

Procedimiento Laboral Carga De La Prueba Sana Critica

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

PROCEDIMIENTO LABORAL. Carga de la prueba. Sana crítica Se hace lugar a la demanda por despido iniciada por un empleado marítimo, destacándose que la ley de contrato de trabajo es plenamente aplicable a esta típica clase de relación de trabajo. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 21 días del mes de noviembre de 2016 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo: Contra la sentencia de grado que hizo lugar parcialmente a la demandada se agravan la actora y los sujetos de la parte demandada y, por sus honorarios, apelan el letrado de la actora y el perito contador. Operadores Marítimos y Fluviales SA se agravia por cuanto la sentencia, desconociendo la autonomía del derecho laboral marítimo consideró aplicable la norma del artículo 26 RCT relativa al empleador múltiple, supuesto que considera inaplicable al armador de buques. El planteo es inadmisibile en primer término por razones de estricta dogmática jurídica. El plenario de la CNAT invocado es anterior al dictado de la ley de contrato de trabajo como así también la ley de navegación. En este orden de ideas, en la medida que la doctrina plenaria es interpretación uniforme de una norma y no una norma en sí, no pervive la doctrina más allá de la vigencia de la directiva legal analizada. Con relación a la invocación de la ley de navegación ha de primar la ley especial y posterior, esto es, la ley de contrato de trabajo. Por otra parte, la referencia singular al armador no excluye la actividad múltiple de sujetos que representan el polo empleador de la relación de trabajo marítimo siempre y cuando se den las condiciones de continuidad de explotación de los medios materiales, inmateriales y personales que configuran el fin de la empresa, tal como fuera analizado en la sentencia de primera instancia. Todos los sujetos de la parte demandada cuestionan una supuesta improcedencia de la inversión de la carga de la prueba. En el punto es de señalar que, si bien la referencia a la norma del artículo 377 CPCCN al inicio del análisis del material probatorio se presta a confusiones. Como se ocupa de señalar Carbone: Es común leer y escuchar la pregunta ¿quién debería probar y no lo hizo? Por supuesto que no se debe probar nada, porque no hay ningún deber -ergo, ninguna sanción a su omisión- en ello respecto de las partes. Es hora de recordar que es una carga, un imperativo jurídico en el propio interés si no prueba, no me sancionan, no me compelen patrimonialmente como sucede ante el incumplimiento de una obligación. Sólo pierdo dicha ventaja procesal. Tampoco se soluciona el intrínquis preguntando ¿quién es el actor o el demandado? O, ¿quién tenía la carga de hacerlo? La cuestión es preguntarse ¿quién va a asumir las consecuencias de que determinado hecho controvertido no esté suficientemente probado? Estar claros en esto es de vital importancia, por cuanto una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y por tanto a una sentencia errada. En realidad, esta idea esencial en el tema nos demuestra que más que reglas de prueba, son reglas de decisión.⁽¹⁾ Precisamente porque estas reglas son reglas de decisión frente a la inexistencia de prueba capaz de producir convencimiento en el juzgador intersubjetivamente explicitable, la norma preeminente respecto de la carga de la prueba no es la del artículo 377 CPCCN, sino la del artículo 386 CPCCN que impone al juzgador resolver respecto del material probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esto es, de acuerdo a las máximas de la razón y la experiencia. Mientras las reglas de la sana crítica son el instrumento teórico por el cual es posible aproximarse a los medios y objeto de prueba, la regla del artículo 377 tiene una función residual: determinar ante la ausencia de prueba de un hecho quién habrá de correr con las consecuencias de éste. Por este motivo la invocación a la norma del artículo 377 CPCCN que se hace al encabezar el análisis de la prueba de un expediente resulta errónea. Su invocación es adecuada sólo frente al agotamiento del análisis de la incidencia de los medios sobre el objeto de prueba. Indicar quién tenía la carga de la prueba previo al análisis de la prueba producida en la causa importa asignar posiciones probatorias fijas y olvidar