptó el legislador con

cierta vaguedad y alguna imprecisión conceptual y terminológica en la reforma chilena. En realidad, la técnica empleada por el legislador refiere no a alterar la carga, sino a imponer un deber de cooperación probatoria (o carga secundaria en la terminología de la doctrina alemana) en la parte sobre la que no pesa carga probatoria alguna (Fernández, 2013, p. 828).

Este aporte se estructura en las siguientes partes: (II) Primero se parte con aclaraciones metodológica y la hipótesis de trabajo. (III) En los resultados de la investigación se profundiza a partir de la carga de la prueba una reformulación de la misma, luego se tratan los deberes de colaboración probatoria, la flexibilidad, para concluir con su aplicación en la reciente reforma al derecho del consumo chileno. Finalmente se exponen las (IV) conclusiones.

II. METODOLOGÍA E HIPÓTESIS

Este trabajo acude a la metodología dogmático-jurídica y al derecho comparado para comprender institutos y principios generales como el derecho positivo que se desea analizar. El recurso del derecho comparado permite comprender que se presentan situaciones con similares soluciones que enriquecen la mirada al propio derecho nacional como a los empleados para emplear como metodología. No es un derecho comparado descriptivo, sino insertado sistémicamente para el análisis de los problemas identificados y los resultados.

El problema jurídico que se plantea es la desigualdad probatoria de las partes en un proceso de consumo y como resolverla.

La respuesta al problema parte de la hipótesis de que la interpretación de la flexibilidad probatoria podría acudir a otra mirada desde los deberes de colaboración probatoria en lugar de la compleja carga dinámica de la prueba. La interpretación que se propone permitiría una mejor tutela de los derechos de los consumidores en lo relativo a *onus probandi*.

III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Notas generales sobre la carga de la prueba

La carga de la prueba impone distinguir como inicio entre las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho. Las primeras se someten a la interpretación y finalmente aplicación de la autoridad, en nuestro caso judicial (*iura novit curia*). En cuanto a los hechos, cabe considerar tres ámbitos: (i) la carga de persuasión en tanto las alegaciones fácticas que realizan las partes y las pruebas con determinado estándar o intensidad que acreditan aquellas; (ii) la carga de la prueba en tanto qué le corresponde probar a cada parte asumiendo las consecuencias si un hecho no resulta acreditado; (iii) la carga del impulso, prosecución y producción de la prueba, en tanto cuál de las partes gestionará en concreto la producción de determinada prueba. Los tres

ámbitos tienen reconocimiento en la tradición continental como anglosajona (Taruffo, 2010, pp. 76-79; Cristofaro, 2010, p. 283).

¿De qué forma objetivamente la ley establece la solución para el caso que una parte no pruebe cuando debió hacerlo? ¿Cómo se soluciona el problema cuando una parte cumple con la carga de alegar y construye su argumento persuasivo, pero finalmente no prueba lo afirmado? Ello se distingue de la carga de la prueba en un caso y proceso en concreto (la carga de la prueba subjetiva o positiva). Esta última se torna nítida en las situaciones en las que la ley establece en un caso concreto cuál de las partes debe probar un hecho alegado (Fernández López, 2006, p. 63). En la doctrina nacional se describe el *onus probandi* como “la necesidad de las partes de establecer los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invocan a su favor y, en caso necesario, la de probar su existencia” (Alessandri, 2011, p. 419). Este principio se establece en el inciso 1° del artículo 1698, del Código Civil chileno, según el cual “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”. Finalmente, son numerosos los casos en que la misma ley realiza modificaciones mediante presunciones, que en realidad no alteran la carga de la prueba, sino que relevan ese supuesto de prueba o bien permiten que se desvirtúe por prueba en contrario. Ello difiere de las presunciones judiciales que sí son realmente integrantes de razonamientos y mecanismos probatorios (Rodríguez Papic, 2009, p. 47).

Si bien la doctrina expuesta es la reinante en el orden jurídico nacional, esta no está exenta de críticas. En este sentido se ha señalado que el artículo 1698 es insuficiente, sería apenas una generalización prescriptiva y, por ende, admitiría consideraciones diferenciadas especiales (Bravo Hurtado, 2013, pp. 13-46; “Sernac con Banco Santander Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago 11/6/2016-Rol N° 20072-SCS-2014). Si la duda pesa sobre el hecho constitutivo, esta debe ser soportada por el actor, ocurriendo lo contrario en relación con los demás hechos (Cadiet, Normand, y Amrani-Mekki, 2013, p. 839). O sea, el incumplimiento de la carga no implica necesariamente un resultado desfavorable, sino el aumento del riesgo de un resultado negativo en el proceso (Marinoni y Cruz Arenhart, 2016, pp. 218-223). Así, otro ejemplo de flexibilidad se presenta en la reforma al proceso laboral chileno con la incorporación en determinados casos de reducir las exigencias probatorias para la parte que tiene la carga (Ugarte Cataldo, 2004, 132; Gamonal Contreras, 2008, pp. 27-32; Santibáñez Boric, 2010, pp. 83-92; Ormazábal, 2011, pp. 60-68). En el caso del proceso de tutela laboral, el mecanismo de facilitación o flexibilidad probatoria es el permitir un estándar menor, consistente en la prueba indiciaria por parte del trabajador; allí no hay ni inversión de la carga, ni redistribución de la misma, tampoco el uso del deber procesal de colaboración calificado de aporte probatorio (Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo, 2014, pp. 67-90).

a. Precisiones sobre la teoría normativa de la prueba

Cada parte en un proceso hace valer su posición motivando por qué considera (o no) aplicable a su caso determinada norma jurídica. En tanto las alegaciones de demandante y demandado

contengan hechos controvertidos relativos a los que consideran o no constituyen el presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación solicitan para su caso, surgen interrogantes cuyos destinatarios son el juez y las partes: al primero se indica cómo resolver, y a los segundos, quién tiene que probar o bien debió haber probado (carga de la prueba subjetiva). Pero además objetivamente dirime un problema eventual de insuficiencia o inexistencia de prueba para minimizar el riesgo de error en la decisión por falta de evidencia sobre el supuesto de hecho de una norma jurídica aplicable o no a un caso (Nance, 2016, pp.15-35; Rosenberg, 1927, p. 342).

