

LA CARGA DE LA PRUEBA CON RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO-INCUMPLIMIENTO CIVIL COMO *THEMA PROBANDUM* EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

THE BURDEN OF PROOF IN RELATION TO CIVIL COMPLIANCE-NON-COMPLIANCE AS THEMA PROBANDUM IN MEDICAL LIABILITY AND EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

CARLOS DEL RÍO FERRETTI*

RESUMEN: En el estudio se somete a crítica la comprensión de la carga de la prueba en nuestro sistema judicial y se analizan aplicaciones discutibles de la carga de la prueba como regla de juicio con relación al cumplimiento-incumplimiento civil, en el campo de la responsabilidad médica contractual y en el ámbito específico de la denominada *exceptio non adimpleti contractus* de los contratos sinalagmáticos. El análisis se centrará en los específicos problemas procesales de carga de la prueba sobre el tema de prueba alternativo del cumplimiento-incumplimiento civil, desde un enfoque que tendrá en cuenta las cuestiones normativas y jurisprudenciales en el Derecho chileno, y las posibilidades que ofrece un tratamiento de aquellas desde la perspectiva de criterios sistemáticos desarrollados por la dogmática procesal.

Palabras clave: carga de la prueba, incumplimiento contractual, *exceptio non adimpleti contractus*.

ABSTRACT: The study criticizes the understanding of the burden of proof in our judicial system and discusses controversial applications of the burden of proof as a judgment rule in relation to compliance or civil non-compliance, in the field of contractual medical liability and in the specific area of the so-called *exceptio non adimpleti contractus* of synalagmatic contracts. The analysis will focus on the specific procedural problems of burden of proof on the subject of alternative proof of compliance-civil breach, from an approach that will take into account normative and jurisprudential issues in Chilean law, and the possibilities offered by a treatment of those from the perspective of systematic criteria developed by procedural dogmatics.

Keywords: burden of proof, breach of contract, *exceptio non adimpleti contractus*.

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL ESTUDIO

El objeto del estudio es la aplicación del régimen de la carga de la prueba en dos ámbitos específicos del ordenamiento jurídico chileno que plantean desafíos en la materia. Se prestará atención específica a la carga de la prueba en materia de cumplimiento-incumpli-

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia. Profesor de Derecho procesal de la Universidad Andrés Bello. Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Providencia, Chile. ORCID: 0000-0002-1508-998X. Correo electrónico: carlos.delrio@unab.cl.

miento civil, en cuanto tema de prueba sobre el cual se producen problemas de aplicación con relación (1) a la responsabilidad médica contractual, y con relación (2) a la excepción de contrato no cumplido (esto es el cumplimiento-incumplimiento del actor) en los denominados contratos sinalagmáticos o bilaterales.

El análisis se ocupará de la aplicación concreta de la carga de la prueba en los campos antes señalados, y hará una crítica a las interpretaciones y aplicaciones de la carga de la prueba al momento de resolver asuntos concretos, sin perder de vista los parámetros dogmáticos que permitan ofrecer una solución certera sobre la forma de aplicar el reparto de la carga de la prueba sobre aquellos asuntos.

Las razones que nos animan al tratamiento conjunto de estos dos casos son, por una parte, que en ambos existe una discusión teórica y práctica sobre la cuestión de la carga de la prueba y del reparto con relación al cumplimiento-incumplimiento, muy viva en nuestro Derecho. Por otra parte, está la razón decisiva de que –si bien estos casos tienen regulaciones propias que imponen análisis que implican tener en cuenta distintos aspectos– ambos permiten poner de relieve el elemento común clave para la recta solución de problemas concretos de carga de la prueba.

La clave está –como se demostrará– en la determinación del hecho necesitado de prueba en relación con el efecto jurídico pretendido. Definimos al hecho necesitado de prueba como aquel que debe resultar probado para obtener (mediante la aplicación de una norma) el efecto jurídico pretendido o pedido por la parte (activa o pasiva), o bien el hecho que debe resultar probado para que se declare un efecto jurídico determinado.

Se demostrará que estos dos casos –distintos– se pueden resolver –ambos– si el foco se pone en cómo determinar los hechos necesitados de prueba, en relación con el cumplimiento-incumplimiento y al reparto de la carga probatoria respecto de esos hechos alternativos. Estos casos muestran con singular fuerza lo importante de este asunto: cuál sea el hecho necesitado de prueba y la forma de proceder para su determinación.

Preguntarse por el hecho necesitado de prueba es la forma concreta de preguntarse por cuál sea el hecho constitutivo del efecto jurídico pretendido por el actor, y otro tanto pasa con relación al hecho impeditivo: en otras palabras, el binomio hechos constitutivos-impeditivos se proyecta al campo procesal y de la aplicación normativa en primer lugar como una pregunta sobre cuáles son los hechos necesitados de prueba y cuál es la forma correcta para su determinación. De esto deriva una forma concreta de reparto de la carga¹. También, como se verá, resulta fundamental este enfoque para determinar los hechos que fundan excepciones sustantivas en sentido estricto, y en particular para el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Esto es lo que se pondrá de relieve en este trabajo, ofreciendo una solución concreta a los dos problemas singularizados.

¹ VERDE (2013) pp. 274 y ss.

2. EL CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE JUICIO

Como se sabe, existe consenso (aunque con variaciones) en que cabe considerar la carga de la prueba desde ángulos distintos². El enfoque dominante de la carga de la prueba es el que se hace desde la perspectiva de la necesidad de adopción de la decisión, para el caso de insuficiencia probatoria, puesto que el *non liquet* –la falta de claridad, de prueba, sobre un hecho relevante para la decisión del asunto– no exime del deber de resolver. Allí se está poniendo el énfasis en la carga de la prueba como regla de juicio que, para ser operativa, exige de reglas de reparto conforme a las cuales se adopta la decisión. Esto es lo que se denomina carga material u objetiva. La doctrina ha entendido que tal es el aspecto esencial de carga de la prueba³.

Pero la regla de juicio tendrá también la capacidad de influir como estímulo en la conducta de las partes en lo tocante a la aportación de prueba. En efecto, si se asume la premisa de que exista un reparto normativo de las consecuencias de insuficiencia probatoria de los hechos que necesitan de prueba, esto es, de cuya comprobación probatoria depende la estimación o desestimación de una pretensión determinada, es evidente que la existencia y conocimiento de tal dimensión de la carga-regla de juicio operará además como una regla de conducta. Vale decir, como el estímulo esencialmente normativo en orden a desplegar una conducta probatoria activa coherente con la regla de juicio y la expectativa procesal de obtención de la parte. A esto se refiere el concepto de carga formal o subjetiva de la prueba⁴.

Por otra parte, hay que apuntar que la inteligencia de la regla de juicio (carga material) requiere tener presente que, junto a ella, como tema fronterizo o bien como un aspecto incorporado a la carga de la prueba⁵, se ubica el relativo al estándar de prueba. La consideración de este último permite tener un concepto más neto de la regla de juicio y también al mismo tiempo más completo del fenómeno probatorio⁶. En síntesis, se puede decir que la regla de juicio permite la adopción de la decisión en caso de insuficiencia, pero al tiempo cabe tener presente que la situación de insuficiencia probatoria resulta de la aplicación previa de un criterio normativo lógicamente anterior, que fija un estándar de prueba, como cantidad o umbral de prueba que se exige para tener por probado un hecho⁷. En palabras simples, la existencia de insuficiencia probatoria –como supuesto que hace necesaria la aplicación de la

² En la doctrina, sin embargo, hay posiciones recientes que han sugerido la prescindencia completa del concepto de carga de la prueba. Así, de forma destacada NIEVA (2019) pp. 23-52, y de forma menos contundente, manifestando dudas sobre su utilidad, TARUFFO (2019) pp. 11-21. Con todo, estas autorizadas opiniones no calan en la ley positiva que nos incumbe, la que sí contiene normas positivas que establecen directrices de reparto de carga de la prueba. Y, por otra parte, la jurisprudencia como es natural resuelve en función de aquellas.

³ ROSENBERG (2002) pp. 27-73; MICHELI (1961) pp. 105-142; VERDE (2013) pp. 11-19; MONTERO (2007) pp. 107-112; FERRER (2019) pp. 53-87.

⁴ Con detalles y matices, NÚÑEZ y PÉREZ (2014) pp. 152-159; BORDALÍ (2016) pp. 173-198; VOGT (2018) p. 259. ROSENBERG (2002) pp. 34 y ss., admitía la posibilidad de hablar de carga de sumministración de prueba (carga formal) en los procesos basados en el principio dispositivo, pero no en aquellos en que se consagra el principio inquisitivo. También ORTELLS (2014) pp. 306-307, DAMIÁN (2007) p. 15, y GONZÁLEZ (2007) pp. 29-30. Lo que en el sistema angloamericano se denomina, “burden of production”. POSNER (1999) pp. 1502-1507; GÓMEZ (2001) pp. 5 y ss.

⁵ Así, por ejemplo, GONZÁLEZ (2007) pp. 42-44.

⁶ PRÜTTING (2010) pp. 453-464.

⁷ WALTER (1985) pp. 1-5, y 99 y ss.

regla de juicio— vendrá determinada por la previa aplicación del estándar de prueba. En este sentido el asunto del estándar es fronterizo y complementario al de la regla de juicio⁸.

