

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

**DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL
PROCEDIMIENTO LABORAL ECUATORIANO”.**

RENATO ALEJANDRO CONTRERAS GALLO

DIRECTOR: DR. JUÁN PÁEZ PARRAL

QUITO, 2011.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento a mis padres por haberme enseñado el significado de la palabra sacrificio, a mi hermano por su gran ejemplo de excelencia y humildad, a mis primos, tíos y familia en general por saberme comprender y respetar mi manera de pensar y sobre todo por su apoyo incondicional y sincero que algún día espero pueda recompensar.

A mis amigos por todas las vivencias y anécdotas que forjaron una amistad sincera y verdadera, a mi director y profesores informantes por toda la paciencia durante este proceso.

Tabla de Contenidos.

INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPÍTULO I.....	3
EL DERECHO PROCESAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA.....	3
1.1. Importancia del proceso.....	3
1.2. Principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento.....	4
1.2.1. Principios fundamentales del derecho procesal.....	4
1.2.1.1. <i>Principio de interés general.</i>	4
1.2.1.2. <i>Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional.</i>	4
1.2.1.3. <i>Principio de independencia.</i>	4
1.2.1.4. <i>Principio de imparcialidad.</i>	5
1.2.1.5. <i>Principio de igualdad.</i>	5
1.2.1.6. <i>Debido proceso.</i>	5
1.2.1.7. <i>Principio de contradicción.</i>	5
1.2.1.8. <i>Principio de publicidad.</i>	5
1.2.2. Principios fundamentales del procedimiento.....	5
1.2.2.1. <i>Principio dispositivo.</i>	5
1.2.2.2. <i>Principio de impulsión del proceso.</i>	6
1.2.2.3. <i>Principio de concentración.</i>	6
1.2.2.4. <i>Principio de inmediación.</i>	6
1.2.2.5. <i>Principio de la verdad procesal.</i>	6
1.2.2.6. <i>Principio de la valoración de la prueba.</i>	6
1.2.2.7. <i>Principio de lealtad y buena fe.</i>	7
1.2.2.8. <i>Principio de la carga de la prueba.</i>	7

1.3.	La Prueba.....	7
1.3.1.	Concepto.....	7
1.3.2.	Principios de la prueba.....	9
1.3.2.1.	<i>Necesidad de la prueba.....</i>	9
1.3.2.2.	<i>Principio de unidad de la prueba.....</i>	9
1.3.2.3.	<i>Principio de comunidad de la prueba.....</i>	9
1.3.2.4.	<i>Principio de contradicción de la prueba.....</i>	10
1.3.2.5.	<i>Principio de formalidad y legitimidad de la prueba.....</i>	10
1.3.2.6.	<i>Principio de la pertinencia y conducencia de la prueba.....</i>	10
1.3.2.7.	<i>Principio de naturalidad o espontaneidad de la prueba.....</i>	10
1.3.2.8.	<i>Principio de intermediación de la prueba.....</i>	10
1.3.2.9.	<i>Principio de preclusión de la prueba.....</i>	10
1.3.2.10.	<i>Principio dispositivo e inquisitorio de la prueba.....</i>	11
1.3.2.11.	<i>Principio de lealtad de la prueba.....</i>	11
1.4.	La Carga de la Prueba.....	11
1.4.1.	Noción y concepto.....	11
1.4.2.	Carga subjetiva y objetiva.....	13
1.4.2.1.	<i>Carga subjetiva.....</i>	13
1.4.2.2.	<i>Carga objetiva.....</i>	13
1.5.	Distribución de la carga de la prueba.....	13
1.5.1.	Teoría en el antiguo derecho romano.-.....	14
1.5.2.	Teoría de lo normal y lo anormal.....	14
1.5.3.	Teoría normativa o de Rosemberg.....	15
1.5.4.	Teoría de la carga de la prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes o de Michelli.....	15

1.6.	La carga de la prueba en el procedimiento civil ecuatoriano.	16
2.	CAPÍTULO II	18
	EL DERECHO LABORAL SUSTANTIVO Y PROCESAL	18
2.1.	Fundamento del Derecho del Trabajo.....	18
2.2.	Principios Fundamentales del Derecho Laboral Sustantivo.	19
2.2.1.	Principio tutelar.	20
2.2.1.1.	<i>In dubio pro operario</i>	20
2.2.1.2.	<i>De la norma más favorable</i>	21
2.2.1.3.	<i>De la condición más beneficiosa</i>	22
2.2.2.	Principio de irrenunciabilidad de derechos.....	23
2.2.3.	Principio de estabilidad.....	25
2.2.4.	Principio de primacía de la realidad.	25
2.2.5.	Principio de razonabilidad.	26
2.2.6.	Principio de buena fe.	27
2.3.	Función de los Principios del Derecho Laboral Sustantivo.....	28
2.4.	Importancia y autonomía del Derecho Procesal Laboral.	28
2.4.1.	Criterios para determinar su autonomía.	30
2.4.2.	Autonomía del derecho procesal laboral en el Ecuador.	32
2.4.3.	Objeto del derecho procesal laboral.....	34
2.4.4.	Principios y características del derecho procesal laboral.	35
2.4.4.1.	<i>Principio de inmediación</i>	36
2.4.4.2.	<i>Principio de concentración</i>	37
2.4.4.3.	<i>Principio de celeridad</i>	38
2.4.4.4.	<i>Principio de contradicción</i>	38
2.4.4.5.	<i>Principio de independencia</i>	39

2.4.4.6.	<i>Principio de publicidad</i>	39
2.4.4.7.	<i>Principio dispositivo</i>	39
2.4.5.	Características del derecho procesal laboral.....	41
2.4.5.1.	<i>Oralidad</i>	41
2.4.5.2.	<i>Conciliación</i>	42
2.4.5.3.	<i>Gratuidad</i>	45
2.4.6.	Principios del derecho laboral sustantivo que se proyectan en el derecho procesal laboral.....	46
2.4.6.1.	<i>Proceso dispositivo – inquisitivo</i>	50
2.4.6.2.	<i>Fallos ultra y extra petita</i>	51
2.4.6.3.	<i>Sana Crítica</i>	53
2.4.6.4.	<i>Inversión de la carga de la prueba</i>	55
3.	CAPÍTULO III.....	57
	LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL.....	57
3.1.	La Inversión de la Carga de la Prueba en el Procedimiento Laboral.....	57
3.1.1.	Disponibilidad y facilidad de la prueba.....	60
3.2.	La Carga de la Prueba en el Procedimiento Laboral Ecuatoriano.....	63
3.3.	Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.....	66
3.3.1.	Origen.....	66
3.3.2.	Definición y elementos fácticos.....	68
3.4.	Aplicación en el Derecho Procesal Laboral.....	71
3.4.1.	La ampliación de facultades del juez (rol más activo).....	72
3.4.2.	La dificultad y facilidad de aportación de prueba de las partes.....	73
3.4.3.	El deber de las partes de contribuir con el juzgador.....	74
3.5.	Propuesta de Aplicación en el Derecho Procesal Laboral Ecuatoriano.....	74

3.5.1.	Presunciones.....	75
3.5.1.1.	<i>Clasificación.</i>	76
3.5.1.2.	<i>Presunciones iuris et de jure o absolutas.</i>	77
3.5.1.3.	<i>Presunciones juris tantum o relativas.</i>	78
3.5.2.	De la relación laboral.	79
3.5.3.	Del despido.....	83
3.5.4.	Ejemplos de presunciones existentes en el Código de Trabajo.	90
3.6.	Tratamiento en el derecho comparado.	92
3.6.1.	Legislación mexicana.....	92
3.6.2.	Legislación venezolana.	94
4.	CONCLUSIÓN.....	96
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	100

ABSTRACT.

La carga de la prueba considerada como aquel interés jurídico que tienen las partes de probar los hechos que contiene la demanda, viene a ser un concepto fundamental en el derecho procesal civil, el cual determina las reglas de distribución de la carga de la prueba, las mismas que en nuestra legislación se encuentran determinados en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, y en virtud de la relación que guarda el procedimiento laboral respecto del procedimiento civil, es que la carga de la prueba en el proceso laboral ecuatoriano se regula de manera general por los artículos antes mencionados. Sin embargo, para algunos autores su aplicación no está acorde con los principios que inspiran el Derecho Laboral, en especial con el principio de tutela, pues por efecto de él es que se crean condiciones favorables a la parte que se considera “débil” en la relación laboral, es decir el trabajador. Es así como a partir del principio de tutela, en la presente tesina se realizó una recopilación y análisis de varias jurisprudencias nacionales, así como también de diversas legislaciones y doctrinas internacionales, que han proporcionado según nuestro parecer; una interpretación diferente, un mayor alcance y campo de acción a dicho principio en materia procesal; a partir de lo cual, algunos autores han venido debatiendo sobre la llamada teoría de la “inversión de la carga de la prueba”, en tanto que otros la consideran y definen como “distribución o redistribución” de la carga de la prueba.

Por medio de la investigación de legislación comparada que se realizó, se pudo observar la manera como algunos países latinoamericanos han logrado proyectar el principio tutelar en el procedimiento laboral, a través de presunciones y diferentes reglas de distribución de la actividad probatoria, mismas que son de nuestro principal interés, concretamente las concernientes a la relación laboral y despido. Dentro de este marco y como punto culminante del presente trabajo, se formularon ejemplos de presunciones referentes a estos dos temas, con los cuales según nuestro parecer se beneficiaría a diversos principios procesales como son: de concentración, de celeridad, de intermediación, de verdad procesal, de buena fe y lealtad procesal.

INTRODUCCIÓN.

Es innegable que las relaciones laborales adoptaron un nuevo panorama a partir de la segunda mitad del Siglo XVIII, pues la Revolución Industrial al dinamizar la producción a escala mundial, a través de la implementación de maquinaria, provocó que la mano de obra humana fuera relegada al punto de que los derechos de los trabajadores y obreros de la época prácticamente fueran inexistentes. De esta manera, con el posterior surgimiento de los Estados Sociales de Derecho, la necesidad de estructurar y materializar legislaciones que recolecten las exigencias y demandas sociales que el clasismo de la época reclamaba se tornaba imperiosa. Pronto la reivindicación de la condición como trabajador se esparciría por casi todos los países del mundo, incluyendo por su puesto a los países de América Latina; sin embargo, como es natural, ésta reivindicación se desarrolló de diversa manera y grado en los diferentes países que la conforman.

Es también importante anotar que los procesos productivos y políticos, las diferentes crisis económicas y los cambios culturales tanto nacionales como internacionales, influyen sobremanera en la forma en que los países construyen sus normas pues de todas ellas surgen nuevas necesidades y conductas que merecen ser tratadas por el Estado, el mismo que en nuestro medio, se proyecta como Estado Benefactor; pues precisamente una de las tareas que asume dicho Estado es la de reducir en el mayor grado posible las desigualdades sociales que de hecho se dan en la vida diaria de las personas.

