



XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
"Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales"
Jujuy 2015

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral

Por Manuel O. Hernández¹

La Plata, Julio de 2015

¹ Juez del Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial de Dolores; Profesor Adjunto Interino de la Comisión 1 de la materia "Derecho Procesal Civil y Comercial" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), Cátedra I (a cargo del Dr. Leandro Giannini).

INTRODUCCIÓN

Es conocido el problema suscitado dentro del proceso, que se presenta para el sentenciante al momento de determinar contundentemente y sin dudas la verdad objetiva de los hechos ante la falta de prueba.

Por ello, doctrinaria y jurisprudencialmente, se diseñaron reglas rígidas, a los efectos de establecer sobre cuál de las partes habría de recaer el perjuicio derivado de la ausencia probatoria.

Pero ya más modernamente, la práctica alertó a la doctrina en que dichas bases resultaban a veces insuficientes o inadecuadas; y que en algunas ocasiones, la carga probatoria debía desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras de arribar a la verdad fáctica.

Por tales motivos, el presente trabajo toma como punto de análisis el instituto de la **carga dinámica de la prueba**, que puso en jaque el sistema probatorio clásico y estático, llevándolo a su reformulación, en pos de alcanzar y consagrar la justicia² del caso.

Ahora bien, es menester aclarar que el propósito de la presente monografía no es solamente efectuar una simple recopilación de lo que los distintos procesalistas han escrito en torno a esta temática, sino la de propender a exponer cómo la jurisprudencia “ha echado mano” de este instituto, para aplicarlo dentro de la órbita del proceso, y en especial del proceso laboral.

DESARROLLO

1. CARGA PROBATORIA: NOCIONES PRELIMINARES.

Previo a todo desarrollo en específico, para entender el tema de la **carga de la prueba**, es necesario desmembrar las dos palabras que forman este concepto, y así alcanzar su sentido jurídico.

² CALAMANDREI decía que el proceso tiene la finalidad más alta que pueda existir: la justicia: “...no es verdad que el proceso no tenga finalidad; si no la tuviese sería necesario inventarla para poder continuar estudiando ésta nuestra ciencia. Pero en realidad, finalidad tiene, y es altísima, la más alta que pueda existir en la vida: y se llama justicia”.

[En: CALAMANDREI Piero (1952); “Proceso y justicia”; Revista de Derecho Procesal; Año X nº 1, Buenos Aires].

Es primer lugar, es imposible hablar del concepto jurídico de **carga**, sin hacer referencia a GOLDSCHMIDT. Según este autor, *“las cargas procesales son imperativos del propio interés de las partes”*³, cuyo incumplimiento no acarrea de modo alguno una sanción⁴.

Por su parte, dice PALACIO que por **prueba** debe entenderse *“la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas”*⁵. Entonces, **probar** es *“demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”*⁶.

En resumen, la **carga de la prueba** supone un imperativo del propio interés de cada litigante; una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que deba probar, pierde el pleito.

El problema de la carga de la prueba surge-como ya dijimos- frente a la *ausencia* de elementos de juicio, que no logran la convicción del juez sobre la cuestión.

De allí, la necesidad de **reglas**⁷, que le permitan al juez establecer sobre cuál de las partes ha de recaer el perjuicio derivado de la ausencia de prueba. Ante la incertidumbre, el juez dictará sentencia en contra de la parte que omitió probar según la regla que ponía la prueba a su cargo.

Tal como se dijo ut-supra y a modo de resumen, las reglas sobre la carga de la prueba son aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe distribuirse, entre las partes, la actividad consistente en probar los hechos

³ Este concepto de carga alude al dinamismo de la situación procesal en virtud del cual cada uno de los litigantes se halla sujeto a estados de expectativa, de riesgo y chances según su comportamiento activo y diligente que lo aproxima o aleja en cada instante de una sentencia favorable.

[En: GOLDSCHMIDT James (1936); *“Derecho procesal civil”*; Traducción de la 2da edición alemana por Leonardo Prieto Castro; Ed. Labor; Barcelona].

⁴ Dice ROSENBERG que *“nadie tiene el deber de triunfar”*, y es por ello que el interés de cada uno no puede cuadrarse en los objetivos de una norma ni acarrear ningún tipo de perjuicios para la parte en caso de desidia.

[En: ROSENBERG Leo (2002); *“La carga de la Prueba”*; Montevideo].

⁵ PALACIO Lino Enrique (2003); *“Manual de derecho procesal civil”*; Decimoséptima edición; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires.

⁶ ARAZI Roland (1996); *“Bases para reformular los principios fundamentales de la actividad probatoria”*; Revista Jurídica Delta, n. 12.

⁷ ROSENBERG Leo (2002); Ob. Cit.

que son materia de litigio. Tales reglas, sin embargo, no imponen deber alguno a los litigantes. Quien omite probar no es pasible de sanción alguna.

2. TEORÍAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Tradicionalmente, como herencia del derecho romano, la carga de la prueba pesaba sobre el actor que afirmaba la existencia de algún hecho controvertido. El otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa.

Con la evolución del derecho, el criterio de distribución no pesa ya sobre la condición procesal de la parte, actor o demandado, sino sobre quien alegue o niegue una circunstancia de hecho. Así, al actor le incumbía la carga de probar los hechos invocados como causa de su pretensión, mientras que con relación al demandado se afirmaba como carga la de probar los hechos sobre los que reposaban sus defensas o excepciones⁸.

A partir de las críticas que esta alternativa había merecido, se formuló una interesante “regla de clasificación”⁹ de los hechos en *constitutivos*, *impeditivos* (o invalidativos) y *extintivos*, afirmándose que el actor debía acreditar los primeros, mientras que el demandado debía de probar los restantes.

Como consecuencia de las observaciones expuestas, puede formularse la conclusión de que cada parte soporta la carga de la prueba respecto de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. Así, la atribución de la carga probatoria ya no depende de que sea actor o demandado, sino de qué tipo de hechos se alegue.

⁸ Así lo establece el **Art. 375** del CPC de la Provincia de Buenos Aires, **primera parte**, que dice “*el que alega un hecho controvertido debe probarlo*”: el actor debe probar su pretensión; el demandado debe probar sus defensas o excepciones. La segunda parte de dicho artículo habla de que cada una de las partes (actor-demandado) deberá probar los hechos como fundamento de la pretensión (actor) y defensa o excepción (demandado).

⁹ La teoría fue expuesta por CHIOVENDA, quien sistematiza una concepción con diferentes categorías, a saber: *hechos constitutivos*, que son aquellos que dan vida a una voluntad concreta de la norma y hacen nacer expectativas por parte de alguien; *hechos extintivos*, que son los que hacen cesar la voluntad la voluntad concreta de la ley; y *hechos impeditivos*, que son los que impiden el nacimiento de un derecho.

[En: CHIOVENDA José (1977); “*Principios de Derecho Procesal Civil*”; Tomo II; Madrid].

Posteriormente y siguiendo esta línea, ROSENBERG creó una teoría que dio lugar al segundo párrafo del **Art. 375 del CPC**¹⁰. Se trasladó la idea de los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos, a una idea más objetiva, al aludir a los *hechos que son objeto de la norma*. Entonces, esta teoría impone a cada una de las partes la carga de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le resulta favorable.

3. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: EL NUEVO PARADIGMA.

Con el correr del tiempo, los grandes doctrinarios se dieron cuenta de que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance fácil prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra el poder aportar elementos de convicción, lo que demostró que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado, ni a las afirmaciones que cada uno hiciera.

Este problema se ha presentado en nuestro país, sobre todo, a raíz de demandas de mala praxis médica¹¹, donde el misterio de lo que sucedió en el quirófano y su comprobación, depende fundamentalmente de los profesionales.

Es así como se crea, a partir de la construcción teórica formulada por PEYRANO, la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas**¹², ampliamente receptada en la jurisprudencia, como se verá posteriormente, que abandona la óptica tradicional, y distribuye las obligaciones probatorias, poniéndolas en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.

¹⁰ El **Art. 375, segundo párr.** dice: “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”.

¹¹ Actualmente, la carga dinámica de la prueba es aplicable a multiplicidad de casos, ya no solo al ámbito de la responsabilidad médica, a saber: en torno al derecho del consumidor, en los juicios de simulación, en la responsabilidad por animales sueltos y otros juicios causados por animales, en controversias de nombre de dominio de internet, en el fideicomiso, en los juicios contra las empresas de teléfonos, en la violación a los derechos a la intimidad, etc.

¹² Muchos autores cometen el error de asimilar a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas con “el deber de colaboración y en el principio de solidaridad”.

Como bien dice GIANNINI, una cosa es poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo, y otra muy distinta es la posibilidad de extraer indicios (o “argumentos de prueba”) derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

[En: GIANNINI Leandro J. (2010), “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, Ed. La Ley; La Plata].

Para este reconocido procesalista argentino *“más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos, la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla”*¹³.

Entonces, la teoría de la carga dinámica de la prueba implica que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos, la *carga de probar* debe desplazarse de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, atendiendo a la parte que **se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba** con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de hechos que alegue.

Este desplazamiento no estaría determinado a priori por la ley, sino que sería determinado por el juez a posteriori y en el caso concreto; sería una **carga dinámica**, no estática, dependiendo su fijación según cuál sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar medios probatorios.