Dicho lo anterior, lo que interesa ahora es la carga de la prueba como regla de juicio que se articula en unos criterios de reparto determinados. Aunque el concepto tiene antecedentes y desarrollos históricos bien documentados⁹, en términos actuales la cuestión arranca con la denominada concepción normativa y específicamente con la versión que obtiene un mayor reconocimiento, ofrecida inicialmente por Rosenberg. Este pretende enunciar una regla fija, estable y abstracta, fundada en la norma aplicable. De forma general, este autor sostiene que la parte que pretende beneficiarse con la aplicación de una norma jurídica habrá de “soportar la carga de la prueba del supuesto fáctico de esa norma o, mejor dicho, sobre ella recaerá la carga, primero, de afirmar y, luego, de probar los hechos que componen el supuesto fáctico”. Tal regla normativa es fija y abstracta, y por eso prescinde de la posición procesal de la parte. Únicamente es relevante la posición de la parte con relación a la norma invocada. Rosenberg concluye: “De este modo obtenemos el *principio de la carga de la prueba*: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto jurídico se dan en el acontecimiento real, o —dicho más brevemente— *soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*”¹⁰.

En razón de esta regla, se afirma que el reparto de esa carga impone que la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión recaiga en el actor, mientras que los hechos impositivos (que obstan a la eficacia de un hecho constitutivo); los hechos extintivos (los que extinguen los efectos del derecho), y los hechos excluyentes (que son derechos potestativos que se pueden oponer al derecho válido que se esgrime en la pretensión)¹¹ graven a la demandada. Así, la falta o insuficiencia probatoria se traduce en el no establecimiento de los hechos favorables a cada una de las partes respectivamente.

⁸ TARUFFO (2005) pp. 241 y ss; FERRER (2019) pp. 53-87.

⁹ CHIOVENDA (1925, t. II) pp. 249-254. Entre nosotros, CARVAJAL (2012) pp. 565-604. En nuestra doctrina las aportaciones contenidas en manuales, obras generales, y monográficas, en los cuales se encuentran recogidas las consideraciones actuales sobre la carga de la prueba, que conviene consultar: RIOSECO (1984) pp. 107-110; CORRAL (2012) pp. 107-117; CARVAJAL (2012) pp. 565-604; ARANCIBIA (2013) pp. 199-212; BRAVO (2013) pp. 13-46; GONZÁLEZ (2013) pp. 13 y ss; PALOMO (2013) pp. 447-464; FIGUEROA y MORGADO (2013) pp. 128-137; NÚÑEZ y PÉREZ (2014) pp. 151-162; BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2014) pp. 237-247; DOMÍNGUEZ (2014) pp. 787-798; LARROUCAU (2014) pp. 43-79; LORENZINI (2014) pp. 387-405; HUNTER (2015) pp. 209-257; BORDALÍ (2016) pp. 173-198; ORELLANA (2017) pp. 190-194; VOGT (2018) pp. 253-277; ERBETTA (2017) pp. 629-638; ERBETTA (2018) pp. 53-69, y (2021) 624 pp.

¹⁰ ROSENBERG (2002) p. 27.

¹¹ En nuestro medio no se suelen mencionar los denominados hechos excluyentes. Se entiende por tales aquellos que configuran auténticos derechos potestativos que puede oponer el demandado a un derecho legítimo del actor. Así, por ejemplo, TAPIA (2000) pp. 33-38; DAMIÁN (2007) p. 19; ORTELLS (2014) pp. 263 y 272-277. El propio ROSENBERG (2002) p. 133, hace al menos una referencia a estos. Hay doctrina que, sin embargo, no utiliza esta denominación puesto que engloba y comprende a este tipo de hechos dentro de los hechos impositivos o extintivos, pero la misma tiene el cuidado de dejar en claro que se trata de una especie o tipo de hecho que produce unos efectos jurídicos propios, y que en la práctica se articulan en lo que se denominan excepciones materiales o sustantivas en sentido estricto distintas a las denominadas excepciones de fondo en sentido amplio. Más adelante se profundiza sobre esto cuando se trata el asunto de las excepciones.

Como se ha dicho, el punto de partida de la discusión actual sobre los problemas de la carga de la prueba se halla en la formulación de la teoría normativa. Se formulan críticas a ella o se discuten las matizaciones, las excepciones o la necesidad de regulaciones separadas o flexibles siempre en relación con aquella¹².

Una aportación decisiva posterior a la teoría de la carga de la prueba es la que realiza Micheli¹³. Este autor pone de relieve que no habría temas fijos de prueba, y que por lo tanto el reparto de la carga no se comporta siempre de la misma manera. Que para esto es fundamental tener en cuenta el efecto jurídico que se pretende en el caso concreto, de modo que la carga no es una cosa que se limita o refiere a una norma jurídica, sino que además hace falta considerar la posición de la parte y del hecho con relación al efecto jurídico que se pretende. Así, se puede entender mejor cómo ante una misma norma, ante una misma relación jurídico material, no obstante, el reparto de la carga puede variar en función de la pretensión concreta que se formule en juicio. Asume en este punto un predicamento semejante al profesor Verde¹⁴, quien desarrolla este principio en diversos campos¹⁵.

Lo anterior es fundamental para comprender bien el fenómeno del reparto de la carga en el cumplimiento-incumplimiento civil como tema de prueba o, mejor, como hechos alternadamente necesitados de prueba. Aquel cumplimiento-incumplimiento es uno de los casos que se verán influidos con claridad por el concepto antes señalado –de Micheli y

¹² Pueden verse las críticas y aportaciones de MICHELI (1961) 591 pp.; VERDE (2013) 600 pp.; TARUFFO (2005) pp. 247-325, y del mismo (2008) pp. 131-155; PRÜTTING (2010) pp. 453-464; FERRER (2019) pp. 53-87, y GIANNINI (2019) pp. 89-115.

¹³ MICHELI (1961) pp. 429-497.

¹⁴ VERDE (2013) pp. 190-206 y 424-429.

¹⁵ Estas aportaciones –que no están originalmente en ROSENBERG– permiten comprender mejor el reparto de la carga de la prueba en diversos campos, y en particular en el del cumplimiento-incumplimiento. La forma como opera en los casos bajo análisis se desarrolla a lo largo del trabajo. Sin embargo cabe anticipar que no siempre el actor soporta la carga solamente con relación a la obligación, sino que hay situaciones en que –precisamente por el efecto jurídico pedido–habrá de soportar la carga del incumplimiento, en tanto este incumplimiento se erige como hecho constitutivo del efecto jurídico pretendido, como es el caso de que –en lugar de pedir el cumplimiento de la obligación pactada– pida la indemnización o la resolución por incumplimiento. Otro ejemplo prístino de utilidad de las aportaciones señaladas se da en el caso de las obligaciones de no hacer. En estas el actor pide generalmente la remoción de lo hecho en contravención a la obligación de no hacer o la indemnización de perjuicios, y en ella el incumplimiento materializado en hechos positivos de contravención tiene una posición específica respecto del efecto jurídico pedido por la actora que es manifiestamente constitutivo. Más claro, aquí el incumplimiento es hecho constitutivo. MICHELI (1961) p. 434. También, CHIOVENDA (1925) tomo II, p. 260. Otros autores, con un enfoque semejante hacen afirmaciones que comprueban lo dicho. ORTELLS (2014) pp. 262, apunta en primer lugar la importancia de la posición del hecho respecto del efecto jurídico pedido (la consecuencia jurídica) y añade: “(...) la enfermedad mental, la falta de autorización para contratar en nombre del demandado o la ilicitud de la causa del contrato, ‘funcionan’ como hechos impeditivos si la pretensión interpuesta persigue condena al cumplimiento del contrato; pero si un contratante pretendiera la nulidad del contrato, o su anulación o su ineficacia, esos mismos hechos ‘funcionarían’ como constitutivos de una pretensión procesal declarativa o constitutiva”. RUSSO (2013) p. 128, pone a su vez el ejemplo del pago, que es hecho extintivo de la obligación, pero que, por otra parte, puede ser hecho constitutivo como sucede con la acción de pago de lo no debido. Esta teoría tiene corroboración en la lúcida regulación de la carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil española que en su art. 217 recoge este enfoque en sus reglas generales, como señala DAMIÁN (2007) p. 19. Dice “(...) la LEC parece haber optado por utilizar el criterio utilizado por MICHELLI. Eso significa que para la ley lo decisivo en relación con la carga de la prueba no es el hecho en sí mismo, sino el efecto jurídico que las partes pretenden en relación con la acción ejercitada”.

Verde— sobre la negación de la existencia de temas fijos de prueba y la necesidad de atender a la posición de las partes y del hecho con relación al efecto jurídico pretendido.

La singularización de aquel en cada caso obliga a consultar distintos elementos según la regulación jurídica específica de cada una de las figuras tratadas. Así, habrá necesidad de precisar aspectos relativos a las obligaciones con relación a la responsabilidad médica y, en el caso de la *exceptio*, será necesario considerar la categoría jurídica de excepción y sus tipos. Pero —como dijimos— en ambos la clave estriba en la determinación del hecho necesitado de prueba en función del efecto jurídico pretendido. De esto va a depender la exacta determinación de cuál sea el hecho constitutivo y cuál el hecho impeditivo en la responsabilidad médica. Esta misma determinación también es fundamental para la *exceptio non adimpleti* y dar respuesta a la pregunta específica: ¿cuál es el hecho fundante de la excepción? La respuesta pasará por determinar el hecho necesitado de prueba para que la *exceptio* —el efecto jurídico de paralización de la acción— prospere, y de esto inevitablemente depende el reparto de la carga también en este caso.

II. CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO CIVIL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL

1. TÉRMINOS EN QUE SE PRESENTA EL PROBLEMA DE LA CARGA

El primer problema es el relativo al reparto de la carga de la prueba respecto del cumplimiento o incumplimiento que se verifica en el campo de la responsabilidad médica contractual. Se reconoce entre nosotros que la norma básica sobre reparto de carga está en el art. 1698 inc. 1° CC. De esta se realiza una interpretación ordinaria por medio de la cual se sostiene que asigna al actor la carga de los hechos constitutivos de su pretensión, y que al demandado, por el contrario, le impone la carga de los hechos impeditivos, extintivos y modificativos.