Así lo han entendido varios países de América Latina, que a través de las diversas legislaciones laborales, como por ejemplo la venezolana, mexicana y en cierto grado la peruana, se ha pretendido favorecer hasta cierto punto al trabajador, en el sentido de que se trata de compensar desigualdades creando otras desigualdades tanto a nivel de derechos sustantivos como procesales, como proyección del Principio Protector o Tutelar, base del Derecho Laboral. En este sentido, es importante recordar que el Principio Tutelar está recogido y hasta cierto punto desarrollado en el artículo 326 y siguientes de la Constitución Política del Ecuador, de la misma manera, dicho principio se encuentra desplegado a lo largo del Código de Trabajo ecuatoriano, pero que de manera inicial se lo menciona en los artículos contenidos en el Título Preliminar, de las Disposiciones Fundamentales del código en mención.

Precisamente como producto del desarrollo del principio mencionado anteriormente es que se ha introducido en algunas legislaciones latinoamericanas ciertas presunciones y reglas de distribución de la carga de la prueba con el propósito de alivianar y reducir la actividad probatoria que recae sobre uno de los actores en el procedimiento laboral, ya que ésta actividad procesal está regulada principalmente por los criterios que rigen el Derecho Procesal Civil (el que afirma algo está obligado a aprobarlo), criterio que muchos autores no consideran acorde con lo que el Derecho Laboral persigue. No obstante, en otros países entre los cuales se encuentra el nuestro, se ha reconocido por medio de la jurisprudencia la corriente de la llamada “inversión de la carga de la prueba”, por la cual se le traslada la carga probatoria al empleador en determinados casos, aunque si bien ella es beneficiosa para el trabajador, también creemos que se la podría plasmar en la ley de la materia a manera de reglas de redistribución, como un mecanismo de mejor difusión para conocimiento general.

Uno de los fundamentos que permitirían dicha reducción en la actividad probatoria del trabajador, y que a nuestro parecer la encontramos en la teoría de las cargas dinámicas de la prueba con ciertas salvedades, sería precisamente la disponibilidad y facilidad probatoria con la que cuenta el empleador, ya que la ley al obligar a éste a guardar documentación referente al movimiento laboral de su empresa, lo coloca en una posición preferente para actuar su propia prueba a fin de rebatir los extremos alegados por el trabajador en su demanda.

Presunciones y reglas de distribución (o redistribución) del onus probandi acerca de la existencia de la relación laboral y sobre las causas que justifiquen el despido son algunas de las cosas que se verán en el presente trabajo y es que por ser muchas veces cuestiones de difícil probanza, la ex Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha tendido a desechar este tipo de reclamaciones; de igual manera creemos también que se podría fortalecer y contribuir con algunos de los principios que rigen el Derecho Procesal Laboral ecuatoriano, los mismos que necesitan mayor identidad respecto de los civiles.

1. CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA.

1.1. Importancia del proceso.

Es conocido que los derechos subjetivos que la Constitución y sus leyes complementarias recogen, deben ser “realizados” de alguna manera a través de las normas procesales o adjetivas, es así que la importancia de la existencia de una rama del Derecho que se encargue de desarrollar el procedimiento por el cual las personas puedan efectivizar esos derechos fundamentales es sumamente vital, pues de otro modo todas las libertades y prerrogativas que el sistema jurídico sustantivo contempla, serían sencillamente letra muerta, sin modo de hacerlos “posibles ante la realidad”.

De esta manera el Estado, en su misión de ofrecer seguridad y protección a los derechos de sus ciudadanos, se ve en la necesidad y obligación de brindarles tutela jurídica a través de sus órganos jurisdiccionales por medio de un proceso, el mismo que puede ser invocado para declarar un derecho controvertido, recuperar un derecho, asegurar el cumplimiento de una obligación, constituir un derecho, exigir su cumplimiento u obtener la reparación de ellos.

Todo este sistema se inicia con el ejercicio del derecho de acción el mismo que, de acuerdo con las teorías modernas, es abstracto, es decir no es necesaria la real vulneración de los derechos subjetivos de las personas para invocar la tutela jurídica al Estado, ya que es independiente y anterior al proceso. El accionante, a través de ella busca que el Juez haga efectivas sus pretensiones y determine una situación jurídica contra el demandado. Con lo que nos da paso a otro elemento del proceso como es el derecho de contradicción, de igual manera abstracto y que en definitiva es el derecho de defensa que toda persona tiene y que busca oponerse a las pretensiones del actor. Sometidas ambas partes a la autoridad de un tercero (juez) investido de jurisdicción, con el fin de satisfacer los legítimos intereses de las partes y garantizar la convivencia social.

En definitiva, el proceso es una realidad jurídica permanente (la actividad jurisdiccional del Estado jamás cesa), regulado por normas jurídicas que son parte del derecho público; en una relación de desigualdad frente al juez el cual busca concluir un conflicto que ha sido sometido a su decisión.

Por tanto, derecho Procesal podemos decir que es el conjunto de reglas, normas jurídicas, instituciones y principios que regulan la acción, la contradicción, la jurisdicción, el proceso, los órganos y funcionamiento de la Función Judicial.

1.2. Principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento.

1.2.1. Principios fundamentales del derecho procesal.

Existen varios principios que fundamentan el derecho procesal en general, pero se van a señalar algunos que se consideran los más importantes entre la doctrina y los autores:

1.2.1.1. Principio de interés general.

El proceso como tal, busca que se logre el fin y el deber del Estado, como es el de administrar justicia; sin importar que se resuelvan asuntos de carácter privado, lo que se pretende es lograr el interés por la justicia.

1.2.1.2. Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional.

Quiere decir que el Estado tiene la facultad exclusiva y privativa de componer los conflictos de intereses cuando no ha habido un arreglo amigable entre las partes, y el carácter obligatorio de las decisiones judiciales que las partes no pueden desconocer.

1.2.1.3. Principio de independencia.

Como es conocido, la teoría moderna constitucional nos habla de la separación de funciones del Estado, por tal, la judicial no responde más que al imperio de la ley de la cual deriva su autoridad.

1.2.1.4. Principio de imparcialidad.

Constituye la ausencia de postura o falta de interés particular que debe tener el juez frente a las partes al momento de conocer un determinado caso.

1.2.1.5. Principio de igualdad.

Las partes en el proceso cuentan con la misma igualdad ante la ley, es decir que cada parte cuenta con las mismas oportunidades que la ley otorga tanto para el demandante (pretensiones) como para el demandado (excepciones).

1.2.1.6. Debido proceso.

Consiste en que para cada proceso debe cumplirse con todas las disposiciones tanto constitucionales como procedimentales para que dicho procedimiento sea considerado como válido.

1.2.1.7. Principio de contradicción.

Parte del principio básico de que nadie puede ser condenado o sancionado sin haber sido previamente escuchado. Es la posibilidad que la Constitución y las leyes prevén para refutar lo alegado y dicho por la parte accionante.

1.2.1.8. Principio de publicidad.

Se refiere a que la actuación de cada una de las partes en el proceso debe ser notificada y comunicada a la otra parte, a fin de evitar actuaciones secretas que vulneren el principio anterior.

1.2.2. Principios fundamentales del procedimiento.

A continuación se señalarán algunos principios que se consideran los más importantes en la doctrina internacional y que serán considerados posteriormente en el presente trabajo, entre ellos están:

1.2.2.1. Principio dispositivo.

El procedimiento sólo puede iniciarse e impulsarse a petición de una parte interesada que pretende la tutela de un derecho, en ese sentido el juez solamente juega un

papel pasivo, el mismo que actúa sólo si las partes lo solicitan, por ende no puede suplir la inactividad de las partes.

1.2.2.2. Principio de impulsión del proceso.

Es un principio que trata de equilibrar al principio dispositivo, puesto que faculta al juez adelantar e impulsar el trámite procedimental sin que exista pedido de las partes.

1.2.2.3. Principio de concentración.

Con este principio se quiere procurar que todos los actos que deban realizarse se desarrollen en un solo momento procesal. Este principio es más factible en los procesos orales, pues por la forma en la que se dan ellos, se facilita el análisis de todas las cuestiones referentes al litigio en una sola audiencia.

1.2.2.4. Principio de inmediación.

A través de él, el juez debe tener una directa relación con las partes, los hechos, las pruebas y todos los elementos de convicción necesarios para forjarse una idea amplia sobre el tema a resolver. Una vez más este principio responde mejor en los procedimientos orales, pues se tiende a un contacto directo entre el juez, las partes y los elementos, y que permite la práctica de pruebas testimoniales por ejemplo.

1.2.2.5. Principio de la verdad procesal.

La verdad procesal se obtiene de la introducción de pruebas que demuestren y justifiquen hechos por medio de los cuales el juez pueda fundamentar su decisión.

1.2.2.6. Principio de la valoración de la prueba.

Corresponde al juzgador determinar la eficacia de los medios probatorios aportados por las partes a fin de que le sirvan para justificar su decisión. En este sentido, en nuestro sistema, al juez se le ha dado la posibilidad de realizar este ejercicio de valoración según su sana crítica, lo cual a su vez implica la aplicación de su experiencia, su real saber y entender, además de que no debe razonar la prueba de manera separada sino como una unidad, no considerando la propiedad de la prueba de quien la aporta sino del proceso en común.

1.2.2.7. Principio de lealtad y buena fe.

Son deberes que deben ser cumplidos por las partes para con ellas mismo y para con el juez, los mismos que quieren decir que no deben utilizarse los procedimientos de manera fraudulenta o que se intente alegar hechos que no correspondan a la verdad tanto material como procesal, es decir introducir documentos falsos o testimonios que no correspondan. Como respuesta a ello se ha configurado la sanción judicial de la litigación con temeridad.

1.2.2.8. Principio de la carga de la prueba.

Al respecto, en un primer intento de abordar el concepto de la carga de la prueba, el doctor Benigno Cabrera Acosta menciona que: “La carga de la prueba es una especie de obligación procesal e implica una doble regla: de juicio para el juez y de conducta para las partes. El primero al fallar, debe hacerlo teniendo en cuenta a cuál de las partes le correspondía la carga del hecho o hechos alegados por ella. De este modo se evitan los fallos inhibitorios. En cuanto a las partes, la regla de conducta les indica qué hechos les interesa probar.”¹

1.3. La Prueba.

1.3.1. Concepto.

Con el ánimo de adentrarnos cada vez más al tema principal de la presente tesina, es ineludible exponer en términos generales diferentes conceptos y nociones acerca de la prueba dentro del derecho procesal, con el fin de tener una visión más clara acerca de la importancia que tiene esta actividad dentro del proceso.

Entre los autores más relevantes del derecho procesal encontramos a Hernando Devis Echandía, quien de manera muy didáctica y clara nos explica que la prueba es

¹ Benigno Cabrera Acosta. *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Quinta Edición. 1994. p. 79

un “acto jurídico procesal”², la cual es una actividad que tiene como propósito, convencer al juez sobre la existencia o no de un hecho.

Con un criterio similar al del autor colombiano, citamos al doctrinario Giuseppe Chiovenda, quien manifiesta que: "Probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso."³

Por su parte, Francesco Carnelutti en uso de un lenguaje más común, relaciona el término probar con la acción de “comprobar”, en definitiva, señala que el objeto de la prueba es la verificación de hechos y que en un sentido complementario a lo anterior, se busca la comprobación de afirmaciones.