Ante la ausencia de regla expresa (Leipold, 1966, p. 17; Patti, 1987, p. 85; Prütting, 1983, p. 352; Schelmer-Schulte, 1992, pp. 5-25), llegó a la conclusión lógica denominada *Normentheorie* (Patti, 1987, p. 85; Prütting, 1983, p. 352; Schelmer-Schulte, 1992, pp. 5-25), que enuncia: *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*. Así, compete a la parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica acreditar sus supuestos fácticos, lo que se considera la recepción de la teoría normativa alemana de Rosenberg. Un sistema probatorio no solo contempla aquello que se debe probar y cómo, sino también hacerse cargo de minimizar el error en la decisión de casos en la que no habrá prueba o ella será insuficiente (Caire, 2012, pp. 23-56). Además, la prueba, una vez incorporada al proceso, es común y puede beneficiar o perjudicar a las partes por igual, independientemente de quién la haya aportado (Verde, 1974, pp. 10-35).

El derecho material determina la consecuencia con base en lo que a cada parte le corresponde probar. Pero la solución no puede englobar todos los supuestos y matices especiales de las relaciones materiales, en especial aquellas en las que la parte que tiene que probar no tiene acceso a la prueba. Es que en materia probatoria pretender regular todos los supuestos a través de una fórmula rígida es incompatible con la necesidad de hacer justicia en una realidad heterogénea y cambiante, que reclama mecanismos de flexibilidad probatoria (Morello, 2001b, p. 98). Solo para mencionar un ejemplo, el PCPC2012 para Chile enuncia en su artículo 294, por un lado, la formulación de la teoría normativa. Es (era) una propuesta superadora del artículo 1698 del CC., ubicado con ocasión de “La prueba de las obligaciones”, que además incorporaba en la norma procesal una formulación más general de la carga de la prueba. Ya en el acápite siguiente veremos la propuesta del PCPC.

b. El problema del acceso dificultoso a la producción de prueba por la parte que tiene la carga

Hay casos en los que quien debe probar ese supuesto de hecho carece de acceso (o lo tiene en insuficiente medida) a la prueba del mismo. El Derecho Civil chileno conoce estos inconvenientes y los problemas que de él se derivan. Basta intentar una interpretación coordinada de los

artículos 1698 con el 1547 y 2598 del CC para justamente llegar a lo que bien se denomina “una posible variación de la regla dogmática de distribución de la carga de la prueba de la culpa” en ese caso (Domínguez, 2010, pp. 21-44; Lobinger, 2014, pp. 15-35).

Si a las posibles soluciones y disputas sustantivas al respecto se suma la necesidad de claridad para la solución judicial de ello y que el juez debe tender a acercarse a la verdad de lo acontecido, surgen necesariamente las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria (la doctrina de *Beweiserleichterung* o facilidad de la prueba en la doctrina alemana) (Leipold, 2008, pp. 77-99). El segundo inciso del proyectado artículo sobre la “carga de la prueba” en el Proyecto chileno de CPC regula procesalmente estos problemas sustantivos: “El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria”. Es importante tener en cuenta esta formulación, ya que más adelante veremos que es la incorporada por el legislador en la reforma en materia de consumo (Corral Talciani, 2013, p. 107).

Es que el proceso civil del siglo XX y XXI es un proceso enemigo de la sorpresa y la artimaña, en el que el juez dialoga con las partes e indica todo aquello que resulte conducente para una adecuada, justa y rápida solución del caso. La carga de la prueba tiene un rol permanente en el proceso; el juez durante el proceso podrá indicar a alguna de las partes el defecto de credibilidad sobre su alegación, o de oficio podrá solicitar rendir una determinada prueba, lo que se denomina traslado o dinamismo de la prueba (Cabral, 2005, p. 458). De esta forma, la flexibilidad probatoria señala que deberá probar, en determinados casos, el que está en mejores condiciones de hacerlo o de acceso a la prueba, sin que ello implique que tenga la carga de la prueba, sí el deber de gestionarla (Peyrano, 2008, p. 19; Rambaldo, 2008, p. 29).

Un acápite especial dedica el Manual de Derecho Europeo de Acceso a la Justicia para la dificultad de acceso a la prueba. Señala para que

una persona obtenga una reparación adecuada en los tribunales, debe aportar pruebas suficientes que respalden su caso. Si los umbrales probatorios son demasiado altos, las demandas judiciales pueden estar condenadas al fracaso y los derechos individuales pueden resultar inaplicables en la práctica. (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa (2016). Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia, esp.(pp. 62 y ss). Recuperado de: <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Manual-DerechoEuropeo-AccesoJusticia-FRA.pdf>.

“En algunos casos, los obstáculos procesales en materia probatoria pueden reducirse introduciendo requisitos específicos sobre cuál de las partes ha de probar los elementos del caso (requisitos sobre la carga de la prueba)”. En ello es conteste importante doctrina (Girard, 2013, p. 26; Oteiza, 2009, p. 202; Berizonce, 1999, p. 371; Morello, 2001a, p. 192).

2. La compleja coordinación entre carga de la prueba y deber de colaboración procesal

La evolución conceptual del principio de debido contradictorio o bilateralidad tiene correlación con el deber de cooperación de las partes en el proceso; ello en tanto deberes aplicables a los sujetos procesales (Cabral, 2005a, 59-81; Berizonce, 2002, pp. 385-401). El derecho a la información necesaria para esclarecer las alegaciones fácticas en un proceso puede ser visto de un modo bifronte y complementario: (i) por un lado, sustento de una pretensión sustantiva que corresponde dilucidar y probar; (ii) por otro lado, la autonomía propia procesal de las alegaciones fácticas que fundan la pretensión (como el esclarecimiento mismo y la satisfacción de las finalidades del proceso civil para conjugar verdad y justicia). Dentro de lo primero es posible encontrar sustento sustantivo (deberes probatorios contemplados en el mismo derecho sustantivo como por ejemplo la obligación de llevar conforme a ley los libros por parte del comerciante o deberes de información); dentro del segundo es posible hablar de deberes probatorios de carácter procesal autónomos, así el clásico ejemplo de los deberes del testigo. Esta clasificación adquiere importancia a efectos de determinar una técnica legislativa adecuada para el tratamiento del deber de cooperación procesal probatoria (Schöpflin, 1992, p. 190). Nada impide la coexistencia de ambos tipos de deberes de información exigibles (Verberk, 2010, p. 413).

