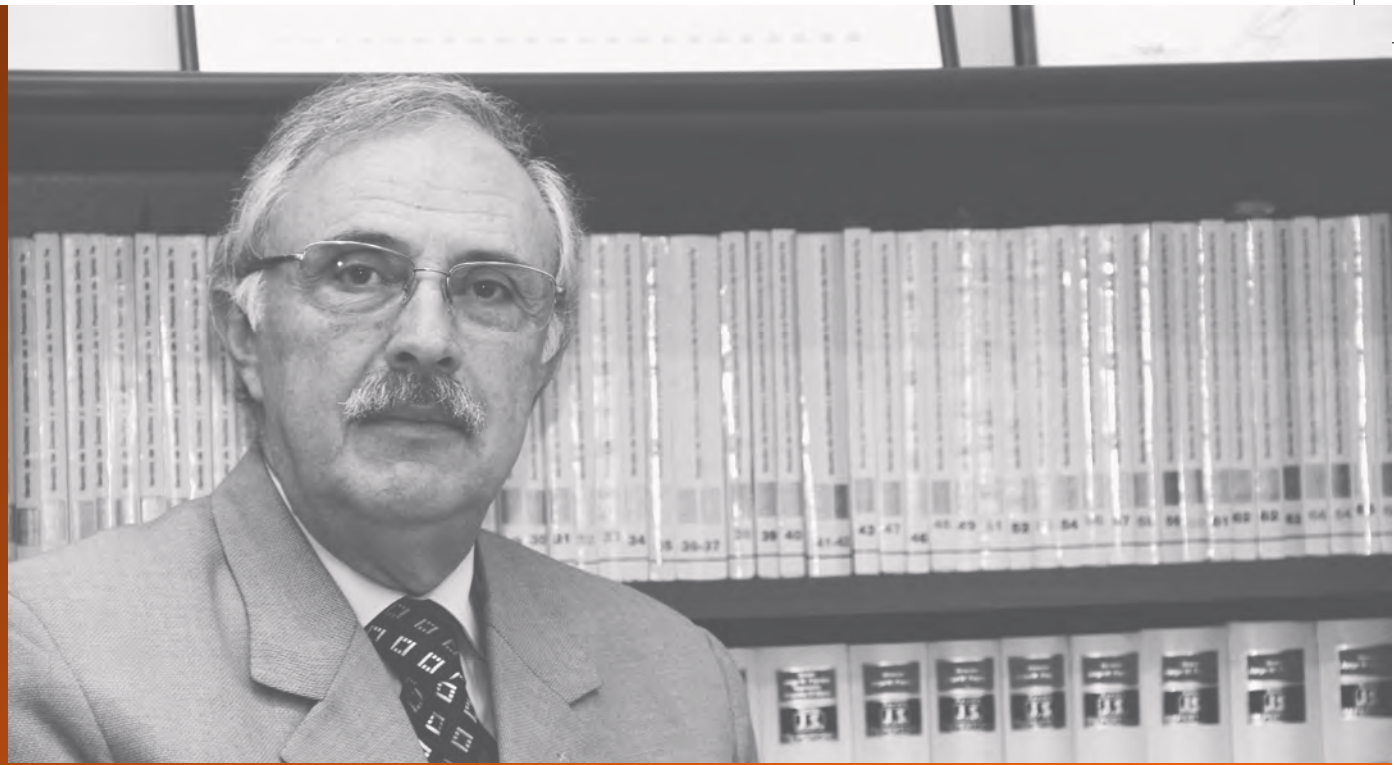


El principio *in dubio pro operario* y la valoración de la prueba en el procedimiento laboral

DR. NICOLÁS J. R. VITANTONIO | Juez de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala I, Rosario.



A. Introducción

Resultaría un escenario conocido afirmar, ya entrados en el tercer milenio, que el principio *in dubio pro operario* no solamente constituye la quintaesencia del esquema protectorio del derecho del trabajo y el núcleo medular de sus principios sino que, al par, se integra como una regla de interpretación para el legislador y para el juez.

Siendo el objeto material del derecho del trabajo la regulación jurídica del intercambio del trabajo dirigido y dependiente por dinero, resulta también conocida la evidente desigualdad existente entre las partes contratantes y la hiposuficiencia del trabajador respecto del empleador. Aquellas desigualdades se equiparan con la

formulación principista – los denominados *principios del derecho del trabajo* – que dan marco y contorno al esquema jurídico de la disciplina y las normas legales que, consecuencia del mandato constitucional de protección «del trabajo en sus diversas formas» (arg. art. 14 bis CN) establece el legislador para dar concreta y efectiva protección a la parte más «débil» de la relación. En este aspecto, la ley – en sus diversos contenidos – regula la efectiva protección del trabajador. Desde otra óptica, el objeto hermenéutico del principio protectorio también se encuentra dirigido al juez que, al momento de explicitar la subsunción del caso concreto a la norma abstracta, puede encontrar dos estructuras legales aplicables al mismo caso concreto o, igualmente, lagunas

que deben ser suplidas para la correcta decisión del caso.

En la economía de la Ley de Contrato de Trabajo, el legislador plasmó el texto expreso del principio protectorio en el artículo 9 que, resulta conocido, concretó el esquema de la protección normativa *in dubio pro operario* en tres niveles:

a) interpretación de una norma o convenio colectivo; **b)** interpretación de dos normas sobre un mismo instituto; **c)** aplicación de la «condición más beneficiosa» en relación a los mínimos inderogables que conforman el orden público laboral.² Aunque de escasa vigencia temporal, el texto original de la ley 20.744 extendía la aplicación del principio a **la duda en la apreciación de la prueba al caso concreto**.