Sin embargo, el autor Devis Echandía en su explicación sobre los varios sentidos jurídicos que el término “prueba” puede contener, señala tres aspectos importantes al momento de definir dicho término: “1) *como manifestación formal*; esto quiere decir los medios, los vehículos a través de los cuales se intenta dar a conocer la realidad de los hechos al juez (testimonios, confesiones, documentos, etc.); 2) *el contenido sustancial o esencial*, se refiere a los motivos o razones que se deducen de aquellos medios utilizados y que ayudan esclarecer los hechos; y 3) *el resultado subjetivo*, es el convencimiento que se pretende producir en el juez como resultado de la prueba de determinados hechos”⁴.

Como se puede ver, el doctrinario colombiano, hace una importante diferenciación entre prueba y medios de prueba, sosteniendo que la primera es la “razón” o “motivo” con la cual se pretende convencer al juez sobre ciertos hechos, mientras que los medios son los “elementos” o “instrumentos” que se utilizan para producir esas razones o motivos que convenzan al juez.

Es importante mencionar que la doctrina considera a la actividad probatoria como un derecho subjetivo, con similares características al derecho de acción o de contradicción, es decir abstracto, que pertenece a todas las personas que intervienen en el proceso, en el cual el juez es un sujeto pasivo que ordena y practica las pruebas

² Hernando Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales*. Bogotá. Ed. ABC-Bogotá. Tercera Edición. 1973. p. 5

³ Giuseppe Chiovenda. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México. Jurídica Universitaria. 2001. p. 501.

⁴ Hernando Devis Echandía. Op. Cit. p. 7.

solicitadas por las partes y que las admite según como el derecho procesal lo permita.

De esta manera Devis Echandía considera que el derecho que se tiene a probar en realidad es un “complemento de las pretensiones”⁵ o en su defecto de las excepciones, puesto que si consideramos a la prueba como derecho subjetivo abstracto, lo que se busca es la resolución favorable o no del caso, mientras que por otro lado el derecho de probar una pretensión o una excepción lo que busca en definitiva es la resolución favorable del caso, esto último se concreta con el aporte de medios de prueba válidos y aceptados por el juez.

1.3.2. Principios de la prueba.

Creemos que es importante revisar algunos principios que se manejan en la doctrina en materia probatoria, entre ellos están:

1.3.2.1. Necesidad de la prueba.

Como es bien conocido, dentro de nuestro actual sistema constitucional y legal, las decisiones de las autoridades tanto administrativas y judiciales, deben ser debidamente motivadas, es por ello la importancia de que las pruebas fundamenten debidamente las resoluciones en este caso judiciales, así lo prevé nuestro código de procedimiento civil en los artículos 115 y 276.

1.3.2.2. Principio de unidad de la prueba.

Establece que la prueba introducida legalmente al proceso debe ser apreciada en su conjunto por el juez. Este principio está recogido en nuestra legislación en el CPC en los artículos 115 y 117.

1.3.2.3. Principio de comunidad de la prueba.

Dicho principio tiene estrecha relación con el principio de valoración de la prueba visto en numerales anteriores, el cual menciona que una vez introducidos legalmente

⁵ Devis Echandía. Op. Cit. p. 9.

los medios de prueba, estos medios ya no pertenecen ni favorecen a la parte que los aportó sino que ahora son parte del proceso como tal.

1.3.2.4. Principio de contradicción de la prueba.

Es claro el objetivo de este principio, como casi toda actuación dentro del proceso es impugnabile, de igual manera las pruebas son sujetas a dicha actividad por parte de la parte que se cree afectada.

1.3.2.5. Principio de formalidad y legitimidad de la prueba.

Como contempla nuestro citado CPC en sus artículos 115 y 117, respecto de la actuación de la prueba, en la cual menciona que solamente hace fe en juicio aquella que ha sido pedida, presentada y practicada conforme a la ley.

1.3.2.6. Principio de la pertinencia y conducencia de la prueba.

Las pruebas que se aportan al proceso deben guardar relación con el hecho que se intenta demostrar o verificar. De esta manera lo concibe el artículo 116 del CPC.

1.3.2.7. Principio de naturalidad o espontaneidad de la prueba.

Señala que las pruebas deben ser obtenidas sin coacción alguna o por medio ilícito, lo cual produciría la invalidez de la prueba así obtenida, no obstante no se contrapone a la obtención de pruebas mediante los medios coactivos que la misma ley prevé.

1.3.2.8. Principio de inmediación de la prueba.

Ya se ha mencionado en páginas anteriores la importancia de este principio, ya que el juez debe mantener un contacto directo con la práctica de las pruebas, así lo recoge el artículo 119 del CPC.

1.3.2.9. Principio de preclusión de la prueba.

El artículo 119 del CPC menciona que las pruebas deben practicarse en el término correspondiente para cada caso.

1.3.2.10. Principio dispositivo e inquisitorio de la prueba.

Nuestro sistema procesal civil contempla una mixtura de las dos tendencias, es así que preponderantemente, las pruebas deben ser propuestas por las partes, sin embargo, la misma ley faculta a que el juez promueva la práctica de algunas otras antes de dictar sentencia, pero con algunas excepciones, como la de testigos que no se puede ordenar de oficio, como lo señalan los artículos 113, 114 y 118 del CPC.

1.3.2.11. Principio de lealtad de la prueba.

Una de las funciones del proceso es el establecimiento en lo posible de la verdad material, en aras de lograr la justicia como valor supremo del derecho, es por ello que la prueba, de acuerdo a lo anterior, tiene que tratar de conducir al juez hacia la veracidad de los hechos y evitar el engaño y el consecuente error del magistrado.

1.4. La Carga de la Prueba.

1.4.1. Noción y concepto.

En un primer momento es importante mencionar que la carga de la prueba es, primeramente, una carga procesal la cual asigna a los sujetos, determinados comportamientos o conductas en el proceso con la consecuencia de que si no se las cumplen, acarrearían efectos negativos para ellas. En particular, el derecho de probar aún no siendo una obligación, su no ejercicio acarrearía consecuencias adversas para las partes.

En este sentido, Devis Echandía ensaya una definición clara de lo que es la carga procesal diciendo: “La carga es un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”⁶

⁶ Devis Echandía. Op. Cit. p. 138.

La carga de la prueba por tanto es una aplicación de lo anteriormente señalado y su importancia es relevante, pero que según varios autores, se lo puede analizar en dos sentidos: 1) como regla para el juzgador, ya que le indica cómo fallar en los casos en que no se haya aportado prueba suficiente y evitar así una sentencia inhibitoria (non liquet) contraria a la tarea del juez; y por otro lado, 2) como una regla de conducta para las partes en la que les señala los hechos que deben probar.

Siendo así, el doctor Benigno Cabrera define la carga de la prueba de la siguiente manera: “es el instituto procesal mediante el cual se establece una regla de juicio en cuya virtud se indica al juez cómo debe fallar en ausencia de prueba y a las partes una regla de conducta, que les indica cuáles son los hechos que se deben probar”.⁷

No obstante se discute si sobre quien propone la prueba deba recaer la carga de la misma, ya que a decir de Echandía, no es correcto decir que “la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues ella solamente señala quién tiene interés jurídico”⁸ de que se pruebe, pues de lo contrario es claro que le desfavorecería esa falta de prueba, y sólo si ella faltare, correspondería entonces determinar quién debía evitar tal omisión.

De esta manera, se infiere que la carga de la prueba es una distribución del riesgo de la falta de prueba de un hecho afirmado, pues de este modo la consecuencia de esta falta recae sobre quien tenía que presentarla y no lo hizo, con lo cual soportará una decisión adversa.

Es importante señalar que la teoría de la carga de la prueba está estrechamente relacionada con el principio dispositivo del proceso, pues como se ha visto, el aporte de medios probatorios que sustenten afirmaciones e intereses jurídicos, dependen únicamente de la iniciativa de las partes contendientes.

⁷ Benigno Cabrera Acosta. Op. Cit. p. 373.

⁸ Devis Echandía. Op. Cit. p. 141.

1.4.2. Carga subjetiva y objetiva.

1.4.2.1. Carga subjetiva.

Como se dijo antes, la carga de la prueba puede ser entendida como una regla de conducta para las partes, a las cuales les interesa probar los hechos propuestos para obtener una decisión favorable sobre sus pretensiones o excepciones. De esta manera también la carga se vuelve concreta puesto que las partes deben probar hechos particulares en el proceso.

1.4.2.2. Carga objetiva.

Haciendo mención al otro sentido de la carga de la prueba, ella sirve de regla de juicio para el juzgador en caso de que no se aporte pruebas que fundamenten su fallo y así evitar una sentencia inhibitoria, convirtiéndola en abstracta, es decir de aplicación general.

Por tanto podemos decir que este concepto (carga de la prueba) con sus dos sentidos anteriormente vistos, tiene también su importancia en dos corrientes distintas, es decir, como regla de juicio, la cual se funda en que es parte relevante para el derecho procesal y más aún en el proceso en común, ya que permite alcanzar los fines del proceso como son seguridad jurídica, armonía y paz social entre otros. Mientras que como regla de conducta para las partes, pasa a ser una cuestión de distribución e igualdad para ellas ante la ley, lo que les permite defender de mejor manera sus intereses en el proceso.

1.5. Distribución de la carga de la prueba.

Ahora bien, en el transcurso del tiempo durante la concepción de este importante concepto para el proceso, se han formulado varias teorías y criterios sobre la regla de distribución de la carga de la misma, pero que ha resultado ser una difícil tarea, ya que es complicado obtener una fórmula general y completa que abarque a todos los

casos de carga de la prueba, sin embargo, con el afán de revisar brevemente las teorías más destacadas en este sentido, es conveniente mencionar las siguientes:

1.5.1. Teoría en el antiguo derecho romano.

Esta tesis recoge varios principios importantes y que de alguna manera todavía están vigentes en nuestro medio, como por ejemplo: *onus probandi incumbit actori*, los cuales en definitiva mencionan que la carga de la prueba recae en el actor, lo cual para la lógica distributiva es injusto ya que el demandante no solamente tenía que probar sus dichos, los que constituyan sus derechos, sino que también desvirtuar los que el demandando le proponga.

Como extensión de la anterior tesis, se puede mencionar la que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega, la cual encierra algunos problemas como por ejemplo que las afirmaciones o las negaciones son cuestión de “redacción”⁹ como dice Echandía, además lo que interesa para que un hecho sea probado o no es el carácter definido o indefinido del hecho, no si es negación o afirmación. Es más, hay hechos que no necesitan probarse como las presunciones o los hechos notorios y los indefinidos.

1.5.2. Teoría de lo normal y lo anormal.

Ésta corriente lo que sostiene es que debe probar los hechos anormales la parte que los alega, porque lo normal se presume. Es decir, en un estado normal de las cosas, como por ejemplo lo es el respeto a la ley y a los derechos ajenos, el actor debe demostrar el nacimiento de un derecho y/o la obligación del demandado para con él y su correlativa vulneración; no obstante una vez justificado ello, lo lógico es que se tienda al estado primario de las cosas, a lo normal, por ello a quien debe imponérsele la prueba es a quien alegue que ese derecho u obligación ya se extinguió anteriormente.