que la prueba es adquirida para la causa con prescindencia de quien en definitiva haya de correr con la carga de la ausencia de medios adecuados. No hay un sujeto que deba probar. El análisis de la prueba requiere analizar qué hechos han sido probados y no quién debía hacerlo. Ello cambia la pregunta que debe realizarse respecto del objeto de prueba y, con ello, los requisitos a los que está sometida la respuesta. La pregunta no es ¿Quién probó? Sino: Frente al material probatorio existente y las posibilidades que abre la traba de la litis ¿Cuál de las hipótesis debe ser adoptada por el juzgador? Este cambio en la pregunta importa ya un deslizamiento semántico. En el primer caso la prueba adquiere una cierta consistencia ontológica incompatible con su carácter de juicio práctico. Algo falta para dar consistencia a la argumentación. En el segundo caso la decisión sobre el material probatorio y el objeto de prueba importa la necesidad de una apuesta racional que viene impuesta por la proscripción del non liquet para el juez. La pregunta pasa a ser entonces ¿Qué debo decidir frente a estas pretensiones y a este material probatorio? Los errores de presentación del thema decidendum son consecuencia del método -lamentablemente demasiado habitual - para construir el esquema

argumentativo de una sentencia. La tarea no es la de un comerciante o de un auxiliar contable que pesa la ?entidad probatoria? para ver si sobran o faltan cinco para el peso y así decir que el hecho ha sido probado o no. Estos son los resabios de la teoría inquisitorial de la prueba tasada que actúan sobre la práctica de jueces que, ideológicamente nada tienen que ver con ella, el suscripto incluido. En todos los casos los jueces se ven impelidos a decidir por imposición legal. Esto es, a elegir entre opciones distintas y contrarias y todo juicio que se emite es una hipótesis y nada más que una hipótesis sobre objetos y relaciones entre objetos a los que sólo es posible acercarse por signos (testimonios, documentos, informes, etc.). Nunca nada puede ser probado con la fuerza de la certeza, el mortal debe conformarse con lo probable, con las huellas de un suceso y con las huellas de otros sucesos referidos al primero. En esa tónica de razón de sistema que impone el encuentro con los signos es posible el advenimiento de un mundo como nosotros lo conocemos. Se debe elegir una hipótesis en un juicio práctico, elección de la hipótesis más probable en las condiciones reales de semiosis limitada. Abstraerse de esto, lleva a la teoría probatoria de la inquisición, la de la prueba tasada. O, en todo caso, a creer en la posibilidad de un acceso noumenal a la verdad allende el fenómeno. Por supuesto, esta elección probable, esta creencia debe ser comunicable. Lo que nunca puede dejar de hacerse es de dar razón razonable de las causas por las que se elige. El ars inveniendi no puede ser jamás para el juzgador republicano, una cuestión privada. Se podrá cuestionar que no se trata de prueba sino de inferencia, pero este tipo de planteo sólo es compatible con la creencia metafísica en la posibilidad de la certeza, en que existe la posibilidad de una *adequatio intellectum ad rem*. Lamentablemente para el narcisismo del sujeto, los mortales no pueden hacer otra cosa que inferir pues los hablantes viven en un mundo de signos y el signo es, por definición, todo aquello con lo cual se puede mentir. En el análisis de la prueba testimonial, por ejemplo, determinadas circunstancias comunes a las relaciones laborales, como el juicio pendiente o la relación de dependencia respecto del ex empleador, no pueden nunca ser presupuesto del análisis de la credibilidad de los dichos del testigo sino, por el contrario, elementos a ser tenidos en cuenta como circunstancias que permiten analizar las inconsistencias de los dichos emitidos. La existencia de la ?tacha? no es un atajo para evitar el análisis racional de los dichos sino una circunstancia para relativizar el efecto del análisis de los dichos. En otras palabras, la existencia de vínculos que surgen de las generales de la ley no está a priori del análisis sino que juega a posteriori del mismo para relativizar las conclusiones. No puede perderse de vista que, en el ámbito cerrado en que se desarrollan muchas relaciones laborales, nadie conoce mejor los hechos de la causa que los dependientes o ex