El día 26 de Diciembre de 2008 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la ley número 26.428 que introdujo una reforma al artículo 9 del régimen de contrato de trabajo. De hecho, la ley restituyó al mencionado artículo su texto original que había sido parcialmente modificado por la regla estatal número 21.297.³ Con el texto introducido por la ley 26.428

el artículo nueve quedó redactado de la siguiente manera:

«En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerán la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija 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**,⁴ los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador»*

La referencia a la regla estatal número 21.297 tiene su importancia pues, como el lector recordará, fue el primer embate jurídico de trascendencia contra la ley 20.744 ya que derogó veinticinco artículos del texto original y modificó noventa y nueve. Claro que aquellas modificaciones, que quebraron la columna vertebral de la ley y, fundamentalmente, desarticularon el espíritu protectorio impulsado teleológicamente por el legislador, no hubiera podido ser posible sino a partir de su reforma por un gobierno de facto. Obsérvese que la publica-

ción en el Boletín Oficial de la regla estatal 21.297 en fecha 29 de abril de 1976, escasamente a un mes del golpe militar, da clara cuenta que la «reforma» se estuvo pergeñando con anterioridad a la fecha del pronunciamiento militar pues una modificación legislativa de tamaña envergadura no pudo haberse concretado en treinta días. Con todo, tampoco debemos asombrarnos pues comparado con lo que vendría durante la década de los años noventa, en materia de detracción normativa y achicamiento protectorio, aquellas modificaciones al texto original de la ley 20.744 parecía un juego de niños.

Lo cierto es que, a partir de la mutilación normativa, y a pesar de haber transcurrido treinta y ocho años, la casi totalidad de los artículos derogados o reformados no fueron recuperados. Incluso, salvo algunas aisladas excepciones⁵, la doctrina no tuvo – durante el transcurso de los años – aportaciones críticas hacia la reforma y reclamos concretos para retornar al sistema anterior. Tampoco aquella intención se visualizó en el Congreso de la Nación. Desde el retorno al sistema democrático (1983), sólo al-

gunas modificaciones particulares fueron realizadas, verbigracia, la incorporación del principio de igualdad por compensación (art. 17 bis)⁶; el de la prohibición de innovar (art. 66)⁷; el artículo 255 bis, sobre el plazo en el pago de las indemnizaciones⁸; el tercer párrafo, agregado al artículo 275, sobre la aplicación de intereses en los supuestos de incumplimiento de acuerdos homologados en sede administrativa o judicial⁹ y el que ahora comentaremos sobre la modificación al artículo 9 LCT.

En la actualidad, desde la sanción de la ley 26.428 que volvió al texto original de la ley de contrato de trabajo, las referencias de la doctrina constituyen un abanico que fluctúan desde los que opinan que «...esta nueva normativa se erige, básicamente en una restitución de un derecho violenta e ilegítimamente usurpado a nuestra comunidad obrera...»¹⁰ o los que, por el contrario, entienden que «...una norma como la sancionada es a todas luces una disposición absolutamente innecesaria lo que es consecuencia de la ya extensa protección legal de la que gozan los trabajadores merced a las normas de fondo protectorias, y

además es excesiva, por generar en realidad una especie de «presunción de culpabilidad» de un supuesto deudor, por tratarse de un empleador, principio realmente inédito en cualquier Derecho avanzado...»¹¹

Lo cierto es que existen pocas contribuciones doctrinales que formulen un examen exhaustivo de la norma desde la visión procesal que, en definitiva, es lo que nos interesa aportar en este trabajo.

B. Antecedentes históricos hasta 1974

En general, los autores coinciden en que un fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de fecha 25 de julio de 1972 en los autos «Trejo, Simona del Valle c/ Mobilen-Plasol SRL» es el primer antecedente que refiere a la aplicación del principio *in dubio pro operario* a la apreciación de la prueba¹² con anterioridad a la sanción del régimen de contrato de trabajo.

Aunque resulta un precedente aislado, ya que no tenemos noticia de otro fa-

llo en igual sentido, al menos que se hubiese publicado, el pronunciamiento mereció la inmediata respuesta crítica del recordado profesor Benito Pérez.¹³

En efecto, anotando el fallo, en una impecable argumentación crítica, y en clara referencia a los aspectos procesales de la norma, el autor afirmaba que no debe confundirse el contenido nuclear del principio *in dubio pro operario*, que resulta una llave hermenéutica respecto de la ley con la extensión a la apreciación de la prueba ya que «...una cosa es la interpretación de la norma para valorar su alcance y, otra muy distinta, es la apreciación de una medida de prueba para decidir la litis. Las alegaciones invocadas en juicio deben guardar una correlación con los hechos derivados del objeto de la litis. El actor no puede alegar la violación de una norma jurídica en la que se pretende fundar el derecho invocado, si los hechos, objeto de la litis no guardan ninguna correspondencia con la prueba producida para demostrar al juez el fundamento de su derecho...» (sic). Luego de examinar los conceptos sobre *objeto; necesidad o tema* de la prueba y, finalmente, el referido a

carga de la prueba, concluía que «...la prueba es la demostración de la verdad legal de un hecho, sea formal o judicial – en los sistemas de prueba legal – o material – en los sistemas de la libre apreciación de la prueba – pero en ambos, si no se ha probado la verdad legal del hecho invocado por el trabajador en defensa de su derecho, el juez no puede suplirla de oficio al decidir la litis, aduciendo el *in dubio pro operario...*» (sic).¹⁴ Esta posición de Benito Pérez, que con extensos fundamentos de contenido procesal resulta claramente contraria a la extensión del principio a la interpretación de la prueba, no tuvo eco en el legislador, ya que en setiembre de 1974 cuando se sanciona la ley 20.744 se incorporó expresamente al texto del artículo 9 la aplicación de la duda en la apreciación de la prueba en el caso concreto.

Unos años antes, en 1967, el profesor Amadeo Allocati había publicado una monografía titulada «*La duda en el derecho laboral*»¹⁵ estudio en el que realiza un pormenorizado análisis y examen del principio *in dubio pro operario* y que resulta cita obligada de todos los autores que se refirieron

al tema en examen. Sin embargo, siempre hemos tenido el convencimiento de que – paráfrasis mediante – se hace decir al profesor Allocati lo que él no quiso decir ni tampoco lo que dejó escrito en su trabajo, enrolándolo en una decidida posición a favor de la aplicación del principio a la valoración de la prueba.