⁹ Devis Echandía. Op. Cit. p. 144.

Sin embargo, se la considera una teoría de corte subjetivista pues lo “normal” respondería al criterio de cada persona si la legislación no la prevé antes para todos los casos a manera de presunciones de carácter general, lo cual tampoco sería posible. De todas formas se la considera una interesante teoría para guiar el criterio del legislador a la hora de construir presunciones legales.

1.5.3. Teoría normativa o de Rosemberg.

Formulada por el procesalista alemán Leo Rosemberg, quien sostiene que la regla de la carga de la prueba debe reflejar la confrontación de la realidad concreta frente a los presupuestos de hecho que están contenidos en las normas positivas, de cuya aplicación se espera los efectos jurídicos correspondientes. En otras palabras el principio se resume en que “la carga de la certeza pesa sobre la parte en cuyo provecho redundaría el efecto de la norma” y que “cada parte debe afirmar y probar los supuestos de hecho de las normas que le son favorables”¹⁰.

1.5.4. Teoría de la carga de la prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes o de Michelli.

A nuestro parecer, Antonio Michelli elabora una teoría parecida a la de Rosemberg, en la que importa sobremanera la posición de los sujetos respecto al efecto jurídico perseguido y contenido en las normas positivas.

Como analiza Echandía, lo que pretende Michelli es imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretenda deducir de él dicho efecto jurídico, lo mismo que Rosemberg, que sostiene que la parte que reclama la aplicación a su favor de la norma que considera a ese hecho como supuesto para que se produzca los efectos jurídicos que consagra.

¹⁰ Devis Echandía. Op. Cit. p. 150.

1.6. La carga de la prueba en el procedimiento civil ecuatoriano.

Es cuestión importante para el presente trabajo, tratar de determinar la naturaleza y funcionamiento de la carga de la prueba en el derecho procesal civil ecuatoriano, pues como se verá más adelante, éste sirve de fundamento para nuestro derecho procesal laboral. Por ello es menester hacer un análisis sobre el sistema de carga probatoria que se ha mantenido en el Ecuador por muchos años.

Es importante mencionar que nuestra actual Constitución Política, a lo largo de su artículo 76, en síntesis, garantiza a todas las personas la facultad de presentar y refutar las pruebas que se presenten en su contra en todo proceso, provocando que se mantenga la dirección que hasta ahora tiene nuestro código de procedimiento civil respecto a la carga de la prueba.

En esta sentido, nuestro código de procedimiento civil, en sus artículos 113 y 114 en lo incisos referentes al tema, se establece a quién corresponde probar y qué cosas durante el juicio. Es así que el primero de los citados artículos expresa:

Art. 113.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Mientras que el primer inciso del artículo 114 dice:

Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Siendo así, se considera relevante hacer un breve análisis sobre éstos artículos referentes a la carga probatoria en nuestro sistema procesal.

Primeramente, los artículos citados anteriormente mencionan que la acción de probar es una obligación, lo cual contradice con la noción y definición que muchos autores sostienen y con la cual nosotros compartimos, la misma que señala que la carga de la prueba es una facultad de las partes en respuesta al interés jurídico que tengan. Es decir, que si la carga probatoria fuera una obligación, se estaría asumiendo que al no cumplírsela se estaría realizado un acto ilícito como lo menciona Echandía¹¹ y en ese caso perfectamente sancionable; pero si se la toma como una carga procesal (como en realidad lo es) debemos decir que es facultativa y su incumplimiento no recae en ilícito, su inobservancia no es sancionable, pues contiene consecuencias distintas a las de una sanción, como por ejemplo la de obtener una decisión adversa a sus intereses jurídicos como producto de su deliberada inactividad probatoria.

De igual manera, a nuestro juicio, el CPC recoge en gran parte la teoría del antiguo derecho romano en el sentido de que importa sobre manera la calidad que tengan los sujetos en el juicio (actor y demandado) y con ello las críticas que esta teoría contiene, como la que sobre el actor recae doble actividad probatoria, tanto la de sus afirmaciones como las negativas del demandado, además como se mencionó anteriormente en este trabajo las afirmaciones o negaciones de las partes son cuestión de simple redacción pues lo que interesa probar es lo definido o indefinido de un hecho. Por otro lado, por la calidad de demandado, el sujeto no tiene la “obligación” de producir pruebas, si su contestación ha sido simple o negativa, con lo cual se constituye en una injusticia distributiva. Además habla de que el demandado debe probar el derecho, lo cual es anti técnico, pues el derecho no se prueba.

En definitiva, nuestro sistema procesal, en cuanto a la carga de la prueba se reconoce el principio básico de *“quién afirma tiene que probar”*, como bien lo menciona el artículo 114 citado.

¹¹ Devis Echandía. Op. Cit. p. 138.

2. CAPÍTULO II

EL DERECHO LABORAL SUSTANTIVO Y PROCESAL.

2.1. Fundamento del Derecho del Trabajo.

El Derecho Social fue concebido como una respuesta a la complejidad que la vida diaria de los seres humanos fue adoptando durante los tiempos debido a transformaciones tanto políticas, sociales, culturales y económicas, y a la necesidad de otorgar una protección especial a las personas que fueron afectadas, producto de los procesos que ha experimentado la sociedad en las últimas décadas. De esta manera, Alberto Trueba Urbina define el Derecho Social como “el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración, protegen, tutela y reivindicación a las que viven de su trabajo y a los económicamente débiles”.¹² Es así que dentro del Derecho Público se estructura el Derecho Social como una rama que pretende aminorar y corregir las desigualdades que se originan en la vida en sociedad mediante mecanismos que el Estado debe otorgar. En este sentido es importante señalar que dentro de esta rama del Derecho Social existen varias aristas mas como por ejemplo el Derecho Agrario, el Derecho de Seguridad Social, Derecho Migratorio y por supuesto el Derecho Laboral el cual es de nuestro particular interés en este momento.

Es así que, es sencillo deducir en un primer momento, que el Derecho del Trabajo o Laboral existe por la necesidad de proteger al trabajador de las desigualdades de que puede ser objeto en la relación profesional con su empleador. Pero no solamente ello, sino que primeramente debe ser la rama que vele por la “fuente de realización personal y base de la economía” como lo es el trabajo, así como lo recoge la Constitución ecuatoriana vigente en su artículo 33.

¹² Diana Acosta de Loor citando a Alberto Trueba Urbina. *Principios y peculiaridades fundamentales del derecho procesal del trabajo*. Ecuador. Editorial Edino. 2008. P. 27.

2.2. Principios Fundamentales del Derecho Laboral Sustantivo.

Con el afán de adentrarnos cada vez más al tema que se quiere tratar, creemos que es ineludible recordar los principios sobre los cuales el Derecho Laboral se construye y sobre los cuales se puede seguir formulando nuevos alcances.

Por tal razón, pensamos que es importante tratar de definir inicialmente lo que se entiende por principios jurídicos, es así que a decir de Humberto Podetti los principios son: "las proposiciones genéricas de las cuales derivan las demás normas componentes del sistema. En tal sentido, los principios cumplen la función de normas de generación de la identidad del sistema laboral"¹³; también es interesante y muy didáctico el pronunciamiento que el maestro Américo Pla Rodríguez hace al respecto, él menciona que son: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos."¹⁴

Sin embargo, nuestra actual Constitución Política aprobada en referéndum en 2008, en su artículo 326 menciona algunos principios sobre los cuales se construye el derecho al trabajo, no obstante para nuestra forma de ver sólo algunos numerales de dicho artículo corresponderían a verdaderos "principios jurídicos del derecho laboral" de acuerdo a las definiciones que se han dado anteriormente.

En este sentido, los números 2 y 3 del artículo 326 de la Constitución, claramente se refieren a la irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos laborales y a la regla "in dubio pro operario"; en cuanto a los demás "principios" que se mencionan, se puede ver que son una reunión de normas y reglas concernientes al derecho laboral, al derecho laboral colectivo y a varias conquistas laborales tanto individuales como

¹³ López Oneto, Marcos citando a Humberto Podetti. *Los principios jurídicos laborales como fuente formal del Derecho del Trabajo Chileno*. Internet. <http://www.marcoslopez.cl/spa/documentos/principios.pdf>. Acceso: 14/03/2011.

¹⁴ Américo Plá Rodríguez. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1978. p. 9

colectivas que el constituyente a querido constitucionalizar, pero que en realidad no se podrían considerar como principios del derecho laboral tradicionalmente hablando.

A continuación se expondrá una serie de principios que son comúnmente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia en esta rama del derecho que nos concierne:

2.2.1. Principio tutelar.

Este principio es considerado por muchos autores como “rector” en el Derecho Laboral, puesto que en él se materializa el objeto mismo de ésta rama, como es el proteger tanto jurídica como económicamente al trabajador dentro de la relación de subordinación y dependencia que guarda con su empleador; por tal razón, para aminorar o amortiguar la desigualdad existente entre estos actores es necesario que el legislador cree otras desigualdades para compensar tal situación. Por tal motivo es denominado por “Trueba Urbina como principio de disparidad social y por Nicollielo como correctivo de la desigualdad social o de desigualación compensatoria; puede ser definido como aquel en virtud del cual el Derecho del Trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores.”¹⁵; es así que se menciona que esta disciplina jurídica se separa un tanto de la igualdad jurídica.

Este principio es tan fundamental que incluso reúne tres reglas pro operario de suma importancia como son: 1) *in dubio pro operario*; 2) *la norma más favorable* y 3) *la condición más beneficiosa*, y que están recogidas claramente en el artículo 7 del Código del Trabajo ecuatoriano.

2.2.1.1. In dubio pro operario.

Es una regla de interpretación o un criterio que el juez o el intérprete de la norma

¹⁵ Pasco Cosmópolis, Mario. citando a Luiz De Pinho Pedreira Da Silva en *El principio protector en el proceso laboral*. Internet. http://old.jursoc.unlp.edu.ar/contenidos/Alumnos/catedras/.../bajar_archivo.php3?.. Acceso: 22/09/2010.

debe tomar en cuenta sólo si existe una duda real y razonable sobre el alcance de una u otra norma. Se plantean algunos límites o criterios sobre los cuales esta regla debe aplicarse, por ejemplo Cosmópolis “citando a Plá y Silva, mencionan que debe existir primero una duda insalvable, inexpugnable, y, por otra, el respeto a la ratio legis. En cuanto a lo primero, el intérprete, o sea el juez, debe aplicar todos los medios y métodos interpretativos en que es tan pródigo el Derecho: literal, lógico, analógico, teleológico, histórico, sociológico, etc.; será recién cuando esos métodos resulten impotentes para resolver el enigma legal que aquél quedará autorizado para invocar la regla e inclinar su veredicto en favor del laborante. En cuanto a lo segundo, el juez está en el deber de aplicar la norma, mas no facultado para crearla; no se trata de que le enmiende la plana al legislador ni mucho menos que se sienta y se convierta en legislador él mismo, contrariando lo que es el rumbo natural de la norma, sino tan sólo de que dilucide la razón de ser de ésta, que, al no resultar clara en su enunciado, no puede ser orientada en contra de la parte débil de la relación.”¹⁶ En síntesis, el juez debe aplicar en primer orden la norma que le ha sido dada por el legislador, sólo si se hace insuficiente para la resolución del problema se procederá a la aplicación de la regla dicha, no obstante tampoco puede cambiar la naturaleza de la norma que se cree pueda afectar al trabajador sino que no se podría operar ella en contra de aquel.