Corresponde así evaluar la recepción en principio e ideas de una vanguardista tesis de habilitación para esa época (Stürner, 1976 y 1990, pp. 208-213) y otra monografía posterior (Stürner, 1982) para justificar y examinar la reforma alemana a partir de 2002 como enorme contribución al derecho procesal civil comparado. El deber de aviso, advertencia o instrucción del juez a las partes y el imperativo de aclaración de estas coadyuvan a un mejor y más justo proceso dentro de los marcos de libertad, igualdad y reconocimiento de la responsabilidad de los distintos intervinientes en el proceso civil. Cualquiera sea la visión crítica que se asuma, nos encontraremos con una serie de supuestos regulados, ya en el derecho material, ya en el derecho procesal, que conforman imperativos de cooperación o esclarecimiento (Stürner, 1990, pp. 208 y 212; Koch, 2013, pp. 5-10 y 330). Entre tantas posiciones hay una intermedia (Prütting, 1983 p. 13) que reconoce la existencia de deberes especiales de esclarecimiento fundados en el derecho material, los cuales deben ser observados, cumplidos y, en su caso, sancionados procesalmente (Stürner, 1976, p. 92; Huber, 2008, pp. 106-112; Zekoll y Bolt, 2002, p. 2129; Kraayvanger, 2003, p. 572; Stürner, 1976, pp. 10-60; Beckhaus, 2010, pp. 25-35; Prütting, 1983 pp. 8 y 13). A ello suma la necesidad de respetar y de cumplir aquellos deberes de cooperación procesal que surjan en casos excepcionales, aún sin fundamento en el derecho sustantivo (Katzenmeier, 2002, p. 534; Schlosser, 1991, pp. 599 y 604; Prütting, 1983 137; Stickelbrock, 1996, p. 156; Jurisprudencia alemana: OLG Koblenz NJW 1968, p. 897; BGH NJW 1972, pp. 1131, 1132; 1986, pp. 2371, 2372; OLG Koblenz NJW 1968, p. 897; OLG Koblenz NJW 1968, p. 897; BGH NJW 1960, p. 821; 1963, pp. 389, 390)

Por los principios generales como la lealtad y colaboración de las partes entre sí y para con el órgano jurisdiccional se impone incluso la eliminación de conductas estratégicas obstructivas de aquella parte sobre la que no pesa la carga de la prueba (Prütting, 1983, p. 137). Sucede que combinar la aplicación de la carga de la prueba en algunos casos con la imposición del deber de cooperación procesal en otros ofrece una salida más atendible justamente para los casos en los que existe dificultad probatoria para la parte que tiene la carga (Engel, 2009, pp. 438-442).

El derecho sustantivo no logrará cubrir todas las hipótesis de regulación de aporte de información en relación con las partes de futuros procesos; ello debe complementarse con los imperativos procesales de cooperación y esclarecimiento autónomos que pueden regularse proceesalmente (Stürner, 1985, p. 237; Schlosser, 1991, p. 599). El proceso “usa” de los deberes que impone el derecho sustantivo para exigir el aporte de información de aquel que no tiene la carga de la prueba procesal, pero que sí es sujeto obligado del derecho sustantivo (Stickelbrock, 1996, p. 156; Prütting, 1983, p. 427; Brüggemann, 1968, pp. 47-51). Así representa la solución, partir considerando la existencia de un deber general de información y colaboración (de partes y terceros) (Storme, 2012, pp.151-158).

3. Flexibilidad probatoria y sus manifestaciones

La carga de la prueba y los deberes en su caso de esclarecimiento en el proceso son inseparable del derecho material al que deben adecuarse. Es el propio derecho material que impone adecuar el proceso y sus normas procesales (Girard, 2013, p. 46). Lo que hace legislador es prever y determinar a quién le corresponde la carga de la prueba. Las modificaciones en su distribución por parte del juez se justifican exclusivamente en casos en los que por imperio del derecho material así deba procederse, a veces afectando la misma carga de la prueba, pero otras sin alterar aquella; se acude a la imposición y cumplimiento de un deber de colaboración procesal probatoria (Prütting, 2017, pp. 329-340). Igual solución procede en el Derecho del Consumo con el deber de cooperación probatoria para resguardo de igualdad de armas entre las partes en definitiva (Koch, 2014, pp. 97-116).

Todas las situaciones que puedan presentarse desde el derecho material no son idénticas y uniformes; por eso en determinados supuestos corresponde la aplicación de mecanismos para facilitar en definitiva la identificación de la parte que debiera aportar determinada prueba. Nótese que ello no puede ser determinado por la regla de la carga de la prueba en su faz objetiva, ya que surge de la peculiaridad de una controversia. El legislador puede prever que a partir de un grado de probabilidad calificado que en determinados tipos de proceso por razón del derecho material en cuestión, se precise de normas especiales en el campo del derecho probatorio (Marinoni y Cruz Arenhart, 2016, pp. 248-249). Lo aceptable en todo caso es no limitar herramientas con las que el juez pueda enfrentar de mejor modo esa situación. La flexibilidad deseada se ejerce y controla con los criterios del principio de proporcionalidad (Osna, 2017, pp. 32-42).

El uso de una terminología como “carga dinámica” podría referirse casi exclusivamente a modificar en determinados supuestos la titularidad de la carga de la prueba (versión restringida), o bien, como se empleará aquí, en el sentido de mecanismos de flexibilización probatoria (Peyrano, 2011, p. 87). Disposiciones similares en contenido al descrito PCPC chileno 2012 están contenidas en la LECE, en el artículo 370 del nuevo Código de Processo Civil brasileño del año 2015, el CGP de Colombia en su artículo 167 (Pérez Garzón, 2013, pp. 46-66). En realidad, no existe duda, inexistencia o insuficiencia probatoria para el caso, lo que existe es un problema de facilidad, acceso o disponibilidad para poder aportar esa prueba al proceso. Lo que juez realiza no es imponer, trasladar o reasignar la carga de la prueba a la parte que originalmente no la tenía, sino que determina que ella debe colaborar probatoriamente aportando la prueba que dispone, a la que tiene acceso. Si consideramos la interesante opción-formulación del deber de cooperación probatoria en el artículo 142 del CGP del Uruguay (reforma de 2013), puede echar luces, incluso sin hacer referencia a la facilidad o dificultad de acceso a la prueba. Judicialmente no hay modificación de la distribución de la carga de la prueba, sino, más bien, imposición de un deber de colaboración específico a una de las partes, un deber de colaboración probatorio. Más bien, directamente podrá inferir en contra de aquel que tenía el deber de aportar la prueba porque disponía de ella y no la aportó (según lo decidido en Chile “Sernac con Banco Santander Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago 11/6/2016-Rol N° 20072-SCS-2014). El juez impone un deber de conducta probatoria, entiéndase, de aportar la prueba a la parte que está en mejores condiciones de hacerlo (Netzer, 2015, pp. 10-35).