El profesor Allocati se expresaba de la siguiente manera: «...cuando de las normas legales resulta a cuál de las partes incumbe la prueba de determinado hecho, no existe problema. El problema se presenta en ausencia de disposiciones al respecto (...) En síntesis, el interés del actor ha de consistir en probar los hechos constitutivos de su acción y, el del demandado, en facilitar la prueba en que funda sus excepciones. Consecuencia de los principios expuestos es la de que, en ausencia de prueba por el actor, debe rechazarse la demanda, así como la de que debe admitírsela si el accionado no prueba su excepción. Cuando se habla de ausencia de prueba no quiere decirse solamente que no se hubiera acumulado en el proceso elementos de juicio, sino también que éstos son insuficientes en el concepto del juez o

que carecen de la eficacia que la ley exige. Puede darse el caso de que la prueba producida lleve la duda al ánimo del juez sobre los hechos que el trabajador debió acreditar en apoyo de sus pretensiones. Para tal supuesto las leyes procesales le confieren la facultad de disponer medidas para mejor proveer, que es conveniente que ejercite. Pero, aun producidas las medidas ordenadas, puede subsistir la duda. (...) En lo laboral...son pocos los autores que se ocupan de la aplicación del principio a la prueba de los hechos (...) Krotoschin lo refiere sobre todo a la prueba de los accidentes (...) Baños expone que las exigencias del juzgador para declararse convencido varíen según las circunstancias y que, en cierto tipo de cuestiones exija prueba concluyentes (*efficaciores*) mientras que en otras se conforme con pruebas *leviores...* Pues bien, esas circunstancias son precisamente las que justifican, en los casos dudosos, la aplicación del principio también en lo referente a la prueba de los hechos. Es claro que el juez no debe caer en arbitrariedad y tiene la obligación de expresar las razones concretas que apoyan su decisión...» (sic).¹⁶

Es decir, que emerge en forma diáfana del pensamiento de Alloacati que solamente en circunstancias muy particulares, cuando no ha existido la prueba cabal del hecho invocado aunque se han producido pruebas colaterales o *leviores*¹⁷, puede el magistrado – con debida fundamentación – utilizar la regla hermenéutica en la valoración de los hechos.

C. La vigencia de la ley 20.744 (1974/1976)

Resulta sabido que el texto originario de la ley de contrato de trabajo tuvo escasa vigencia temporal ya que, sancionada en setiembre de 1974 por el Congreso de la Nación, fue mutilada por la regla estatal 21.297 (B.O. 29.04.1976) y reordenada mediante el conocido Decreto 390/76. (B.O. 31.05.1976). Esta exigua vigencia de diez y siete meses del texto original, incluido el contenido normativo del artículo 9, evitó la existencia de jurisprudencia que pudiese expedirse sobre su valoración. De hecho no existe, al menos en los catálogos publicados, antecedentes sobre la cuestión en examen referida a esta etapa.

De aquel corto período debe recordarse el aporte de Ricardo A. Guibourg¹⁸ que, con un estilo pragmático, afirmaba que «...el artículo nueve no propone una inversión de la carga de la prueba sino una especie de «desempate probatorio»: a) el juez debe examinar lo que se hubiese probado y fallar en consecuencia; b) si los elementos de prueba no son suficientes, (debe) atenerse a las reglas de la carga de la prueba; c) si aun así, la decisión es dudosa debe resolver el punto a favor del trabajador...» formulando una especie de *test* de selección decantatoria de soluciones posibles para el intérprete.

D. La reforma de la R.E. 21.297 (1976/2008)

Eliminado del texto del artículo nueve el párrafo referido a la duda en la apreciación de la prueba al caso concreto, la jurisprudencia se quedó sin materia normativa para fallar.

Con todo la doctrina formuló interesantes reflexiones sobre la cuestión, algunas que no habían podido cumplirse dada la escasa vigencia de la

ley 20.744.

Así, Norberto Centeno¹⁹ afirma que la supresión al texto del artículo efectuado por la regla estatal 21.297 «...no implica que se haya excluido del ámbito del principio mencionado (el autor se refiere al principio *in dubio pro operario*) lo referente a la apreciación de la prueba en los **casos concretos**.²⁰ Simplemente no hay texto que lo disponga...» ratificando así – con cita de Pla Rodríguez – la plena aplicación del principio aun sin norma legal expresa que lo regule. «...Son las circunstancias del caso – concluye el autor – las que colocan a las partes en situaciones distintas y en aptitud de probar, suscitándose la duda, de la que no puede ni debe desentenderse el juez al resolver. Muy distinta es la omisión del deber de probar, con lo cual el principio no debe extenderse a suplir la insuficiencia probatoria no derivada de la **dificultad de probar, racionalmente apreciada**²¹ de la que el juez extraerá las consecuencias de mérito...»

El recordado profesor don Antonio Vázquez Vialard, en su Ponencia al VII Congreso Iberoamericano y VIII Congreso Nacional de Derecho del

Trabajo y la Seguridad Social,²² se identifica con la posición claramente contraria a la aplicación del principio *in dubio pro operario* en la apreciación de los hechos. Afirma el autor que lo primero es no confundir la posibilidad del juez laboral de investigar la verdad real (pruebas de oficio/medidas para mejor proveer) con suplir la negligencia probatoria de la parte dentro de los hechos y la prueba de la causa, ya que – afirma categóricamente – en el proceso laboral, rigen las reglas generales del *onus probandi*.²³ Expresa además que «...consideramos improcedente la aplicación de este criterio, toda vez que el juez en el proceso debe actuar como director del mismo y, por tanto, como tercero (respecto de las partes) independiente, de tal manera que no puede convertirse al mismo tiempo en juez y parte (...) El director del proceso tiene amplias facultades para, dentro de los hechos y circunstancias arriados a la causa, investigar a fin de descubrir la verdad real, sin que ello lo lleve a tener que suplir la deficiente prueba aportada. Entendemos que ello, además, iría contra el principio de congruencia...» En contra, criticando la posición de Vázquez Vialard,

