

XX CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Santiago de Chile, 25 al 28 de setiembre de 2012.

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS).

**PRESENTE Y FUTURO DERECHO DEL TRABAJO.
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO.**

El principio protectorio procesal

Por Mauricio César Arese

Doctor en derecho y ciencias sociales y profesor de derecho del trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Magistrado del trabajo y secretario general de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Córdoba-Argentina).

ABSTRACT

La desigualdad real en las relaciones de trabajo implica una desigualdad real que debe ser corregida desde lo normativo sustancial y procesal. Existe aquí la necesidad de la reformulación o un nuevo entendimiento de la “igualdad de armas” procesal y de la tutela judicial efectiva sustancial.

El principio protectorio procesal se funda en las ideas de justicia sustancial y la necesidad de trabajar a favor de la persona lo que impregna todo el ritual laboral a partir de los objetos sustanciales en emergencia, el orden público laboral y se materializa en mecanismos contenidos en normas de fondo y en código rituales que se dirigen a amparar a la parte más débil del proceso.

Entre la técnicas protectorias procesales aparecen la facilitación de acceso a la justicia, simplificación y aceleramiento del proceso, pero fundamentalmente en el traslado de cargas probatorias hacia el más posibilitado en el proceso y llegan al ejercicio de la sana crítica racional, la búsqueda la verdad, la posibilidad de las medidas para mejor proveer, en la factibilidad del fallo ultra petita y en la especialidad de la valoración de pruebas en caso de duda y en la apreciación de las pruebas confesional, testimonial, documental y registrales.

El juez de trabajo es imparcial en el proceso. Pero los principios y reglas de fondo, acompañados y garantizados por las normas procesales, justifican el abandono de la neutralidad entendida como la asepsia de valores, en pos de la necesidad de que la igualdad de la partes en el proceso no sea solamente formal, sino real y efectiva.

SUMARIO

I. Introducción. II. Determinismo del derecho de fondo y el principio. protectorio en la valoración probatoria. A. Constitucionalización del derecho procesal. B. Las garantías judiciales internacionales y el derecho laboral. III. Alcances procesales de los principios laborales. IV. Principios probatorios laborales (presunciones y cargas). A. Principio, sistema o técnica. B. Intervención en las cargas probatorias. V. El art. 9 LCT y el pro operario procesal. A. Concepto. B. Pautas. 1. La existencia de duda sobre la apreciación de la prueba. 2. Entidad y razonabilidad de la duda. 3. El in dubio pro operario procesal no libera tareas probatorias. VI. Proyecciones del protectorio procesal en los códigos procesales. 1. Los principios del proceso laboral. 2. Sana crítica y pro operario procesal. 3. La obligación de la búsqueda de la verdad real y los medios probatorios. 4. Posibilidad de fallar ultra o plus petita. 5. Valoración de prueba. a. Confesional. b. La prueba testimonial. c. La prueba documental. VII. Derecho de defensa del trabajador y carga probatoria. VIII. El sistema de imposición de cargas probatorias en el fallo CS “Pellicori”. Las posibilidades probatorias. B. Sistema de distribución de cargas de “Pellicori”. C. El engranaje. IX. Conclusiones.

I. Introducción.

Desde hace relativamente poco tiempo, los tribunales laborales vienen adaptando las sentencias a la reincorporación al sistema jurídico procesal laboral de dos disposiciones postergadas durante tres décadas y media¹. En primer lugar, el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que reinstaura la regla *in dubio pro operario* procesal². En segundo lugar, la recuperación legal del Art. 17 bis, una norma principista que, desde el título de disposiciones generales de la LCT, orienta su aplicación e interpretación tanto de forma como de fondo³.

Estas modificaciones se agregan al cambio de sistema de fuentes laborales operadas a partir de la vigencia del art. 75 inc. 22 y la vigencia interna operativa y aplicativa de reglas internacionales de carácter procesal recogidas por la Corte Suprema en materia estrictamente laboral procesal. El llamado caso “Pellicori” de fines de 2011⁴, ha sentado una fuerte directriz jurisprudencial en materia despido discriminatorio. Sobre la base del derecho de fondo y procesal supranacional, el alto tribunal entiende que debe aplicarse un sistema disímil o diferenciado de distribución de cargas probatorias, sin adscribir al mecanismo clásico de carga probatoria, ni invertir el esfuerzo probatorio sobre la parte preponderante ni adoptar el régimen de cargas dinámicas probatorias.

De tal forma, el andamiaje de valoración probatorio laboral, se ha venido a movilizar fuertemente y a la vez unir más estrechamente las reglas de forma y fondo en materia laboral. La evolución paralela de la doctrina, las reglas de fondo y la jurisprudencia del máximo tribunal han venido a consolidar la morfología del *principio protectorio procesal*. El presente trabajo describe y anuncia las pautas de este principio. A pesar de que se trata de un viejo tema debatido en derecho nacional y comparado, vale la pena volver sobre la cuestión para darle un cuerpo que, a la luz de lo nuevo en derecho positivo y jurisprudencia, se encuentra saldado.

II. Determinismo del derecho de fondo y el principio protectorio en la valoración probatoria.

A. Constitucionalización del derecho procesal.

De manera simple y concreta, el derecho puede definirse como “la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de la naturaleza”⁵. Pero el derecho no sólo necesita colocarse en vigencia, sino además ser eficaz y ejecutable interponiéndose

¹ La Ley 20.744 aprobó el Régimen de Contrato de Trabajo o Ley de Contrato de Trabajo, la que fue publicada el 27/9/74. Un año y medio después, el 29/4/76, se publicó la ley de facto Nro. 21.297 que suprimió y modificó desmejorativamente numerosos artículos. Los arts. 9 y 19 (hoy 17 bis) de la LCT original fueron repuestos mediante las leyes 26.428 de 2009 y 26.592 de 2010, respectivamente.

² Art. 9°. “El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador” (texto Ley 26.428).

³ Art. 17 bis: “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”. Fue incorporado por el art. 1° de la Ley N° 26.592 de 2010.

⁴ “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/11. En el caso se anuló la sentencia que había desestimado sobre la base de la apreciación restrictiva de la prueba aportada por la parte actora, una demandada reclamando su reinstalación sobre la base de la conducta presuntamente discriminatoria de la demandada. Se estableció el sistema de interpretación de pruebas en casos de discriminación laboral (ver capítulo más abajo).

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 123

y actuando sobre ese “estado de la naturaleza”. La eficacia de la norma laboral protectoria de fondo depende de la posibilidad de acceso a la reclamación y su instrumentación procesal. La hiposuficiencia reclamacional de base que padece el trabajador, debe ser compensada con normas de fondo y mecanismos procesales⁶.

El derecho adjetivo laboral sigue al derecho sustantivo de trabajo, más que constituyéndose en su sombra permanente⁷, como el mecanismo que prolonga y garantiza la existencia misma del sistema montado sobre la base del principio de protección. Si bien se suele escindir el derecho material o sustancia del procesal, existe una íntima unión entre esos dos órdenes. Los valores que insertan o gobiernan en el primero permanecen en el segundo⁸.

Es claro que la validez y realización práctica del derecho de fondo no sólo depende del proceso laboral y la interpretación de los jueces. Antes se encuentran la autoejecutividad de la norma, la actuación de los órganos sindicales de control y la inspección o policía del trabajo. Pero la última ratio y dique final de aplicación del derecho es su ejecución judicial.

El Derecho Procesal del Trabajo tiene como misión lograr la efectividad y ejecutividad del derecho de fondo, partiendo de la base del desequilibrio en el nexo real de fondo trabajador-empedor caracterizado por el concepto de dependencia y subordinación del primero respecto del segundo. Es el fundamento esencial y el ideario del DPT que lo lleva asumir una ostensible protección de la parte más débil en la relación jurídico procesal aun cuando importe romper con los cánones judiciales tradicionales⁹.

La desigualdad real en las relaciones de trabajo, el hecho de que una de las partes no solo detente poder jurídico y económico sino además, la información, documentación y disponibilidad de medios, implica una desigualdad real que debe ser corregida desde lo normativo sustancial y procesal. Se trata del simple esquema de nivelación social, lo que incluye el acceso a tribunales y su facilitación en proceso¹⁰. Esto es tan antiguo como el derecho mismo: generar desigualdades y protecciones jurídicas que compensen las debilidades y desequilibrios reales; es decir, *civilizar* las relaciones. En el proceso, la igualdad compensatoria procesal que se manifiesta en la protección procesal del más débil de la relación sustancial¹¹.