Como el juez se debe convencer de algo que está en el plano del derecho material, resultaría imposible una exigencia de convicción uniforme para todas las situaciones que puedan presentarse en ese nivel. Por eso, en determinados casos se emplean diversos mecanismos para equilibrar la desigualdad sustantiva entre las partes, de modo de evitar que se traduzca en definitiva en una desigualdad procesal (Bordalí Salamanca, 2016, pp. 173-198). Lo antes descrito ejemplifica que la flexibilización probatoria no solo comprende ni se reduce a la llamada “carga dinámica de la prueba” (en su acepción restrictiva). Hay un problema de claridad conceptual y terminológica. Ya que la carga de las partes comprende la de alegar y persuadir, en esta última situamos a la manifestación subjetiva y objetiva de la carga de la prueba. Tal cual se lo expuso, comprende la carga de la prueba estos dos ámbitos y no conviene, ni resulta justo exacerbar lo subjetivo por sobre lo objetivo, y viceversa, en tanto el problema es la dificultad probatoria en formulación positiva, o el no poder acceder o no ser fácil aportar la mejor prueba disponible para la parte que tiene acceso a ella (Mekki, 2014, p. 1391).

Frente a casos en los que existe dificultad probatoria corresponderá preguntarse a cuál de las partes corresponde probar, según el derecho sustantivo que objetivamente predetermina quién debe probar en ese contexto. Pero los mecanismos para permitir procesalmente la alteración de esas reglas no siempre implican redistribuir la carga de la prueba ni menos invertirla. Una

opción es reconocer esa realidad e instar a la parte (que no tiene la carga de la prueba, ni tampoco se le atribuye o redistribuye judicialmente) a que aporte esa prueba por estar en mejores condiciones de hacerlo (Hunter Ampuero, 2015, pp. 209-257).

Allí entramos en lo que parte de la doctrina alemana denomina “cargas secundarias” o relacionadas, más bien, con la producción y rendición de la prueba antes que con la carga. Y la solución legal es sujetar a la conducta que pueda asumir la parte requerida de producir esa prueba determinadas consecuencias jurídicas frente a su no cumplimiento. Es que ya no estamos en el ámbito de la carga de la prueba, sino en el de un deber impuesto judicialmente en aportar o producir determinada prueba por las condiciones especiales del derecho material y las mejores circunstancias de acceso a esa prueba por el requerido (Marcus, 2013, p. 821; Giannini, 2016, p. 1136). Confirma esta interpretación propuesta lo sostenido en Italia, verificada la existencia de ciertas circunstancias, relacionado con la distribución de la carga de la prueba y mecanismos de flexibilización dispersos en los artículos 2697 y 2698 CC, los cuales constituyen “un verdadero estándar” que habilita de poder discrecional fundado, más bien, en el principio y deber de cooperación (Verde, 2017, p. 29).

En la experiencia argentina se observa el impulso de la jurisprudencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A “Bocalandro, Norberto H. y otra c. Villa Muhueta S.A. y otros”, 10/06/1998, DJ 1999-1-515, entre otros) lo que provocó la aparición de mecanismos de flexibilización probatoria. En ese marco, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas constituyó una reacción contra la rigidez que se le atribuía a las reglas sobre la carga de la prueba, siendo su principal logro explicar que aquellas no eran útiles en todos los casos (Oteiza, 2009, p. 205). Justamente, en lo atinente a las reglas que rigen la carga de la prueba, la propia Corte Suprema de Justicia de Argentina se ocupó de aclarar que

ellas deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal. (Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, 15/03/2016)

No debemos olvidar que el proceso debe aspirar a resolver conflictos mediante una decisión justa apoyada por una reconstrucción de la verdad de las hipótesis de hecho sostenidas por las partes (Oteiza, 2009, p. 195). Por su parte, el artículo 1735 del Código Civil y Comercial argentino también regula un mecanismo de flexibilidad probatoria en materia de responsabilidad civil, al señalar que no obstante el principio general, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida (De los Santos, 2016, pp. 499-505), ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla; en cuyo caso deberá comunicar

previamente a las partes al respecto de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa (Kemelmajer de Carlucci, 2016, pp. 473-478).

Una flexibilización probatoria específica contempla Argentina respecto de las acciones de filiación biológica, mediante las cuales se consagra un deber de colaboración legal, en tanto dispone que frente a la negativa de participar de la prueba genética, el juez valora esa conducta “como indicio grave contrario a la posición del renuente” (Véase las conclusiones en eventos científicos sobre los alcances de estas normas <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wpcontent/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-12.pdf>). En ese marco, la Corte Nacional Argentina resaltó la necesidad de que el órgano jurisdiccional valore especialmente la conducta de las partes en la construcción del razonamiento adjudicativo (Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso “G., A. N. c. S., R. s/ filiación” (15/03/2016)). Un ejemplo de facilidad probatoria en el derecho comparado puede verse en el estándar probatorio especial fijado por la Corte Suprema de Justicia Argentina para la acreditación de los actos de discriminación (Corte Suprema de Justicia de Argentina, “Pelllori, L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/2011, fallos 334:1387).

Lo cierto es que aún luego de estas incorporaciones legales sobre mecanismos de flexibilización probatoria, el debate sobre los mismos sigue abierto en Argentina, reclamando de la doctrina mayores esfuerzos para construir interpretaciones alternativas superadoras.

4. Dilemas de la recepción de la “carga dinámica de la prueba” en la ley de protección al consumidor de Chile

En la adecuada protección de los consumidores se prevé el acceso del consumidor a la justicia; así se reconoce que en una relación de consumo, la parte más débil es el consumidor frente al proveedor. Sostuvo el Tribunal Constitucional chileno en num. 25 del TC (Rol 4012-17, del 18/1/2018): “La asimetría de información, la dependencia del consumidor respecto de determinados bienes, el valor de los mismos y los costos litigiosos ponen al consumidor en una posición de minusvaloración de su poder”. Sustantivamente por la información que tiene el proveedor, por el poder que tiene al conceder los bienes o servicios, la relación material de consumo parte con la hiposuficiencia de una de las partes que necesita traducirse en un tratamiento procesal que garantice una igualdad de armas. Uno de esos aspectos sustantivos-procesales de vulnerabilidad eventual es la prueba (Morales Aragón, 2013, pp. 53-68). Así corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. Es que estando de por medio una relación de consumo se suelen regular mecanismos de presunciones (Bernardo, Talley & Welch, 2000, p. 1; Álvarez Sánchez de Movellán, 2007, p. 101), de inversión de la carga de la prueba y el que nos ocupa acá de alteración judicial del deber de aporte probatorio (Heinemann, 2014, p. 167). “Todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente

consideración como cierta de la versión que sustenta la pretensión del consumidor” (Junyent Bas y del Cerro, 2010, p. 1281).