se encuentra Santiago Rubinstein.²⁴

Finalmente, el también recordado maestro Justo López, en su colaboración a la obra *Ley de Contrato de Trabajo comentada*²⁵ expresa que «hay que distinguir claramente tres situaciones: a) *falta* lisa y llana de prueba: no tiene posibilidad de aplicación el principio de la duda; b) *insuficiencia* indudable de la prueba: tampoco en este caso hay posibilidad de aplicar ese principio; c) *duda* (precisamente sobre la suficiencia de la prueba favorable al trabajador, recayendo sobre éste la carga de aquella): es aquí donde resulta aplicable el principio *in dubio pro operario*²⁶ ...» Concluye afirmando, en sólido apoyo a la plena vigencia del principio, que solamente resultará aplicable en caso de «...*la existencia efectiva de una duda insuperable* luego de agotado el estudio de la causa e, incluso, si fuere necesario, de agotados los medios de investigación que la ley le permite usar el juez...» aunque no establece ni diseña ningún mecanismo procesal para su concreta realización.

Como podrá apreciarse, este período es rico en aportes de algún sector de

la doctrina. Con cúmulo de valiosos argumentos, puede igualmente verificarse que no existe coincidencia acerca de la derecha aplicación del principio a las circunstancias de la causa, ya que la mayoría coincide en respetar las reglas de la carga de la prueba y que, a la postre, el magistrado no puede suplir la negligencia probatoria de las partes.

E. La ley número 26.248. Examen del texto legal desde la óptica procesal.

Como el lector seguramente ha podido concluir, los aportes de la doctrina provienen de destacados cultores del *ius laboralismo vernáculo*. Con todo, resulta también evidente que sus reflexiones parten, invariablemente, desde la visión principista en materia sustancial, es decir, de la aportación del principio protectorio como línea vertebral del derecho del trabajo y, resulta obvio decirlo, en su proyección normativa en el artículo 9 del régimen de contrato de trabajo.

Sin embargo, salvo algunas necesarias referencias, porque el texto de

la ley así lo menciona, existen pocos aportes reflexivos desde la óptica estrictamente procesal, tributaciones que intentaremos desarrollar. Claro está que, en manera alguna, las reflexiones desde la técnica procesal implican renunciar a la visión principista y ius laboral del examen de la norma.

E. 1. El lenguaje del legislador.

Al solo efecto recordatorio visualicemos nuevamente el párrafo respectivo del artículo 9 LCT: «(...) Si la duda recayese en la interpretación de 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»

Comencemos con una relectura del texto para escudriñar su contenido. Es que resulta jurisprudencia pacífica e inveterada de nuestro Tribunal Federal que *«la primera regla de la interpretación de la ley consiste en respetar la voluntad del legislador, y en tal sentido cabe estar a las palabras que ha utilizado»*²⁷ referencia jurisprudencial que resulta importante destacar porque el legislador no ha utilizado,

precisamente, una terminología clara, aun cuando lo parezca.

En efecto, subsumido en el centro de imputación normativo, existen dos elementos claramente identificados y que tienen directa relación con la cuestión: **a) duda** en la existencia o inexistencia misma del hecho; **b) duda** en la interpretación o valoración que de ellos se desprende. Examinemos cada uno de ellos.

E. 2. La duda

La primera referencia técnica del legislador es que debe existir una «duda». Claro está que, como no es propio de la ley efectuar definiciones, debemos indagar qué quiso decir el legislador cuando hizo expresa referencia a la «duda».

El filósofo español José Ferrater Mora, afirma que «...el término duda significa primariamente «vacilación»; «irresolución»; «perplejidad». En la duda hay siempre, por lo menos, dos proposiciones o tesis entre las cuales la mente se siente fluctuante; va, en efecto, de una a otra sin detenerse. Por ese motivo, la duda no significa

falta de creencia sino *indecisión* con respecto a las creencias...»²⁸ Es que, como bien expresa Enrique Collin en su Manual de Filosofía Tomista, «...la duda es para el espíritu lo que para el cuerpo es una ligadura anudada a las piernas; le impide avanzar hacia el conocimiento de la verdad, de ahí que para salir de tal estado, sea preciso examinar el porqué y el cómo de la duda que nos detiene...»²⁹

Aceptado, entonces, el concepto de duda se sigue consecuencialmente del texto de la norma que la teleología del legislador fue dejar en claro que debe existir «vacilación»; «irresolución» respecto de dos cuestiones centrales: la existencia misma del hecho y la valoración que debe efectuar el juez sobre la prueba. Veamos:

E. 3. La existencia o inexistencia del hecho. Omisión del deber de probar

No constituye el objeto central de este trabajo formular un estudio exhaustivo sobre la prueba, pero resulta de toda evidencia que la referencia a la existencia o inexistencia de un hecho nos lleva – indefectiblemente – a tener que explicitar, al menos, una bre-

ve referencia a la materia probatoria.

En efecto, resulta sabido que la actividad probatoria – nuclear en el procedimiento de cualquier competencia material – consiste en la tarea reproductora de los hechos del pasado, labor que despliegan las partes a lo largo del proceso. No en vano, hace ya setenta años, Eduardo J. Couture afirmaba que «en el marco del proceso dispositivo civil, la prueba no es un método de averiguación, sino un sistema de control de las proposiciones de hecho afirmadas por las partes».³⁰

De suyo, entonces, los cinco elementos claves que dan contorno y emergen del concepto de prueba en el proceso serán: **a)** la **finalidad** de la prueba (qué es la prueba); **b)** el **objeto** de la prueba (qué se prueba); **c)** la **carga** de la prueba (quién debe probar); **d)** el **procedimiento probatorio** (cómo se debe probar) y e) la valoración de la prueba (qué valor tiene la prueba producida).