Cuando en nuestro medio se da el paso siguiente, y se entra a precisar cuál sería el hecho constitutivo, siguiendo el tenor literal del art. 1698 inc. 1° CC, la respuesta inicial es clara: la existencia de la obligación. Así, el incumplimiento viene a quedar fuera de la carga primaria del actor, puesto que el hecho necesitado de prueba no es este, sino su opuesto: el cumplimiento. Lo dicho es claro, de nuevo, en el mismo tenor de la norma citada, cuando después de gravar al actor con la existencia de la obligación, seguidamente grava al demandado con la carga secundaria de la extinción de la obligación, esto es, con la prueba del cumplimiento de la misma. Por otra parte, lo anterior queda cerrado con el tenor del inciso 3° del art. 1547 CC, que impone al demandado la carga de la prueba de la diligencia o cuidado y del caso fortuito.

La cuestión tiene interés práctico en la actualidad en los casos en que toca resolver en el proceso civil situaciones relativas a la responsabilidad médica contractual. Con frecuencia se plantean estos asuntos en que se alega la responsabilidad del facultativo, en los cuales se presenta la discusión: ¿cabe o no aplicar de forma ordinaria el art. 1698 CC y sobre todo el complementario inciso 3° del art. 1547 CC?, ¿cómo es que se puede eludir el art. 1698 CC y el art. 1547, y echar sobre los hombros del demandante algo que le toca so-

portar al demandado, con arreglo a las explicaciones ordinarias sobre aquellas normas, por ejemplo, en materia de responsabilidad médica?

Hay una primera posición que ha enfatizado que estas disposiciones en realidad no operarían exactamente como están concebidas, como consecuencia de la distinción esencial entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado¹⁶. El argumento sustantivo es que en las obligaciones de medios –como suele ser la obligación del facultativo– el resultado no está integrado en la obligación contraída. Esta se limita a la realización de una conducta típica diligente comprometida. De este modo, el hecho de no conseguirse el resultado no deriva necesariamente en el incumplimiento a la obligación. Así las cosas la cuestión debatida en los procesos sobre responsabilidad médica se plantearía con relación a si los actos de ejecución de la prestación son o no cumplimiento debido de la obligación, es decir, si hubo o no contravención a la *lex artis*. Barros, en apoyo de esta tesis, sostiene que en estos asuntos no se debate sobre la ejecución misma de la prestación, sino que se debate (se discute) sobre si los actos de ejecución son o pueden ser tenidos por exacto cumplimiento-incumplimiento de aquella, de modo que –siendo este el objeto del debate– cabría poner la carga del incumplimiento sobre el actor¹⁷. En función de esa distinción se acaba por mantener que el actor ha de probar el incumplimiento, y por ello tendría la necesidad de probar incluso la contravención a la *lex artis*. Tal doctrina tendría un efecto derogatorio del tenor literal del art. 1698 y del inciso 3° del art. 1547 CC.

Esta posición, no obstante, no ha sido unánime en nuestro Derecho. Hay autores como Alessandri¹⁸, Peñailillo¹⁹ y Pizarro²⁰ que mantienen una opinión contraria. Estos insisten en la aplicación sin reservas del art. 1698 CC tal como se ha considerado de forma ordinaria, y del art. 1547 inciso 3° del CC, negando trascendencia en este punto a la distinción de la clasificación de las obligaciones señalada, de la que se pretende extraer una consecuencia para el régimen de carga de la prueba.

Peñailillo y Pizarro consideran que la clasificación tiene importancia en la determinación de lo que sea el incumplimiento en cada caso. Como en las obligaciones de medios lo comprometido es una conducta determinada diligente –y no la obtención del resultado en sí– hay incumplimiento cuando el deudor no se ha comportado con la diligencia debida –y no simplemente con la no verificación del resultado–. Por ello, además, el incumplimiento inevitablemente llega a confundirse con la culpa, cosa que no sucede con las obligaciones de resultado en las cuales estos elementos se mantienen separados. En estas podría haber incumplimiento en caso que no se provea el resultado con independencia de que concurra culpa.

Pero como dijimos, los autores citados, pese a no desconocerle relevancia a la clasificación en el plano indicado, le niegan relevancia como fundamento para un reparto de la carga

¹⁶ BARROS (2006) pp. 658-661; pero también en el Derecho comparado. Véanse al respecto las referencias de BLANCO (2013) pp. 82-111.

¹⁷ BARROS (2006) pp. 659-661.

¹⁸ ALESSANDRI (2005) pp. 42-43, nota al pie N° 3.

¹⁹ PEÑAILILLO (2003) pp. 222-230.

²⁰ PIZARRO (2008) pp. 255-265.

de la prueba distinto y específico. Estiman que, en este punto, en el Derecho chileno habría que distinguir la prueba del incumplimiento y la prueba de la culpa (imputabilidad).

En cuanto a lo primero, el art. 1698 CC impondría un reparto de la carga que grava al actor con la prueba de la existencia de la obligación y al demandado con la extinción de aquella. La carga primaria del actor le impone a este la prueba del surgimiento o nacimiento de la obligación (mediante la prueba del negocio jurídico, por ejemplo), y seguidamente –la carga secundaria del demandado– hace soportar a este la carga de la extinción, lo cual se traduciría en la carga de probar el cumplimiento, el cual en estas obligaciones de medios se traduce en la prueba del comportamiento diligente comprometido en la obligación, en tanto esta es la forma de cumplir y, por lo tanto, de extinguir este tipo de obligaciones²¹.

En cuanto al art. 1547 inciso 3° CC, que contendría una presunción de culpa, sería plenamente consistente con lo dicho, y por ello se concluye que no habría diferencia entre las obligaciones de medios y de resultado: “en ambas, sea de medio o de resultado, la culpa se presume, y quien alegue diligencia debe probarlo”²².

2. *TERTIUM GENUS*

Hay finalmente, entre las dos posiciones descritas, un *tertium genus*, que si bien asume la primera tesis de la distinción de obligaciones de medios y de resultado en el campo de la carga de la prueba, cree que se pueden minimizar en sede probatoria las consecuencias de la regla de juicio.

Vidal apunta que si se asume que la carga de probar gravita sobre la víctima, como consecuencia de adherir a la primera tesis, la jurisprudencia habría enfrentado el problema que esto supone desde el punto de vista de la asimetría de la información y de la desigualdad de medios para probar, mediante una suerte de técnica compensatoria consistente en la generación de verdaderos deberes de colaboración impuestos al facultativo demandado –se entiende de aportación de fuentes de prueba– y cuyo incumplimiento podría llegar a suponer la circunstancia o hecho base a partir del cual se pueda construir una auténtica presunción judicial de culpa²³. Se podría concluir –siguiendo el argumento de Vidal– que el problema de la carga de la prueba se compensaría en sede de valoración de la prueba, en donde la formación de convicción podría fundarse en la ponderación de la conducta procesal del demandado.

La solución supondría un intento de mitigar la trascendencia del reparto normativo tal como se interpreta en esta tesis, que asume que no es aplicable el art. 1547 inciso 3° CC. La solución compensatoria, sin embargo, plantea dificultades. Primero cabe preguntarse por la procedencia de creaciones jurisprudenciales de deberes de conducta procesal para el caso particular por parte del juez que conoce del asunto, ¿será efectivo que sean deberes de colaboración? Segundo, frente a esos presuntos deberes de colaboración de origen juris-

²¹ Ejemplos jurisprudenciales de esta tesis los siguientes fallos: *THUMALA OLAVE CON LAUSEN MONTT* (2013); *LEÓN MUÑOZ CON HINOSTROZA SCHEEL* (2014).

²² PEÑAILILLO (2003) p. 229.

²³ VIDAL (2018) pp. 26-29.

prudencial, cabría preguntarse, ¿bajo qué norma se ampara en nuestro Derecho positivo una cosa así?

Se ha mantenido la posibilidad de sustentar en la buena fe la exigencia judicial de determinados deberes de conducta de las partes como el de colaboración respecto del acceso a las pruebas, lo cual podría encontrar asidero en normas como la del art. 2° de la Ley 20.886 sobre la buena fe procesal²⁴. El razonamiento es interesante, pero estimamos que la norma prevista en la disposición citada –tal cual está concebida²⁵– no es suficiente para inferir que se autoriza al juez a imponer una conducta de colaboración tan sensible como la probatoria. En nuestro Derecho –hasta ahora– los deberes procesales sobre las partes son excepcionales y su establecimiento exige una norma legal que los imponga directamente o al menos que autorice inequívocamente al juez a imponerlos. Por otra parte, habría que plantearse si la conducta procesal (frente a un deber de colaboración de creación jurisprudencial) tiene trascendencia probatoria al punto que pueda lícitamente ser considerado un elemento de convicción eficaz. ¿Cuál sería el sostén normativo de este segundo aspecto?

En cuanto a la potestad del juez de valorar esa conducta, también esto requiere de base normativa clara. El legislador cuando ha querido conferirle este poder de ponderación al juez, permitiéndole tener por probado o admitido hechos a partir de determinadas conductas procesales, ha previsto la correspondiente norma legal. Así, entre otras, el art. 313 y 724 CPC, el art. 453 N° 1 del CT, o incluso el ejemplo del art. 50 H de la Ley 19496²⁶.

Tal vez la forma más plausible (aunque no la compartimos) de mitigar en sede probatoria los efectos de la teoría que asume la trascendencia de la clasificación de las obligaciones de medios en lo tocante al reparto de la carga de la prueba sea aquella que apela al razonamiento inferencial materializado en la cláusula *res ipsa loquitur*. Larroucau, por ejemplo, vincula el razonamiento inferencial *res ipsa loquitur* y lo aproxima a la presunción de culpa por el hecho propio del art. 2329 CC²⁷, lo cual en definitiva autorizaría al juez para realizar una inferencia sobre la culpa de calidad epistémica disminuida no concluyente, o incluso (en su versión más fuerte) presumirla de la sola prueba de la conducta del demandado si se trata de conductas que están dentro de aquellas que regularmente causan daño.