Los principios de igualdad procesal, de imparcialidad e independencia del tribunal naturalmente predominan en el fuero del trabajo pero conforme su propia sustancia¹². Las dos cualidades del proceso se orientan a lograr la igualdad *real* de las partes y se traducen en un trato procesal *desigual* a favor del trabajador. El tribunal abandona la

⁶ ELIAS, Jorge, *Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el derecho del trabajo*, DT, LXXI, Nro. 12, diciembre 2011, p. 3196. El autor extrae el concepto de Capón Filas y Giorlandini, Diccionario de Derecho Social, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 263.

⁷ MONTOYA, M.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO, A. y RIOS SALMERÓN, B. *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 61

⁸ APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO ROVER, Jesús, *El juez laboral, imparcial, pero no neutral*, Revista Derecho Social, 4, 1998, p. 53

⁹ TOLEDO FILHO, Manoel, *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*, LTR, San Pablo, 2006, p. 45. Dice el autor: “O Direito do Trabalho, conseqüentemente, nao era somente um Direito Inédito; era um direito inédito que reclamava um processo inédito. A sua dimentacao ideológica, impunha uma inovacao dúplice: Direito e Processo, Processo e Direito”.

¹⁰ LARENZ, Karl, *Derecho justo*, Civitas, Madrid, 1993, p.146.

¹¹ RAFAGHELLI, Luis A. *Justicia del trabajo y derecho procesal*, La Ley, Año 8, Nro. 1752, 15/3/12. Recuerda el principio procesal de “igualdad por compensación” que recupera de Couture en el sentido de que el proceso laboral debe general una nueva desigualdad para alcanzar la igualdad perdida por misma condición económica de los litigantes.

¹² MONTOYA, M.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO, A. y RIOS SALMERÓN, B. *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 61 y LUELMO MILLAN, Miguel A. y RABANAL CARBAJO, Pedro, *Los principios inspiradores del proceso laboral*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 7.

neutralidad para que la igualdad no sea formal, sino sustancial y real. Es su obligación de acuerdo a los principios protectorio y de acceso a tutela judicial efectiva¹³, si se concuerda que el proceso laboral se encuentra irradiado por el principio protectorio de fondo, a partir de su enunciación en el art. 14 bis de la CN. El trabajo en sus diversas formas debe gozar a la protección de las leyes, incluidas las procesales.

Tal como se señalaba en forma bastante solitaria Justo López en momentos en que la LCT había registrado la mutilación de su art. 9 en lo referente a la necesidad de inclinar la duda probatoria a favor de lo afirmado por el trabajador, el principio de congruencia y de defensa en juicio del art. 18 CN se debe atemperar razonablemente frente al de protección al trabajador receptado en el art. 14 bis CN¹⁴. En esta dirección, no hay razones para limitar el alcance de la garantía de protección establecida en el art. 14 bis al derecho de fondo.

B. Las garantías judiciales internacionales y el derecho laboral.

El Derecho Internacional del Trabajo incorpora las garantías judiciales como derechos fundamentales en sí mismo, en diversidad de instrumentos¹⁵ que han venido a sintetizar consagrar garantías judiciales generales, aplicables también a la administración de justicia laboral: a) Tutela judicial efectiva; b) Proceso sin dilaciones indebidas; c) Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; d) Derecho a un recurso sencillo y rápido. e) Procedimiento sencillo y breve; f) Procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos; g) Recurso efectivo ante los tribunales para la

¹³ RODRIGUEZ PIÑERO, M. *Sobre los principios informadores del proceso de trabajo*, Revista de Política Social, Nro. 81, p. 80, citado por LUELMO MILLAN-RABANAL CARBAJO, *Los principios...* op. cit. p. 9 y RENTERO JOVER, Jesús, “Derecho Procesal del Trabajo: el rol del juez laboral”, en AAVV, *Estudio de teoría crítica de derecho del trabajo*, Ed. Bomarzo Latinoamericana, Bs. As. 2006, 1 p. 235

¹⁴ LOPEZ, Justo, en FERNANDEZ MADRID, J. C.; LOPEZ, Justo y CENTENO, Norberto, *Ley de contrato de trabajo comentada*, Ed. Contabilidad Moderna, Bs. As. 1978, p. 93.

¹⁵ OIT, *La justicia laboral en América Central, Panamá y Republicana Dominicana*, Costa Rica, 2011, p. 43, se reseña las normas aplicables internacionalmente en materia de garantías judiciales. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948) estableció dos principios esenciales y de gran vigencia: la celeridad y la especialización de la justicia laboral, al indicar: “En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos.” (art. 36); La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948), garantiza el acceso a “un procedimientos sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra los actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente” (art. XVIII). La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) prescribe la necesidad de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley, así como que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (...) (arts. 8 y 10). La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José reconoce como una de las “garantías judiciales” el derecho de toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8). La Convención Americana cuando desarrolla el concepto de “protección judicial” precisa que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (art. 25). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a ser juzgado “sin dilaciones indebidas”, así como reitera el mismo concepto de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, referidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14, 1).

protección de los derechos fundamentales; h) Derecho a ser oído públicamente por un tribunal independiente y i) Jurisdicción especial de trabajo¹⁶.

Del tema se ha ocupado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el estudio “*El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*”, del 7/9/07. Se enuncia allí el “*principio de igualdad de armas*” aclarándose: “Durante el proceso, es frecuente que la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello, debe reconocerse al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal. En un proceso en el que se ventilan derechos sociales, el resguardo de este principio es, sin dudas, un punto relevante en toda estrategia de defensa. El SIDH ha identificado al principio de igualdad de armas como componente integrante del debido proceso legal y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía”¹⁷.

De tal forma, la Comisión remarca el siguiente concepto: “Tras reconocer la entidad del principio, la Corte postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento "difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".

Asimismo, la Corte Interamericana, en el Caso “*Abrill Alosilla y ot. Vs. Perú*”, 4/3/11¹⁸, respecto de los alcances de la “violación del derecho a la protección judicial”, sostuvo: “Al respecto, la Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados

¹⁶ OIT, *La justicia laboral* ...op. Cit. 43.

¹⁷ Agrega: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también entiende que el *principio de igualdad de armas* es parte de la garantía del debido proceso y expresa reiteradamente, en relación con el carácter adversarial del procedimiento civil, que requiere un justo balance entre las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado. En tal sentido ha afirmado que: “todo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial *vis-a-vis* su oponente”. En opinión de esta Corte, para que exista “*debido proceso legal*” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de *debido proceso legal* (...) Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación...”

¹⁸ “La demanda se relaciona con la alegada “violación del derecho a la protección judicial en perjuicio de 233 miembros de[el Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante SIFUSE)], debido a que el Estado no les [habría] prove[ído] un recurso efectivo frente a la [alegada] aplicación retroactiva de decretos que entre 1991 y 1992 eliminaron el sistema de escala salarial que los regía, [...] a pesar de que la Constitución Política aplicable establecía la garantía de no retroactividad de las leyes[,] salvo en materia penal cuando fuera más favorable”.

ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.

III. Alcances procesales de los principios laborales.

La aplicación de los principios para la resolución de causas en caso de lagunas de aplicación o interpretación del derecho prevista en el art. 11 LCT ha sido tradicionalmente circunscripta al derecho de fondo, las normas sustanciales y no llegaba a la cuestión probatoria¹⁹. Sin embargo, el principio de justicia social ha merecido un nuevo tratamiento por parte de la Corte Suprema. En los precedentes "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas" (3/5/07)²⁰ y "Ruiz, Emilio D. c/ Dirección General Impositiva" (15/5/07)²¹, ese máximo tribunal al recordar la vigencia de la doctrina del caso Berçaitz, de 1974 (289-430).

Según ese cuerpo, el principio de justicia social es “aplicable a la interpretación de las leyes procesales”. Ello se debe “inferir de lo que tiene resuelto esta Corte, con los siguientes términos: como la “justicia es una virtud al servicio de la verdad sustanciales la debe siempre prevalecer sobre los excesos rituales (Fallos: 280:228)”. Agrega este fallo “Berçaitz”: “(El) Principio que con referencia a los sectores sociales más necesitados tempranamente aplicó el tribunal —cuando integraban los conspicuos constituyentes del 53— con este enunciado admirable en su sencillez: “*tratándose de personas desvalidas, es de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor*” (Fallos: 5:459)”.

No es necesario remarcar que, a partir de su nueva integración de 2003, la CS ha desarrollado una línea jurisprudencial asentada fuertemente en los principios y valores fundamentales del derecho del trabajo y del Derecho de los Derechos Humanos en general y laborales en particular²². En esa dirección, los principios *pro homine* que obliga a la exégesis del derecho más favorable a la persona y de *plenitud o completitud* de los derechos fundamentales para darles plenos efectos, habilitan extenderse compensatoriamente, más allá de la duda sobre la aplicación del derecho sustancial²³.