dependientes. Tampoco es posible que el juez presuponga que los testigos, por tener un determinado ánimo mientras respecto de los hechos percibidos por sus sentidos o tengan alucinaciones pues el principio de inocencia impide aplicar la primera de esas presunciones y la presunción de habilidad de los adultos hasta su declaración de insania, la segunda. Si no existe prueba en contrario ni lo relatado contradice restricciones físicas o lógicas es deber de los jueces analizar la prueba ofrecida de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir de los imperativos que surgen del sistema jurídico, de las reglas lógicas y de la experiencia. La afirmación de la sana crítica no habilita al juez a sostener su prejuicio, sino todo lo contrario. En el fondo, sigue vigente la vieja afirmación de Ulpiano: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. La adopción del principio de la sana crítica importa desde ya descartar máximas correspondientes al período de la prueba tasada como la exigencia de una pluralidad de testigos. La prueba -superada la etapa de la prueba tasada - no implica la necesidad de una percepción determinada por parte del testigo respecto de un hecho individualizado exactamente. En primer término, como señala Nietzsche, es necesario desconfiar del dogma de la immaculada percepción. Si se detecta una práctica habitual, aun así no se individualicen sus particularidades, esta debe ser tenida por probada por la generalidad de los testigos a menos que exista prueba en contrario. Por este motivo encuentro cuestionable la valoración que suele realizarse sobre los testigos en tanto señalan la práctica habitual del pago clandestino en condiciones en las cuales el acto sólo podía estar expuesto directamente a los sentidos de un solo sujeto, el propio actor respecto de su pago. Por la vía de un empirismo extremo, gran parte de los actos de la economía clandestina resultarían imposibles de probar afectando así el orden público económico de una sociedad. Si no existe prueba capaz de cuestionar la convicción que surge de declaraciones testimoniales situadas y que relatan hechos que pueden ser conocidos desde las coordenadas en las que el testigo dice haber conocido de los hechos, debe existir una razón suficiente para descartarlos. Establecido que el principio que rige la evaluación de la prueba es el de la sana crítica, el ámbito de la norma del artículo 377, a su vez, se va aún más restringido por efecto de las normas sustantivas que determinan la aplicación de concretas reglas que desplazan lo dispuesto por la norma y de normas que, teniendo en cuenta la situación del proceso, llevan a la apreciación dinámica de la carga de la prueba. Lorenzetti(2) distingue con precisión los principios de posición probatoria y el de distribución dinámica de la prueba. ... la distribución dinámica de la prueba es un principio interno del proceso, mientras que el de la posición probatoria es externo: se refiere a la accesibilidad que tiene un individuo respecto de la prueba que se le exige. De ahí que surjan las reglas sustantivas derivadas del principio protectorio que apuntan a mejorar la posición probatoria de quien no puede cumplir las cargas en condiciones de igualdad. Es una protección contextual como la que se instrumentaliza para el contratante débil. En este análisis de la posición probatoria Lorenzetti distingue un análisis *ex ante*, en el que se tiene en cuenta la relación entre la parte y la

accesibilidad de la prueba, generalmente de origen legal y un análisis ex post, generalmente de origen judicial y que tiene en cuenta el comportamiento de las partes durante el proceso. Entre las reglas ex ante, Lorenzetti distingue la regla de la normalidad y las reglas derivadas del principio protectorio (principios pro damato, pro operario, de protección del económicamente débil y de la profesionalidad). La regla de normalidad importa que la carga se traslada de una parte a otra según el juego de las verosimilitudes, teniendo en cuenta que en nuestro derecho cuando la ley refiere al curso normal y ordinario de las cosas en materia de causalidad. Las reglas derivadas del principio protectorio establecen un régimen de presunciones en el que se tiene en cuenta las mayores dificultades en la obtención de prueba por parte de uno de los sujetos. El derecho laboral es rico en desplazamientos del principio