En nuestro concepto este es un enfoque en sede probatoria que busca restringir el uso de la regla de juicio en los casos de insuficiencia probatoria. Vale decir, estrategias jurídicas destinadas a evitar cuanto sea posible la aplicación de la regla de juicio mediante la facilitación de la formación de prueba y el establecimiento de hechos en el proceso. Estimamos que esta solución no es la adecuada por lo que se dirá en el número siguiente.

²⁴ Entre nosotros puede consultarse a LARROUCAU (2013) pp. 259-305.

²⁵ El art. 2 letra d) de la Ley 20.886 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 fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquier otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

²⁶ No negamos que en el Derecho comparado, sobre todo en legislaciones de Europa continental, se puedan encontrar buenos ejemplos de sistemas que consagran generosos espacios para la valoración libre de la conducta procesal de las partes. Puede verse CAPPELLETTI (1962) 411 pp., parte prima, 415-881, parte seconda; PRÜTTING (2006) pp. 59-78. Entre nosotros, por ejemplo, HUNTER (2015) pp. 209-257.

²⁷ LARROUCAU (2010) pp. 491-519 y del mismo (2014) pp. 60-76; HUNTER (2015) pp. 228-229.

Lo cierto es que frente a estas posiciones encontradas la jurisprudencia sobre responsabilidad médica sufre al discernir casos concretos: no desarrolla un criterio claro y no llega a una solución neta. En algunos casos intenta aplicar la distinción apuntada de obligaciones de medios y de resultado, y entonces –al establecer que las obligaciones del facultativo son por regla obligaciones de medios– pone de cargo del actor la prueba del incumplimiento, echando sobre sus hombros incluso la prueba de la contravención de la *lex artis*. Puede verse, por ejemplo, la SCS de 29 de agosto de 2016²⁸, de forma ambigua; y con toda claridad la SCS de 24 de abril de 2020²⁹. La situación es problemática porque no acaba de convencer a toda la jurisprudencia. Así, en paralelo, se sostiene la posición opuesta, por ejemplo, en el caso de SCA de Concepción de 19 de julio de 2012³⁰, donde se insiste en la aplicación del inciso 3° del art. 1547, y en la carga del demandado de probar la diligencia o cuidado. Cabe resaltar por su extenso desarrollo a la SCS de 25 de abril de 2017 (sentencia de reemplazo)³¹, donde se descarta con rotundidad la distinción de obligaciones de medios y de resultado para disciplinar el reparto de la carga de la prueba.

3. LA CLAVE DE SOLUCIÓN: EL EFECTO JURÍDICO PRETENDIDO POR LA PARTE EN CONCRETO Y LA DISTINCIÓN CLARA DEL HECHO CONSTITUTIVO E IMPEDITIVO EN EL PLANO PROCESAL, DISTINTO DEL PLANO SUSTANTIVO

En primer lugar, el reparto de la carga de la prueba en la responsabilidad médica no se explica –como ha sugerido Barros– porque el debate o discusión recaiga en el incumplimiento en razón de su calidad de obligación de medios, de lo que derivaría la carga del actor de probar la contravención de la *lex artis*. En efecto, el objeto del debate no es relevante por sí mismo: puede no existir debate en un proceso determinado y, sin embargo, haber de todos modos necesidad de aplicar la regla de reparto de la carga. Tampoco, por otra parte, es exacto que el art. 1698 CC deba interpretarse de forma ordinaria, en términos que invariablemente imponga la necesidad (la carga) al actor de probar solamente la existencia de la obligación.

La técnica procesal ha establecido que lo decisivo para el asunto del reparto de la carga de la prueba está en comprender que en el proceso no existen temas fijos de prueba³². Vale decir, los hechos necesitados de prueba son distintos en casos diversos, aunque detrás de ellos se encuentre una misma relación jurídico material.

Un inconveniente –entre otros– del art. 1698 CC es que da a entender lo contrario³³. Que existiría siempre un mismo tema de prueba, fijo o estático, derivado de una norma jurídica abstracta: desde el punto de vista del actor, invariablemente la existencia de la obligación, y desde el punto de vista del demandado, el cumplimiento. Sin embargo ello

²⁸ GALLO MUÑOZ CON INSTITUTO DE SEGURIDAD DEL TRABAJO (2016).

²⁹ TORO CAMPUSANO Y OTRO CON CÓRDOVA CORTÉS (2020).

³⁰ (NO SE CONSIGNA ACTOR) CON CORPORACIÓN SANATORIO ALEMÁN S.A. (2012).

³¹ CAMPOS JIMÉNEZ CON SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (2017).

³² MICHELI (1961); VERDE (2013).

³³ Esta crítica ha sido consistente en la doctrina comparada respecto de normas equivalentes a la del CC chileno (actualmente derogadas en España e Italia). CHIOVENDA (1925) pp. 254 y ss; MICHELI (1961) pp. 43-53, y 430-434; MONTERO (2007) p. 130.

no es exacto. Como ya hemos explicado, en el proceso los hechos necesitados de prueba se determinarán por el efecto jurídico pretendido por la parte, y en función de ello el hecho constitutivo va a variar según el tipo de efecto jurídico que se pretenda en cada caso. El ejemplo canónico para entender el fenómeno de la carga de la prueba es exactamente el caso en que se demanda el cumplimiento en oposición al caso en que se demanda la resolución o la indemnización. Aun cuando se trate de la misma relación jurídico material, la carga de la prueba no se comporta del mismo modo; el hecho constitutivo varía en función del efecto jurídico pretendido. Así, si se pide el cumplimiento es evidente que el actor habrá de probar la existencia de la obligación contractual como carga primaria. Si se pide la resolución, y con mayor razón, la indemnización, el incumplimiento es un hecho constitutivo identificador del efecto jurídico que se deduce.

En efecto, cuando se demanda el cumplimiento de una prestación determinada se está demandando una prestación que existía y a la cual se tenía derecho en razón del negocio jurídico antecedente, de modo que aquí el incumplimiento, aunque sea un hecho afirmado en la demanda, no tiene el carácter de hecho constitutivo de esta pretensión. Cosa diferente si se demanda indemnización o resolución. En estos casos la posición del incumplimiento es la de un hecho constitutivo y fundante del efecto jurídico pretendido, distinto de la prestación debida y pactada en el negocio jurídico. La indemnización y la resolución solo se configuran en concreto con el incumplimiento, mientras que la prestación debida existe con el negocio jurídico con completa independencia del posterior y eventual incumplimiento³⁴.

Por esto es acertado lo que señala Verde cuando con relación a la resolución apunta que el incumplimiento es hecho constitutivo, puesto que sin el incumplimiento no nace el efecto resolutivo³⁵. Luego sobre el incumplimiento inexacto, y las acciones de cumplimiento, de resolución y de indemnización apunta un criterio semejante:

Merece sobre todo alguna consideración el caso en el cual se deduzca que el cumplimiento no es exacto. No parece dudoso que tal circunstancia deba seguir la suerte del hecho principal al cual acompaña: así, cuando se acciona para el cumplimiento será el demandado el que deba probar el exacto cumplimiento; cuando se acciona para la resolución y/o para la indemnización de perjuicios, será el actor el que deberá probar que el cumplimiento ha sido inexacto³⁶.

Este razonamiento certero en términos teóricos, sin embargo, debe asumir que en la especie entra en consideración precisamente en este punto la regla legal del art. 1547 inciso 3° CC, la cual es un obstáculo a la interpretación que pretende esgrimir que el demandante tiene que asumir la carga de probar incluso la contravención a la *lex artis*. El propio Micheli³⁷, que rechaza la existencia de temas de prueba fijos, y que sostiene el deber de probar el incumplimiento en casos como este, precisamente no incurre en el exceso, cuando

³⁴ También pueden verse los ejemplos dados en nota 15.

³⁵ VERDE (2013) p. 426-427.

³⁶ VERDE (2013) p. 429, traducción nuestra. También puede verse MICHELLI (1961) pp. 431-434.

³⁷ MICHELLI (1961) p. 438.

trata el caso de la responsabilidad médica. Dice el autor citado: “Verdaderamente, el perjudicado se verá forzado a demostrar el incumplimiento por parte del médico, esto es, la verificación de un evento dañoso, dependiente de la conducta del médico mismo, correspondiendo a este último la prueba de la falta de culpa, del caso fortuito o de la fuerza mayor”.

La cuestión está separada con precisión, al distinguir el problema del incumplimiento desde la perspectiva procesal probatoria, evitando trasladar sin más al proceso el incumplimiento (responsabilidad) desde un ángulo sustantivo. Si así fuere se esfumaría el sentido de la distinción tan importante en el plano procesal de los denominados hechos impeditivos como contracara del hecho constitutivo. Conviene señalar que esto no tiene nada de peculiar: en la dogmática sobre carga de la prueba está claro que el hecho impeditivo es un hecho constitutivo del supuesto normativo de Derecho material, pero que la ley pone del revés precisamente para efectos del reparto de la carga, como acontece con “la culpa y la falta de culpa”. Lo que hace el art. 1547 inciso 3° es establecer la diligencia –la falta de culpa– como un hecho impeditivo desde el punto de vista probatorio³⁸, y que por lo tanto gravita sobre el demandado, aunque es evidente que la responsabilidad civil desde un punto de vista sustantivo suponga la concurrencia de culpa, siendo esta –la culpa– un elemento constitutivo de la pretensión desde el punto de vista material: solo de esta forma se entiende la exoneración si se prueba la diligencia o el caso fortuito.