¹⁹ “Art. 11. Principios de interpretación y aplicación de la ley. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

²⁰ Se considero el despido sin causa e indemnizado de una trabajadora de Aduanas sobre base a la normativa del art. 7º del convenio colectivo de trabajo 56/92 “E”, aprobado por laudo 16/92. La trabajadora planteó su reincorporación lo que fue acogido por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Se fundó en la vigencia de la estabilidad del empleado público prevista en el art. 14 bis de la CN. La CSJN ratificó el fallo con los votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay y Elena I. Highton de Nolasco. Los tres últimos emitieron su voto con fundamentos propios.

²¹ En este fallo se ratificó la doctrina de “Madorrán” pero con dos particularidades. Se agregó el ministro E. Raúl Zaffaroni que no había votado en ese precedente y se desestimó la admisibilidad del recurso presentado por la demandada en contra de la condena al pago de haberes (art. 280 CPCC).

²² ARESE, César, *Principiología laboral de la nueva Corte Suprema*, Revista de Derecho Laboral, Actualidad, II, 2008. Se realiza aquí un recorrido de los principios laborales insertos en los fallos del alto tribunal en el período 2004/8.

²³ Entre las conclusiones del XIV Encuentro de 1 Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, San Martín, 21/4/12, se indicó: “6) El in dubio pro operario en materia de prueba no puede ser limitado únicamente al caso de la duda insuperable. Debe

IV. Principios probatorios laborales (presunciones y cargas).

A. Principio, sistema o técnica.

En el proceso laboral, se ha instalado desde hace largo tiempo y sin impugnaciones, el principio de inversión de la carga de la prueba conforme sus propias técnicas. En la esencia de esta institución se encuentra una razón práctica muy evidente: los medios de prueba los acapara el empleador (especialmente los de carácter documental)²⁴. Este principio traducido en técnicas procesales previstas en las normas de fondo y de forma, es un avance palpable de los principios de protección en el plano ritual. Inclusive, el principio protector es definitorio de su estructura y, por lo tanto, no sólo se evidencia la inversión de la carga de la prueba o reglas dinámicas y variables de cargas probatorias según la realidad que se debe juzgar, sino un sistema propio y explícito, diferenciado respecto del Derecho Civil²⁵ aunque este avance progresivamente en el mismo sentido²⁶. El principio protectorio es la verdadera alma de esas disposiciones y se mimetiza y otorga dirección y dinámica al cuerpo del proceso laboral²⁷.

La llamada carga “dinámica” de las pruebas es conocida y aplicada desde, por lo menos, la vigencia de la LCT en 1974 (y su art. 9 original), sea por reconocimiento expreso de la norma de fondo o procesal o por el propio examen de la realidad de los nexos desproporcionados sobre los que opera. Con todo no estaría demás consagrarlo como un principio o una subregla del principio protectorio procesal²⁸. Si bien, la cuestión parece haber quedado superada por las reformas de la LCT del art. 9 de 2009 y el art. 127 bis de 2010, es atinado resaltar que, en caso de duda, se traslada la

aplicarse también al caso de simple insuficiencia de prueba puesto que la norma no establece condicionamiento alguno. La interpretación restrictiva que condenamos viola el Principio Pro Homine, el Principio de Completitud en el goce de los derechos humanos fundamentales y el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, entre otros”

²⁴ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 47.

²⁵ CONTERNO, Hugo Fernando, *Carga procesal y derecho laboral*, Revista Derecho Laboral, Procedimiento Laboral-III, 2008-1, p. 401.

²⁶ El proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina indica en materia de responsabilidad: Art. 1731. “Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”. Art. 1732. “Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

²⁷ ELFFMAN, Mario y CASSINA, Jorge Luis, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho procesal del trabajo*, Revista Derecho Laboral, Procedimiento Laboral-I, 2007-1, p. 26

²⁸ GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, en LACERDA PISTORI, Gerson; SOUTO MAIOR, Jorge L. y TOLEDO FILHO, Manoel C., GUIMARAES FELICIANO, G. (Coord.), *Fénix, por un novo processo do trabalho*, Ed. LTR 75, San Pablo, 2011. En este trabajo se enuncian los principios del derecho procesal del trabajo entre los que se incluye el “principio da distribuicao dinamica do onus da prova” y especifican las pautas de aplicación, es decir, la mejor aptitud la prueba, la constelación de indicios, la verosimilitud objetiva de las alegaciones y la utilidad del proceso (p. 40). Los autores lo incorporan al proyecto de modificación de la parte de procedimiento de la Consolidación de las Leyes del Trabajo de Brasil (p. 134).

responsabilidad probatoria al empleador ya que está en “mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para esclarecerlos”²⁹.

B. Intervención en las cargas probatorias.

Es notable que la LCT interviene abiertamente en lo procesal hacia una de las partes, como cuando impone la protección del crédito laboral en juicio (arts. 20, 275, 276 y 277 LC) y está recorrida por presunciones unidireccionales, es decir, destinadas a proteger probatoriamente al trabajador dependiente. Se favorece al trabajador con presunciones sobre la continuidad del contrato de trabajo (art. 10); para la determinación de la existencia del contrato de trabajo a partir de la relación de prestación de servicios o la realización de obras a favor de otro (arts. 23); sobre lo que debe constar en los registros laborales obligatorios (art. 55); sobre lo afirmado en las comunicaciones frente al silencio del empleador (art. 57); acerca del carácter de plazo indeterminado del contrato de trabajo (art. 90); sobre el carácter discriminatorio del despido en el período pre y post parto (art. 178) o matrimonio (art. 181) y la responsabilidad por accidentes de trabajo de menores (art. 195).

En materia registral de cumplimiento con aportes y contribuciones y de obligaciones laborales al momento de extinción del contrato, los emplazamientos del trabajador colocan al empleador en posición de probar el cumplimiento con sus deberes a los fines de evitar muy pesadas sanciones legales (arts. 7, 8, 9, 10, 11 y 15 Ley 24.013; arts. 1 y 2 Ley 25.323; arts. 80, 132 bis y 275 de la LCT). Las leyes complementarias, los estatutos profesionales y los convenios colectivos incursionan igualmente en estos mecanismos procesales.

Los códigos de procedimientos laborales como el de la Provincia de Buenos Aires³⁰ y el Córdoba³¹, establecen la inversión de la carga probatoria hacia el empleador en caso de omisión de exhibición de documentación obligatoria. El Código Procesal Laboral de Santa Fe, obliga a tener en cuenta las presunciones en la admisibilidad y pertinencia de la prueba³².

La aplicación de estas reglas procesales, no generan inconvenientes en caso de cancelación de remuneraciones legales obligatorias, pero la cuestión es especialmente dificultosa cuando se reclaman el pago de horas complementarias o el reconocimiento de salarios complementarios o salarios abonados en por encima de convenio y no

²⁹ Sobre la descripción de este principio y la aplicación al ámbito laboral, ver MACHADO, José D. *La doctrina de la carga probatoria dinámica y su aplicación al proceso laboral*, Revista Derecho Laboral, Procedimiento Laboral II, 2007, p. 281; ARAZI, Rolando; BERIZONCE, Roberto O. ; PEYRANO, Jorge W. , *Cargas probatorias dinámicas*, La Ley, 1/8/11, 3.

³⁰ Ley 11.653: Art. 39. “Cuando en virtud de una norma legal aplicable exista obligación de llevar libros, registros o planillas especiales de índole laboral, y a requerimiento judicial no se los exhiba o resulte que no reúne las exigencias legales y reglamentarias, incumbir al empleador la prueba contraria si el trabajador o sus derecho-habientes prestaren declaración jurada sobre los hechos que debieron consignarse en los mismos”.

³¹ CPTCba. Ley 7987: “Inversión de la prueba. Artículo 39. Corresponderá al empleador la prueba contraria a las afirmaciones del trabajador cuando: 1) El trabajador reclame el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley o las convenciones de trabajo o laudos con fuerza de tales. 2) Exista obligación de llevar libros, registros, planillas especiales u otra documentación laboral o la que no siendo obligatoria de llevar por el empleador y, a requerimiento judicial no se la exhiba, o resulte que no reúnen las condiciones legales o reglamentarias o el reclamo verse sobre rubros o montos que deben constar u obtenerse de los mismos. 3) Se cuestione el monto de retribuciones establecidas por la ley, Convención Colectiva de Trabajo, o acuerdo de partes, salvo que éstas hubiesen convenido una suma superior a la impuesta por la ley o Convención Colectiva.