La referencia tiene su importancia pues muchas veces se hubo afirmado – no sin un contenido gaseoso – que los principios del procedimiento labo-

ral, especialmente el de *igualdad por compensación* y el de *búsqueda de la verdad real* pueden alterar la estructura básica del procedimiento dialéctico dispositivo del que, también sabemos, el procedimiento laboral (en sus dos regulaciones, oral y escrito) es una variante derivada. De hecho, la aplicación – incluso – del esquema principista sustancial en la formulación del *in dubio pro operario* es una muestra cabal de lo expresado. Con todo, entonces, en función del estudio que estamos realizando y el contenido normativo del artículo 9, nos interesa concretamente referirnos a la carga de la prueba, esto es, quién tiene la obligación de probar en el procedimiento laboral, carga procesal de directa relación con la «*duda en la existencia o inexistencia*» del hecho.

En efecto, tradicionalmente se hubo aceptado la definición de que la *carga* de la prueba es una conducta procesal posible y facultativa de las partes cuya inejecución redunde en perjuicio de quien omite su cumplimiento. De hecho, siendo la carga de la prueba un imperativo del propio interés, su incumplimiento por quien tiene el deber de efectuarlo no genera derecho

alguno para su contradictor sino, por el contrario, solamente un perjuicio para quien no la cumple.³¹

Como ya hemos examinado, la doctrina ius laboral acepta – sin fisuras – que las reglas generales de la carga de la prueba no resultan alteradas en el marco del procedimiento laboral. La jurisprudencia, mayoritariamente, se encolumna tras la misma afirmación.³² La legislación adjetiva del derecho público interno, regulan a texto expreso las mismas directivas. De ello se sigue, entonces, que a cada parte corresponderá probar los presupuestos de hecho de la posición que sustenta en el caso de que fuere controvertida sin perjuicio, claro está, de las presunciones que – como consecuencia del principio de igualdad por compensación – se establecen a favor del trabajador en la ley, los estatutos profesionales e, incluso, en las convenciones colectivas de trabajo. O dicho de otra manera, la parte actora deberá probar los hechos invocados en su escrito introductorio de la instancia, cuyo reconocimiento pretende por vía jurisdiccional y que fueran expresamente negados por la demandada; de su parte, la deman-

dada deberá acreditar los elementos impositivos o extintivos de la posición que sustenta y que fuera asumida en su defensa.³³ Mediante el sistema de la «carga» de la prueba se cumple con el imperativo de demostrar la verdad de las afirmaciones que integran la traba de la litis y como la regla hermenéutica está dirigida al juez, según ya vimos, el magistrado debe examinar y controlar la aquella carga al momento de dictar la sentencia.

Couture, lo explicaba con el siguiente esquema:³⁴

CONTROL DE LA PRUEBA

- A) Por PERCEPCIÓN:** inspección ocular;
B) Por REPRESENTACIÓN: 1) Por medio de cosas: documentos; 2) Por medio de relatos: a) De Parte: confesión; b) De Terceros: testimonio.
C) Por DEDUCCIÓN: 1) A cargo del juez: presunciones; 2) A cargo de terceros: pericial.

Con este esquema el juez, en cumplimiento de su deber funcional en el proceso, verifica la existencia o inexistencia del hecho alegado por las partes:

A) Si verifica la existencia del hecho denunciado por el actor o excepcionado por la demandada: aplica el derecho y receptorá o rechazará la pretensión según corresponda.

B) Si el hecho no se probó: aplica el derecho y desestimará la pretensión.

C) Sin embargo, debe recordarse que el legislador estableció que el principio *in dubio pro operario* debe aplicarse «...en caso de duda...» circunstancia que nos lleva a formularnos el siguiente interrogante: ¿en qué estadio del examen o control de la prueba el juez puede abrigar dudas sobre la existencia del hecho?

Parece tener fundamento suficiente establecer que en la prueba documental; confesional; inspección ocular y las presunciones, sobre todo las establecidas *ministerio legis* el juez no tendría ninguna duda acerca del objeto probatorio,³⁵ toda vez que su intervención directa o la existencia de un medio particularmente intenso en la acreditación del hecho no dejarían dudas de ninguna clase.

En la prueba pericial, podría presen-

tarse primariamente una circunstancia particular, verbigracia, diferencia en la conclusión de los peritos – para el supuesto en que, por la complejidad de la cuestión se hubiesen sorteado tres, como admiten algunos códigos adjetivos – o bien diferencias entre la conclusión del perito oficial y el delegado técnico propuesto por alguna de las partes que, resulta sabido, no es parte en el proceso ni puede ser considerado un medio de prueba.³⁶ En este supuesto, no habría – propiamente hablando – una duda sobre la existencia o inexistencia del hecho sino sobre la consecuencia calificatoria del perito como, por ejemplo, cuando no se discute la existencia del infortunio y su secuela incapacitante sino que el magistrado encuentra diferencia en los porcentajes otorgados. La actividad reflexiva volitiva del juez, en este supuesto tan particular, debe transitar por otro canal. Es que la jurisprudencia, de forma pacífica, constante y concurrente ha determinado que el juez puede apartarse del dictamen del perito pero debe fundamentar científicamente los motivos por los cuales abandona la conclusión del perito médico oficial – o alguno de ellos – para utilizar otro distinto. Si en este iter

reflexivo y científico el juez se vuelca por la consecuencia que resulta más favorable al trabajador no será – propiamente hablando – resolver una cuestión de duda a su favor sino, por el contrario, la aplicación al caso de una regla científica del arte que se trate.

Nos queda, por último, el supuesto de la prueba testimonial que puede plantear la circunstancias de «...testigos que en **forma coincidente pero no concluyente** relatan un hecho que pasó bajo el gobierno de sus sentidos...»³⁷ tema sobre el que, además, hablaremos en el próximo párrafo, pues se relaciona más con la valoración de la prueba propiamente dicha. Con todo, es en la producción de la prueba testimonial donde, primariamente, podría existir una cuestión de duda sobre el objeto probatorio, es decir, si la única prueba ofrecida y producida para acreditar la existencia del hecho objeto de la pretensión y la declaración de los testigos ofrecidos por la parte que tenía interés en acreditarlo – obviamente, el trabajador – son coincidentes pero no concluyentes.