de determinación de la carga probatoria que surge de la norma del artículo 377 CPCCN y que tienen preeminencia sobre éste. No solo se trata de la norma del artículo 9 RCT sino, para citar los de aplicación más común, la presunción de existencia de contrato de trabajo por el hecho de la prestación de servicios (artículo 23 RCT), el de la veracidad de los hechos contenidos en la intimación no contestada (artículo 57 RCT), la presunción simple que emerge de la irregularidad del libro (artículo 53 RCT) o la presunción juris tantum que emerge de la norma del artículo 55 RCT ante la falta de presentación del libro a requerimiento judicial o administrativo. Por el criterio de normalidad, también es desplazada la aplicación de la norma del artículo 377 CPCCN como, por ejemplo, cuando media silencio existiendo la carga de explicarse "...por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes?" (artículo 919 del Código Civil) o las diferentes posibilidades probatorias de una parte u otra. La regla de la distribución dinámica de la prueba tiene en cuenta aquello que va equilibrando las cargas probatorias en relación a las afirmaciones y probanzas que surgen de las pretensiones constitutivas y de los hechos conforme son asumidos en el proceso. En realidad, en el uso se utiliza el concepto de carga dinámica de la prueba tanto para englobar lo que Lorenzetti considera en el criterio de normalidad como aquellos hechos que surge de la dinámica interna del proceso. Pero lo que se pretende en este escrito es simplemente poner en guardia sobre los significados antinormativos de la utilización anticipada de la carga del artículo 377 CPCCN en muchas sentencias judiciales (afortunadamente desmentidos por el desarrollo correcto de las reglas de la sana crítica y de los principios que la desplazan) En definitiva, el análisis de la prueba debe utilizar la siguiente secuencia: 1. Determinación del objeto del thema decidendum propuesto por las partes sea en los escritos introductorios de la litis, sea en los memoriales recursivos. 2. Análisis de las declaraciones de los reconocimientos de las partes que surgen de los diversos escritos que emergen del proceso. En particular las confesiones que surgen de las afirmaciones o negaciones de hechos en los escritos constitutivos de la litis, alegatos o escritos recursivos. 3. Análisis del material probatorio de conformidad a la regla de la sana crítica (artículo 386 CPCCN) que determinará aquello que debe ser considerado probado, es decir, que permite realizar un discurso sobre los hechos de la causa con preferencia a otros discursos alternativos. 4. En el supuesto de insuficiencia del material probatorio debe analizarse a quien debe cargarse los efectos de la carencia. A tales fines, tiene preeminencia la posición probatoria, entendida como principio externo al proceso impuesto por la legislación de fondo sea por el principio protectorio, sea por el principio de normalidad. 5. Utilización del principio de carga dinámica en tanto principio interno del proceso conforme la clasificación de Lorenzetti. 6. Aplicación de la regla del artículo 377 CPCCN. En el caso, pese a lo que la sentencia enuncia, el método de análisis es correcto. 1. Toma en cuenta el material probatorio respecto de la existencia de grupo económico (en el caso la testimonial); 2. Advierte que no media prueba en contrario respecto de los hechos que considera relevantes para la dilucidación de la litis; 3. Analiza los supuestos de presunciones legales aplicables a la causa y; 4. Concluye respecto de la existencia del hecho. Por tanto, la alegada incongruencia de la sentencia es sólo aparente pues la errónea tesis inicial opera simplemente como el frontispicio del análisis, no es utilizada para la evaluación concreta de las presencias y hiatos que presenta el material probatorio. Sostienen los demandados que la declaración testimonial no es relevante para determinar la existencia de un grupo económico. No comparto su opinión ya que ninguna norma excluye al grupo económico de la posibilidad de poder ser probado por testigos. No existe prueba que permita analizar de una configuración fáctica alternativa a lo representado por estos y, consecuentemente, debe admitirse como cierto lo afirmado en la demanda, por lo que en el punto la sentencia de origen debe confirmarse. En el análisis de la prueba testimonial, por