³² Art. 59: “Admisibilidad y pertinencia. Recurribilidad. a) La prueba deberá recaer sobre hechos controvertidos o de demostración necesaria, debiendo cada parte probar los presupuestos de hecho de la posición que sustenta en el supuesto de que fuera controvertida, sin perjuicio de las presunciones establecidas a favor del trabajador tanto en las leyes de fondo como de forma, en estatutos especiales, convenios colectivos de trabajo o normas de policía laboral (...)”.

registrados. En general, existe concierto en que, frente a esas demandas, el trabajador debe generar prueba suficiente sobre la existencia de tales diferencias. No es suficiente que afirme haber trabajado horas extras o recibido remuneraciones no registradas para que el empleador deba tomar para sí la tarea de probar lo contrario si pretende eximirse del pago de las diferencias³³.

Ahora bien, *¿la prueba puede ser genérica acerca del tiempo complementario o debe cubrir todas y cada una de las horas que se afirmaron, de manera concluyente?* La ardua tarea de determinar la cantidad y tiempo de realización de las horas extraordinarias probatoriamente problemática para el trabajador y suele generar dudas razonables en los juzgadores. Es absurdo exigir la prueba puntillosa sobre cada hora o minuto que se trabajó complementariamente. Pero tampoco, podría aplicarse una inversión probatoria directa ya que, frente a la afirmación del trabajador en sentido de que trabajó 24 horas diarias, la falta de exhibición de documentación obligatoria o facultativa donde consta la jornada, debería llevar a su acogimiento completo³⁴.

En tal sentido, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, vino a establecer una precisión muy ajustada en "López, Juan Ismael Osvaldo contra Arpadez S.A." del 22/2/12. A partir de que el trabajador logre probar la existencia de horas extraordinarias, en virtud de las normas³⁵ que "imponen al empleador la obligación de llevar registro de esa prolongación (más allá de que tales asientos no se realicen en el libro especial del art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, toda vez que no existe previsión legal expresa en ese sentido), no hay obstáculo para aplicar las normas de los arts. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo y 39 de la ley 11.653, en cuanto disponen una presunción relativa de veracidad de las afirmaciones del trabajador -en este caso, referidas a su tiempo de labor- cuando el empleador no cumple su carga de registración".

Debe concluirse en que el actor deberá aportar elementos verosímiles, indicios concordantes o prueba suficiente que genere la certeza acerca del cumplimiento del tiempo complementario (en su caso, la percepción de suplementos no registrados), para que sea el empleador el que, registros en mano y mediante prueba suficiente desbarate o en todo caso relativice el reclamo³⁶. En última instancia, aquí operan las potestades judiciales que, en virtud del art. 56 LCT, el principio de inversión de la carga probatoria y el art. 9 LCT, autorizan a fijar prudencialmente su cantidad.

V. El art. 9 LCT y el pro operario procesal.

³³ Cuestión problemática es la prueba concreta y su interpretación. Por ejemplo, CNAT, S. VIII, "Meza, Arcadio c/ Deltacar SA s/ despido", 15/7/08: "Las inferencias de los testigos, por razonables que sean, no constituyen aserciones sobre hechos percibidos, por lo que no son materia de prueba testimonial. En el caso, los testigos manifestaron que inferían que como ellos percibían parte de la remuneración en negro, el actor también, lo que resulta inidóneo para acreditar que el accionante percibía una parte de la retribución sin constancia instrumental, así como su nivel salarial" (Of. Jur. CNAT, 2009).

³⁴ CONTERNO, H. *Carga...* op. cit. p. 417.

³⁵ El fallo indica: "El "art. 6 de la ley 11.544 prescribe que "Para facilitar la aplicación de esta ley, cada patrón deberá [...] c) Inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivas a mérito de lo dispuesto por los arts. 3º, 4º y 5º de esta ley". En el mismo sentido, el art. 21 del decreto reglamentario 16.115/1933 dispone que "Las empresas llevarán registros permanentes de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo que sean excepcionales, con la indicación de su duración en horas y días, causas a que obedezcan y personal comprendido en las excepciones y, en su caso, en la recuperación". Debe tenerse presente, asimismo, el Convenio 30 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las horas de trabajo en el comercio y las oficinas, ratificado por ley 13.560, por el cual los empleadores deberán inscribir en un registro, en la forma aprobada por la autoridad competente, todas las horas extraordinarias, efectuadas en virtud de las excepciones temporales que el mismo convenio fija y el importe de su remuneración (arts. 7.2. a, b, c y d y 11.2.c)".

³⁶ MACHADO, José Daniel, *La doctrina...* op. cit., p. 281.

A. Concepto.

Hasta la modificación del art. 9 restableciendo su texto original, existía una gran dispersión de criterios reinando la ortodoxia procesal del principio romano de carga de la prueba sobre el que alega un hecho (*semper onus probandi incumbi qui dicit; affirmanti incumbit probatio*). Es de recordar que la Ley 18.345 de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo continua remitiendo al art. 377 del CPCN³⁷ que preserva la forma clásica de carga de la prueba por remisión de art. 155 del mismo plexo.

Hasta la reforma, la resistencia era mayoritaria en admitir el *in dubio pro operario* procesal. Se argumentaba que lesionaba el derecho de defensa, la regla básica de igualdad procesal; obligaba al juzgador a optar por una forma de selección y valoración de la prueba restando libertad de apreciación al juez; para la protección se cuentan las presunciones de fondo que aseguran el equilibrio procesal y, también, se lo menospreciaba indicando que era un simple argumento adicional para la valoración de la prueba confirmatoria de la conclusión ya alcanzada por otras vías³⁸.

Sin embargo, el debate ya estaba plenamente planteado en la década del 70 cuando se propugnaba la redistribución del *onus probandi* laboral. La desigualdad sustancial de las partes, necesitaba ser corregida procesalmente, llegando inclusive a la inversión del sistema probatorio tradicional³⁹. Una parte de la doctrina admitía, sin respaldo normativo específico como ahora, que el pro operario era utilizable en lo procesal porque era una manifestación del ecuménico principio protectorio, era necesario para la resolución de las causas en la zona y tiempo más necesario, la situación de inferioridad de todo orden del trabajador que perdura en el proceso, la naturaleza de los hechos y las dificultades para probarlos; el rechazo de la pretensión por dudas, importa beneficiar al empleador y, sin agotar los argumentos, no habría razones para que en otras ramas del derecho se apliquen reglas de favor hacia el más débil y no lo haga el derecho del trabajo, pionero en la materia.

En efecto, el principio protectorio de fondo, no debe quedar en la barandilla del tribunal. Ingresar al interior y a la dinámica del proceso, tal como ocurre en todo contradictorio en que se verifica el desequilibrio real de las relaciones en los derechos del consumidor o en el mismo derecho civil. Esta cuestión se encuentra asumida desde antaño en el derecho procesal⁴⁰.

Pues bien, la sustancia del art. 9 LCT se encuentra en el propósito de brindar una solución aceptable para los casos de duda insalvable respecto de la veracidad de las afirmaciones de las partes⁴¹, pero a favor de la que se advierte de antemano, es la más

³⁷ Art. 377: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”

³⁸ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, en idem, *Tratado de Derecho del Trabajo* (dir.), T. II, Ed. Astrea, Bs. As., 1982, p. 197 quien fue enfático en rechazar el protectorio procesal. El resumen de las posiciones anteriores a la modificación del art. 9 LCT aparece en ACKERMAN, Mario, en ACKERMAN, M. (Dir.), TOSCA, D. (Coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. II. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2005, p. 387; *El llamado principio protectorio y la valoración judicial de la prueba*, Revista Derecho Laboral, Procedimiento Laboral I, 2007, 1, p. 253 y en AAVV, *En torno a los principios del derecho del trabajo*, Ed. Porrúa, Méjico, 2005, p. 61.

³⁹ PLA RODRIGUEZ, A. *Los principios...* op. Cit. 46.

⁴⁰ *Favor debilis* en el proceso daños y consumidor; *favor debitoris* en el derecho civil y *contra stipulationem* en el derecho comercial. El *in dubio pro reo* del derecho penal puede estar emparentado con la regla del *in dubio pro operario*, pero se relaciona más con el derecho de defensa y el principio de legalidad que con la condición más débil de procesado.

⁴¹ MAZA, Miguel, en AAVV, OJEDA, Raúl (Coord.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 118.

débil en la relación y a la que se otorga esta ventaja procesal para, como se dijo, asegurar el fin protector del derecho e fondo.

B. Pautas.

1. La existencia de duda sobre la apreciación de la prueba.

La primera prevención es que las dudas emerjan cuando se asume en el proceso, tanto para la actora obrera como la demandada, una conducta clara y leal, apartando márgenes de dudas generadas a partir de afirmaciones y negativas genéricas. La buena fe procesal obliga a dejar el negativismo abusivo de las contestaciones de demanda para apartar la versión real de los hechos. En otras palabras, las negativas de las pretensiones sin la aclaración de hechos, no beneficia a la defensa, sino que por el contrario, le invierte la carga de la prueba. El obstruccionismo procesal no traslada las cargas hacia la otra parte para colocarla en situación de debilidad procesal.