Vale decir, la solución correcta descansa en la combinación de dos fundamentos. Primero, tener presente que la determinación de los hechos necesitados de prueba exige mirar al efecto jurídico pretendido, y, segundo, la consideración del modelamiento concreto que el legislador hace al introducir un reparto distinto del que habría de desprenderse inicialmente de la regulación sustantiva, mediante la técnica de los hechos impeditivos (o hechos constitutivos presuntos)³⁹. Los hechos impeditivos son el máximo esfuerzo de flexibilización probatoria que el régimen de carga normativa puede hacer.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

1. TÉRMINOS EN QUE SE PRESENTA EL PROBLEMA DE LA CARGA

Otro asunto crítico relativo al cumplimiento-incumplimiento como *thema probandum* y de reparto de prueba es el tocante a la *exceptio non adimpleti contractus* en las relaciones jurídico materiales sinalagmáticas, que surgen de negocios jurídicos de esta especie. La jurisprudencia y la doctrina imperantes no logran dar con un criterio claro para dirimir este caso, como se verá seguidamente.

³⁸ VOGT (2018) pp. 258-259, estima que en el art. 1547 inciso 3° habría lo que denomina una regla de operación que se traduce en una ficción de efectividad del hecho constitutivo de la culpa del deudor. Nótese la crítica que hace sobre este tema, VERDE (2013) pp. 113-123.

³⁹ VERDE (2013) pp. 274-286 y pp. 431-433, en este punto específico, sin embargo, considera que más que un hecho impeditivo habría un hecho constitutivo presunto, manteniendo en esta materia esta posición mayoritaria y clásica en el derecho comparado, aunque formula interesantes matizaciones sobre la difícil distinción de lo que sea un hecho impeditivo y uno constitutivo presunto.

La jurisprudencia chilena ha reconocido la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* con base en el art. 1552 CC, norma en la cual esta tendría reconocimiento al menos implícito⁴⁰. Diversas sentencias de la CS han ofrecido el siguiente concepto: “La *exceptio non adimpleti contractus* es aquella que corresponde al deudor en el contrato bilateral y que le faculta para negarse a cumplir su obligación mientras la otra no cumpla o se allane a cumplir la suya”⁴¹.

En lo que toca al reparto de la carga de la prueba respecto de esta excepción, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que el peso de la prueba recaería en el demandado que la esgrime. Esta posición aparece, por ejemplo, en los siguientes pronunciamientos: SCS de 5 de julio de 2012⁴²; SCS de 17 de agosto de 2010⁴³; SCS de 10 de mayo de 2010⁴⁴; SCS de 23 de octubre de 2013⁴⁵; SCS de 14 de mayo de 2014⁴⁶; SCS de 8 de septiembre de 2015⁴⁷; SCS de 22 de diciembre de 2016⁴⁸, y SCS de 18 de diciembre de 2017⁴⁹.

La tesis minoritaria puede consultarse en SCA de Antofagasta de 8 de octubre de 2014⁵⁰; SCS de 11 de agosto de 2015 (en relación con SCA Antofagasta citada)⁵¹; SCA de Rancagua de 19 de enero de 2018⁵², y también en los fallos más antiguos citados críticamente en trabajo de Rioseco⁵³. En la práctica en estos casos se está resolviendo exactamente del modo opuesto, imponiendo la carga de probar el cumplimiento de su obligación al actor, como si fuera un elemento fundante y constitutivo de su pretensión.

Lo que interesa resaltar ahora es que la jurisprudencia dominante es discutible. Ésta a menudo resuelve con base en que la denominada *exceptio non adimpleti contractus* es efectivamente una excepción en la que se afirma un hecho –el incumplimiento del actor– cuya prueba gravitaría sobre el *excipiens*. Vale decir, vendría a sostenerse el fundamento simple, pero erróneo, de que quien afirma un hecho soportaría la carga de probarlo⁵⁴. Entonces si el demandado afirma el incumplimiento del actor, toca a aquel –que ha afirmado ese hecho– probarlo.

⁴⁰ Por ejemplo, CLARO (1979) pp. 769-770; MEJÍAS (2013) pp. 389-412.

⁴¹ ZÚÑIGA SOTO CON VALLEJOS GUERRA (2010); GAEDECHENS BETTELEY CON BAS GONZÁLEZ (2014); PEDRO TORRENS E HIJO LIMITADA CON PEDIGREE SPIRITS S.A. (2016).

⁴² GARRIDO MIRANDA Y OTRO CON UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA METROPOLITANA (2012).

⁴³ ZÚÑIGA SOTO CON VALLEJOS GUERRA (2010).

⁴⁴ SYSEXEL COMPUTACIÓN LIMITADA CON TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS (2010).

⁴⁵ BUENA VISTA S.A. CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIG MARKETING LIMITADA (2013).

⁴⁶ SEPÚLVEDA GALLARDO CON VERGARA REYES (2014).

⁴⁷ BANCO DEL ESTADO CON CORTÉS ESCAIDA (2015).

⁴⁸ PEDRO TORRENS E HIJO LIMITADA CON PEDIGREE SPIRITS S.A. (2016).

⁴⁹ DELOITTE AUDITORES Y CONSULTORES LTDA. CON IMPORTACIONES EXIMBEN S.A.C. (2017).

⁵⁰ ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO (2014).

⁵¹ ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO (2015).

⁵² VILLASANTE REVECO CON LIMATRAIN LIMITADA (2018).

⁵³ RIOSECO (1984) pp. 107-110.

⁵⁴ Críticamente, VOGT (2018) pp. 253-257; DEL RÍO (2019) pp. 330-334; DAMIÁN (2007) p. 21.

En la doctrina chilena también el tema ha sido discutido. La posición dominante y que influye con claridad en la jurisprudencia es la de Rioseco⁵⁵. Este considera que la forma adecuada de enfocar el asunto es ver en el incumplimiento alegado un hecho impeditivo, que obsta a la eficacia jurídica del hecho constitutivo de la pretensión formado por la fuente de la obligación, de modo que la carga gravitaría en el *excipiens*, y no en el actor. Desde el punto de vista del actor su cumplimiento no integra el supuesto constitutivo de su pretensión, no es elemento de la exigibilidad de la obligación. Una posición semejante mantiene asimismo la profesora Mejías⁵⁶.

Hay alguna opinión, como la del profesor Caprile⁵⁷, que respecto a la tesis señalada manifiesta dudas sobre su procedencia con el argumento de que la carga que gravita sobre el *excipiens* –por la cual debe probar el no cumplimiento del actor– le estaría imponiendo la carga de probar un hecho negativo. Pese a esta duda, no formula una tesis alternativa, salvo que se infiera que entonces el autor está auspiciando poner la carga en el actor porque de esa forma se le pone a este en la necesidad de probar un hecho positivo, de más fácil comprobación frente al negativo del incumplimiento. Sin embargo, el autor citado no llega a sostener esto.

Ciertamente este criterio por sí solo es débil, puesto que cabe tomarse con mucho cuidado la afirmación general de que los hechos negativos no deban o no puedan ser probados. Esto solamente puede defenderse si se trata de una negación de hecho indefinida, que no aparece determinada y singularizada por parámetros espaciales y temporales. Actualmente la opinión dominante, en vía de principio, apunta que en el caso de la afirmación de hechos negativos definidos, es decir, determinados desde un punto de vista espacial y temporal –precisamente por esa determinación positiva– puede ser probada, y por lo tanto no hay inconveniente en gravar a una de las partes con su prueba⁵⁸.

Ha habido autores que, sin embargo, han sostenido una posición opuesta a la de Rioseco. Esa sería la tesis de por ejemplo Somarriva y Domínguez⁵⁹, que creen que el peso de la prueba recae en el actor, puesto que tenderían a considerar que el cumplimiento deviene en un elemento constitutivo de la pretensión (de la exigibilidad), que es precisamente lo que criticaba Rioseco.

Por otra parte, Abeliuk⁶⁰ también suscribe la tesis de la carga de la prueba en el actor, señalando sucintamente que esto derivaría de la aplicación de la regla general del art. 1698 CC, de modo que el *excipiens* habría de probar que hay una obligación del actor derivada del contrato bilateral y –probado esto– tocaría al actor probar su cumplimiento. El autor sin embargo no desarrolla argumentos, ni indica fuentes que expliquen su conclusión sobre este extremo.

⁵⁵ RIOSECO (1984) pp. 107-110. Por ejemplo, *BUENA VISTA S.A. CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIG MARKETING LIMITADA* (2013).

⁵⁶ MEJÍAS (2014) pp. 142-146. También HENRÍQUEZ (2017), pp. 61-63.

⁵⁷ CAPRILE (2012) pp. 59-60.

⁵⁸ PEÑAILILLO (1989) pp. 81-83, y antes de forma genérica, CLARO (1979) p. 781. RUSSO (2013) pp. 136-137, sobre la afirmación de hechos negativos indefinidos y definidos.

⁵⁹ SOMARRIVA y DOMÍNGUEZ (1984) p. 46, citados por RIOSECO (1984) p. 110.

⁶⁰ ABELIUK (2005) pp. 216-217.

2. LA CLAVE DE LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LA DETERMINACIÓN DEL HECHO NECESITADO DE PRUEBA: EL FUNDAMENTO FÁCTICO JURÍDICO DEL EFECTO JURÍDICO PEDIDO CON LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* COMO EXCEPCIÓN SUSTANTIVA EN SENTIDO ESTRICTO

La elaboración de la solución la articulamos en seis razonamientos que desarrollamos a continuación.

Primero: La estructura dialéctica del proceso, basada en el principio de contradicción, consiente que el actor deduzca en el proceso un supuesto fáctico normativo simplificado que se ciña a alegar el hecho constitutivo de su pretensión, del que depende la relevancia jurídica del caso, y que quede exonerado de la alegación (explícita) y de la prueba de los demás hechos de los cuales dependa que el hecho jurídicamente relevante pueda finalmente desplegar toda su eficacia jurídica⁶¹.