La teoría pretende *flexibilizar* la rigidez en que caen las reglas de la carga de la prueba, y la supuesta dificultad que las mismas tienen en ciertos casos. Esta moderna teoría afirma no desconocer las reglas tradicionales, sino que tiene la intención de perfeccionarlas o complementarlas, dejando de lado la rigidez formal en aquellos supuestos en que quien deba probar se vea imposibilitado de hacerlo por motivos absolutamente ajenos a su voluntad.

Sin embargo, cabe hacer una aclaración, y para ello hago propias las palabras de MORELLO: *“No se trata de que (...) se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real”*¹⁴.

Ahora bien, para la comprensión de este instituto, debemos tener en cuenta que:

¹³ PEYRANO Jorge Walter (2004); *“Cargas probatorias dinámicas”*; Ed. Rubinzal – Culzoni; Buenos Aires.

¹⁴ MORELLO Augusto Mario (2001); *“La prueba. Tendencias modernas”*; Segunda Edición; Ed. Librería Editora Platense; La Plata.

- No se trata de que la parte se “autoinculpe”, sino de que demuestre, a partir de pruebas que para ella son más fáciles de aportar, que la pretensión en su contra carece de fundamento.

- El hecho de ubicarse una de las partes en mejor posición de aportar la prueba no indica que la otra no pueda producirla. Y la parte con aparente posición desventajosa frente a la prueba, no puede escudarse en la mejor posición de su contraria. No bastará con sostener o probar que una parte se encuentra en mejor posición para producir la prueba, si no se ha puesto en evidencia que quien ello argumenta no tiene modo de producirla.

Así, no podemos conformarnos con atribuir siempre – como si fuera una regla fija más – la carga probatoria a quien aparece en mejores condiciones de probar, pues si de colaboración o solidaridad probatoria se trata, el sujeto cuya carga se aligera debe arrimar algún esfuerzo y desarrollar también actividad. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que objeta la teoría de las cargas probatorias dinámicas, no habrá hecho más que cambiar de manos.

- Bueno es recordar que se trata de una herramienta excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva. En casos normales, donde no exista preeminencia de una parte, o se trate de una cuestión rutinaria, debe estarse a las máximas corrientes en materia de carga de la prueba.

- Tampoco se puede sostener la incertidumbre respecto de a quién le compete la prueba de un hecho alegado. Todo litigante (y su abogado) no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina y la pujanza de un proceso moderno más preocupado por encontrar la verdad y la justicia del caso concreto. Por tal razón, no hay, en verdad, “sorpresas”, pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá – muy probablemente – a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada.

4. RECEPCIÓN Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Con el señero voto del Dr. Juan Carlos Hitters en los autos **“Cayarga Jose Eduardo c/ Clínica Privada, Dres Marcelo Telechea y otros s/ daños y Perjuicios”**¹⁵, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (en adelante SCBA) abordó por primera vez la temática en estudio.

Dijo el mencionado Magistrado que: *“En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que el actor acreditó a través de la prueba pericial la culpa del facultativo, por lo que a éste le incumbía demostrar que utilizó los medios apropiados para lograr la salvación del paciente. Juega aquí lo que se ha denominado **carga interactiva de la prueba** porque, en el caso particular analizado, eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar- a través de la historia clínica y demás elementos que tenían a su alcance- que la enferma igual hubiera fallecido (art. 375 del CPCC). Opera ante esta situación el “deber de colaboración” del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que “colaborar” en el esclarecimiento de la verdad”.*

Si bien el voto en estudio no logró la adhesión de los Dres San Martín, Laborde y Negri, en cuanto a este tópico, sin dudas abrió las puertas a la teoría de la carga probatoria dinámica de la prueba.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), receptó la figura en **“Pinheiro”** (Fallo 320:2715) en 1997 y finalmente en **“Pla”** (Fallo 324:2689) en el año 2001.

Luego de ello, la SCBA hizo suya esta doctrina legal para el caso de responsabilidad médica en los autos **“Abdelnur de Molina Amalia Beatriz c/ Meroni José y otros s/ incumplimiento de contrato y daños y perjuicios”**¹⁶, con voto del Dr. Eduardo De Lázzari.

Allí se dijo que: *“En este tipo de procesos, la carga probatoria cuenta con especialísimas particularidades, pues en la mayoría de los supuestos de responsabilidad médica, se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, **cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida**, que hace recaer en quien se halla*

¹⁵ SCBA, AC 55.133, 22/08/1995, “Cayarga, J.E. c/ Clínica privada s/ Daños y Perjuicios”.

¹⁶ SCBA, Ac. 82.684, “Abdelnur de Molina Amalia Beatriz c/ Meroni José y otros s/ incumplimiento de contrato y daños y perjuicios”

en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo”.