La segunda advertencia es que la duda implica la existencia de márgenes de incertidumbre pero no la ausencia de prueba, cuando la parte obrera pudo producirla o estaba a su alcance. La ausencia de prueba no puede ser suplida por el tribunal ni por la simple presunción de debilidad procesal.

En tercer término, la norma no acude a cubrir al trabajador que padece insuficiencia de prueba sobre los asuntos planteados, sino la suficiencia de la prueba favorable al trabajador⁴².

En cuarto lugar, que el trabajador asuma el *onus probandi*. Es decir, que se encuentre a su cargo la demostración de hechos, elemento que en oportunidades no aparece claro, como cuando se afirma la percepción de salarios superiores a los fijados en el CCT y el empleador ha acercado todos los elementos documentales, instrumentales y registrales obligatorios que indican haberlos cancelado correctamente.

Finalmente, la aplicación de esta regla procesal obligatoria para el juez, opera cuando la producción probatoria no llega a ser clara o absolutamente convincente pero existe y tiene intensidad para crear la íntima, aunque no completa, convicción sobre la verdad de los hechos que se afirman.

2. Entidad y razonabilidad de la duda.

En el decurso del contrato de trabajo, el empleador asume numerosas obligaciones legales de carácter registral que lo colocan en situación de poder probatorio, por una parte, pero generan a la vez la obligación exhibición y acompañamiento en proceso para diluir dudas. Por ejemplo, la incorporación de recibos de sueldos disipa en principio las afirmaciones sobre un cobro superior no registrado, trasladando la prueba hacia la parte que afirma una situación distinta. Lo mismo respecto de la exhibición de planillas de horarios y descansos cuando se afirma la existencia de horas complementarias. Otro elemento a tener en cuenta es que la duda probatoria alcance el nivel adecuado que incline la interpretación a favor del trabajador, luego de balancear las pruebas incorporadas al proceso. No es una operación apriorística sino conclusiva del proceso de meritación de pruebas en que el contradictorio cierra con la incertidumbre probatoria.

3. El in dubio pro operario procesal no libera tareas probatorias.

El proceso judicial implica “igualdad de armas” y respeto por el derecho de defensa. Si bien el principio protectorio genera el sistema de presunciones y obligaciones, no destruye la necesidad de avalar hechos con prueba. La tarea de la parte que se vería beneficiada con la duda, el trabajador, no se encuentra eximido de sus cargas probatorias para generar la vacilación del juzgador y obligarlo a optar por otorgarle la pretensión.

⁴² LOPEZ, Justo, en FERNANDEZ MADRID, J.C.; LOPEZ, J. y CENTENO, N. *Ley de Contrato...op. cit.*, p. 93.

Como la operación a favor del trabajador deviene de la duda, esta se genera luego que se agotó la actividad probatoria, es decir, que se cumplió con el aporte de elementos de decisión. La cuestión presenta una encrucijada porque, frente a la duda y siendo que la parte actora la que hace valer una pretensión, no utilizar el recurso de fallar a favor del actor implica hacerlo beneficiando al que tiene preponderancia en la relación entre las partes el empleador⁴³.

Son casos paradigmáticos al respecto, los que tienen como escenarios los microestablecimientos y las relaciones de trabajo personalizadas e íntimas. Por caso, los conflictos del personal del servicio domestico o casa de familia en los que, para mayores males probatorios de la parte accionante, no rige la LCT. Es común que en estas relaciones, se niegue su existencia obligando a la parte actora a cargar con la prueba no ya de cantidad de horas o de pago de salarios, sino sobre la existencia misma del nexo o su intensidad. En esas circunstancias, la apreciación de la prueba suele generar dudas que no pueden quedar como tales sino que deben ser despejadas con la prueba de la parte que adquiere el rol preponderante en la relación⁴⁴.

VI. Proyecciones del protectorio procesal en los códigos procesales.

1. Los principios del proceso laboral.

En principio, el protectorio procesal laboral se encuentra corporizado en los principios y reglas de impulso procesal de oficio, celeridad, concentración, tentativa de conciliación, intermediación, oralidad y gratuidad, manifestados en las reglas de la mayoría de los códigos procesales de trabajo. Inclusive, el trámite de admisibilidad de la demanda que permite corregir errores u omisiones o la elección del domicilio del litigio al trabajador, constituyen normas dedicadas a facilitar el acceso a tutela judicial efectiva de los trabajadores. Todos se imprimen al proceso laboral un carácter tuitivo alejado y hasta contradictorio con los principios dispositivos del proceso civil ordinario.

En el caso del Código Procesal Laboral de Santa Fe, se incorporó directamente como principio de admisibilidad de la prueba, aunque con carácter excepcional la inversión del esfuerzo probatorio hacia el empleador: “El juez o tribunal, en oportunidad de fallar, podrá valorar excepcionalmente la distribución del esfuerzo probatorio derivado de esta regla (*onus probandi* sin perjuicio de las presunciones legales de fondo, agregado del autor) cuando las circunstancias particulares de la causa determinen que una de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir cierta prueba” (art. 59).

2. Sana crítica y pro operario procesal.

Aparte del sistema de presunciones establecidas en las leyes de fondo, el juez laboral se encuentra obligado a actuar oficiosamente en la búsqueda de la verdad real, según los arts. 15, 33, 58 y conc. Ley Procesal del Trabajo de Córdoba (LPTCba.). El art. 9 LCT incide en la regla de la sana crítica a la hora de la meritación de la prueba. Es que el art. 63 de la LPT indica: “La prueba se merituará conforme a la regla de la sana crítica, salvo cuando las leyes de fondo establezcan normas especiales de valoración”. La violación de la regla de la sana crítica racional, especialmente en lo relativo al otorgamiento de razones suficiente según el art. 65, lleva a la nulidad de la sentencia.

Ahora bien, una sentencia que ante la duda probatoria zanje la cuestión aplicando el principio pro operario, no podría ser atacada en casación porque se trata de la aplicación

⁴³ SERRANO ALOU, Sebastián, *El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba*, RDLSS 2009-11-980.

⁴⁴ En CTCba. S. VII, “Pérez, Delicia Pilar c/ Acosta, Beatriz Susana-Ordinario-Despido”, 31/10/06, se aplico el criterio de apreciación de la prueba, en el caso dispersa e indiciaria sobre la existencia del nexo laboral doméstico negado por la demandada.

de una norma especial de valoración de prueba, el art. 9 LCT. Naturalmente, esta operación procesal no debería ingresar en contradicción con otra prueba que, en sentido contrario, resulte dirimente. Como se dijo, ante todo debe detectarse la duda probatoria; pero existe suficiente fundamentación en tal caso si se aplica la solución más favorable al trabajador.

3. La obligación de la búsqueda de la verdad real y los medios probatorios.

El proceso laboral se caracteriza por su oficiosidad por actuar el orden público laboral y a la vez, perseguir la búsqueda de la verdad real despejando dudas probatorias (arts. 15 y 58 LPTCba.). Es por estas reglas, en realidad comunes a toda tarea de justicia no simplemente formularia, se pone a disposición del juzgador la posibilidad de disponer medidas de mejor proveer para hacer de los elementos probatorios que despejen la incertidumbre en las demostraciones del pleito⁴⁵.

Ahora bien, el segundo párrafo del art. 9 LCT obliga no sólo a interpretar la prueba según la regla pro operario, sino además, a actuar procesalmente para llegar a esclarecer las dudas. Estas medidas son habitualmente desestimadas o cuestionadas porque implican que el tribunal “le hace la prueba” a una de las partes y, obviamente, esta es generalmente la actora. El juez no puede suplir la inactividad de parte aunque también es lícito preguntarse si el actor obrero tiene que cargar con la inactividad o “descuido de su defensor”, tal como remarco la CS en “Berçaitz”.

Se sabe que estas medidas conmueven el sistema de contradictorio y el derecho de defensa. Por ello, el art. 58 de la LPTCba. advierte que esas medidas no pueden alterar el derecho de defensa al que, en todos los casos, por lo menos conmueve. Es de hacer notar que en la LPT, la disposición tiene un carácter escueto a diferencia del art. 325 Código de Procedimientos Civiles de Córdoba que explicita un conjunto importante y detallado de potestades en materia de medidas para mejor proveer.