Nos inclinamos a afirmar que solamente en este supuesto podría

aplicarse el principio a favor del trabajador si el magistrado utiliza el esquema de las pruebas *leviores* ya referenciado.

E. 4. La duda en la valoración de la prueba

El legislador también estableció en el contenido de la reforma una obligación en cabeza del juez: la *duda* debe también existir en la «*apreciación de la prueba*».

Recordando una vez más que, según ordena el legislador, es la existencia de duda lo que abre el camino interpretativo de la norma y la aplicación del principio a favor del trabajador, el concepto nos lleva a determinar la existencia de «vacilación» o «irresolución» respecto de la siguiente cuestión: ¿la duda del intérprete refiere al método de valoración de la prueba?

El interrogante presentado en el escenario de análisis no es de menor importancia y califica de forma superlativa la deficiente técnica legislativa del texto y la oscura proyección hermenéutica que deja planteada desde lo procesal.

Principiemos por afirmar que «valorar», según el Diccionario de la Real Academia Española es, en su segunda acepción, «*reconocer, estimar el valor o mérito de algo o alguien*».³⁸ Valor, o valorar, por su parte es poner precio a algo, de lo que se sigue que la función del juez será, entonces, respecto de la prueba «...el juicio de valor de parte del juez para saber cuánto vale aquella, no sólo por su grado de verosimilitud, sino fundamentalmente por su concordancia o discordancia con los hechos invocados por las partes en el proceso...»³⁹. «Apreciar», término utilizado por el legislador en el artículo 9 debe tomarse conceptual y terminológicamente como sinónimo.

Evidentemente, la respuesta al interrogante refiere al método de valoración de la prueba pues si quisiéramos arriesgar que la duda del magistrado se direcciona a la existencia o inexistencia del hecho, ingresaríamos en la conclusión del párrafo anterior.

Entonces, ¿qué respuesta debe darse? ¿Resulta técnicamente posible que el magistrado tenga “dudas” respecto de la elección del método de valorar la prueba?

La respuesta es claramente negativa pues, aunque el legislador nada dijo en la ley sustantiva respecto a ningún método en particular, la cuestión debe derivarse por imperativo jurídico-constitucional a los códigos procesales provinciales, la mayoría de los cuales – en forma directa o indirecta – hacen referencia a algunos de los métodos conocidos de valoración de la prueba⁴⁰ de lo que se sigue que la referencia del legislador resulta absolutamente abstracta y vacua de contenido. El juez, conforme se lo ordene su respectivo código de procedimientos debe utilizar el método de valoración de la prueba legalmente consignado.

E. 5. Los sistemas de valoración de la prueba en el procedimiento laboral

No resulta objeto primordial de este aporte formular una proposición exhaustiva sobre los sistemas de valoración de la prueba, temática que la doctrina, tanto nacional cuanto extranjera, transitó desde siempre con abundancia de enjundia y argumentación. Sin embargo, con la sola finalidad de terminar de cerrar la reflexión respecto del contenido normativo del artículo 9 realizaremos una breve re-

ferencia al sistema de la *sana crítica* que regula la valoración de la prueba en los códigos procesales laborales del derecho público interno.

En efecto, a diferencia del sistema de las *pruebas legales o tasadas*, donde existía desde el propio contenido de la ley una valoración conclusiva predeterminada que se imponía al magistrado («*tu juzgas como yo te digo*») excluyendo otros métodos valorativos que, incluso, podrían hasta diferenciarse de la realidad fáctica de la causa y del sistema de la *libre convicción*, en que el juez puede valorar el material probatorio colectado como su conciencia mejor se lo aconseje («*tu juzgas como tu conciencia te lo indique*»), el sistema de la *sana crítica* – afirma Peyrano⁴¹ – se consolidó como un sistema intermedio entre los dos anteriores. En rigor, el sistema de la *sana crítica*, resulta ser como el Ave Fénix, aquella figura mitológica de la que todos hablaban pero que nunca nadie había visto. Y el paralelismo resulta ajustado pues ningún instituto hubo recibido tantas definiciones, precisiones y contornos conceptuales como el de la regla de valoración de la prueba de la *sana crítica*.

Al decir de Peyrano⁴², su origen se pierde en el siglo XIX, aunque su contenido conceptual ha pasado a nuestros autores. Así, de entre tantas definiciones, citamos a Eduardo J. Couture⁴³ que esboza un concepto al afirmar que «...son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con la relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia», contenido a partir del cual se hubo construido todo el andamiaje doctrinal de la cuestión. La nómina de autores que examinaron la cuestión es muy importante.

Con todo, como bien afirma Enrique A. Falcón, el concepto «*sana crítica*» siempre se encuentra indisolublemente ligado al término «*reglas*» por lo que estas – que conformarán el bagaje de la experiencia de tiempo y lugar para la actividad reflexiva volitiva del juez al momento de sentenciar – pueden extraerse del Derecho; de las ciencias en general (formales, materiales y, aun, sociales) y del campo de la experiencia. Según define, es un «*conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas, libre*

de error o de vicio». ⁴⁴

Claro está que así entendidas, las denominadas reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba apuntan – también y especialmente en el procedimiento laboral – a la prueba testimonial pues para el resto del abanico de medios probatorios regulados en los ordenamientos adjetivos, la duda en la axiología del juez aparece claramente acotada, cuando no inexistente. O dicho de otra manera, existiendo una norma expresa en el código procesal que ordene al magistrado valorar la prueba conforme las «reglas de la sana crítica» no vemos posibilidad de que exista ninguna duda al respecto, salvo que la cuestión revista un claro contenido subjetivo, es decir, que la «vacilación» o la «irresolución» entre dos aspectos se encuentre en el ánimo del juez, que no termina por decidirse por una u otra solución para la causa.