2.2.1.2. De la norma más favorable.

En caso de que haya más de una norma aplicable a determinado caso, el juez, debe aplicar la que más favorezca al trabajador, otorgándole así un nuevo enfoque al principio tradicional de jerarquía de las normas. Sin embargo, existen problemas tanto al momento de determinar la norma más ventajosa y de quien propone la norma. Cosmópolis intenta explicar estos problemas de la siguiente manera: “respecto de lo primero, las soluciones clásicas son la del conglobamento, la acumulación y la separación por institutos. Respecto de lo segundo, si se adopta la tesis del conglobamento, parece obvio que lo que un juez tiene que hacer en el litigio no es tanto escoger entre dos normas, sino sólo definir si la que invoca el trabajador le es o no aplicable, puesto que puede considerarse una presunción jure et de jure que si es invocada es porque beneficia; resultaría asaz curioso que el trabajador se amparara

¹⁶ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

en una norma y el juez le endosara otra, bajo el argumento de que le es más provechosa. La tutela no puede llegar tan lejos.”¹⁷ En otras palabras se deja en manos de trabajador, el elegir cual norma cree él que le es más beneficiosa y el juez no puede otorgarle algo diferente a lo que en efecto a invocado y pedido. Lo cual se opone al método de la acumulación, el cual solamente limita al trabajador a mencionar una serie de normas sobre las cuales el juez deberá dictaminar si son procedentes o no, se la considera una posición demagógica y por tal no ha tenido mucha vigencia.

2.2.1.3. *De la condición más beneficiosa.*

Para Américo Plá “supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable para el trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse.”¹⁸ Pero si una condición ha sido otorgada provisionalmente, con límite en el tiempo, no podrá ser invocada en lo posterior.

Para Silvia Bejarano hay dos situaciones que hay que diferenciar:

- 1) aquellas que surten efectos legales y que por lo tanto son jurídicamente exigibles en cuanto a su cumplimiento, ya que se convierten en fuente de derechos subjetivos.
- 2) las que se otorgan por la mera liberalidad del patrono sin crear derecho subjetivo alguno, por no ser la voluntad del mismo, suelen estar sujetas al previo cumplimiento de requisitos necesarios para el otorgamiento vgr. ganancias en la empresa.

Lo anterior está íntimamente ligado con lo que se denominan “derechos adquiridos” según los cuales, si una determinada situación ha sido dada conscientemente por el empleador por el transcurso de un tiempo razonable y ésta ha ingresado a su patrimonio, se reputarán como parte integral del contrato individual de trabajo y no podrán ser disminuidas por norma alguna aunque la misma sea de superior rango.¹⁹

¹⁷ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

¹⁸ López Oneto, Marcos citando a Américo Plá. Op. Cit.

¹⁹ Bejarano, Silvia. *Principios del Derecho Laboral*. Internet. <http://aslegalcr.com/blog/wp.../09/principios-del-derecho-laboral.doc> - Acceso: 22/09/2010.

Al respecto nuestra ex Corte Suprema de Justicia define a los derechos adquiridos: '[...] cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario' (Teresa Lobo, en: [ww.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/jur/jur I0.htm](http://ww.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/jur/jur%2010.htm)); es decir el derecho adquirido se configura como tal cuando ingresa a formar parte del patrimonio de una persona como consecuencia de un acto idóneo susceptible de producir efectos jurídicos según la ley vigente al tiempo de su realización."²⁰

De acuerdo con la sentencia, es claro ver que la definición es opuesta a la mera expectativa la cual como es bien conocido no constituye derecho alguno para los sujetos. Así lo confirma la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-168 de 1995 que en la parte pertinente sostiene que: "La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa [...] Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción".²¹

Es preciso anotar que las principales reglas del principio protector o tutelar anteriormente mencionadas no acaban allí, por el contrario, se extienden principalmente al proceso laboral según varios autores y que más bien, es en éste en el que encuentran su verdadero fundamento; esto se lo verá más adelante.

2.2.2. Principio de irrenunciabilidad de derechos.

Es considerado como un principio único del Derecho Laboral, pues éste no permite que el trabajador renuncie por su propia voluntad y accionar, derechos que la propia

²⁰ 30-I-2006 (Resolución No. 255-2004, Segunda Sala, R.O. 355, 13-IX-2006)

²¹ Corte constitucional de Colombia en sentencia C-168 de 1995. Internet: <http://www.gerencie.com/derechos-adquiridos.html> Acceso: 28/03/2011.

Ley Laboral le otorga. Es así que, una vez más, creemos que está alejado de lo que la doctrina civilista tradicionalmente sostiene sobre la renunciabilidad de derechos y autonomía de la voluntad.²² Y que refuerza de mejor manera el principio tutelar a favor del trabajador.

A decir de la Doctora Silvia Bejarano, este principio encierra también varias características:

- 1) *Indisponibilidad.* El trabajador no puede renunciar o disponer derechos que afecten intereses que beneficien tanto a su familia como para sus compañeros de trabajo.
- 2) *Intransigibilidad.* No puede realizar transacciones o concesiones de condiciones mínimas otorgadas por ley.
- 3) *Imperatividad.* Característica con la que cuenta debido a que las normas laborales son de orden público.²³

Con respecto a la idea sobre orden público y que consideramos relevante, la misma autora sostiene que: “[...] el Estado ha considerado que debe excluirse del ámbito de los particulares la decisión de regular su conducta en forma distinta o contraria de cómo lo ha establecido el legislador.”²⁴

La misma autora cita una definición de orden público expresado por Moraes Filho tomada de Plá Rodríguez que dice:

"Orden público significa lo que no puede ser derogado, renunciado, por simple voluntad de los particulares. Es aquello que el Estado juzga imprescindible y esencial para la supervivencia de la propia sociedad, el bien común, la utilidad general..."²⁵

²² La doctrina civil sostiene que las personas pueden obligarse a todo aquello que no les esté prohibido expresamente por la ley; o que no siéndolo constituye un acto ilícito, o que no siéndolo afecte derechos de terceros de buena fe.

²³ Bejarano Silvia. Op. Cit.

²⁴ *Ibídem.*

²⁵ *Ibídem.*

En nuestra legislación ésta irrenunciabilidad está claramente señalada en el Art. 4 del Código del Trabajo que sostiene que cualquier estipulación en contrario será nula.

2.2.3. Principio de estabilidad.

Este principio nace de la necesidad de otorgar seguridad jurídica a la relación de trabajo; lo que se pretende es prolongar dicha relación en el tiempo, tomando en cuenta que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo y que no se agota con una sola prestación; protegiendo una vez más a la persona empleada evitando que su empleador dé por terminada la relación laboral de manera unilateral e injustificada. Dicho principio da paso también a todos los beneficios e indemnizaciones que por antigüedad en el puesto de trabajo otorga la ley laboral al trabajador.

En nuestra legislación laboral la estabilidad está determinada en el artículo 14 donde se establece como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido un año, con ciertas excepciones que la ley misma prevé, tomando en cuenta además la estabilidad de la labor que se realiza.

2.2.4. Principio de primacía de la realidad.

Proclama que de existir una disputa entre lo que se encuentra en documentos y contratos escritos y los hechos referentes a las prestaciones, primará lo último. Para refuerzo de lo anterior citamos un extracto de una jurisprudencia de Tercera Instancia que nos instruye de mejor manera lo que trata este principio:

La existencia de una relación de trabajo depende no de lo que las partes pudieran pactar, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado en la prestación de servicios; y es porque la aplicación del derecho del trabajo; depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación bilateral de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, pues si las estipulaciones consignadas en el acuerdo de voluntades no corresponde a la realidad de la prestación del servicio, carecerán de valor. Si un trabajador y un patrono pudieran pactar que sus relaciones

deben juzgarse como una relación bilateral del derecho civil el derecho del trabajo dejaría de ser derecho imperativo, pues su aplicación dependería no de que existieran las hipótesis que le sirven de base sino de la voluntad de las partes. En atención a estas consideraciones, se ha denominado al contrato de trabajo contrato realidad, pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia.²⁶

Este principio nos demuestra que en la relación laboral no sólo interviene la voluntad de la partes de obligarse sino que también la realidad de los hechos acerca de esas prestaciones. Es por eso que, como lo vimos en el extracto, se considera un “contrato – realidad”, es decir, en el que importa la objetividad de la relación jurídica por sobre la formalidad de su formación. Esto se materializa y se relaciona en nuestra legislación en los artículos 8, 12 y 22 del Código de Trabajo que hablan del contrato individual el cual tiene los siguientes elementos: prestación de servicios lícitos y personales, bajo relación de dependencia y con una remuneración fijada; y de los contratos expresos y presunción de contratos tácitos de trabajo, elementos que deben considerarse para verificar la realidad entre lo dicho y los hechos.

2.2.5. Principio de razonabilidad.

No es considerado como único y particular del Derecho Laboral ya que este principio debe regir en toda actuación jurídica, puesto que se busca que las partes reclamen lo que crean pertinente pero apegado a la razón, la lógica y la realidad. Es exigible tanto para el empleado como para el empleador y se lo debe entender en dos sentidos a decir de Silvia Bejarano:

- 1) Sirve para medir la verosimilitud de determinada explicación o solución. No en pocas ocasiones se trata de disimular al amparo de formas legales las verdaderas relaciones laborales; el criterio de racionalidad puede servir como criterio distintivo en situaciones límites o confusas en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación; y

²⁶ Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 12. Pág. 2797. Quito, 25 de agosto de 1981.

2) También sirve como cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse para arbitrariedades.²⁷

Es por esta razón que creemos que debe ser aplicado por las dos partes de la relación laboral, pues el empleador al gozar de supremacía económica tiene obviamente el poder de dirección de su empresa y por tal de discrecionalidad, pero enmarcada en la razonabilidad y no en el abuso y la arbitrariedad. La autora citada señala dos situaciones en que es útil este principio: jus variandi (cambiar las condiciones del trabajo según necesidades de la empresa, con lo cual habría que tomar en cuenta en nuestro caso el artículo 173 número 3 del Código de Trabajo) y en el poder disciplinario (proporcionalidad en las sanciones a los trabajadores).

2.2.6. Principio de buena fe.

No es un principio exclusivo del Derecho del Trabajo sino que rige y debería regir de manera certera en toda actuación jurídica por parte de todos los actores. En él entra en juego la lealtad recíproca que debe existir entre ambas partes al momento de realizar cada uno sus actuaciones y deberes para con su empleo y funciones. Esto se demuestra en la exigencia que hace la ley al determinar la licitud de las labores y el compromiso de remuneración justa.