Las inferencias que puedan hacerse de una prueba “no pertenecen” ni podrían solo favorecer a la parte que la ofreció y produjo. Rige la adquisición de la prueba para el proceso, y adquiere autonomía en relación con la parte que la gestó (Gomille, 2016, pp. 23-30). Por esto, el juez, al analizar el conjunto probatorio, puede valorar la prueba, incluso en perjuicio de la parte que la instó. Además, por aplicación del principio del contradictorio, nada obsta para que una parte inste a que se considere lo que le favorezca de una prueba instada por su contraparte. Por de pronto, nada impide que una parte sobre la cual no recae la carga de la prueba tenga sí el deber de cooperar con el proceso y parte de ese deber sea el de aportar prueba para el esclarecimiento de la causa (la beneficie o perjudique) (Laumen, 2002, pp. 3739-3746). La propuesta de la Comisión Europea en el Libro Blanco para la tutela adecuada de los derechos de los consumidores sostuvo que esta interpretación se ajusta perfectamente. Se puede agregar que una expansión de las reglas del deber de develar toda la prueba necesaria (sea por una carga, sea por un deber general de colaboración procesal) no viola garantías ni principios procesales (Friedl, 2003, pp. 15-30; Gsell, 2008, pp. 29-34). El principio frecuentemente citado de *nemo tenetur edere contrase* no es compatible con los desarrollos modernos en el proceso civil (Stürner, 2005, p. 235). Incluso con respecto a la legislación de la UE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha decidido que el *nemo tenetur* no se aplica en los procesos civiles, ya que no conduciría a la aplicación de una sanción penal para la cual están pensados (Otto/Postbank, Case C-60/92 [1993] ECR, I-5683, párr. 21). Ahora con corrección señala Stürner que cuando se trata de corregir las asimetrías, desplazar o reducir la carga de la prueba debe considerarse una última, más gravosa y/o la menos útil de las soluciones en comparación con un sistema de deberes procesales para develar o poner a disposición una prueba y cooperar probatoriamente. Esto es incluso más cierto cuando la probabilidad de la veracidad de la presunción no es muy alta (Stürner, 2007, p. 163; Moreira y otros, 2008, p.176). Esto último queda como potestad judicial en determinados casos; por ejemplo, cuando se acuden al empleo de indicios, o bien permitiendo que el tribunal señale específicamente un deber de colaboración probatoria específico a la parte que no detenta la carga de la prueba, pero tiene mayor facilidad o disponibilidad de acceso a aquella.

La Corte de Casación Italiana aplicó directamente la inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor que en realidad devino en imposición de un deber de colaboración, según decisión n. 201102, del 2 de septiembre de 2013. También resulta pertinente el fallo del Tribunal de Justicia Europeo en 2015 que impone el deber de aporte de prueba al proveedor en favor del consumidor, ya que las circunstancias del caso hacen más previsible que aquel produzca la prueba relevante para decidir el caso y no el segundo (Gsell, 2015, pp. 446-452; Heinemeyer, 2015, p. 179). Confirma esta orientación lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en C-497/13, *Faber c. Hazet* del 4/6/2015.

Es nutrida y variada también la jurisprudencia española al respecto (Mollar Piquer, 2017, pp. 139-154). Por un lado, hay grados de adaptabilidad a las circunstancias que en cada caso se presenten puestas en relación con los criterios de facilidad probatoria establecidos en el artículo 217 apartado 7° de disponibilidad de medios y de proximidad a las fuentes de prueba. Ello ya en la interpretación de la LECE sobre la carga de la prueba; así lo decidió en la Sentencia n° 308/2013 de la Sección 6ª de la AP de la Coruña de 25 de noviembre de 2013 (TOL 5.379.380) y el fallo n° 551/2010, Sección 10ª de la AP de Madrid de 24 de noviembre de 2010.

También se sostuvo que la rigidez de la regla del artículo 1214 C.C. sobre la prueba del cumplimiento de las obligaciones es un adecuado equilibrio y flexibilidad en materia de consumo en relación con la carga de la prueba, según Sentencia de la Sección 4ª AP Málaga, n° 285/2011, de 27-05-2011 (TOL 2.240.502), y Sección 11ª AP Madrid de 25-11-2011 (TOL 2.303.221). Como conclusión en esta visión, el Tribunal Supremo Español se pronunció en un caso sosteniendo la infracción de las normas de la carga de la prueba por no haber considerado el principio de facilidad probatoria por parte del inferior, en la sentencia Tribunal Supremo Sentencia n° 237/2016 de 12 de abril de 2016 (TOL 5.694.661)

La experiencia argentina recorre el mismo camino, en tanto el artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y sus modificatorias) dispone que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. El fundamento de esta flexibilización probatoria impresa en la regulación sobre defensa del consumidor en Argentina es la búsqueda de igualar al consumidor frente al proveedor, para evitar el abuso de una situación de ventaja frente a la dificultad probatoria de aquel (Sáenz Silva, 2009, 664). Desde esa perspectiva, y más allá de las diferentes posiciones sobre la naturaleza de aquella flexibilización probatoria, la norma impone un deber genérico de colaboración en el esclarecimiento de la verdad material del caso y provoca la ampliación de los poderes ordenatorios, instructorios y cautelares del juez a través de la adopción de un “solidarismo probatorio” (Tambussi, 2007).

Más allá de ello, se aprecia que son numerosos los precedentes judiciales que, ante la inconducta o, al menos, la falta de cooperación probatoria del proveedor (*v.gr.*: omitiendo acompañar o destruyendo la evidencia necesaria para la producción de una prueba pericial), extraen conclusiones claves en su razonamiento sentencial del Supremo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires en la causa C. 117.760, “G., A. C. contra Pasema S.A. y otros. Daños y perjuicios” del 01/04/2015 y Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Gallardo Quevedo, Jesica P. c. Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA s/ ordinario” del 09/03/2017. Lo que resulta legítimo, en tanto aquel deber de colaboración probatoria se complementa con la potestad judicial de valoración de la conducta procesal de las partes, en tanto el comportamiento desarrollado por los litigantes en el proceso asume una trascendental importancia, debiendo el juez analizarla, ponderarla y valo-

rarla, encontrándose autorizado a extraer de ella conclusiones para fines probatorios (Masciotra, 2007, pp. 53-80). En efecto, esa conducta de las partes puede constituir una prueba indiciaria, susceptible de llevar, por vía inferencial, a la deducción de hechos. Así la vasta jurisprudencia: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F (Argentina). “Playa Palace S.A. contra Peñaloza, Leandro H.”, del 05/10/2010. También: Corte Suprema de Justicia de Tucumán (Argentina), “Alperovich Leonor Noemí contra Citybank N.A. y otros s/ daños y perjuicios”, Sentencia n° 485 del 18/04/2018.