Una vez afianzada esta doctrina con varios pronunciamientos, y luego de varios años el Máximo Tribunal Provincial extendió la aplicación de la “prueba compartida” a otros supuestos haciéndolo *primero al derecho laboral*, luego al derecho comercial y recientemente al derecho de los consumidores entre otros.

Así fue que en el año 2010 en **“H.J. Navas y Cía”**¹⁷, ante un supuesto de revisión de cuenta corriente bancaria se dijo: **“La teoría de las cargas probatorias dinámicas** *hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo.*

*“En la dinámica negocial bancaria actual son los bancos predisponentes de los contratos respectivos quienes se encuentran en mejores condiciones de aportar las pruebas conducentes para la elucidación de los conflictos derivados de posibles incumplimientos, sin perjuicio de la enfatizada responsabilidad que como profesionales especializados en materia financiera les cabe por imperio del art. 902 y concordantes del Código Civil”*¹⁸.

Y recientemente en un extenso e ilustrado voto del Dr. Eduardo de Lázzari en la causa **“G.A.C. c/ Pasema SA y otros s/ Daños y Perjuicios”**¹⁹, se dispuso que, en materia del derecho de consumidores, es de aplicación en materia probatoria la teoría de la “prueba compartida” o “carga probatoria dinámica”, interpretando el texto del art. 53 de la ley 24.240. Dijo el Dr de Lázzari en el voto en cuestión: *“Al respecto, es dable recordar aquí el art. 53 de la ley 24.240 que establece: ‘... Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...’.*

“Esta exigencia no se limita al restringido campo de los procesos administrativos relativos a cuestiones de consumo sino que trasciende al plano del proceso judicial, por lo que los magistrados deben receptar y controlar la aplicación

¹⁷ SCBA, C 106.661, S 11/08/2010, “H. J. Navas y Cía SA c/ Banco Bansud SA s/ Revisión de Cuentas”.

¹⁸ Esta doctrina legal fue reiterada en el año 2012 en “Nicosia”.

[SCBA, C 110.708, S 19/12/2012, “Nicosia Jorge Eduardo y otra c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Revisión de Contrato”].

¹⁹ SCBA, C 117.760, S 1/04/2015, “G. A. C. c/ Pasema SA y otros s/ Daños y Perjuicios”.

de tal principio. Ello se encuentra en línea con la modificación introducida por la ley 26.361 al art. 53 de la ley 24.240, que refleja en el proceso judicial el deber de información del proveedor. De ello se colige que todo procedimiento en el que se encuentre en juego una relación de consumo importa la vigencia en materia probatoria de las "**cargas dinámicas**", principio que es llevado en estos casos a su máxima expresión (conf. Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, art. cit.; Bernstein, Horacio, "El derecho-deber de información y la carga de la prueba en las infracciones a la ley de defensa del consumidor"; LL 2004-B, 100).

"Siendo de aplicación la **teoría de la carga dinámica de la prueba** (art. 53, ley 24.240), es notorio que la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos. Debía al menos poner a disposición el material para posibilitar la actividad probatoria. Claramente la decisión empresaria de retirar del establecimiento el producto sobre el cual debería haberse realizado una prueba ineludible para probar uno de los extremos de la causa resulta contraria a lo establecido en la letra del art. 53 de la ley (art. 289, C.P.C.C.).

"El concepto 'carga dinámica de la prueba' o 'prueba compartida' **consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia** (el subrayado me pertenece). Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación. Nada de esto puede interpretarse como la imposición de realizar una prueba a la demandada contra sus intereses. Nadie puede exigirle ello. Solo significa que como empresa que debe respetar la ley de defensa del consumidor -como toda otra ley-, debió con criterio prudente, facilitar que se efectuara la prueba requerida por la actora. Facilitar, simplemente con el resguardo del producto del tipo y origen que hipotéticamente pudiera haber causado el daño.

"Lo cierto es que por imperio de la ley especial 24.240, el demandado que debió colaborar con la sustanciación de una prueba que resultaba vital para la obtención de la verdad del caso; esto es, mantener resguardado el producto y no, "haber retirado del establecimiento" el mismo, no lo hizo. Con su conducta ("decisión empresaria" en los términos del a quo) impidió definitivamente la realización de prueba trascendental para el caso".

El desarrollo de esta teoría en el fallo recientemente citado, es amplio y detallado, entendiendo el suscripto que la misma es *perfectamente aplicable al derecho laboral* como veremos a continuación.

5. LA APLICACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA DINAMICA O PRUEBA COMPARTIDA AL PROCESO LABORAL.

a) Carga probatoria en cabeza del empleador.

Fue en el año 2008 en los autos “**Espada**”²⁰, cuando el Dr. Hitters se ocupó nuevamente de esta temática, en un proceso en que se discutía si correspondía el pago por parte del empleador de un adicional del CCT llamado “quinquenios”.