ejemplo, determinadas circunstancias comunes a las relaciones laborales, como el juicio pendiente o la relación de dependencia respecto del ex empleador, no pueden nunca ser presupuesto del análisis de la credibilidad de los dichos del testigo sino, por el contrario, elementos a ser tenidos en cuenta como circunstancias que permiten analizar las inconsistencias de los dichos emitidos. La existencia de la "tacha" no es un atajo para evitar el análisis racional de los dichos sino una circunstancia para relativizar el efecto del análisis de los dichos. En otras palabras, la existencia de vínculos que surgen de las generales de la ley no está a priori del análisis sino que juega a posteriori del mismo para relativizar las conclusiones. No puede perderse de vista que, en el ámbito cerrado en que se desarrollan muchas relaciones laborales, nadie conoce mejor los hechos de la causa que los dependientes o ex dependientes. Tampoco es posible que el juez presuponga que los testigos, por tener un determinado ánimo mientras respecto de los hechos percibidos por sus sentidos o tengan alucinaciones pues el principio de

inocencia impide aplicar la primera de esas presunciones y la presunción de habilidad de los adultos hasta su declaración de insania, la segunda. Si no existe prueba en contrario ni lo relatado contradice restricciones físicas o lógicas es deber de los jueces analizar la prueba ofrecida de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir de los imperativos que surgen del sistema jurídico, de las reglas lógicas y de la experiencia. La afirmación de la sana crítica no habilita al juez a sostener su prejuicio, sino todo lo contrario. En el fondo, sigue vigente la vieja afirmación de Ulpiano: *Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Sostienen Petrotank y las personas jurídicas de existencia visible demandadas que no corresponde la condena contra estas porque no estaban obligadas a llevar libros por no ser empleador el primero por el tiempo en que no se reconoció el registro en la demanda y por no ser empleadores los segundos. El planteo parece olvidar que la petición de condena se funda en una obligación solidaria y no en una obligación concurrente. En este orden de ideas, no interesa si cada uno de los sujetos tenía la obligación de inscribir sino si la relación laboral fue registrada, correspondiendo la solutio a todos y cada uno de los sujetos pasivos de la obligación así determinada. Afirmada la existencia de falta de registro de la relación laboral desde su inicio, la falta de presentación del libro especial torna operativa la presunción del artículo 55 RCT, incumbiendo, en caso de ausencia de prueba, como es el caso (y en el punto es errada la sentencia de origen que invoca una prueba que no existe ya que Cabrera es sólo testigo de las referencias del propio actor), han de tenerse por ciertas las afirmaciones del actor en su demanda. Por tanto en lo que decide la sentencia ha de ser confirmada. Establecido ello, debe confirmarse la condena respecto de las personas jurídicas de existencia visible pues los testigos sí acreditan que ellos obraban personalmente en la comisión de los ilícitos que emergen de la omisión de registro. En mi opinión debe accederse al planteo en la medida que los daños e intereses son definidos por el Código Civil en relación a las obligaciones de dar sumas de dinero como "...el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo?" (artículo 519 del Código Civil). A este concepto debe ajustarse la actividad de los jueces al fijar la tasa de interés. Si bien es facultad de cada uno de los magistrados la determinación de éstos a falta de disposición expresa o de manda legal, resulta conveniente sugerir criterios de aplicación general a ser utilizados por todo el fuero para evitar soluciones disímiles frente a circunstancias técnicamente idénticas. Esta fue la función que realizó el acta de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo N° 2357, pretendiendo ajustar el interés al precio de mercado del dinero, dando cumplimiento así a la manda del artículo 519 del Código Civil. Sin embargo, la tasa de interés utilizada sólo en apariencia ha cumplido con la función a la que estaba destinada en la medida que la tasa utilizada como referencia no corresponde a las operatorias comunes de mercado pues la utilización de préstamos tomando