Así no se pone sobre sus hombros las cargas de alegación y de prueba de no verificación de hechos impeditivos, extintivos y modificativos, pese a que desde un punto de vista sustantivo la eficacia del supuesto constitutivo dependa de la no verificación de estos. De esta forma, en el ámbito procesal se rompe con el principio de simultaneidad⁶² que impondría con una lógica puramente sustantiva la necesidad de probar (positiva o negativamente) todos los elementos fácticos de los cuales dependa el efecto jurídico que se pretende.

La excepción de mérito⁶³ encuentra precisamente en esta realidad su propio fundamento. Por esto, la excepción se erige como el poder del demandado, opuesto al del actor de alegar un supuesto normativo simplificado, de completar ese supuesto concreto invocado por la contraria con hechos capaces de impedir o extinguir la eficacia jurídica de aquel, o de complementarlo con hechos que contrarresten esa eficacia jurídica. La excepción se resuelve en una potestad que se le reconoce al sujeto pasivo para ampliar el objeto del debate y del pronunciamiento de mérito, en tanto impondrá al juez el deber de examinar y resolver sobre los hechos que se introducen mediante ella.

Segundo: Este concepto de excepción de mérito comprende dos especies distintas. En primer lugar, la denominada excepción en sentido lato. Se entiende que son de este tipo las que se basan en hechos que impiden o cancelan la eficacia jurídica de un hecho constitutivo (impeditivos, modificativos o extintivos), por medio de las cuales se manifiesta

⁶¹ CAPPELLETTI (1962) pp. 345-347; FABBRINI (1989a) pp. 333-404, y del mismo (1989b) pp. 501-543; TAPIA (2000), pp. 32-38; VERDE (2013) pp. 201-206; ORTELLS (2014) pp. 260-264.

⁶² VERDE (2013) pp. 179 y ss., y pp. 185-194. El *principio de simultaneidad* predica una completa y necesaria correspondencia entre el hecho perfecto y el hecho eficaz, pudiendo llegar a entender por ello que el actor deba soportar la carga de la prueba de que su pretensión sea fundada, de modo que ella lo sea solo si se comprueba el hecho constitutivo y además la no concurrencia de hechos que impidan su eficacia o la extingan. Tal extensión de la carga de la prueba haría extremadamente difícil o imposible la real obtención de tutela jurisdiccional. De allí que el régimen jurídico en orden a hacer un reparto de carga más razonable es que, por ejemplo, distingue al hecho impeditivo del supuesto constitutivo. También TAPIA (2000) p. 36, nota 18. VOGT (2018) pp. 258-259, se refiere a la regla de operación de la regla de carga de la prueba como ficción de efectividad o no efectividad de hechos determinados. Con esta regla de operación se mantiene formalmente incólume el principio de simultaneidad. Una observación crítica a este respecto en el propio VERDE (2013) pp. 113-123.

⁶³ FABBRINI (1989a) pp. 333-404, y del mismo (1989b) pp. 501-543, para explicar la excepción de mérito y su significado en el proceso.

la potestad de la demandada de integrar y completar el supuesto normativo simplificado del actor con otros hechos que afectan su eficacia jurídica porque privan de fundamento a la pretensión del actor. A través de estas se discute por el demandado el fundamento de la pretensión deducida. Como dice Tapia,

si el demandado alega hechos impeditivos o extintivos está atacando la base misma de la acción; está argumentando que la acción no existe, que el derecho (o la relación jurídica) que el actor ha hecho valer en juicio o bien nunca nació al mundo jurídico por la presencia de un hecho impeditivo o bien nació pero posteriormente quedó extinguido por un hecho extintivo⁶⁴.

El poder del juez, en este caso, no queda condicionado a la efectiva interposición de la excepción de mérito en sentido lato: la estimación de los hechos indicados no queda sujeta a la previa deducción de la correspondiente excepción. El juez está autorizado para poner de relieve hechos de esta especie, bastando con que estén afirmados explícita o implícitamente por cualquiera de las partes. Esto es así porque se estima que el juez ha de tener el poder de considerar la eventual falta de fundamento de la pretensión que se le somete, si de alguna manera está afirmada, de forma explícita o implícita, por algunas de las partes y surge un elemento de convicción que así lo acredita; en otro caso, se llegaría al absurdo de entender que el juez –generalmente por una errada concepción del principio dispositivo– se halla en la tesitura de tener que estimar pretensiones manifiestamente infundadas, vale decir, injustas.

En consecuencia se podría mantener que los hechos de esta especie no suponen la carga de alegación en la parte interesada, aunque sí imponen la carga de la prueba en aquel.

Tercero: Por otra parte –en cambio– están las excepciones de mérito en sentido estricto. En este caso existe una complementación del supuesto normativo deducido por el actor con hechos que configuran un contraderecho potestativo del demandado que tiene precisamente la capacidad de contrarrestar la eficacia del hecho constitutivo. El demandado esgrime un supuesto de hecho, basado en una norma jurídica diferente a la invocada por el actor, que le confiere el poder de contrarrestar el derecho del actor.

En este caso la demanda está fundada, pero concurre un hecho que tiene la capacidad de enervarla. Existiría una especie de contraderecho potestativo concedido al demandado que le confiere un poder para excluir, a su arbitrio, la demanda del actor. Su introducción eficiente en el proceso depende de la voluntad positiva de aquel: solo puede ser operada por el demandado mediante la explícita alegación del hecho en que se funda y de la petición de su preciso efecto jurídico.

Rige en este punto el principio dispositivo por la propia naturaleza de la excepción y por esto la excepción condiciona y limita los poderes del juez, de modo que no puede ser considerada por el juez si no ha sido alegada en su favor por la parte interesada. Aquí el juez no puede considerar y declarar un hecho de este tipo si no media la afirmación y además la alegación de la propia parte interesada en obtener la desestimación o rechazo de

⁶⁴ TAPIA (2000) p. 35.

la demanda, como sucede por ejemplo con la prescripción, con la nulidad relativa o con la compensación.

Este tipo de excepción en sentido estricto impone la carga de alegación y, también, la carga de la prueba en cabeza del demandado que la alega⁶⁵.

Cuarto: Precisamente aquí cabe plantearse qué es lo que sucede con la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta es sin duda una excepción en sentido estricto, puesto que es un derecho potestativo del demandado, que le confiere la facultad de paralizar el ejercicio del derecho del actor⁶⁶. La demanda se encuentra perfectamente fundada pese al incumplimiento del actor (el actor no tiene necesidad de afirmar y probar su propio cumplimiento). Pero la demanda –aunque fundada– puede ser paralizada a raíz de ese derecho potestativo o facultad⁶⁷ que se le reconoce al demandado.

Y así llegamos a la cuestión de la *exceptio non adimpleti*: si esta es una excepción en sentido estricto, como parece, ¿la carga de la prueba del incumplimiento gravará entonces a la demandada?

Por mucho tiempo este problema quedaba conjurado porque no se le consideraba una excepción, sino una negación de la pretensión de la actora, de modo que con base en ello no había inconveniente en poner la carga del cumplimiento en el actor. En esta posición, que se remontaba al derecho común⁶⁸, la alegación positiva de incumplimiento no suponía la asunción de carga de la prueba por parte de quien la formula⁶⁹.

Pero hoy no existe duda de que la *exceptio non adimpleti* es propiamente una excepción sustancial⁷⁰, que se configura como derecho potestativo de paralización de la pretensión del actor, y no como negación de su fundamento. Descartada la *exceptio* como negación del fundamento de la acción del actor, y entendida en cambio como una excepción sustantiva, la pregunta es si esa calidad de excepción no debía implicar también un reparto de la carga distinto respecto al cumplimiento-incumplimiento, e imponer entonces la car-

⁶⁵ SCADUTO (1921) pp. 75-226; PERSICO (1955) 245 pp.; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396; CAPPELLETTI (1962) pp. 345-346; TAPIA (2000) pp. 33-38; VERDE (2013) pp. 420-429; ORTELLS (2014) pp. 260-264.

⁶⁶ SCADUTO (1921) pp. 75-226; PERSICO (1955) 245 pp.; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396; CAPPELLETTI (1962) pp. 345-346; VERDE (2013) pp. 420-429; GABRIELLI (2014) pp. 109-114. RUSSO (2013) pp. 137-153, sin embargo, difiere en este punto. Califica a la *exceptio non adimpleti* (entre otras) como simplemente una facultad de rechazar el cumplimiento y no como un contraderecho propio de las excepciones-impugnaciones. Este autor hace una distinción dentro de las excepciones sustanciales, entre aquellas que son exactamente un contraderecho que se manifiestan en un *ius ad impugnandum actionem*, de modo que se pueda hablar de excepciones-impugnaciones como poder para excluir de forma definitiva al derecho o la acción (teoría abstracta o concreta). La excepción de incumplimiento sería más bien una facultad (y no un contraderecho) para rechazar el cumplimiento exigido, distinguiéndose de las primeras porque no tiene la capacidad de excluir definitivamente el derecho o la acción, sino simplemente el poder para paralizarlo temporalmente. Por esto RUSSO le negaría el carácter de derecho potestativo.

⁶⁷ Facultad, si se asume la precitada tesis de RUSSO (2013) pp. 137-153.

⁶⁸ VOET (1829) XIX, I, 23, p. 351; PERSICO (1955) pp. 170-171; MICHELI (1961) pp. 376 y ss. Entre nosotros, Claro (1979) pp. 769-784, que rastrea el origen en el derecho romano, haciendo distintas matizaciones, aunque reconoce que la formulación definitiva de esta excepción tal como se conoce hoy corresponde a BARTOLO.

⁶⁹ Sobre la inexacta idea difundida en nuestro medio de que quien afirma soporta la carga de la prueba de su afirmación, VOGT (2018) pp. 253-257; DEL RÍO (2019) pp. 330-334; DAMIÁN (2007) p. 21, con referencia al caso español.