5. El nuevo derecho del consumo en Chile

En primer lugar debemos recordar que si el juez no puede ordenar medidas de instrucción, o si no puede ordenar que una de las partes produzca una prueba, se verá obligado a resolver la disputa mientras las “sombras” permanecen. Los hechos de la disputa seguirán siendo inciertos y permanecerá la incertidumbre que podría haber sido dilucidada por la intervención del juez (Fuentes Maureira, 2013, pp. 321-326). La desigualdad y necesidad de disminuir el estándar exigido, trabajar con alternativas de pruebas indirectas, alterar carga de la prueba y trabajar con indicios o presunciones casos de dificultad probatoria para consumidores han demostrado ser soluciones necesarias aunque disímiles en eficacia y aplicabilidad (Weber, 2014, pp. 45-49). Esta flexibilización no puede resolver todos los problemas relacionados con la gestión probatoria, especialmente en el caso en que las partes se encuentren en dificultades similares de producción frente a una prueba. En Chile, según lo decidido en “Sernac con Banco Santander Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago 11/6/2016, Rol N° 20072-SCS-2014; Comp. “Sernac c. Promotora Falabella S.A.” 2/8/2016, Rol 884-216, Corte de Apelaciones de Santiago: “Corresponde al proveedor la carga probatoria de la debida diligencia, cuidado y actuación conforme a los estrictos términos del servicio ofrecido. Ello es así atendido el carácter protector del derecho del consumidor, unido a la circunstancia de la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que normalmente acompaña a las entidades proveedoras de servicios”. Esta visión legal sustancial del riesgo de la prueba termina con el temor de que la carga probatoria, al ser una división de roles entre los actores del juicio al servicio de una verdad dialógica, se destine solo a facilitar decir el derecho más que la verdad (González Granda, 2007, pp. 29; Pazos Méndez, 2007).

La nueva regulación en su artículo 50Q permite que el juez distribuya la carga de la prueba acorde con criterios de facilidad probatoria, lo que debe comunicar “a las partes para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar”. Para la rendición de esa prueba se debe fijar una nueva audiencia. Si bien por su ubicación podría inferirse que esta norma tiene como destinatario al juez de Policía Local en las acciones individuales que ejerzan los consumidores, en realidad, ello podría ser trasladable al juez civil en las acciones colectivas o en las individuales que le competen (Erbetta Mattig, 2017, pp. 629-638).

Ya se viene prestando atención a uno de los principales inconvenientes que presenta la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba, como es la ausencia de claridad acerca de sus alcances concretos. Se hace referencia a los problemas que suscita la utilización indistinta dada a dicha noción, como incluyendo aspectos referidos no solo a la distribución del *onus probandi* en sentido estricto, sino también a la valoración de la conducta de las partes en juicio (en especial las consecuencias de su ausencia de colaboración) (Giannini, 2016, p. 1136 y, 2011, pp. 145-160).

Se destaca allí la necesidad de despejar conceptualmente el campo de acción de los dos institutos procesales asociados a las situaciones descritas en el párrafo anterior. Referirse al “principio de colaboración”, por un lado y, por el otro, a la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, entendida como inversión del *onus probando stricto sensu*. Ambas instituciones vienen desde hace tiempo empujando conjuntamente en pos de la flexibilización de algunas de las reglas más tradicionales de nuestros códigos adjetivos, vinculadas con la determinación de los hechos controvertidos, especialmente en los procesos caracterizados por la dificultad probatoria y la desigualdad de las partes respecto de los medios para acceder a la información. Se trata de un debate que, lejos de estar superado, parece haberse profundizado con la sanción de textos legales que no despejan esta incertidumbre, como ocurre en la Argentina con su reciente Código Civil y Comercial de la Nación, o en Chile con la norma que aquí se examina.

Ahora bien, la norma debe interpretarse con estas distinciones que advertimos, es decir, no en el sentido de alteración judicial de la carga de la prueba, que como ya se desarrolló, no parece ser la mejor vía. En realidad, el juez impone a la parte que dispone más fácilmente de la prueba que la rinda, le impone un deber de colaboración probatoria, y frente a ese incumplimiento puede inferir consecuencias negativas en su contra, ello es, poder tener por acreditadas las alegaciones de la contraparte. Así coherente con lo decidido en “Alexis Sagues Tapia con Lantam Airlines Group S.A.” (9/12/2016), Rol 1467-2016, Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando quinto:

Y ello es así, atendido el carácter protector del derecho del consumidor, unido a la circunstancia de la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que normalmente acompaña a las entidades proveedoras de servicios. Y ello con mayor razón tratándose de la fuerza mayor o caso fortuito invocado como eximente de responsabilidad, en que sus elementos deben ligarse a proposiciones fácticas precisas que deben ser materia de prueba en la causa. Al no estar esa prueba, debe rechazarse la eximente y dar por configurada la infracción.

Esta parece ser la aplicación e interpretación adecuadas, por cierto condicen con lo regulado por el numeral 10 artículo 51 para los procesos colectivos, que establece que los proveedores demandados estarán obligados a entregar al tribunal todos los instrumentos que este ordene, de oficio o a petición de parte (Oteiza, 2009, pp. 193-202).

CONCLUSIONES

1. Así, puede concluirse en resaltar lo positivo de incorporar mecanismos de flexibilidad probatoria en un área como la del proceso de consumo. Ahora bien, la norma introducida debiera leerse siguiendo la distinción propiciada sobre la carga que impone, lo que permite advertir que el pasaje final de la norma es consistente con la variante de carga dinámica de la prueba en tanto exigencia de colaboración. 2. Ello es así, porque a la empresa le bastaría con aportar la prueba de la que disponga, sin ampararse en el silencio ni en la mera negativa de la hipótesis fáctica sostenida por el consumidor, pero no correría con la carga de despejar la incertidumbre sobre el hecho controvertido, como sí lo hace la primera parte de la norma.
3. En síntesis, para esta segunda manifestación de la regla analizada, el productor debe aportar toda la información que se encuentra en su poder, pero no sufre las consecuencias de la incertidumbre que puede subsistir una vez verificada dicha colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos.
4. Por otro lado, con reforma o sin ella del texto ya decidido, debe aclararse el ámbito de aplicación de la doctrina de la carga dinámica, definiéndose si dicha flexibilización solo importa exigir una amplia colaboración en el aporte del material probatorio (carga de producir evidencia) o si, por el contrario, sienta una regla según la cual la incertidumbre siempre pesa sobre quien estaba en mejores condiciones de probar, haya o no cooperado al máximo de sus posibilidades para intentar despejarla.
5. El empleo de los deberes de colaboración es más eficiente y eficaz que lo planteado por las cargas dinámicas; curiosamente el resultado será casi idéntico al poner al empresario en situación de tener que probar lo que le corresponde como parte fuerte. La diferencia es que con antemano el juez indica ello (sin que implique prejuzgamiento) para poder tener mayores elementos para una decisión justa.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (2011). *Tratado de Derecho Civil, II* (7ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Allen, R. & Stein, A. (2013). Evidence, Probability, and the Burden of Proof. *Arizona Law Review*, 55, 557.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2007). *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Madrid: Comares.
- Baumgärtel, G. (2014). *Beweislastpraxis im Privatrecht*. Köln: Karl Heymanns Verlag.
- Beckhaus, G. (2010). *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*. Tübinga: Mohr Siebeck.