Según nuestra opinión – que seguramente puede resultar refutada – dada la gaseosa conformación técnica de las llamadas *máximas de la experiencia*, que – como vimos – resultan absolutamente contingentes, en la órbi-

ta de la valoración de la prueba en el procedimiento laboral, especialmente en referencia a la prueba testimonial, los jueces utilizan subjetivamente la regla de la íntima convicción.

E. 6. Conclusiones

Objetivamente considerada, la reforma de la ley 26.428 no fue beneficiosa. Lo expuesto no significa, en manera alguna, renegar del principio «*in dubio pro operario*» pero debe necesariamente coincidirse que en materia procesal aquella aplicación resulta harto dificultosa. Si a lo expuesto le agregamos como ingrediente la deficiente técnica legislativa del legislador de 1974 – no olvidemos que la ley 26428 solamente «restituyó» al artículo 9 su redacción original – su aplicación aparece como una misión imposible. Es que tenemos el convencimiento que no podemos transitar el camino del voluntarismo principista. Los operadores del derecho – abogados y magistrados – cuando ingresan en el tránsito del proceso, deben acatar reglas, muchas de las cuales tienen su génesis en el texto constitucional y, en lo cotidiano de la praxis tribunalicia, resultan difícil de soslayar.

Por otra vertiente, consideramos que son absolutamente minoritarios los supuestos en que el magistrado, a la hora de fallar, pueda poseer dudas ciertas y razonables sobre la existencia o inexistencia de un hecho lo que conlleva, necesariamente, a una aplicación acotada del principio contenido en la norma. Con todo, no renegamos de su aplicación y consideramos que solamente se proyecta como aplicable a la valoración de la prueba testimonial que se produce y se rinde en sus variantes de procesos orales o escriturales y conforme las reglas de la sana crítica que se esbozaron. ■

¹ Este aporte constituye el Capítulo V de la Ponencia Oficial presentada por el autor al XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, Junio de 2011).

² Cf. DE DIEGO, JULIÁN. Reforma al principio «in dubio pro operarii» en la apreciación de la prueba por los jueces, La Ley On Line.

³ La regla estatal 21.297 fue publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 29.04.1976.

⁴ El texto destacado en negrita corresponde al párrafo introducido por la reforma.

⁵ En 1979, la exclusión de la prohibición de innovar en la utilización del ius variandi y, concretamente la modificación al viejo artículo 71, fue introducido como tema en el VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, modificación que recibió la crítica de un sector importante y autorizado de la doctrina nacional. Mayores datos sobre este tema puede espigarse en VITANTONIO, Nicolás J.R. La prohibición de innovar en el Derecho del Trabajo, J.A., Número Especial, 2007, III – págs. 68 y sigs.

⁶ Ley 26592 – B.O. 21.05.10.

⁷ Ley 26088 – B.O. 24.04.06.

⁸ Ley 26593 – B.O. 26.05.10.

⁹ Ley 26696 – B.O. 29.08.11.

¹⁰ Cf. RECALDE, HÉCTOR Y RECALDE, LEANDRO. La modificación al art.9 LCT «IN DUBIO PRO OPERARIO», DT 2009 – 146 y sigs.

¹¹ Cf. ETALA (h), Juan José – GONZÁLEZ ROSSI, Alejandro. La reciente reforma al art. 9 del RCT. Una norma innecesaria y excesiva. DT 2009 – 239.

¹² CNAT, Sala IV – 25.07.72 – T y SS 1973/74 – 56: «El principio in dubio pro operario produce efectos únicamente en dos hipótesis: a) respecto de la interpretación de las normas y la aplicación de la más favorable cuando existen varias aplicables. B) Respecto de la apreciación de la prueba que produce una situación de duda en el ánimo del juzgador» (sic).

¹³ Cf. PÉREZ, Benito. El principio «in dubio pro operario» es inaplicable en materia de prueba. Nota al fallo «Trejo», citado en nota anterior y publicada en T y SS 1973/74 – 56 y sigs.

¹⁴ Cf. PÉREZ, BENITO. Op.cit. pág.57.

¹⁵ Cf. ALLOCATI, AMADEO. La duda en el derecho laboral, L.T. – Tº XV – págs. 209 y sigs.

¹⁶ Cf. ALLOCATI, AMADEO. Op.cit. págs. 222/223. El destacado del texto original nos pertenece.

¹⁷ Para el concepto de pruebas eficaces y pruebas leviores, ya examinado por Herberto Amilcar Baños en la cita de Allocati, puede espigarse PEYRANO, Jorge W. La prueba difícil en AA.VV – Debido proceso. Debido proceso y realidad. Debido proceso y la prueba – Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003. Ídem Peculiaridades en la materia probatoria. Soluciones para la materia difficilioris probationes: favor probationes versus pruebas leviores en La prueba. Homenaje a Santiago Sentís Melendo, Librería Editorial Platense, La Plata, 1996. Resulta sabido que el juez solamente puede tener por acreditado el hecho del que tiene la certeza moral que existió, conforme la prueba específica rendida en la causa (prueba eficaces), verbigracia, la prueba del hecho que generó la ruptura contractual. Sin embargo, hay circunstancias especiales que ameritan la valoración de las denominadas pruebas leviores, esto es, la existencia de prueba colateral que por las particularidades del caso conllevan al juez a tener por acreditado el hecho principal. Ejemplo, no existe prueba directa del accidente de trabajo, pero el trabajador fue auxiliado por los compañeros de trabajo; atendido en la enfermería del establecimiento; y

llevado al hospital por la ambulancia llamada por la empleadora.

¹⁸ Cf. GUIBOURG, RICARDO A. Aspectos procesales de la ley de contrato de trabajo, L.T., Tomo XXIII – 973 y sigs.

¹⁹ Cf. CENTENO, NORBERTO. Normas procesales en la ley de contrato de trabajo, T y SS 1976, págs. 447 y sigs. especialmente pág. 457.

²⁰ El destacado en negrita se encuentra en el original del autor.

²¹ El destacado en negrita se encuentra en el original del autor.