Sin embargo hay que tener en cuenta que existen más principios que varían según los autores y doctrinarios, pero aquí hemos señalado los que consideramos más importantes para nuestro trabajo; además se considera que su aplicación y vigencia se extienden al proceso laboral como se verá más adelante.

²⁷ Bejarano Silvia. Op. Cit.

2.3. Función de los Principios del Derecho Laboral Sustantivo.

Tomando las funciones que cumplen los principios generales del derecho y proyectándolos a la materia que nos concierne, podemos señalar tres en especial que reconocen los autores:

- 1) *Informativa*. Los principios se convierten en una base para la producción legislativa. A decir de Humberto Podetti “esos principios puede que estén recogidos entre los derechos sociales constitucionalmente declarados, sea que conformen políticas a concretarse en el tiempo, según criterios de factibilidad”.²⁸
- 2) *Normativa*. Actúa de forma supletoria o subsidiaria en caso de laguna o ausencia normativa, esta remisión puede ser explícita en el ordenamiento nacional, o no previniéndose esto, no se impide que se aplique ello a fin de que se integre el derecho.
- 3) *Interpretativa*. Se utiliza como criterio orientador del intérprete. Podetti señala que: “cuando debe efectuarse la operación lógica-valorativa del alcance de las normas aplicables – en que consiste la interpretación -, las situaciones no previstas y la virtualidad de las previstas se resolverán aplicando el respectivo principio.”²⁹ Esta operación es realizada por el juez o tribunal.

2.4. Importancia y autonomía del Derecho Procesal Laboral.

Es lógico pensar que el Derecho Laboral al contener sus propios principios, instituciones y normas, necesite de igual modo, un proceso y procedimiento particular para el tratamiento de sus controversias y conflictos. Pero también es cierto que la creación de una jurisdicción especial del trabajo nace de la necesidad de proteger al trabajador no solo en cuanto a normas sustantivas se refiere, sino también brindarle

²⁸ Néstor de Buen Lozano, Emilio Morgado Valenzuela citando a Humberto Podetti en *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM. 1997. p. 144.

²⁹ *Ibídem*. p. 144.

protección y garantías durante el proceso; trasladando la desigualdad por compensación, criterio propio del principio tutelar del trabajo, al procedimiento jurisdiccional. Pues como es conocido, tanto las normas sustantivas como las procesales operan de manera conjunta en aras de que las unas hagan válidas y reales a las otras.

En este sentido el doctor Julio César Trujillo manifiesta que: “existe interdependencia del Derecho del Trabajo con el Derecho Procesal, en cuanto a que el Derecho Procesal es considerado como el conjunto de principios y reglas referentes a la organización y atribuciones de la autoridad judicial y al procedimiento que debe observarse para aplicar la ley y hacer efectivo los derechos de los individuos, por lo que el Derecho del Trabajo debe recurrir al procesal para asegurar la vigencia de sus normas. Igualmente en lo que se refiere al procedimiento y a la jurisdicción especial de los conflictos de trabajo.”³⁰

Es así que, creemos que se vuelve importante que el Derecho Laboral tome distancia del Derecho Procesal Civil ya que éste no podría hacer efectivo todas las protecciones que el primero recoge a favor de los trabajadores, puesto que como conocemos en el Derecho Procesal Civil prima el criterio de la “igualdad de las partes en el juicio”, criterio hasta cierto punto opuesto al Derecho Laboral en el que rige la desigualdad compensatoria, con lo cual no se podría proyectar en el proceso todo lo que la norma laboral sustantiva reconoce.

Muestra de ello es que algunos autores diferencian la jurisdicción dirimente de la jurisdicción protectoria, siendo la primera aquella que: “apunta a resolver el conflicto común, en el que se encuentran sujetos teóricamente iguales y que por tanto no precisan de tutela especial [...] Se maneja con formas procesales generales tales como los procesos de conocimiento en sus distintas modalidades”³¹; mientras que la

³⁰ Julio César Trujillo. *Derecho del Trabajo*. Quito - Ecuador. T. I. ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. segunda edición. 1986. p.37

³¹ Canga, Marcelo Alejandro citando a Adolfo Rivas. *Constitución y principios procesales en el proceso laboral*. Internet: [http:// www.salvador.edu.ar/juri/jadpc/Canga.pdf](http://www.salvador.edu.ar/juri/jadpc/Canga.pdf) Acceso: 22/09/2010.

jurisdicción protectoria “debe operar en conflictos entre sujetos desiguales o colocados en especiales situaciones en las que el orden jurídico impone brindar especial tutela [...] Se trata de una modalidad operatoria que motiva al juez a obrar en un sentido tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico...”³².

En este orden de ideas, una vez más se ve que tanto el derecho laboral sustantivo como el adjetivo al ser parte de la jurisdicción protectoria, deben operar conjuntamente para lograr el fin que persigue el Derecho Social en este campo; pues “el derecho laboral debe proyectarse cabalmente en el proceso para que el hombre de trabajo, igualado por la ley y durante el contrato, no resulte frustrado en el momento en el que actúa jurisdiccionalmente”³³.

2.4.1. Criterios para determinar su autonomía.

Para tratar de determinar aún más claramente la autonomía del derecho procesal laboral es importante recordar y citar lo que Trueba Urbina menciona al respecto: “el derecho procesal del trabajo es autónomo por la especialidad de sus instituciones, de sus principios básicos y por su independencia frente a otras disciplinas, aunque esto no excluye que exista la relación con las mismas”³⁴. Definición que va acorde con lo que hemos señalado en anteriores páginas, pero que no se presta tanto como para realizar un análisis más didáctico sobre la autonomía de una rama determinada del derecho como es la procesal laboral. Es por esto que acudimos a varios aspectos que respetados autores como Guillermo Cabanellas, Wagner Giglio y en cierta medida Néstor De Buen han propuesto para explicar de mejor manera la autonomía de dicha rama.

³² Canga, Marcelo Alejandro citando a Adolfo Rivas Op. Cit.

³³ Informe de investigación Cijul citando a Juan Carlos Fernández Madrid. *Principios rectores del proceso laboral*. Internet: http://aslegalcr.com/blog/wpcontent/uploads/2008/02/1860_principios_rectores_del_proceso_laboral7-07.pdf. Acceso: 25/10/2010.

³⁴ Diana Acosta de Loor citando a Alberto Trueba Urbina. Op. Cit. p. 36.

Para los dos primeros autores es importante tener en cuenta aspectos didácticos, legislativos, jurisdiccionales, doctrinarios y científicos, que según nuestra interpretación los resumimos así:

- 1) En cuanto al aspecto didáctico, quiere decir que esta disciplina debe ser tomada en cuenta en los programas de estudio en las escuelas de derecho de las universidades de manera determinada.
- 2) El aspecto legislativo refiere a que debe contar con un sistema apropiado de normas creado por el legislador que reúna los elementos característicos propios de la rama.
- 3) Por su parte, en el aspecto jurisdiccional es claro que debe contar con jueces y tribunales especializados para tratar conflictos relacionados con la materia; y,
- 4) Por último, los aspectos doctrinario y científico se alcanzan con el aporte de autores y especialistas que presenten investigación y estudios que alimenten el debate y fortalezcan el ramo.

Por su parte Néstor De Buen, y de acuerdo a la doctora Acosta De Loor, deben reunir aspectos como: características, tribunales, procedimientos y fines propios, los cuales a continuación los desarrollamos según nuestro criterio:

- 1) Características propias. Son las particularidades que contiene el derecho procesal laboral. Principios que difícilmente compartirá con otras disciplinas jurídicas como por ejemplo el principio tutelar que se extiende al proceso, así como las características de oralidad, inmediatez, celeridad entre otras.
- 2) Tribunales propios. Como mencionamos anteriormente, es indispensable que exista autoridades judiciales y administrativas especializadas que traten los conflictos y controversias propias de la materia laboral.

- 3) Procedimientos especiales. En la mayoría de países que cuentan con el proceso laboral lo que se busca es que este tipo de procedimiento se ventile lo más rápido posible, de allí que la oralidad contribuya con ello. Además de que debe contar con estructuras, métodos y reglas que respondan a los principios rectores del derecho laboral; y,
- 4) Fines propios. Como lo hemos señalado en anteriores párrafos, el derecho procesal laboral debe responder al derecho laboral sustantivo, hacer que éste cobre vida, ser una jurisdicción protectoria que tutele los derechos del trabajador frente al empleador y al juzgador.

2.4.2. Autonomía del derecho procesal laboral en el Ecuador.

No se puede negar el corto tiempo de existencia que el derecho laboral y procesal laboral tienen en la vida jurídica mundial, en comparación con otras disciplinas jurídicas que han perdurado y evolucionado con el paso de los siglos como son la civil, mercantil y penal, y mucho menos desconocer que las asignaturas laborales se han desarrollado en diferente grado y medida según las condiciones económicas, sociales y hasta políticas de los países.

Es por eso que, en el caso ecuatoriano y tomando los aspectos didácticos, legislativos, jurisdiccionales, doctrinarios y científicos expuestos antes para determinar su autonomía, podemos decir que cumplimos con algunos de ellos y con otros no. Por ejemplo, pensamos que no cumplimos a cabalidad con el didáctico ni con el doctrinal. Pues en las facultades de derecho no consta la asignatura de Derecho Procesal Laboral como una disciplina regular, por el contrario es mezclada hasta cierto punto con la asignatura de Derecho Laboral, con lo que a nuestro parecer, contribuye además con el incumplimiento del siguiente aspecto, el doctrinario, pues al restársele importancia en las aulas, es evidente que será escasa la investigación, estudios y aportes que se realicen respecto a dicha rama, y esto se confirma con la limitada bibliografía nacional con la que se cuenta hoy por hoy al respecto.

Suerte distinta corren los otros aspectos como el jurisdiccional, el legislativo y el científico. El jurisdiccional es cumplido de buena manera en nuestro medio, pues contamos con jueces y juzgados del trabajo, así como con tribunales de conciliación y arbitraje, inspectorías, etc. En cuanto a lo legislativo, podemos decir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con normas tanto sustantivas como procesales laborales, pero que sin embargo se encuentran mezcladas en un solo cuerpo normativo como es el Código de Trabajo, además creemos que las disposiciones relativas al proceso son aún insuficientes y como bien lo lee la doctora Acosta De Loor, esto se evidencia en la remisión que tiene que hacer dicho Código al de Procedimiento Civil, precisamente esto ha influido a nuestro modo de ver, en la prueba, y ha impedido que el principio tutelar con sus tres reglas clásicas (In dubio pro operario, de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa) se extiendan a la carga de la prueba en el proceso, como se intentará determinar más adelante, pues como se dijo anteriormente el derecho procesal civil no es del todo compatible con los principios rectores del derecho laboral los cuales se fundan en la desigualdad compensatoria del trabajador.