- Bentham, J. (1840). *Rational of Judicial Evidence. The Works of Jeremy Bentham now first collected under the Superintendence of his executor John Bowring*, Part XIV. Edinburgh: William Tait.
- Berizonce, R. O. (1999). *Derecho Procesal Civil Actual*. La Plata y Buenos Aires: Librería Editorial Platen-se-Abeledo Perrot.
- Berizonce, R. O. (2002). El principio de colaboracion procesal y el régimen de la prueba. En *La Prueba: homenaje al maestro Hernando Devís Echandía*. Colombia: Editora Universidad.
- Bernardo, A., Talley, E. & Welch, I. (2000). A Theory of Legal Presumptions. *The Journal of Law, Economics & Organization*, 16, 1.
- Bordali Salamanca, A. (2016). Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno: análisis en un contexto de facilidad probatoria, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 23(1), 173-198.
- Brändli, B. (2013). *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*. Berna.
- Bravo Hurtado, P. (2013). Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile. *Revista chilena de derecho privado*, 21, 13-46.
- Brüggemann, D. (1968). *Judex statutor und judex investigator*. Bielefeld: Giesecking.
- Caamaño Rojo, E. y Ugarte Cataldo, J. L. (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 20(1), 67-90.
- Cabral, A. do Passo (2005). Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale, Padova*, 60(2), 458.
- Cabral, A. do Passo (2005). O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, 30(126), 59-81.
- Cadiet, L., -Normand, J. y Amrani-Mekki, S. (2013). *Théorie générale du procès* (2ª Ed.). Paris: P.U.F.
- Caire, A.-B. (2012). *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*. Paris: Pédone.
- Carvajal, P. (2012). Non liquet!, Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil. *Revista Chilena de Derecho-Editorial*, 39(3), 565-604.
- Corral Talciani, H. (2013). Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código procesal civil. En M. Aguirrezabal (Coord.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena* (p. 107). Santiago: Universidad de los Andes.
- Couture, E. (1959). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Cristofaro, M. (2010). Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. n.º 2, *Rivista di Diritto Processuale*, 283.
- De los Santos, M. A. (2016). Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de la Nación. En VV.AA. (J. A. Rojas Coord.), *La Prueba*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Domínguez, C. (2010). El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica. En *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, n° 6. Santiago: Fundación Fueyo.
- Dos Santos, H. L. (2016). A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Probatório Material Português: algumas notas de *Iure Condendo*". *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, LVII (XXX da 2ª Série), 1-4, 245.
- Engel, Ch. (2009). Preponderance of the Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law. *Vermont Law Review*, 33, 435.
- Erbetta Mattig, A. (2017). La carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley No 19.496 a partir de un fallo reciente: entre la validez de las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad y la aplicación de las reglas del Código Civil. *Revista Ius et Praxis*, año 23, 1, 629-638.
- Fernandez, E. (2013). A prova difícil ou impossível. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. 1 (p. 828). Coimbra: Coimbra Editora.
- Fernández López, M. (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial Civil*. Madrid: Editorial La Ley.
- Fraga Mandián, A. y Fraga Mandián J. (2011). *La tutela procesal civil de los consumidores en las leyes sustantivas especiales*. Sepin Cuadernos Jurídicos.
- Friedl, Markus J. (2003). *Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienzkriteriums*, Diss. Frankfurt am Main.
- Fuentes Maureira, C. (2013). "Comentario al artículo 16 D). En I. de la Maza Gazmuri y W. C. Pizarro (Dirs.) y Barrientos Camus (coord. a), *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- Gamonal Contreras, S. (2008). *El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales* (2ª ed.). Santiago: Editorial LegalPublishing.
- Gerhardt, W. (1969). Beweisvereitelung im Zivilprozessrecht. *Archiv für die Civilistische Praxis*, Band 169.
- Giannini, L. J. (2011). Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria). En VV.AA. (R. Berizonce, Coord.), *Principios procesales*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Giannini, L. (2016). *Principio de Colaboración y Carga Dinámica de la Prueba. Una distinción necesaria*. La Ley.
- Girard, F. (2013). *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, 2 tomos. Paris: P.U.A.M.
- Gomille, Ch. (2016). *Informationsproblem und Wahrheitspflicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- González Granda, P. (2007). *Carga de la responsabilidad civil y Prueba*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- González Poveda, P. (2008). *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*. Barcelona: Bosch.
- Gsell, B. (2008). Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf. *Juristen Zeitung*, 29-34.