Para percibir este rubro, el trabajador no debía estar adherido al seguro de vida previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo del sector.

Por ello la discusión radicaba en si el trabajador había adherido o no al seguro de vida que establecía dicho convenio.

El voto de la mayoría determinó que, de los recibos de sueldo, no surgía que se le hicieran los descuentos mensuales para pagar dicho seguro, lo que implicaba que no había adherido al mismo. Y que por ello correspondía abonar el rubro quinquenios.

Pero el Dr. Hitters, además de adherir a la solución propuesta, en su voto indicó que, todo evento: *“A partir de la aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, y en rigor de la perspectiva que brinda su atribución dinámica o interactiva, cabe reconocer que **el empleador se encuentra en una posición de mejor** y más fácil acceso a los medios que le posibilitarían acreditar que el trabajador -en vida- hubo de adherir al régimen del seguro de vida previsto por el art. 107 del C.C.T. 201/92, extremo negativo cuya configuración revelaría la improcedencia del reclamo del adicional por “quinquenio” establecido en el art. 63, 2º párrafo, del citado cuerpo convencional (CCT 201 Art. 107 Año 1992)”*.

Es claro que, en su voto, introdujo el instituto de la carga probatoria dinámica o interactiva al proceso laboral.

b) Carga probatoria en cabeza de las A.R.T.

Un año más tarde del fallo del cual, en el acápite anterior, hicimos referencia, en los autos “**Bordessolies**”²¹, con voto del Dr. Pettigiani, la SCBA receptó esta teoría para demostrar el efectivo cumplimiento de los

²⁰ SCBA, L 88.825, S 22/10/2008, “Espada Angélica Raimunda c/ Telefónica de Argentina SA s/ diferencias de liquidación final”.

²¹ SCBA, L 98.584, S 25/11/2009, “Bordessolies de Andres M c/ Consolidar SA y otro s/ Daños y Perjuicios”.

deberes de seguridad y prevención por parte de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, reiterando esos conceptos en el año 2014 en **“P.R.A.”**²², con voto del Dr. Soria.

Se dijo en el primer precedente: *“Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, considero que -en dicho contexto- no luce desacertada la decisión del a quo de atribuirle a la codemandada ‘Consolidar A.R.T. S.A.’ la carga de demostrar el efectivo cumplimiento de los deberes que -en materia de prevención, seguridad y fiscalización- la ley 24.557 y su reglamentación ponen en cabeza de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo.*

*”Si bien, de ordinario, corresponde a quien lo invoca -el demandante- acreditar la culpa o negligencia del sujeto a quien le atribuye la responsabilidad, demostrando la configuración del factor subjetivo que torne viable dicha determinación, en este caso, en cambio, atendiendo a la índole de las diligencias cuyo incumplimiento se invoca y, en particular, a las posturas asumidas por las partes en los escritos de constitución del proceso, no albergo dudas en cuanto a la necesidad de convalidar la decisión del a quo respecto de **la adjudicación a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo de la carga de acreditar el cumplimiento de los deberes cuya inobservancia denunció la accionante.***

”En efecto, el art. 375 del CPCC (aplicable al proceso laboral en virtud de la remisión que consagra el art. 63 de la ley 11.653) prescribe que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido. Asimismo, dispone que 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, principio general que ha sido reiteradamente convalidado por esta Corte (conf. causas Ac. 57.636, “Lipovetzky”, sent. del 27-XII-1996; Ac. 76.217, “Coria”, sent. del 25-X-2000; Ac. 80.065, “F.A.”, sent. del 9-VI-2004; Ac. 87.123, “Aldecoa”, sent. del 3-VIII-2005).

*”Ahora bien, interpretando dicho precepto normativo, este Tribunal ha declarado en innumerables ocasiones que, en materia de prueba, **la obligación de rendirla no depende de la función de actor o demandado**, sino de la situación que cada uno adquiere en el proceso de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, incumbiéndole, en consecuencia, a la parte que quiere modificar el estado normal de las cosas, o innova en la posición adquirida por la otra parte en la litis (conf. causas Ac. 33.539, “Aranda de Ponti”, sent. del 22-XII-1987; Ac. 41.826, “Paz”, sent. del 28-XI-1989; Ac. 47.607, “Zelaya” sent. del 30-VIII-1994; Ac. 59.413, “Rosas”, sent.*

²² SCBA, L 116.857, S 27/08/2014, “P. R. A. c/ C. S y o A.D.T s/ Daños y Perjuicios”.

del 18-III-1997; Ac. 71.920, "Redaelli", sent. del 3-V-2000; Ac. 85.360, "Durán", sent. del 31-III-2004; Ac. 92.276, "Belladona", sent. del 27-II-2008; entre otras).