Finalmente, es interesante apuntar que el art. 60 de la LPTCba., prescribe: “El tribunal podrá interrogar libremente a los testigos, a los peritos y a las partes”. Es un recurso poco utilizado por lo altamente inquisitivo, que el tribunal interroge directamente a las partes en búsqueda de la verdad real, tanto en el marco de la prueba confesional como en las incidencias del pleito. En algunos casos, los defensores temen “dejar” a sus clientes a merced de los jueces en declaraciones espontáneas y, en otros, seguros de sus posiciones, ofrecen tal declaración. Sin embargo, este recurso procesal directo de búsqueda de la verdad en la realidad existe.

4. Posibilidad de fallar ultra o plus petita.

Una proyección concreta y dura del protectorio procesal, es la posibilidad otorgada por el art. 56 de la Ley 18.345 y el art. 63 de la LPTCba. que la sentencia sea dictada “ultra petita”, claro, según la última norma, “debiendo ajustarse a las disposiciones legales en vigor”. La práctica procesal ha instaurado en las demandas una fórmula abierta, algo así como, que se deja supeditada la fijación de los montos definitivos a “lo que en más o en menos resulte de la prueba a incorporarse en autos y el derecho de aplicación al caso”. Este pedido, deja la posibilidad de regular montos cuando expresamente se los somete a prueba, por ejemplo, la información sobre los salarios vigentes según un convenio colectivo de trabajo.

La habilitación para fallar ultra petita no significa empero, que la parte omita denunciar rubros que pueden aparecer en la relación de los hechos pero no son explicitados en el petitorio concreto. Por ejemplo, se denuncia la existencia de irregularidades registrales en el marco de una controversia en la que se demandan diferencias salariales e indemnizaciones por despido. Difícilmente, pueden acogerse los

⁴⁵ También en otros sistemas procesales como el brasileño ya que el art. 765 de la CLT permite al juez “amplia libertad” para disponer las medidas necesarias para el esclarecimiento de las causas laborales.

ítems que no se indican expresamente como pedidos porque la parte demandada difícilmente se defiende de lo que no se le pide. Es distinta la cuestión del uso por costumbre judicial de la “planilla anexa” a la demanda que resume las peticiones. Puede que se incluyan aquí rubros no mencionados en el cuerpo de demanda y viceversa. Esa contradicción no impide su acogimiento porque la demandada ha podido conocer y defenderse del reclamo. En caso que los ítems estén enunciados, poco importa los errores o déficit numéricos porque la pretensión básica está expresada.

5. Valoración de prueba.

a. Confesional.

La prueba confesional aparece como la reina madre de las pruebas: “a confesión de partes, relevo de pruebas”. Sin embargo, ya se sabe que la obligación de confesar se enfrenta y colisiona contra el elemental derecho de defensa y la potestad de no declarar contra los propios intereses en juicio. La confesión del actor en pleito es habitual y normalmente tomada con prudencia por los tribunales. No muchas sentencias se fundan en a la confesión de los actores obreros ya que se desconfía de su efectividad como medio de acceso a la verdad. E inclusive, tampoco se le otorga absolutividad a la confesión del demandado cuando existe otra prueba en sentido contrario.

En general, existen dificultades para digerir procesalmente que un actor obrero enfrente sin dudas, con certeza y libre discernimiento, los alcances de este recurso procesal. Es sabido además, las dificultades de comunicación que significan someter a esta prueba por las diferencias culturales que separan la actividad procesal y los conocimientos de los justiciables obreros. De tal forma, esta prueba presenta una marcada relatividad en el proceso laboral⁴⁶.

b. La prueba testimonial.

En primer lugar, estas pruebas suelen ser esenciales en el proceso. Podría decirse que la mediación que implica reconstruir la realidad a través de las versiones orales, con todo el margen de ficción que ello puede llegar a importar, es la prueba más importante de los procesos laborales. Sin embargo, dos circunstancias suelen reiterarse y enrarecer los debates de recepción de la prueba testimonial en procesos laborales: los testigos que poseen juicio contra el mismo empleador y los que se encuentran en relación de dependencia con el accionado.

Frente a la primera hipótesis, se suele descartar la impugnación de la prueba porque el acceso a la justicia y a la vez el ejercicio del derecho de defensa, no importan por sí mismo que un testigo incline su testimonio a favor de la parte con la que presenta identidad de litigio o paralelismo en las controversias.⁴⁷

La cuestión de la relación de dependencia asimismo, no condiciona la validez de los testigos. Es que, tal como se ha establecido jurisprudencialmente, “no es común que una cuestión controvertida en un proceso laboral resulte dirimida por declaraciones de personas ajenas al centro de trabajo; generalmente, los testigos son o han sido dependientes del empleador; no necesariamente los que éste ofrece –o los propuestos

⁴⁶ ELFFMAN, M. y CASSINA, K. L, *Los principios...* op. cit. 23.

⁴⁷ CNAT, S. IV, “Alegre Carlos Alejandro c/ Empaher SRL s/ Despido”, 11/10/2011: “La circunstancia de que los testigos mantuvieran juicio pendiente contra las demandadas al tiempo de su declaración, no los inhabilita como tales, y no se advierte razón alguna para descalificar sus testimonios cuando éstos se observan coherentes, concordantes y suficientemente fundados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron conocimiento de los hechos sobre los cuales se expiden” (Of. Jur. CNAT).

por el trabajador- tienen con el proponente un vínculo que los induce a incurrir en falso testimonio para beneficiarlo”⁴⁸.

Por último, es usual que los testigos propuestos por la parte actora y por la demandada, expongan versiones contrapuestas sobre los mismos hechos. Naturalmente que es difícil establecer una regla frente a estos casos, factor de preocupación y dudas para los jueces. En caso de un verdadero “empate” de testigos, sin poder determinarse quienes mienten o presentan una versión sospechable, la regla del art. 9 LCT otorga la clave de la resolución⁴⁹.

c. La prueba documental

Así como se articula el sistema de presunciones acerca sobre la base de la falta de confección o exhibición de documentación obligatoria por parte del empleador, inversamente, su introducción regular al pleito genera una plataforma probatoria favorable al obligado. Es evidente que la confección regular del libro de art. 52 LCT o las planillas de horarios y descansos, legajos, el ingreso de aportes y contribuciones, extensión de los certificados del art. 80 LCT, etc. transparenta y aclara hechos y se constituye en un handicap para el cumplidor. El cumplimiento de la ley otorga ventajas procesales⁵⁰.

Sin embargo, no se trata de absolutos. Las formas pueden ceder ante los hechos y la realidad de otras demostraciones en proceso. Por ejemplo: “Los importes que surgen de los recibos de sueldo suscriptos por los dependientes, mientras seguía vigente la relación laboral, no alcanzan para tener por ciertas las sumas allí consignadas como verdaderamente percibidas por los trabajadores. Ello así, por cuanto en la demanda los actores expresamente argumentaron que se habían consignado cantidades menores a las reales y obviamente no puede suponerse que en caso de que la empleadora haya efectuado pagos “en negro” los consignara en los recibos emitidos. Por ello, aún cuando tales recibos se adecuen a las previsiones de los arts. 139/141 de la LCT, quedan sujetos a la valoración judicial y a la prueba que puedan aportar los actores para desvirtuar los datos allí consignados”⁵¹

VII. Derecho de defensa del trabajador y carga probatoria⁵².

Una franja importante de litigios, inclusive de mayor complejidad según la experiencia procesal, es aquella en que se debate el despido causado y en particular el disciplinario. La cuestión tiene especial relevancia porque el despido disciplinario, ostenta como resultado no sólo la pérdida del puesto de trabajo, sino un ineludible poder de daño moral. Todo despido, incluido naturalmente el incausado, importa el ejercicio de violencia personal hacia el que es expulsado de la producción y privado del sustento. Pero cuando se acompaña además con la imputación de una trasgresión o conducta personal, la cuestión contravencional o punitiva laboral, es particularmente espinosa.

⁴⁸ CNAT, S. IV, 16/9/11, “Pérez Marcelo José Luis c/Messagerie SA y otro s/despido” (Of. Jur. CNAT).

⁴⁹ SERRANO ALOU, S. *El principio in dubio...* op. Cit.

⁵⁰ Inversamente las irregularidades registrales, llevan inclusive a la responsabilidad de los administradores sociales lo que ha sido confirmando por la CS mediante el recurso del art. 280 CPCN en “Davedere, Ana M. c/ Mediconex S.A. y otros” 29/05/07, “Ventura, Guillermo Salvador c. Organización de Remises Universal S.R.L. y otros” del 26/02/08 y “Bresciani, José Felipe c. Expreso San Antonio S.R.L. y otros”, 7/5/08.

⁵¹ CNAT, S. VII, 25/7/08 “Alvez, Adrián y otro c/ Tubing SA y otros s/ despido” (Of. Jur. CNAT).