⁷⁰ PERSICO (1955) pp. 160-167.

ga del incumplimiento sobre el demandado, en lugar de gravar al actor con la carga de su cumplimiento.

Quinto: Lo cierto es que la respuesta se encuentra en la precisión de cuál sea el fundamento de la *exceptio non adimpleti*. Esto se traduce en la determinación de si el incumplimiento es o no el hecho necesitado de prueba desde la perspectiva de la excepción. La clave está en la singularización del fundamento fáctico-jurídico del efecto jurídico pretendido por el *excipiens*, como es la paralización de la acción del actor⁷¹.

El error común es considerar que el fundamento de la *exceptio* sea el incumplimiento del actor, porque es lo que de forma explícita o implícita está afirmando cuando deduce la *exceptio*. Con todo, si se mira con detenimiento la cuestión, se advierte que el fundamento jurídicamente relevante de la *exceptio* –del efecto jurídico pretendido de paralización de la acción– es la deducción del contracrédito que tiene el demandado, en cuanto parte de un contrato sinalagmático. El demandado funda su excepción en su contracrédito emanado de un negocio jurídico sinalagmático, aunque además afirme el incumplimiento, esto es, que ese crédito no ha sido simultáneamente satisfecho por el actor, ni se encuentra llano a hacerlo.

Obviamente, el demandado –*excipiens*– soporta la carga que le grava, la del hecho fundamento del efecto jurídico que deduce mediante la excepción. Esto es, la carga de probar la existencia del contracrédito que opone al actor y en el que se funda el efecto jurídico de paralización de la acción del actor. Esta es la razón por la cual al demandado le basta con probar su crédito para obtener la paralización de la acción, salvo que el actor pruebe de vuelta que aquel se encuentra extinto.

Ahora bien, es cierto que la carga del *excipiens* no se percibe a menudo de forma concreta porque la prueba de su contracrédito quedará regularmente subsumida en la prueba que el mismo actor aporta, en tanto deriva del mismo negocio jurídico bilateral que sirve de fundamento al demandante. Esto es lo que se ha explicado por Scaduto⁷² o por Persico⁷³, cuando dicen que finalmente la carga del demandado en esta excepción sigue las reglas generales, y por ello no se le puede poner la carga de la prueba del incumplimiento, esto es, la carga de probar la no extinción de su crédito, cuando es evidente que la extinción incumbe probarla al deudor, con independencia de la posición formal que tenga en el proceso (en este caso de actor); prima la posición de la parte respecto al efecto.

Entre nosotros pareciera adherir a esta posición el profesor Abeliuk⁷⁴, aunque no desarrolla los argumentos de esta, limitándose a hacer una referencia a la regla del art. 1698 CC, sin entrar en las consideraciones ni fundamentos.

Sexto: Lo expuesto hasta aquí debe ser matizado con respecto a la *exceptio non rite adimpleti contractus*, esto es, cuando la excepción alega un cumplimiento imperfecto, parcial o que no se corresponde con lo pactado. En este caso la *exceptio* asume que ha habido prestación, pero alega que aquella prestación no es cumplimiento de la obligación contraída, con lo cual estaría alegando el derecho a una prestación distinta de la que se ha

⁷¹ RUSSO (2013) pp. 81-84 y 110.

⁷² SCADUTO (1921) pp. 184-188.

⁷³ PERSICO (1955) pp. 167-173.

⁷⁴ ABELIUK (2005) pp. 216-217.

verificado. En este caso se sostiene en general que el asunto supera el cumplimiento como hecho necesitado de prueba y se ubica en el ámbito de la existencia de una prestación determinada distinta, y así como el cumplimiento es un hecho de cargo del que lo debe —sea en posición formal de demandado como de demandante—, la inexactitud o la deficiencia de la prestación dada toca probarla a quien quiere hacerla valer⁷⁵.

Pero nótese, de vuelta, para ser precisos, no toda alegación de cumplimiento imperfecto o defectuoso hará recaer la carga en el demandado. Para esto es menester que dicha alegación se ponga más allá de la necesidad de probar el propio cumplimiento que tiene el actor. Para que se entienda, si se alega el pago parcial o la entrega de una cosa que no tiene la calidad mediana de su género⁷⁶, tal alegación no grava al *excipiens*, sino que sigue pesando sobre el actor, puesto que es este quien tiene que acreditar el pago del precio o la entrega de una cosa al menos de calidad mediana. Por el contrario, tal cosa variará si por ejemplo se alegara un defecto específico, por ejemplo, en la fabricación de la cosa o producto.

Por otra parte, íntimamente vinculado al reparto de la carga en la *exceptio non rite adimpleti contractus* está el asunto probatorio que emana de la conducta previa de los contratantes en relación con la aceptación de la prestación como cumplimiento, y la incidencia que ello tiene en el reparto de la carga de la prueba⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES

En el estudio se han comprobado las soluciones adecuadas a los problemas de reparto de la carga de la prueba sobre el cumplimiento-incumplimiento en dos ámbitos específicos en que se plantean dudas.

Primero, respecto del hecho necesitado de prueba en el supuesto de la responsabilidad médica, ha quedado demostrada la utilidad que tiene, por una parte, la consideración de la teoría que pone el acento en el efecto jurídico pretendido para la comprensión de cómo se comporta el fenómeno en estudio y, por otra parte, la necesaria consideración de la configuración de cierta flexibilidad en el reparto normativo de la carga mediante la técnica de los hechos impositivos, los cuales solamente se pueden llegar a comprender si se ponen en relación con los hechos constitutivos del supuesto normativo y su desdoblamiento procesal.

Esta aproximación es la que nos ha permitido ofrecer una respuesta sistemática al supuesto del incumplimiento en el caso de la responsabilidad médica contractual y la recta interpretación del sentido y alcance del reparto de la carga ínsito en el art. 1547 CC, que

⁷⁵ SCADUTO (1921) pp. 189-190; PERSICO (1955) pp. 174-176; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396. Por ejemplo, en Derecho español en el que como regla la *exceptio non adimpleti contractus* pone la carga de la prueba en el actor. En caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus* recae en el demandado. BOZZO (2014) p. 89.

⁷⁶ Ejemplos dados por SCADUTO (1921) p. 189. ERBETTA (2021) p. 313, a propósito de los parágrafos 362 y 364 BGB, concluye que el cumplimiento se produce cuando la prestación se ejecuta en conformidad con su contenido. Solo en ese momento se produciría su efecto realmente liberatorio.

⁷⁷ SCADUTO (1921) pp. 191-194; PERSICO (1955) pp. 174-176; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396. Nótese el ejemplo clásico del caso alemán, estudiado por ROSENBERG (hace tiempo ya), en el cual el asunto rota en torno al parágrafo 363 BGB alemán, que establece una presunción legal que invierte la carga en el supuesto de aceptación de la prestación como cumplimiento. Últimamente se refiere a este precepto, ERBETTA (2021) pp. 308-320.

no se puede responder acertadamente con arreglo a criterios de reparto estáticos y abstractos, o puramente nomológico sustantivos.

Segundo, con respecto a la *exceptio non adimpleti contractus*, ha quedado demostrado que la solución sobre cuál sea el hecho necesitado de prueba –cumplimiento-incumplimiento– depende de la consideración del concepto de excepción de la propia *exceptio* y del fundamento fáctico del efecto jurídico que se reclama mediante esta, consistente en la paralización de la acción intentada por el actor.

En este contexto, ha sido clave haber podido precisar que el fundamento de esta excepción reside finalmente en el contracrédito del *excipiens*, que es parte de un negocio jurídico sinalagmático, y no en el incumplimiento del actor, lo cual nos permitirá finalmente singularizar de forma certera el hecho necesitado de prueba que efectivamente impone una precisa carga probatoria al *excipiens*, lo cual además ha sido fundamental para demostrar el error conceptual que significa sostener que la carga de este viene determinada por la afirmación de incumplimiento del actor o el error de considerar el incumplimiento del actor un hecho impeditivo de cargo del *excipiens*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2005): *Las obligaciones*, tomo II (Santiago de Chile, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- ARANCIBIA OBRADOR, María José (2013): “Cargas probatorias dinámicas desde el punto de vista del Derecho civil”, *Temas de Derecho. Revista de la Universidad Gabriela Mistral*: pp. 199-212.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2011): “Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia”, en VV.AA (eds.) *Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho civil 2005-2009*, tomo II (Santiago, Thomson Reuters) pp. 503-518.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes (2013): *La carga de la prueba por omisión de información al paciente* (Madrid, Marcial Pons).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, y PALOMO VÉLEZ, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2016): “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 1: pp. 173-198.
- BOZZO HAURI, Sebastián (2014): “La ‘excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente’ y su régimen en el derecho civil español”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLII, pp. 83-119.
- BRAVO HURTADO, Pablo (2013): “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”, *Revista chilena de Derecho privado*, N° 21: pp. 13-46.

- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, volumen V (Santiago, edición facsimilar, Editorial Jurídica de Chile).
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (2012): “Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3: pp. 565-604.
- CAPPELLETTI, Mauro (1962): *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Milano, Giuffrè).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012): “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XXXIX: pp. 53-93.
- CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA).
- CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho procesal civil*, II (trad. Casais y Santaló, Madrid, Reus).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): “Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil”, en AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (edit.), *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 23 (Santiago, Universidad de Los Andes) pp. 107-117.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo; BORDALI SALAMANCA, Andrés, y PALOMO VELEZ, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, 2a edición).
- DAMIÁN MORENO, Juan (2007): “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros (eds.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 13-27.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2019): “La concepción de la carga de la prueba en la doctrina (civil y procesal) chilena dominante durante el siglo XX”, en SIMONS, Adrian y otros (coords.), *Estudios en Homenagem a Ada Pelligrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira* (Sao Paulo, Tirant lo Blanch) pp. 321-338.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2014): “La introducción de las cargas probatorias dinámicas en el derecho chileno”, en TURNER, Susan y VARAS, Juan (edits.), *Estudios de Derecho civil IX* (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 787-798.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2017): “La carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley 19.496 a partir de un fallo reciente: entre la validez de las cláusulas limitativas y excluyentes de responsabilidad y la aplicación de las reglas del Código Civil”, *Ius et Praxis*, N° 1: pp. 629-638.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2018): “Ensayo sobre la carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley sobre la protección de los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXI, N° 2: pp. 53-69.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2021): *La carga de la prueba del incumplimiento contractual en el Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Ediciones DER).
- FABBRINI, Giovanni (1989a): “L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione”, en FABBRINI, Giovanni, *Scritti Giuridici, I* (Milano, Giuffrè) pp. 333-404.
- FABBRINI, Giovanni (1989b): “Eccezione”, en FABBRINI, Giovanni, *Scritti Giuridici, I* (Milano, Giuffrè) pp. 501-543.

- FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Érica (2013): *Procedimientos civiles e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2019): “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (edits.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons) pp. 53-87.
- GABRIELLI, Enrico (2014): “La suspensión de la ejecución del contrato en el derecho italiano”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, segunda época, año 9, N° 9: pp. 109-132.
- GIANNINI, Leandro (2019): “Revisitando la doctrina de la ‘carga dinámica de la prueba’. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (edits.), *Contra de la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons) pp. 89-115.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2001): “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *InDret*, N° 1: pp. 1-17.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2013): *La carga dinámica de la prueba y sus límites* (Santiago, Thomson Reuters).
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (2007): “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros (edits.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 29-74.
- HENRÍQUEZ GONZÁLEZ, Sebastián (2017): *La excepción de contrato no cumplido y su aplicación en casos de cumplimiento imperfecto: análisis doctrinal y jurisprudencia (memoria de prueba)* (Santiago, Universidad de Chile).
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015): “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 22-1: pp. 209-257.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2010): “*Res ipsa loquitur*: Quien habla es el juez, no la cosa”, en FIGUEROA, Gonzalo, BARROS, Enrique, y TAPIA, Mauricio (coords.) *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago de Chile, LegalPublishing) pp. 491-519.
- LARROUCAU TORRES, JORGE (2013): “Tres lecturas de la buena fe procesal”, *Revista chilena de Derecho privado*, N° 21, pp. 259-305.
- LARROUCAU TORRES, JORGE (2014): “¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVII, N° 2: pp. 43-79.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime (2014): “La carga dinámica de la prueba en materia de consumo: Un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor”, en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, GÁTICA RODRÍGUEZ, María Paz y VERDUGO TORO, Javiera (edits.), *Estudios de Derecho civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Thomson-Reuters) pp. 387-405.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013): “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 389-412.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2014): “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 1: pp. 111-156.

- MICHELI, Gian Antonio (1961): *La carga de la prueba* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA).
- MONTERO AROCA, Juan (2007): *La prueba en el proceso civil* (Cizur Menor, Thomson-Civitas).
- MORGADO SAN MARTÍN, Érika y FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín (2013): *Procedimientos civiles e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2019): “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (edits.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons), pp. 23-52.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014): *Manual de derecho procesal civil. Procedimiento ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Thomson Reuters).
- ORELLANA TORRES, Fernando (2017): *Manual de Derecho procesal II. Procedimientos civiles ordinarios y especiales* (Santiago, Librotecnia).
- ORTELLS RAMOS, Manuel y otros (2014): *Derecho procesal Civil* (Cizur Menor, 13ª edición, Aranzadi).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2013): “Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta”, *Ius et Praxis*, N° 2, pp. 447-464.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, 2ª edición).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989): *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2006): “Presentación de documentos y dirección procesal”, en PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (coords.), *Código procesal penal alemán* (Montevideo, Draft) pp. 59-78
- PÉREZ RAGONE, Álvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2014): *Manual de derecho procesal civil. Procedimiento ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Thomson Reuters).
- PERSICO, Giovanni (1955): *L'eccezione d'inadempimento* (Milano, Giuffrè).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 31: pp. 255-265.
- POSNER, Richard (1999): “An Economic Approach to the Law of Evidence”, *Stanford Law Review*, vol. 51: pp. 1477-1546.
- PRÜTTING, Hanns (2010): “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schaw para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, *Ius et Praxis*, N° 1: pp. 453-464.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1984): “El onus probandi en la excepción del contrato incumplido”, *Revista de Derecho (Concepción)*, N° 176: pp. 107-110.
- ROSENBERG, Leo (2002): *La carga de la prueba* (trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, B de f).
- RUSSO, Federico (2013): *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali* (Roma, Aracne).

- SCADUTO, Gioachino (1921): “L’exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano”, *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, vol. VIII: pp. 75-226.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada* (Madrid, La Ley).
- TARUFFO, Michele (2005): *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer, Madrid, Trotta).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (trads. Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Madrid, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2019): “Casi una introducción”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (edits.), *Contra la carga de la prueba* (trad. Cristian Contreras, Madrid, Marcial Pons) pp. 11-21.
- VERDE, Giovanni (2013/1974): *L’onere della prova nel processo civile* (Napoli, Edizione Scientifiche Italiane).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): *Responsabilidad civil médica*, primera edición (Santiago, DER-CJAJ).
- VOET, Johannis (1829): *Commentarius ad Pandectas*, t. II (París, Gauthier Fratres, Bibliopolos).
- VOGT GEISSE, Thomas (2018): “La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil”, en RIVERO, Renée y MARÍN, Juan Carlos (dirs.), *Reformas necesarias a la justicia chilena*, tomo I, (Santiago, Librotecnia) pp. 253-277.
- WALTER, Gerhard (1985): *La libre apreciación de la prueba* (trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis).

JURISPRUDENCIA CITADA

- SYSEXEL COMPUTACIÓN LIMITADA CON TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS* (2010): Corte Suprema, 10 mayo, rol 7360-2008 (juicio ordinario cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM11.555.372. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- ZÚÑIGA SOTO CON VALLEJOS GUERRA* (2010): Corte Suprema, 17 agosto, rol 5339-2010 (juicio ordinario de resolución de contrato), en Westlaw, CL/JUR/4798/2010. Fecha consulta 10 de marzo 2021.
- GARRIDO MIRANDA Y OTRO CON UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA METROPOLITANA* (2012): Corte Suprema, 5 julio, rol 1009-2010 (juicio ordinario de indemnización de perjuicio por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/1275/2012. Fecha consulta 11 de marzo de 2021.
- (NO SE CONSIGNA ACTOR) CON CORPORACIÓN SANATORIO ALEMÁN S.A.* (2012): Corte Suprema, 19 julio, rol 456-2012 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/1371/2012. Fecha consulta 10 de marzo de 2021.
- BUENA VISTA S.A. CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIG MARKETING LIMITADA* (2013): Corte Suprema, 23 octubre, rol 7991-2012 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM10.746.498. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- THUMALA OLAVE CON LAUSEN MONTT* (2013): Corte Suprema, 25 noviembre, rol 8307-2012 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/3313/2013. Fecha consulta 12 de julio de 2020.

- SEPÚLVEDA GALLARDO CON VERGARA REYES* (2014): Corte Suprema, 14 mayo, rol 7686-2014 (juicio de terminación de arrendamiento por no pago de rentas), en Westlaw, CL/JUR/2389/2014. Fecha consulta 11 de marzo de 2021.
- LEÓN MUÑOZ CON HINOSTROZA SCHEEL* (2014): Corte Suprema, 19 junio, rol 625-2013 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/3587/2014. Fecha consulta 12 de julio 2020.
- ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO* (2014): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 8 octubre, rol 757-2014 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM6.557.354. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- GAEDECHENS BETTELEY CON BAS GONZÁLEZ* (2014): Corte Suprema, 31 diciembre, rol 2470-2014 (juicio ordinario de resolución de contrato), en Tirant lo Blanch, LTM6.574.934. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO* (2015): Corte Suprema, 11 agosto, rol 29210-2014 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM6.557.354. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- BANCO DEL ESTADO CON CORTÉS ESCAIDA* (2015): Corte Suprema, 8 septiembre, rol 6297-2015 (juicio ordinario de cobro de pesos), en Tirant lo Blanch, LTM10.147.202. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- GALLO MUÑOZ CON INSTITUTO DE SEGURIDAD DEL TRABAJO* (2016): Corte Suprema, 29 agosto, rol 35568-2015 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Tirant lo Blanch, LTM9.588.334. Fecha consulta 24 de junio de 2020.
- PEDRO TORRENS E HIJO LIMITADA CON PEDIGREE SPIRITS S.A.* (2016): Corte Suprema, 22 diciembre, rol 19682-2016 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato), en Westlaw, CL/JUR/8402/2016. Fecha consulta 10 de marzo de 2021.
- CAMPOS JIMÉNEZ CON SERVICIO DE SALUD DEL MAULE* (2017): Corte Suprema, 25 abril, rol 38151-2016 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/2438/2017. Fecha consulta 22 de junio de 2020.
- VILLASANTE REVECO CON LIMATRAN LIMITADA* (2018): Corte de Apelaciones de Rancagua, 19 enero, rol 681-2016 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato), en Westlaw, CL/JUR/332/2018. Fecha consulta 9 de junio de 2020.
- DELOITTE AUDITORES Y CONSULTORES LTDA. CON IMPORTACIONES EXIMBEN S.A.C.* (2017): Corte Suprema, 18 diciembre, rol 21557-2017 (juicio sumario de cobro de pesos), en Tirant lo Blanch, LTM16.125.971. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- TORO CAMPUSANO Y OTRO CON CÓRDOVA CORTÉS* (2020): Corte Suprema, 24 abril, rol 19022-2018 (juicio ordinario de indemnización de perjuicio por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/25503/2020. Fecha consulta 4 de junio de 2020.