Partiendo de esa base, coincido con el tribunal de grado en cuanto sostuvo - en el caso-, y en atención a la postura asumida por las partes- que incumbía a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo codemandada demostrar el cumplimiento a las obligaciones previstas en el régimen de la ley 24.557 y su reglamentación, consistentes en adoptar las medidas y diligencias indispensables para la oportuna prevención del daño.

*Ello así, además, pues era ella quien **se encontraba en mejor situación para probar** que efectivamente cumplió con los deberes de prevención, control y capacitación que dicho cuerpo legal y su reglamentación ponen a su cargo. Así, bien pudo la Aseguradora de Riesgos del Trabajo haber agregado a la causa los registros o constancias susceptibles de demostrar las visitas efectuadas al establecimiento de la patronal (de confección obligatoria, según lo exige expresamente el art. 19 inc. 'a' del decreto 170/1996), la capacitación brindada (art. 19 inc. 'c', dec. cit.), la asistencia técnica en la selección de elementos de protección personal (art. 18 inc. 'c', dec. cit.), las intimaciones formuladas al empleador exhortando el cese de la inobservancia de las medidas de seguridad, la formulación de las denuncias respectivas ante la autoridad competente, o el diseño y supervisión del plan de mejoramiento, por sólo mencionar algunos ejemplos.*

*Resulta, a todas luces, evidente que si 'Consolidar A.R.T. S.A.' efectivamente hubiera dado cumplimiento a tales obligaciones, le habría resultado sencillo acompañar a la causa las constancias susceptibles de demostrarlo. Por el contrario, huelga señalar que para la esposa del trabajador fallecido, accionante en autos, demostrar la falta de cumplimiento de tales obligaciones por parte de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo hubiera resultado sensiblemente difícil, ante **las dificultades que normalmente supone la prueba de un hecho negativo** (no cumplimiento de sus deberes por parte de la A.R.T.).*

*En contextos como el que se verifica en la especie -situaciones de difícil comprobación para la parte actora-, **cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo** (conf. causa Ac. 82.684, "Abdelnur de Molina", sent. del 31-III-2004, con cita del fallo dictado por la C.S.J.N. en la causa "Pinheiro, Ana M y otra c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario", sent. del 10-XII-1997; voto del doctor de Lázzari al que presté mi adhesión).*

"Empero, hallándose en la mejor posición para hacerlo, no arrimó 'Consolidar A.R.T. S.A.' al expediente ningún elemento de convicción en tal sentido; es más, ni siquiera ofreció prueba alguna al respecto, aún cuando -como quedó probado en autos, en conclusión que llegó firme a esta casación- la patronal asegurada incurrió en un incumplimiento manifiesto del deber de seguridad (ya que no proveyó al trabajador fallecido, que se desempeñaba como agente de seguridad privada, ni armas ni un chaleco antibalas, ni tampoco lo capacitó acerca de los riesgos específicos que entrañaba la actividad sumamente riesgosa que desempeñaba, conf. vered., fs. 322 vta.).

*"Sin embargo -reitero- **no sólo no cumplió con dicho imperativo de su propio interés, sino que, además, tampoco coadyudó a la averiguación de la verdad** que intentara el tribunal a partir del ofrecimiento probatorio efectuado por las restantes partes, ya que originariamente no puso a disposición del perito contador la documentación por éste requerida para evacuar los puntos de pericia (ver fs. 158 y vta.) y, una vez intimado por el tribunal a hacerlo (fs. 160), cumplió con dicha intimación de manera parcial, a punto tal que el experto informó que 'Consolidar A.R.T. S.A.' no suministró documentación alguna relativa al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley 24.557 en lo que respecta a la patronal codemandada asegurada (fs. 179 y vta.)."*

De lo dicho, se vislumbra, entonces, que, por aplicación de la carga probatoria dinámica o prueba compartida, nuestro Máximo Tribunal Provincial creó **una nueva doctrina legal**, por la cual *las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo son quienes tienen que probar el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley 24.557*, en cuanto a la adopción de las medidas de seguridad y diligencias necesarias para prevenir los daños.

c) Carga probatoria en los despidos discriminatorios.

Siguiendo con el análisis de la casuística, cabe destacar que la SCBA se adentró a aplicar la teoría en estudio a otros supuestos, como por ejemplo a los despidos discriminatorios.

Así, en el año 2010, con voto de la Dra. Kogan al que adhirieron los Dres. Genoud y de Lázzari, fue que en **"Villalba"**²³ se abordó la cuestión.

²³ SCBA, L 97.804, S 22/12/2010, "Villalba Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/ Amparo".

Se trataba de un trabajador sin representación gremial que alegaba haber sido despedido, por intentar, junto con otros compañeros, que se llamara a elecciones de delegados dentro de la empresa, cosa que no ocurría desde hace varios años.