⁵² Ver ARESE; César, *Derechos de defensa y a tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo*, Revista de “Derecho Laboral”, Rubinzal Culzoni, Discriminación y Violencia Laboral II, 2009, p. 247 y *Conflictos ligados al ejercicio de las facultades de organización y dirección*, La Ley Online y Revista Derecho del Trabajo, Junio de 2007.

En el orden interno de la empresa, el empleador asume el carácter --aunque limitadamente conforme las reglas constitucionales y legales--, de legislador y juzgador disciplinario al mismo tiempo. Podría decirse que construye o complementa por lo menos, un estado de derecho interno en el establecimiento. Se encuentra facultado para establecer los reglamentos orgánicos y disciplinarios, implementa la organización y dirección de la producción y puede introducir cambios en esa estructura e inclusive respecto de las modalidades de las tareas. Estas facultades se garantizan o se aseguran mediante su poder punitivo o disciplinario interno, desde las suspensiones disciplinarias y otras medidas correctivas (art. 67 y conc. LCT), hasta la sanción máxima, el despido causado (art. 242 LCT).

En estos planos, rige también el derecho fundamental de defensa y debido proceso en las relaciones de trabajo⁵³. Estas reglas básica, indican que el trabajador objeto de tales medidas, se encuentra beneficiado por el principio de inocencia, el *non bis in idem* y su correlato, el principio *pro reo*, tal como ocurre con el procesado en el orden contravencional (desde una simple contravención de tránsito) o criminal. Ello comprende igualmente, la cuestión de la apreciación de la prueba, tanto en lo que se refiere a los medios como a su certeza y precisión. La duda sobre las características o índole de los hechos, beneficia directamente al trabajador sometido a sanción disciplinaria.

Tal como con el *jus puniendi* estatal, el empleador debe respetar el derecho de defensa en la imputación de los hechos, la posibilidad de ejercer las defensas técnicas con ofrecimiento de prueba y alegaciones así como una resolución fundada que respete el principio de legalidad. Del mismo modo, la apreciación judicial de estos hechos debe quedar impregnada de los valores y principios vigentes en la materia desde el orden constitucional como supranacional. Una tutela judicial efectiva importa igualmente estas garantías.

VIII. El sistema de imposición de cargas probatorias en el fallo CS “Pellicori”.

A. Las posibilidades probatorias.

En un esfuerzo de síntesis frente a la amplitud de la jurisprudencia generada al respecto⁵⁴, en cuestiones de despido o prácticas discriminatorios, puede optarse entre las siguientes pautas probatorias:

⁵³ CNAT, S. VI, “Ugarte Vanesa Judit c/Arcos Dorados Argentina SA s/ despido”, 30/11/11, La Ley Online, AR/JUR/80298/2011.

⁵⁴ Por ejemplo: CNTrab., sala II, “T., M. A. c. Ecohábitat S.A y otro”, 23/06/2009, DT, 2010 (marzo) La Ley Online, AR/JUR/26122/09: “El trabajador que se considere discriminado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley antidiscriminatoria —raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.— deberá en primer lugar demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada”; CNTrab., sala IV, “Page, Roberto Alfredo c. Aerolíneas Argentinas S.A.”, 15/05/09, La Ley Online, AR/JUR/9269/2009: “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en casos en los que se denuncia discriminación en perjuicio del trabajador puede considerarse razonable en supuestos en los que resulta muy difícil al trabajador probar el acto antijurídico que se invoca como fundamento de su reclamo, pero no en el caso en el que la prueba de la supuesta discriminación depende de aspectos objetivos, fácilmente comprobables”. CNTrab., sala V, “Belén, Rodrigo Hernán c. Jumbo Retail Argentina S.A.”, 20/08/08, La Ley Online, AR/JUR/6135/2008: “Dado que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que ha ingresado al dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba”.

1. *Onus probandi* clásico, es decir, quien afirme la existencia de hechos discriminatorios deba probar su existencia y entidad.

2. La producción de una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios aportados por del trabajador discriminado.

3. La aportación de indicios suficientes, la generación de presunción sobre los hechos denunciados o la aportación de prueba verosímil sobre la existencia de un hecho discriminatorio, obligando al demandado a recolectar las pruebas que desbaraten las afirmaciones en su contra, expliquen otra conducta o simplemente lo eximan de responsabilidad.

4. La distribución desigual y diferenciada de cargas probatorias, aligerando de rigorismo a quien afirma un hecho discriminatorio para transferir las cargas de las pruebas a la parte responsabilizada por ese acto.

5. La inversión de la carga probatoria hacia el empleador a partir de la denuncia del trabajador de haber sido objeto de trato discriminatorio.

B. Sistema de distribución de cargas de “Pellicori”.

Si bien no es la primera oportunidad en que la CS se pronuncia sobre cuestiones probatorias en materia discriminatoria⁵⁵, el fallo “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/11, ha fijado un fundado, extenso sistema de criterios probatorios⁵⁶ ya receptado en jurisprudencia de tribunales inferiores inferiores⁵⁷. La sentencia merece algunos señalamientos:

1. Es una continuidad de la labor doctrinario jurisprudencial de la CS en materia de derechos humanos laborales y en particular en lo que respecta a discriminación. En concreto, se relaciona y completa la doctrina sentada en “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.”, 7/12/10. Este fallo tuvo como base fáctica el despido de los integrantes de una entidad sindical simplemente inscrita, reclamándose su readmisión en los empleos sobre la base de la imputación de una conducta discriminatoria⁵⁸.

A más de dejar zanjado el tema de la aplicación de la última norma a las relaciones de trabajo, revisó la institución de la estabilidad laboral en los casos de extinción discriminatoria lo que ha impactado fuertemente en el sistema de protección contra el despido protegido previsto en el art. 14 bis CN pero, según razonamiento del máximo cuerpo judicial, necesitado de la actualización del derecho internacional incorporado al

⁵⁵ “Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes, S.A.”, 23/8/88, 311:1602. En este caso de discriminación salarial, se indicó: “Sin establecer presunciones legales, el art. 81 de la LCT ha fijado, con carácter de obligación para le principal la igualdad de trato a sus dependientes en “identidad de situaciones. El trabajador deberá acreditar sus “circunstancias” y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones” (Voto de los doctores Petracchi y Baqué)

⁵⁶ Con votos de los vocales Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni.

⁵⁷ CNAT, sala V, “D’Errico, Luis Marco c. Le Lis S.A. s/despido “, 30/11/11: “Dado que los tribunales inferiores deben ajustar su jurisprudencia a la de la Corte en las decisiones que ésta adopta sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, de conformidad con lo resuelto en el caso “Pellicori, Liliana” -15/11/2011- es suficiente para la parte que afirma el acto discriminatorio la acreditación de hechos que evaluados prima facie resulten idóneos para inducir su existencia, correspondiendo al demandado la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (del voto de la Dra. García Margalejo) (DT 2012 (febrero), 274 - DJ 30/05/2012, 62 - LA LEY 0706/2012 , 6, **Cita online:** AR/JUR/78601/2011).

⁵⁸ En esa sentencia, la CS confirmó la reinstalación laboral sobre la base, entre otros instrumentos pero esencialmente, de la Observación General Nro. 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU del 24/11/05 sobre el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); los arts. 6 y 7 del Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), el Conv. 158 OIT y la ley antidiscriminatoria Nro. 23.592.

plexo constitucional desde 1994⁵⁹. Durante 2011, la CS confirmó la doctrina de “Álvarez” en dos casos de despidos discriminatorio de activistas sindicales “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina”, 23/6/11 y “Parra Vera Máxima c/ San Timoteo S.A.”, 23/8/11.

2. “Pellicori” parte de la premisa de que los derechos esenciales del hombre deben encontrar efectividad en su ejercicio; es decir contar con “garantías indispensables para su existencia y plenitud” y adoptarse recursos efectivos (art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos y VIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948). Sobre la base de un complejo y extenso andamiaje de normas de fondo, la CS apunta a garantizar los recursos judiciales y su calidad concreta en la materia.

3. Se remarca la efectividad de los tratados e instrumentos internacionales antidiscriminatorios y “el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos” que actúan según recuerda la CS “en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 —2009—, y otros)”. Agrega que ese corpus “se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio”.

Allí puntualiza la necesidad de:

a) Reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto;

b) Modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto.

4. Tal como acontece en el mundo de las relaciones de trabajo en forma cotidiana, la CS advierten “un dato realista”, en concreto, “las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo”, a lo que se suma, “la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad”.

5. En lo laboral más específico, el fallo “Pellicori” recalca en el estudio especial “Igualdad en el empleo y la ocupación”, de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, de 1988, en que se consideró que la cuestión de la carga de la prueba y la posibilidad de que no corresponda a la víctima que alega una discriminación. En igual sentido, se recorren otros estudios de OIT; de la Unión Europea y de países del viejo continente.