²² Cf. VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO. La aplicación de la regla «in dubio pro operario» en el proceso laboral (con especial referencia a los hechos) – Ponencia oficial presentada en el VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Buenos Aires, 1983 y reproducido en T y SS – 1983 – 321, especialmente pág. 324 y sigs. El autor también expresa su opinión en su aporte Los principios del Derecho del Trabajo en la obra colectiva Tratado de derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Director Vázquez Vialard, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982 – Tomo II, págs. 189 y sigs.

²³ En el mismo sentido, afirmando que en el proceso laboral no se alteran las reglas generales de la carga de la prueba puede confrontarse SOMARE, José Isidro, La carga de la prueba en el proceso laboral, L.T. – Tomo XXI, págs. 97 y sigs. DEMICHELIS, Héctor B. La carga de la prueba en el proceso laboral, T y SS 1990-583; BABIO, Alejandro O. La prueba y su carga en el proceso laboral, DT 1990 B, 2281 – POSE, Carlos, Límites a las facultades probatorias del juez laboral, DT 1998 A, 899; POSE, Carlos, Ley 18.345 de Organización de la justicia laboral comentada, Op.cit. 197, entre tantos otros.

²⁴ Cf. RUBINSTEIN, SANTIAGO. Fundamentos del derecho laboral, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988 – págs. 11 y sigs.

²⁵ Cf. LÓPEZ, Justo, Su comentario al artículo 9 en Ley de contrato de trabajo comentada, López, Centeno y Fernández Madrid, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, Tomo I, págs.92 y sigs. Debe destacarse, que la edición de 1977 es la primera de la obra y que en el prólogo se hace expresa referencia a que se postergó la edición debido a la reforma que sufriera el texto original de la ley 20.744 por la regla estatal 21.297.

²⁶ Los destacados en bastardilla se encuentran en el original del auto.

²⁷ Cf. T y SS – 1995-225; 1995-353, entre tantos otros.

²⁸ Cf. FERRATER MORA, JOSÉ. Diccionario de Filosofía abreviado, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2006 – pág. 107.

²⁹ Cf. COLLIN, ENRIQUE. Manual de filosofía tomista, Editorial Luis Gili, Barcelona, 1962 – Tomo II, págs. 14 y sigs.

³⁰ Cf. COUTURE, EDUARDO J. Las «reglas de la sana crítica» en la apreciación de la prueba testimonial – Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y reproducida en J.A. – Tomo 71, págs. 80 y sigs. Igualmente puede verificarse del mismo autor Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1969, 3ª edición (póstuma) – págs. 217 y sigs. En el mismo sentido ALSINA, Hugo, Tratado... Op.cit. Tomo I, págs. 224 y sigs. Ídem FALCÓN, Enrique M, Tratado... Op. cit. Tomo II, págs. 531 y sigs. con abundantes citas de autores nacionales y extranjeros.

³¹ Cf. GOLDSCHMIDT, JAMES. Derecho procesal civil, Traducción de la 2ª edición española por Leonardo Priteo Castro, Editorial Labor, Buenos Aires, 1936, pág. 245 y sigs.

³² Cf. DT 1990 B, 221; DT 1991 B, 1215; DT

1994 A, 471; DT 1994 A, 532; DT 1996 B, 1795; DT 1998 B, 2080; DT 2002 A, 305, entre tantos otros que pueden citarse.

³³ Cf. BABIO, ALEJANDRO O. La prueba y su carga en el proceso laboral, DT 1990B - pág. 2282.

³⁴ Cf. COUTURE, EDUARDO J. Las «reglas....» Op.cit.83.

³⁵ Debemos recordar aquí la diferencia existente entre medio de prueba y objeto de la prueba.

³⁶ Cf. PEYRANO, JORGE W. Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos en su obra Procedimiento Civil y Comercial, Editorial Juris, Rosario, 1991 – Tomo I, págs. 85 y sigs.

³⁷ Cf. DE DIEGO, JULIAN. Reforma al principio... Op.cit. La Ley On line. El destacado nos pertenece.

³⁸ Cf. Diccionario de la Real Academia Española. Voz: valorar, Op.cit. Tomo II, pág. 2059.

³⁹ Cf. ROJAS, JORGE A. Valoración de la prueba: ¿coexistencia de sistemas? en Revista de Derecho Procesal – Prueba I, 2005.I. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, págs. 225 y sigs.

⁴⁰ Algunos códigos, como el Código Procesal laboral de la provincia de Santa Fe refieren expresamente al método en la parte general sobre prueba (CPLSF: Art. 59: «.... inc. b) todo el material probatorio producido y que se juzgue conducente y relevante, será valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica....» Ídem Código Procesal Laboral de Córdoba – art. 63) Otros, derivan la cuestión en forma supletoria a la regulación del código procesal civil y comercial (vg. art. 79 ley 18.345 que remite al art. 386 del CPCCN); otros, por fin, solamente hacen referencia respecto de alguna prueba en particular, verbigracia, la testimonial (Código Procesal Laboral del Chaco – art.85) para citar solamente algunos.

⁴¹ Cf. PEYRANO, JORGE W. Aproximación a las máximas de la experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles? en Revista de Derecho Procesal, Prueba I – 2005-1. Op.cit. págs. 215 y sigs.

⁴² Cf. PEYRANO, JORGE W. El proceso civil. Principios y fundamentos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pag.113. Su origen puede bucearse en el Reglamento del Consejo Real de España, de naturaleza administrativa, que data de comienzos del siglo XIX y que efectuaba referencia a la «sana crítica» para valo-

rar los testigos. De allí pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y que rigió hasta su modificación en el año 2000 y, a los códigos de hispanoamérica. En nuestro país, lo toma como antecedente el Anteproyecto de Código de procedimientos de Domínguez.

⁴³ Cf. COUTURE, EDUARDO J. Las «reglas de la sana crítica....»Op.cit. pág. 83.

⁴⁴ Cf. FALCON, ENRIQUE A. Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, Tomo II, págs. 713 y sigs. El tratamiento del tema del profesor Enrique A. Falcón en su Tratado es el más completo que hayamos podido leer y resulta obligatorio para cualquier operador del derecho.