El despido obedecía a esa causa real y constituía una conducta antisindical y un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

Dijo el voto de la Dra Kogan: *"Comparto esa apreciación, en tanto dichas manifestaciones, apoyadas en normas de Derecho Internacional -Convenios de la O.I.T. 87 y 98- no importan desconocer el principio contenido en la citada disposición del Código Procesal Civil y Comercial, sino simplemente su adecuación y ajuste al ámbito del derecho laboral y a sus principios rectores.*

*"En verdad, todo desarrollo destinado a justificar -en estos supuestos- la flexibilización de las pautas brindadas por la norma adjetiva común reposa en la evidencia, pues lo cierto es que lo que se conoce como discriminación [indirecta] se vincula con la 'teoría del impacto o efecto adverso', es decir, casos en los que se quiere ocultar la verdadera intención para convalidar la medida, y de esa manera restarle ilegitimidad al acto. Ante ello, sin llegar a una elaboración destinada al propiciamiento de una directa inversión de la carga de la prueba, **se ha impuesto** - en hermenéutica destinada a optimizar la fuerza normativa de la Constitución- **la teoría de las cargas probatorias dinámicas** -también sobrevinientes- (v., Kiper, Claudio M. "Derecho de las minorías ante la discriminación", pág. 129 y sigtes., Hammurabi, Bs. As., 1999), de modo tal que **el trabajador que invoque que su despido resultó discriminatorio deberá aportar, a mi juicio, indicios suficientes sobre el comportamiento del empleador, y frente a ello, será éste quien deba demostrar que la extinción del contrato se produjo por un hecho objetivo alejado, en la realidad, de dicha imputación** (el subrayado me pertenece).*

*"Más allá de la notoria diversidad del contexto normativo, que en lo adjetivo - incluso actual- y también en lo sustantivo (por todos: Alonso Olea, Manuel - Casas Bahamonde, María Emilia "Derecho del Trabajo", pág. 444, 16ª ed.) traduce, al reconocer el despido como un acto necesariamente causal, una protección acentuada, y acaso entonces por esa misma razón, es evocable la doctrina del Tribunal Supremo Español -enrolada en aquella doctrina- que desde la sentencia del 3 de diciembre de 1987 ha señalado que 'quien invoca la discriminación debe ofrecer algún indicio racional fáctico que le sirva de apoyo', para insistir -sentencia del 29 de julio de 1988- en que **la inversión de la carga de la prueba no surge***

ante la mera invocación de un tratamiento discriminatorio, 'sino que es necesario que se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de que está en juego el factor que determina la igualdad', y será, pues, a partir de la constatación de dichas circunstancias que 'el empleador deberá destruir la presunción probando que existe causa justificada suficiente'. Conforme lo señalan Ignacio Albiol Montesinos (en "Estatuto de los Trabajadores", 1999) y José Luis Monereo Pérez ("La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales", 1996), el mismo criterio se ha expresado en sentencias del 19 de junio, 9 de octubre, 10 y 13 de octubre, 3 y 27 de noviembre y 21 de diciembre de 1989, 12 y 19 de setiembre de 1990 -entre muchas otras- resaltando la necesidad de que 'quien afirma la discriminación acredite la existencia de un panorama o un clima propicio a la conducta discriminatoria que haga verosímil la imputación' (STS, del 18 de junio de 1991)."

Posteriormente, en el año 2011, la CSJN dictó el precedente **"Pellicori"**²⁴, donde ratificó que esta doctrina (de la carga dinámica de la prueba) es aplicable a los despidos discriminatorios.

Y en ese orden de ideas destaco la opinión del Dr Hitters en **"J.M.L."**²⁵.

Si bien la mayoría en esa oportunidad rechazó el recurso por cuestiones formales, el voto en minoría del Dr. Hitters vuelve a echar luz con meridiana claridad sobre esta temática.

Dijo el Magistrado: *"De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa P. 489. XLIV "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (sent. del 15-XI-2011), resulta suficiente, para la parte que afirma haber sido víctima de un despido discriminatorio, 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.*

"Con arreglo a la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa P. 489. XLIV "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (sent. del 15-XI-2011), el corpus iuris elaborado

²⁴ CSJN, C P. 489. XLIV, S 15/11/2011, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo".

²⁵ SCBA, L 117.127, S 16/07/2014, "J. M. L. c/ Plunimar SA s/ Reinstalación (sumarísimo)".

por los comités de derechos humanos que -en tanto actúan en las condiciones de vigencia de los Tratados incorporados al artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional- resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional, se proyecta decididamente sobre la ley nacional N° 23.592 en cuanto al régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio, en dos direcciones: (i) al 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**; (ii) al 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 le imputa la responsabilidad por el mencionado acto**. Todo ello -precisó el Alto Tribunal- parte de un dato realista: **las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el móvil discriminatorio**, máxime cuando la temática involucra los principios de igualdad y no discriminación, elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional que han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*.