C. El engranaje.

La tesis central del fallo refiere específicamente al derecho fundamental de igualdad y en lo que hace a los casos de discriminación considerados a través de la Ley 23.592. es la siguiente:

“Que las consideraciones que han sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva supralegal, establecen bases suficientes, según ha sido adelantado al comienzo del considerando 8, para la solución del sub lite. En efecto, primeramente, ratifican la ya enunciada necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación,

⁵⁹ ARESE, César, *La readmisión laboral en el PIDESC, el convenio 158 de OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo CS “Álvarez,”*, Revista Derecho Laboral de Rubinzal Culzoni, Nro. 1, 2011, se realiza un examen de estos puntos centrales del fallo.

deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Y, en segundo término, ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de *ius cogens*. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego”.

“Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

“(…). La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado”.

En otras palabras y a modo de síntesis, la solución de la CS se asienta en una secuencia de razonamiento que parte de que el derecho fundamental de igualdad necesita de protección efectiva y el reconociendo de inconvenientes probatorios y especificidades; quien denuncie ser víctima e discriminación debe acreditar hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, imponiendo al demandado la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, todo bajo las reglas de la sana crítica racional. En suma, ni eximición probatoria de la víctima ni inversión de la carga de la prueba hacia el victimario de trato discriminatorio.

La CS se ubicó en un punto evidentemente protectorio procesal ya que, si bien descarta la inversión de la carga de la prueba hacia la parte señalada como discriminadora, efectúa una distribución desigual y diferenciada de responsabilidad probatoria. Es decir, exige alcanzar indicios suficientes, un haz o un conjunto de indicios que generen el principio de convicción sobre la existencia del episodio discriminatorio. De tal forma se obliga al demandado a reunir pruebas aquí más sólidas de un “motivo objetivo y ajeno a toda discriminación”⁶⁰.

No parece que queden dudas que el razonamiento de la CS es coherente⁶¹ o se corresponde, con el principio protectorio laboral de fondo y procesal, por lo menos en

⁶⁰ Peyrano indica: “En la especie, en cambio, mientras la pretensa víctima de un acto discriminatorio debe asumir un esfuerzo probatorio de baja intensidad y limitado a probar que fue despedida en el marco de una situación que podría dar lugar a que el distracto hubiera sido por trato discriminatorio, (6) será la contraria (la patronal) la que deberá probar cabalmente que el despido no obedeció a discriminación alguna, sino a otros motivos. Resulta palmaria la diferencia de intensidades probatorias requeridas”. Hace remisiones a CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Prueba de la discriminación laboral según la Corte*, Microjuris, MJ-DOC-5613-AR / MJD5613 y PÉREZ CRESPO, Guillermo, *Pellicori: otro fallo esencial en la nueva doctrina de la Corte*, Microjuris, 22/11/11, MJ-DOC-5619-AR / MJD5619. (PEYRANO, Jorge W. *Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes*, La Ley 14/12/2011, 10 (comentario del fallo “Pellicori”).

⁶¹ PÉREZ CRESPO, Guillermo E., *Pellicori: Otro fallo esencial en la nueva doctrina de la Corte*, Microjuris, 22/11/11, MJ-DOC-5619-AR / MJD5619.

los asuntos de discriminación salarial, sindical u de otro tipo, según la enunciación abierta del art. 1 de la ley 23.592⁶². En natural que estas reglas de distribución de cargas probatorias establecida por la CS, tenderán a generalizarse en el fuero del trabajo⁶³. El razonamiento básico de la CS en este fallo, es extensible, mutatis mutandi, a otras situaciones que ponen en juego otros principios o derechos fundamentales⁶⁴, revelen similares relaciones desequilibradas, dificultades probatorias, y la aplicación de un sistema de cargas procesales diferenciadas, es decir, las relaciones de trabajo dependiente. Es decir, el modo de pensar el derecho que efectúa la CS se relaciona con el principio sustancial pero proyecta en lo procesal la protección del derecho sustancial de carácter fundamental en juego.

IX. Conclusiones.

A. La desigualdad real en las relaciones de trabajo, el hecho de que una de las partes no solo detente poder jurídico y económico sino además, la información, documentación y disponibilidad de medios, implica una desigualdad real que debe ser corregida desde lo normativo sustancial y procesal. No hay razones para limitar el alcance de la garantía de protección al trabajo en sus diversas formas y, podría decirse, en su ejecutividad y efectividad, conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina. De hecho, la constitucionalización laboral del proceso laboral comprende las garantías judiciales y los alcances particulares de la tutela judicial efectiva en el ámbito específico del derecho del trabajo, ya bien definidos en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo. Existe aquí la necesidad de la reformulación o un nuevo entendimiento de la “igualdad de armas” procesal y de la tutela judicial efectiva sustancial.

B. La LCT interviene abiertamente en lo procesal hacia una de las partes mediante un diseño del sistema procesal tuitivo como los mecanismos de protección de créditos e inversión de cargas procesales. La llamada carga “dinámica” de las pruebas es conocida y aplicada desde, por lo menos, la vigencia de la LCT en 1974 en Derecho del Trabajo. El tradicional debate sobre la aplicación del principio protectorio en el plano procesal, el protectorio procesal, quedó zanjado a partir de su incorporación al segundo párrafo del art. 9 y de la dirección interpretativa procesal del art. 17 bis de la LCT.

C. El principio protectorio procesal se funda en las ideas de justicia sustancial y la necesidad de trabajar a favor de la persona lo que impregna todo el ritual laboral a partir de los objetos sustanciales en emergencia, el orden público laboral y se materializa en mecanismos contenidos en normas de fondo y en código rituales que se dirigen a amparar a la parte más débil del proceso. Entre esas técnicas de notas las de acceso a la justicia, simplificación y aceleramiento del proceso, pero fundamentalmente en el traslado de cargas probatorias hacia el más posibilitado en el proceso y llegan al ejercicio de la sana crítica racional, la búsqueda la verdad, la posibilidad de las medidas

⁶² Art. 1°. Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

⁶³ CNAT, S. III, “Militello, Yesica Karina C/ Casino Buenos Aires SA CTE SA UTE”, 22/12/11.

⁶⁴ CNAT, S. VII, “Antoñana, Vanesa c. Falabella S.A. s/despido”, 15/02/12: “Constituye un indicio suficientes a los fines de tener por acreditado el despido discriminatorio, el hecho de que luego de que la trabajadora se encontrara desempeñándose cuatro años en un sector y se la destine a un puesto creado al efecto –en el caso, pasó del sector de decoración al de comunicaciones- y no se la restituya en sus tareas luego de que se reincorporara de su licencia por maternidad, máxime cuando el despido se produjo a días de vencido el plazo del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo” (La Ley Online; AR/JUR/1646/2012).

para mejor proveer, en la factibilidad del fallo ultra petita y en la especialidad de la valoración de pruebas en caso de duda y en la apreciación de las pruebas confesional, testimonial, documental y registrales.

D. El debido derecho de defensa del trabajador frente los poderes disciplinarios del empleador, implica la aplicación del principio de inocencia, non bis in idem, in dubio pro reo y las reglas generales del debido proceso sancionatorio.

E. En materia litigios en que se debaten conductas discriminatorias, la aplicación del sistema desigual y diferenciado de cargas probatorias establecido por la CS en “Pellicori” que no invierte la carga de prueba, pero aliviana la responsabilidad probatoria del que denuncia ser víctima del trato desigual para obligar al accionado a reunir prueba un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Estas pautas se condicen y son coherentes con el principio protectorio, sustancial y procesal e iluminan la resolución de casos en que se debaten derechos fundamentales en el orden laboral, pero a la vez, conforman un modo de pensar el derecho ritual extensible a diversidad de hipótesis donde se necesita garantizar la igualdad de armas procesales, el acceso real a la justicia efectiva y asegurar la plenitud de los derechos esenciales en juego.

F. El juez de trabajo debe obedecer a la regla de la imparcialidad e igualdad en la incorporación y valoración de la prueba, según las propias reglas y sistemas procesales del trabajo. Pero a la vez, como advertía hace muchos años Miguel Rodríguez Piñero⁶⁵, es imposible que permanezca neutral. El juez de trabajo es imparcial en el proceso. Pero los principios y reglas de fondo, acompañados y garantizados por las normas procesales, justifican el abandono de la neutralidad entendida como la asepsia de valores, en pos de la necesidad de que la igualdad de la partes en el proceso no sea solamente formal, sino real y efectiva.

⁶⁵ RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel, *Sobre los principios informadores del proceso de trabajo*, Revista de Política Social, N.81, p. 80-81, cit. por LUELMO MILLAN, Miguel A. y RABANAL CARBAJO, Pedro, *Los principios inspiradores...* op. cit. p. 9.