Como complemento al aspecto legislativo, es importante mencionar que en la actual Constitución Política del Ecuador, si bien se han elevado a constitucionales ciertos derechos, mecanismos y principios propios del derecho laboral, como por ejemplo la negociación, la conciliación y arbitraje en materia colectiva y la transacción celebrada ante juez competente como bien lo expresan los números 10, 11 y 12 del artículo 326; también es cierto que la influencia y la remisión del derecho procesal civil sobre la materia que nos ocupa continúa vigente. Muestra de ello son los artículos 75 y 168 número 6 de la Constitución, los cuales muestran los principios que rigen la administración de justicia en general: principio de intermediación, celeridad, independencia, publicidad, oralidad, concentración, contradicción, dispositivo y de economía procesal, todos ellos en función del debido proceso, los cuales son comunes a todos los procesos. De igual manera, el artículo 169 menciona que el sistema procesal es un medio de realización de la justicia. No obstante señala y mezcla como principios la simplificación, la uniformidad y la eficacia cuando en realidad son modos de gestionar la administración de justicia.

Por último, en el aspecto científico, con la constitucionalización de ciertas normas, instituciones y principios propios del derecho laboral como se vio en el párrafo precedente y con la introducción de disposiciones particulares y peculiares concernientes al procedimiento de manera más concreta en el Código del Trabajo, se ha intentado cumplir con este aspecto, lo cual ha contribuido para que se convierta en una rama autónoma.

No obstante, pensamos se debe tender a una superior autonomía del derecho procesal laboral ecuatoriano, que esté separado en buena medida del procedimiento civil, pasando por una identidad normativa procesal laboral definida que recoja los fines propios del derecho laboral sustantivo como es la real protección del trabajador.

2.4.3. Objeto del derecho procesal laboral.

Ahora bien, en este punto es conveniente tratar de definir el objeto del Derecho Procesal Laboral, para ello de nuevo citamos a Alberto Trueba Urbina, quien en un primer momento ensaya la siguiente definición: “Conjunto de reglas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional de los tribunales y el proceso del trabajo, para el mantenimiento del orden jurídico y económico en las relaciones obrero patronales, interobreras e interpatronales”³⁵. Al respecto, se puede decir que es una definición clara pero a la vez obvia de lo que, no solamente el proceso laboral con sus actores y elementos definidos busca, sino de lo que los procesos judiciales en general persiguen, regular la actividad jurisdiccional.

Pero más allá de esta primera definición, encontramos a Stafforini quien manifiesta: “El derecho procesal del trabajo consagra el derecho al ejercicio de la jurisdicción para realizar las normas jurídicas y contractuales del trabajo incumplidas y para conservar el orden jurídico entre los factores de la producción [...] realiza la función más excelsa del Estado, la más trascendental en nuestra época histórica: impartir

³⁵ Diana Acosta de Loor citando a Alberto Trueba Urbina. Op. Cit. p. 27-28.

justicia social.”³⁶, y a la par de este concepto Eduardo Couture concibe a este proceso como: “elaborado con el propósito de impedir que el litigante económicamente más poderoso pueda desviar o retardar los fines de la justicia”³⁷; en definitiva estas dos últimas definiciones , a nuestro modo de ver, contienen una justificación apegada a la justicia social y hasta un tanto política acerca del verdadero y profundo objeto que persigue esta disciplina del derecho, la cual como se ha dicho antes, tiene que lograr que las normas laborales sustantivas realmente cobren vida, las últimas frente al empleador y las adjetivas frente al juzgador.

No se puede dejar pasar por alto la tendencia moderna que el proceso laboral propugna la cual busca la resolución de controversias a través de la conciliación, el acuerdo, lo cual contribuye a lo que todo ciudadano quiere, una justicia rápida y sin dilaciones, pero esto implica también que el juez tenga claras las reglas y los fines del proceso, que a nuestro modo de ver tienen que estar en protección del trabajador (la parte débil de la relación), el mismo que carece de los suficientes medios económicos como para afrontar procesos y diligencias costosas y tortuosas.

2.4.4. Principios y características del derecho procesal laboral.

Para esta parte consideramos oportuno exponer el debate que se ha generado entre los autores, el mismo que trata sobre que algunos principios son propios del derecho procesal laboral, otros que son considerados como tal pero que no lo son pues sólo serían características y peculiaridades del proceso en estudio y otros que son principios generales del derecho procesal y que son comunes a todos los procesos y sobre el cual tampoco se ha llegado a un consenso.

Como se trató en líneas anteriores, la Constitución Política del Ecuador en los artículos 75, 168 y 169 hablan de los principios que rigen el sistema procesal y procedimental ecuatoriano en general, y acorde con lo que se trató en el capítulo

³⁶ Juan Patricio Mariño Paredes citando a Stafforini. *La audiencia preliminar en el proceso oral laboral*. Quito. Ecuador. Programa de maestría en derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. 2009. p. 18.

³⁷ Diana Acosta de Loor citando a Eduardo Couture. Op. Cit. p. 28.

anterior, se mencionan la inmediación, la celeridad, la independencia, la publicidad, la oralidad, la concentración, la contradicción, el dispositivo y de economía procesal, sin embargo creemos importante señalar el grado de influencia que dichos principios tienen en el procedimiento laboral ecuatoriano.

2.4.4.1. Principio de inmediación.

Como se vio en el capítulo anterior, la inmediación busca que las partes tengan una comunicación directa con el juez a fin de guardar entre ellos y los elementos de juicio (como son las pruebas, testimonios, los hechos, etc.) una relación directa y dinámica durante el procedimiento, los cuales son los componentes que ayudarán al juez a consolidar su decisión.

Al respecto, citaremos a Enrique Falcón quien dice que: “el juez tiene una actuación fundamental y garantiza el cumplimiento de la prueba, pues fija los hechos, establece los medios probatorios, toma la audiencia de posiciones, igualmente se traslada a las actuaciones de prueba fuera del juzgado, a fin de que el principio de inmediación se presente de la manera más pura.”³⁸

Por tales motivos está íntimamente relacionado con la oralidad y la concentración, es así que en el juicio oral laboral cobra particular relevancia pues el juzgador escucha a las partes, recepta las pruebas y es el mejor calificado para resolver lo que se le presenta.

El Doctor Luis Cueva Carrión menciona algunas características de la inmediación:

- 1) Presencia de los sujetos procesales ante el juez;
- 2) Inexistencia de un intermediario judicial entre las partes del proceso y el juez; e,
- 3) Identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia.³⁹

³⁸ Juan Patricio Mariño Paredes citando a Enrique Falcón. Op. Cit. p. 30

³⁹ Luis Cueva Carrión. *Teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito. Ecuador. Ed. Cueva Carrión. 2006. p.59-60.

También considera que la inmediación opera de manera correcta cuando el juez preside todos los actos, cuando es el protagonista y cuando delega solamente algunos actos de forma excepcional.

Se hace presente este principio en los artículos 576 y 577 del Código de Trabajo los cuales tratan sobre la audiencia preliminar de conciliación, contestación de la demanda y formulación de pruebas; además, en esta misma audiencia se solicitará al juez practique las pruebas que las partes creyeren conveniente, todo ello preferiblemente se fundamentará ante dicha autoridad de manera oral. Es de destacar que el Código Orgánico de la Función Judicial también lo trata en su artículo 19.

2.4.4.2. Principio de concentración.

En estrecha relación con la inmediación está el principio de concentración, con el cual se busca reunir en un número reducido de audiencias varios actos procesales con la finalidad de que exista la mayor proximidad posible en el tiempo entre las diligencias. Couture al referirse a este, dice que es el “Principio procesal por virtud del cual los actos del juicio deben realizarse con la máxima aproximación posible en el tiempo, contribuyendo de esta forma a la más rápida solución del conflicto que motiva el proceso”⁴⁰.

En cuanto a la aplicación de este principio en la prueba, como se ve en el artículo 577 del Código de Trabajo, se debe procurar que en la misma audiencia preliminar se ofrezcan, practiquen y presenten las pruebas que se dispongan al momento; de esta forma se fortalece la celeridad, la economía procesal, la buena fe y la lealtad.

Como se puede ver este principio favorece a la agilidad del proceso, lo acelera y lo abrevia como bien lo lee Cueva Carrión, además que las resoluciones serán más apegadas a la justicia ya que el juez tendrá pronto y directo conocimiento de las situaciones que definirán su decisión con lo cual mejora la calidad de la administración de la justicia. Así también lo recoge el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 19.

⁴⁰ Luis Cueva Carrión citando a Eduardo Couture. Op. Cit. p. 61.

2.4.4.3. Principio de celeridad.

Como bien es conocido en nuestro sistema judicial uno de los problemas que persiste es la lentitud en la ventilación de los juicios, lo que ha conllevado a la desconfianza y a dado paso a grandes índices de corrupción en casi todo nivel judicial, por lo que la gran perjudicada con estos y otros problemas más es la justicia ecuatoriana.

Al respecto, el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 20 aborda el tema de la celeridad desde la “tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido”, además que dispone sanciones en caso de retardo injustificado.

Por tal razón, la finalidad de este principio es precisamente garantizar a los usuarios del sistema judicial laboral una resolución rápida y justa de las controversias referentes a este tipo, puesto que estos litigios tratan, en la mayoría de veces, con intereses referentes a sobrevivencia y sostenimiento económico de los trabajadores. En este sentido, se ha tratado de cristalizar este principio mediante la reducción en los plazos, la simplificación de procesos, evitando formalismos innecesarios y engorrosos, eliminando la posibilidad de que las partes deliberadamente dilaten el proceso y logrando una adecuada conducción del proceso por parte del juez. Precisamente el sistema oral contribuye sobremanera a que el juicio se desarrolle más rápidamente, pero también los principios antes mencionados (inmediatez y concentración) juegan un papel importante en esta tarea de agilizar los procesos laborales conduciéndonos por supuesto a la economía procesal, como se lo puede ver en las audiencias contempladas en los artículos pertinentes que menciona el código de la materia que nos ocupa.

2.4.4.4. Principio de contradicción.

Si bien es un principio que está señalado en la Constitución Política del Ecuador, tenemos que mencionar que es un principio común para todos los procesos y que se deriva de la garantía del debido proceso que protege a todo ciudadano, el cual establece que se tiene derecho a ser escuchado, a refutar y alegar lo contrario a lo sostenido por la parte accionante. No obstante, si bien es cierto que en el procedimiento laboral se mantiene dicho principio, también es cierto que en este tipo

de controversias tanto individuales como colectivas, se ha generalizado gracias a la normativa vigente, la conciliación como medio para solucionar estos conflictos.

2.4.4.5. Principio de independencia.

Es un principio general que justifica y fundamenta la autonomía y especialidad de la materia laboral que ya la hemos tratado en páginas anteriores, a lo que podemos decir que además de ser un principio, también se constituye en una garantía para los ciudadanos, pues con ella va de la mano la imparcialidad puesto que se busca tanto la independencia interna como externa de los jueces, lo cual debe traducirse en sus sentencias fundadas en mérito de las pruebas actuadas.

Lo dicho anteriormente tiene estrecha relación con los principios de legalidad, jurisdicción y competencia e independencia que están presentes en los artículos 7 y 8 del COFJ.