"Debe revocarse la sentencia que consideró no acreditado el carácter discriminatorio del despido invocado en la demanda si -al haber demostrado la existencia de indicios idóneos para inducir la existencia del acto segregatorio- el actor cumplió con la carga probatoria atenuada que la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Pellicori" (sent. del 15-XI-2011) le atribuye al trabajador que alega haber sido víctima de un despido de esa índole, no habiendo la demandada acreditado (como era su carga, a partir de los indicios aportados por el actor que indujeron la presunción de existencia de un acto discriminatorio, de conformidad a la forma en que quedó trabada la litis) que el despido tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".

6. CONCLUSIÓN.

Luego de haber hecho breves consideraciones teóricas del instituto de marras, que fueron incorporadas a los efectos de introducir al lector en tema, he tratado de mostrar cómo la jurisprudencia ha receptado esta teoría probatoria, y la ha aplicado a las distintas ramas del derecho y, en particular, al derecho (y proceso) laboral.

Es claro que, en materia laboral, la doctrina de la “carga interactiva o dinámica de la prueba”, o “prueba compartida” está plenamente instalada y es ampliamente aplicable a muchos supuestos.

Esta realidad es totalmente acertada, ya que, lo que se da en la práctica es una profunda desigualdad real en las relaciones de trabajo. Ello es así toda vez que el empleador, no solo detenta el poder jurídico y económico, sino que es quien tiene en sus manos una serie de documentación, información y constancias, que surgen de sus registros y asientos legales, laborales comerciales y sociales.

Del desarrollo jurisprudencial del tema surge claramente la aplicación efectiva de esta teoría al fuero laboral, por lo que consideramos necesario un “aggiornamiento” de la ley 11.653 de procedimiento laboral en la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de corregir las falencias normativas.

Ello, con el fin de fijar pautas regulatorias claras y precisas, para que la implementación de “la prueba compartida” se haga en cada caso, respetando el derecho de defensa de las partes y el debido proceso legal que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional y el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

No es aconsejable que su aplicación quede en manos del juez *de manera discrecional*, sin haber anoticiado al menos a las partes que se haría uso de este instituto, en la etapa procesal oportuna.

Por ello, tal como ya lo he dicho, y en tanto propuesta de lege ferenda, **resulta imperiosa una reforma de la ley 11.653, que regule el instituto de manera clara y explícita**, a los fines de evitar situaciones que puedan afectar el derecho de defensa de los litigantes.

A modo de corolario, estoy convencido de que el susodicho instituto procesal es una valiosa construcción doctrinaria, cuyo mérito es su enfoque destinado a una más justa y equitativa distribución de la carga de la prueba que, respondiendo a la realidad y a la justicia del caso concreto, deberá ser receptada por los procesalistas y seguir siendo aplicada por la jurisprudencia, propendiendo definitivamente a su consagración legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

ARAZI Roland (1996); *“Bases para reformular los principios fundamentales de la actividad probatoria”*; Revista Jurídica Delta, n. 12.

CALAMANDREI Piero (1952); *“Proceso y justicia”*; Revista de Derecho Procesal; Año X nº 1, Buenos Aires.

CHIOVENDA José (1977); *“Principios de Derecho Procesal Civil”*; Tomo II; Madrid.

COUTURE Eduardo (1978); *“Sobre el precepto ‘nemo teretur edere contra se’”*; en *“Estudios de Derecho Procesal Civil”*; Ed. Depalma; Buenos Aires.

GIANNINI Leandro J. (2010), *“Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”*, Ed. La Ley; La Plata

GOLDSCHMIDT James (1936); *“Derecho procesal civil”*; Traducción de la 2da edición alemana por Leonardo Prieto Castro; Ed. Labor; Barcelona.

GONZAÍNI Osvaldo Alfredo (1999); *“La carga de la prueba en la responsabilidad médica”*; en Revista de Daños; Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

KIELMANOVICH Jorge (1996); *“Teoría de la prueba y medios probatorios”*; Ed. Abeledo-Perrot; Buenos Aires

MORELLO Augusto Mario (1988); *“El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual”*; Revista La Ley; La Plata.

MORELLO Augusto Mario (2001); *“La prueba. Tendencias modernas”*; Segunda Edición; Ed. Librería Editora Platense; La Plata.

PALACIO Lino Enrique (2003); *“Manual de derecho procesal civil”*; Decimoséptima edición; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires.

PEYRANO Jorge Walter (2004); *“Cargas probatorias dinámicas”*; Ed. Rubinzal – Culzoni; Bs. As.

ROSENBERG Leo (2002); *“La carga de la Prueba”*; Montevideo.