como garantía documentos comerciales ha caído en progresiva desuetud desde finales del siglo pasado. Como consecuencia de la práctica inexistencia de la operatoria ella no refleja los valores transables del dinero en operaciones que permitan entender que se haya compensado la pérdida sufrida o la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación. Por este motivo resulta aconsejable la utilización de una tasa de interés que tenga relación con las operaciones más comunes de mercado evitando la utilización de porcentuales fijos con el riesgo de que la variación de las condiciones económicas generales pudieran tornarlos usurarios para el deudor o insuficientes para compensar la pérdida sufrida por el acreedor. Entre las distintas operaciones financieras en análisis (letras de cambio del Estado, préstamos personales o descubierto autorizado en cuenta corriente bancaria) ha parecido más equitativo utilizar la tasa efectiva anual de créditos personales para préstamos de 49 a 60 meses por ser la que mejor se ajusta a las condiciones promedio de acceso al crédito y al tiempo medio de duración del proceso. De cancelarse este tipo de operaciones de mercado, se utilizará la del tiempo inmediatamente inferior utilizado en la operatoria de mercado. A su vez, en los créditos en los que el titular de la obligación sea un trabajador debe aplicarse la tasa activa de interés por tratarse de créditos alimentarios por lo que no se trata de la pérdida de un uso comercial del capital sino de necesidades alimentarias impostergables que lo tornan en tomador de créditos. En la medida que este desajuste se prolonga en el tiempo es necesario que la tasa indicada se aplique aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, incluyendo a las actuaciones administrativas y juicios en trámite, los que estuvieran en proceso de ejecución, cualquiera sea la etapa en que se encuentren. Es de señalar que resultaría contradictorio establecer una fecha a partir de la cual aplicar una nueva tasa de interés sin consolidar los perjuicios de la tramitación judicial justamente sobre los acreedores que más tiempo han debido esperar para la realización de su crédito. La actora se queja por el rechazo de la pretensión relativa al pago de la multa del artículo 132 bis RCT fundada en la inexistencia de prueba de la retención indebida. Es de señalar que, sin adentrarse en el análisis del material probatorio del incumplimiento, la contestación de agravios a fojas 281 vuelta y 282 importa la confesión judicial de éste, por lo que en el punto debe tenerse por existente la retención de aportes. Los argumentos indicados por la demandada, relativos a un supuesto estado de necesidad, no pretenden otra cosa que cohonestar la apropiación del dinero del trabajador destinado al pago de los seguros sociales. Por este motivo, debe accederse a la petición de condena en los términos del artículo 132 bis RCT que deberá calcularse hasta el momento del cumplimiento de la condición resolutoria que la norma impone. Los honorarios regulados en origen resultan adecuados por lo que propicio su confirmación. Las costas de alzada deben

imponerse a la demandada vencida y los honorarios estipularse en el 25% de lo que fueran regulados por su actuación en la instancia anterior. LA DRA. GRACIELA ELENA MARINO manifestó: Que por análogos fundamentos, adhiere al voto del Sr. Juez de Cámara preopinante. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: 1. Modificar la sentencia de origen elevando la condena por la admisión de la multa del artículo 132 bis RCT conforme lo indicado en los considerandos. 2. Regular los honorarios profesionales del modo propuesto por el primer voto. 3. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la vocalía 2 se encuentra vacante (art. 109 RJN). Enrique Néstor Arias Gibert

Juez de Cámara Graciela Elena Marino Juez de Cámara Notas: (1:) CARBONE, Carlos Alberto,
Cargas probatorias dinámicas: Una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción, en PEYRANO, Jorge W. (director) LÉPORI WHITE, Inés (coordinadora) Cargas probatorias dinámicas, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2008, página 203.
(2:) LORENZETTI, Ricardo L., Teoría General de la Carga Probatoria, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13. Prueba -I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, página 65. 012645E