- Gsell, B. (2015). Beweislastumkehr zugunsten des Verbraucher-Käufers auch bei nur potenziellem Grundmangel - Besprechung von EuGH, Urt. v. 04.06.2015, Rs. C-497/13 Faber, VuR 2015, pp. 446-452.
- Hay, B. y Spier, K. (1997). Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective. *The Journal of Legal Studies*, 26(2), 413-31.
- Heinemann, A. (2014). Access to Evidence and Presumptions – Communicating Vessels in Procedural Law. En K. Hüschelrath & H. Schweitzer (Eds.), *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*, ZEW Economic Studies 48, Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag.
- Heinemeyer, S. Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf Anmerkung zu EuGH, Urteil vom EuGH Faber c. Hazet del 4/6/2015, C-497/13, GPR 2015, p. 179.
- Huber, S. (2008). *Entwicklung transnationaler Modellregeln Zivilverfahren*. Tübinga: Mohr Siebeck.
- Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil: tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta, 22(1), 209-257.
- Junyent Bas, F. A. y Del Cerro, C. (2010). *Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor*. La Ley.
- Kaplov, L. (2012). Burden of Proof. *Yale Law Journal*, V. 12221, n°. 4, 38-855.
- Katzenmeier, Ch. (2002). Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. *Juristen Zeitung*, 534.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). Algunas reglas sobre la carga probatoria para el ejercicio de los derechos contenidas en el Código Civil y Comercial. Un muestreo a vuelo de pájaro. En VV.AA. (J. A. Rojas, Coord.), *La Prueba*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Koch, R. (2013). *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*. Tübingen.
- Koch, R. (2014). Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess? Die Beweislastregelung des § 630h BGB. En H. H. Henning Rosenau (Dir.), *Kodifikation der Patientenrechte, Beiträge des X. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht*. Berlin: Nomos.
- Kraayvanger, H. (2003). Urkundenvorlegung im Zivilprozess - Annäherung an das amerikanische 'discovery'-Verfahren. *Neue Justiz*, 572.
- Laumen, H-W. (2002). Die "Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr" – Ein beweisrechtliches Phänomen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 3739-3746.
- Leipold, D. (1966). *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Leipold, D. (2008). Neuere Entwicklungen der Beweislast und der Beweiserleichterungen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht. *Ritsumeikan Law Review*, 25, 77-99.
- Lluch, X., Abel- J., Picó i Junoy- González, M. R. (2011). *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: Editorial La Ley.
- Lobinger, T. (2014). *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Marcus, R. (2013). Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience. *KansasLaw Review*, 61, 821 y ss.
- Marinoni L. G. y Cruz Arenhart S. (2016). Comentários ao Código de Processo Civil. En L.G. Marinoni (Director), S. Cruz Arenhart, y D. Mitidiero (Cords.), *Revista dos Tribunais*.
- Masciotra, M. (2007). El valor probatorio de la conducta procesal de las partes. En VV.AA. (A. M. Morello, Dir.), *Prueba*. Buenos Aires: La Ley.
- Mekki, M. (2014). *Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution*. París: Dalloz.
- Mekki, M. (2015). *Preuve et vérité, in La preuve*. Journées internationales de l'association Henri Capitant, thèmes et commentaires, à paraître. París: Dalloz.
- Mollar Piquer, M. P. (2017). *La prueba en el proceso de consumidores y usuarios español*. (Tesis doctoral). Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
- Morales Aragón, J. A. (2013). La carga dinámica de la prueba dentro del proceso contractual de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque. *Revista Ciencias Humanas*, 10, 53-68.
- Moreira, C. R. Barbosa e outros (2008). Direito Civil e Processo - *Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. *Revista dos Tribunais*, 17.
- Morello, A. M. (2001). *La Prueba. Tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Morello, A. M. (2001). *La eficacia del proceso* (2º ed. ampl.). Hammurabi.
- Nance, D. (2016). *The Burdens of Proof: Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*. UK: Cambridge University Press.
- Netzer, F. (2015). *Status quo und Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Nieva, J. (2011). Los Sistemas de Valoración de la Prueba y la Carga de la Prueba: Nociones que Precisan Revisión. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 3-4, 91-120.
- Ormazábal, G. (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Osna, G. (2017). Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise crítica da teoria procesual. *Revista dos Tribunais*.
- Oteiza, E. (2009). La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar. En VV.AA. (E. Oteiza, Coord.), *La prueba en el proceso judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*, 19(2).
- Patti, S. (1987). *Prove - Disposizioni generali*. Bologna: Zanichelli.

- Pazos Méndez, S. (2007). Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. En A. Lluch y J. Picó I J. (coords.), *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor.
- Pérez Garzón, C. A. (2013). Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. *Revista Justicia y Derecho*, 1(1), 46-66.
- Peyrano, J. W. (2008). Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. En J. Peyrano (Dir.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Peyrano, J. (2011). La prueba difícil. *Civil Procedure Review*, 2, 87 y ss.
- Proto Pizani, A.. (2014). *Lezione di diritto processuale civile* (8ª Ed.). Napoli: Jovene.
- Prütting, H. (1983). *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: Beck.
- Prütting, H. (1993). Datenschutz und Zivilverfahrensrecht. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 106, 427.
- Prütting, H. (2009). Die non-liquet Situation und die Normentheorie. In G. Laumen, H.-W. & H. Prütting (Eds.), C. H. Köln, *Handbuch der Beweislast* (pp. 135-158).
- Prütting, H. (2017). El Proceso Civil por Responsabilidad Médica. *Revista de Processo*, 329-340.
- Rambaldo, J. A. (2008). Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. En J. Peyrano (Dir.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rodríguez Papic, I. (2009). *Procedimiento Civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía* (7ª Ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rosenberg, L. (1927). *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Berlín: Beck.
- Santibañez Boric, C. (2010). Las cargas probatorias dinámicas. *Revista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(1), 83-92.
- Sáenz, Luís R. J. y Silva, R. (2009). Comentario del art. 53 de la LDC. En S. Picasso y R. Vázquez Ferreira (Dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley.
- Schellmer-Schulte, S. (1992). *Beweislast und Grundgesetz*. Köln-Berlin: Heymanns Carl.
- Schlosser, P. (1991). Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne. *Juristen Zeitung*, 599 y 604.
- Schöpfli, M. (1992). *Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*. Frankfurt a M.: Peter Lang.
- Schweizer, M. (2015). Loss Aversion, Omission Bias and the Civil Standard of Proof. In K. Mathis (Ed.), *European Perspectives on Behavioral Law and Economics* (p. 125). Cham: Springer.
- Stickelbrock, B. (1996). *Die Kollision von Prozessmaximen*. Köln: Heymanns.
- Storme, M. (2012). Harmonisation of Civil Procedure and the Interaction with Substantive Private Law. In X-C.H. van Rhee, C.V. (Ed.), *Civil Litigation in a Globalising World* Kramer. La Haya: Springer/Asser.
- Stürner, R. (1976). *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stürner, R. (1982). *Richterliche Aufklärungspflicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Stürner, R. (1985). *Parteipflichten bei der Sachaufklärung im Zivilprozess. Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 98, 237- 39.
- Stürner, R. (1990a). Anm. zum Urteil des BGH vom 11.6.1990. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (NJW, 315 1), 208 y 212.
- Stürner, R. (1990b). Anm. zum Urteil des BGH vom 11.6.1990. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (NJW, 315 1), 208-213.
- Stürner, R. (2005). The Principles of Transnational Civil Procedure – An Introduction to Their Basic Conceptions. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 69, 235.
- Stürner, R. (2007). Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law. In J. Basedow (Ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Stürner, R. (2010). Parteiherrschaft versus *Richtermacht* – Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 123, 147.
- Tambussi, C. E. (2007). Responsabilidad de la empresa de telefonía celular por modificación unilateral del plan. Daño moral y punitivo. *La Ley* 2017-E, 243.
- Taruffo, M. (2010). "Evidence". *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, Cap. 7. Tübingen: Mohr.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2004). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Verberk, R. (2010). *Fact-Finding in Civil Litigation*. Antwert: Intersentia.
- Verde, G. (1974). *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene.
- Verde, G. (2017). Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice. *Anno LXXII* (Seconda Serie), 1, 29.
- Weber, F. (2014). *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law*. London: Routledge.
- Zekoll, J. & Bolt, J. (2002). Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess - Amerikanische Verhältnisse in Deutschland. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2129.