2.4.4.6. Principio de publicidad.

Supone que las partes participantes tienen acceso a todas las actuaciones judiciales que constituyen el procedimiento en cualquier instancia. Esto, hasta cierto punto se transforma en un instrumento de evaluación y fiscalización de la labor de los jueces; también es una herramienta para hacer posible la inmediatez de las partes en el juicio.

Por supuesto que este principio está en el procedimiento laboral ecuatoriano, pues se debe notificar y citar al demandado dentro de dos días posteriores a la recepción de la demanda, y se le convocará a la audiencia preliminar de conciliación, contestación de la demanda y formulación de pruebas. Durante esta audiencia, frente a la otra parte también se presentarán y solicitarán las pruebas que las partes crean convenientes. Como se puede ver, se procura el mayor contacto y publicidad de las actuaciones de las partes con lo que se fortalece la lealtad entre ellas. Además, la audiencia definitiva como bien lo señala el código (art. 581 CT) es pública, como lo es todo el proceso. Por su puesto esto también está presente en el COFJ en el artículo 13.

2.4.4.7. Principio dispositivo.

Según este principio, el motor inicial del juicio laboral es la iniciativa de parte, y sólo las partes delimitan lo que será la materia del proceso, gracias a éste principio

pueden desistir, allanarse, terminar el juicio con una transacción o conciliación. En otras palabras, las partes que intervienen en el juicio tienen amplias facultades para disponer del procedimiento siempre y cuando afecte solamente a su interés personal, tampoco puede ir en contra de las facultades y jurisdicción de la autoridad judicial, es decir, que no puede conceder más allá de lo que se le ha pedido. Según Cueva Carrión existen excepciones, como por ejemplo, la resolución obligatoria de la antes Corte Suprema de Justicia promulgada en el Registro Oficial N° 412 de 6 de abril de 1990, que dispone: “Que en los juicios de trabajo, los jueces deben ordenar el pago del interés legal, aunque no hubiere sido reclamado expresamente en la demanda”⁴¹.

Sin embargo, en este punto existe una discusión acerca de si el juez solamente es un sujeto pasivo, el cual solo tiene que cumplir con lo que las partes impulsen. Al respecto el doctor Andrés Páez señala que en las sociedades modernas existe una mezcla del sistema dispositivo con el inquisitivo. Mantiene que el “sistema oral trae un sistema dispositivo con carácter inquisitivo, pues si bien la potestad del juez no puede sobrepasar de lo deducido por las partes en el juicio, tampoco puede ser un simple espectador, ya que debe actuar de oficio, especialmente al momento de solicitar y valorar las pruebas, si es que su actuación le permite aproximarse a la justicia y a la verdad.”⁴² En efecto, es un funcionario que debe encontrar la verdad y para ello no puede simplemente responder a lo que los actores le soliciten sino ser un personaje determinante, que tenga iniciativa propia, que conduzca el procedimiento. Se señala por ejemplo la conducta conciliadora que debe demostrar en la audiencia preliminar (art. 576 CT); la práctica de oficio o ayudar a las partes a conseguir las pruebas que el juez crea necesario para determinar la verdad de los hechos (art. 577 CT); también se menciona en la ley la facultad de los tribunales de última instancia de ordenar las diligencias que creyeran necesarias para esclarecer los puntos controvertidos, inclusive llamar a declarar a testigos que no lo hayan hecho antes (art. 603, 612 CT), entre otras.

⁴¹ Luis Cueva Carrión citando dicha Resolución. Op. Cit. p. 66.

⁴² Juan Patricio Mariño Paredes citando a Andrés Páez. Op. Cit. p. 28-29

2.4.5. Características del derecho procesal laboral.

Una vez que hemos revisado, a nuestro entender, los principios procesales generales a todos los procesos y aplicables al procedimiento laboral en especial y que se encuentran vigentes en la Constitución ecuatoriana de 2008, creemos que es necesario revisar lo que entendemos como características o peculiaridades que tiene el procedimiento objeto de nuestro estudio y que están previstos en el Código de Trabajo.

2.4.5.1. Oralidad.

Desde hace mucho tiempo en nuestro sistema judicial se ha utilizado el sistema escrito como forma de sustanciar los procedimientos, no obstante esto se ha querido cambiar de forma progresiva a través de los años y ayudados con reformas legales que si bien empezaron en el procedimiento laboral, ahora se han querido extender a todos los procedimientos. Es clara la intención del constituyente en este aspecto, pues en el artículo 168, número 6, de nuestra Norma Suprema se dispone que los procesos de todas las materias se sustanciarán de manera oral; al respecto Couture ensaya una definición en la cual dice : "Principio de oralidad, por oposición a principio de escritura, es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable."⁴³ En efecto, como bien lo hace entender el tratadista uruguayo, no existe un sistema totalmente oral pues como nos demuestra nuestra legislación laboral, si bien impera la oralidad en el desarrollo del procedimiento (art. 575 CT), existen actuaciones que se deben reducir a escrito como respaldo lógico de lo actuado, es el caso de la demanda en que puede ser verbal o escrita, si es verbal el juez debe transformarla de manera escrita (art. 574 CT). Esto se hace presente también en la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, en la cual el demandado expondrá su contestación a la demanda de manera oral pero que además lo hará en forma escrita. En cuanto a la petición de practicar pruebas el art. 577 menciona que se pueden fundamentar de forma verbal o escrita en la misma audiencia. Es notoria la

⁴³ Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo. Edit. Ibd. cuarta edición. 2002. p.163.

importancia de la oralidad pues fortalece los principios de inmediación, celeridad, concentración, economía procesal y demás que contribuyen con la eficiencia del sistema judicial. Así lo sostiene Miguel Bermúdez quien considera que “la oralidad justificó su aparición en las nuevas estructuras procesales, ya que la doctrina y la práctica del derecho positivo han determinado que constituye un medio efectivo para obtener la celeridad e inmediatez, que es lo que persigue el derecho procesal del trabajo.”⁴⁴

También se lo considera un elemento de fiscalización de la actuación de juez pues no permite que se den actuaciones secretas ya que todo debe actuarse en las audiencias públicas, se elimina lo más posible la ritualidad y la formalidad, aplicando el art. 169 de la Constitución que prohíbe sacrificar la justicia por la omisión de formalidades.

Inclusive muchos autores consideran que la oralidad es un aporte del procedimiento laboral al proceso común, pues algunos consideran que “el proceso hace las veces de un laboratorio cuyas experiencias van siendo aprovechadas por el proceso civil, éste más apegado a la tradición. Las innovaciones del proceso laboral son aprovechadas en algún tiempo, después de un cauteloso examen de las experiencias realizadas.”⁴⁵

2.4.5.2. Conciliación.

La conciliación es un método recogido en nuestra legislación procesal civil en el artículo 1012, por el cual el juez debe procurar que “las partes lleguen a un avenimiento” antes de continuar sustanciando la causa; además es preciso decir que el artículo 130 número 11 del COFJ también trata la conciliación como facultad jurisdiccional que tienen los jueces, de las cuales se deriva la conciliación en materia laboral, conciliación que puede ser tanto individual como colectiva (artículos 565, 567, 576 CT), el primero se da entre las partes (empleador – trabajador) que tienen un

⁴⁴ Juan Patricio Mariño Paredes citando a Miguel Bermúdez. Op. Cit. p. 27-28

⁴⁵ Informe de investigación Cijul. Op. Cit.

desacuerdo en cuanto a las normas que regulan la relación laboral y la segunda, pueden ser conflictos concernientes a derechos o a intereses económicos.

Una definición de lo que es la conciliación nos trae Rafael Caldera quien considera que "...es el acercamiento de las partes para discutir amigablemente el conflicto y tratar de llegar a un acuerdo, que se realiza generalmente ante personas y organismos establecidos oficialmente, o bien compuestos voluntariamente por las partes."⁴⁶

También se cree que "la conciliación es un medio de autocomposición por el cual se realiza una transacción, al igual que se obtiene el desistimiento de la acción procesal, o por el contrario, se presenta el allanamiento. La presencia de un tercero imparcial, neutral, no impide que la solución conciliatoria tome la forma de autocomposición pues son las partes en conflicto quienes aplican sus argumentos, consideran las posibilidades, razonan sobre sus peticiones o demandas y, finalmente son ellas mismas quienes determinan una solución amigable."⁴⁷ Es así que la presencia del juez de trabajo es sumamente importante pues cumple con ese rol de tercero imparcial quien guía, vigila y garantiza que los acuerdos sean apegados a la ley, los mismos que dan por terminado el conflicto de forma parcial o total, teniendo fuerza de sentencia ejecutoriada entre las partes.

No obstante, no hay que olvidar el objeto del derecho laboral, el cual busca proteger al trabajador como la parte más débil de aquella relación, lo cual tiene que reflejarse de igual manera en la conciliación, al respecto Montenegro Baca manifiesta: " La justicia del trabajo no se basa en la fórmula justiniana de dar a cada uno lo que le pertenece, sino dar a cada uno según sus necesidades; de ahí que en la conciliación

⁴⁶ Juan Patricio Mariño Paredes citando a Rafael Caldera. Op. Cit. p. 21

⁴⁷ Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Reynoso Castillo y Alfredo Sánchez Castañeda. *La Justicia Laboral: Administración e impartición*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. p. 102.

laboral se tiene que tomar en cuenta fundamentalmente la satisfacción de las necesidades del trabajador⁴⁸.

El mismo autor establece los siguientes requisitos para la conciliación laboral:

- a) La conciliación debe ser obligatoria.
- b) La conciliación debe ser previa a la interposición de la demanda.
- c) La conciliación debe ser pretendida en cualquier estado del juicio.
- d) Debe contener la libre voluntad de las partes.
- e) Celebrada ante autoridad competente.
- f) El acuerdo logrado y aprobado por la autoridad, debe tener el carácter de cosa juzgada.⁴⁹

Nuestra reflexión respecto a los requisitos expuestos es la siguiente:

- a) **Obligatoriedad.** Nuestro Código de Trabajo en el artículo 576 ordena claramente que el juez debe convocar a las partes a una audiencia preliminar de conciliación, en la que se procurará un acuerdo entre ellas. El juez actúa como guía para lograr que los intervinientes por su propia iniciativa lleguen a un arreglo.
- b) **Previa a la demanda.** Por lo general, las conciliaciones se celebran antes de que se interponga una demanda formal, pues lo que se pretende es evitar un litigio, sin embargo, en nuestra legislación, esto no es cierto, pues en el artículo 576 del CT señalado anteriormente menciona que “si no fuere posible la conciliación, en ésta audiencia (audiencia preliminar) el demandado contestará a la demanda”, la misma que puede ser oral o escrita. Por cierto, que el juez al convocar a dicha audiencia previamente tiene que calificar y citar al demandado con la demanda, es decir, la conciliación es siempre posterior a la presentación de la demanda.

Algunos autores consideran que esta conciliación debería realizarse de manera previa y obligatoria como una diligencia extrajudicial ante el Inspector del Trabajo,

⁴⁸ Miguel Bermúdez Cisneros citando a Montenegro Baca. *Derecho Procesal del Trabajo*. México. Editorial Trillas. Segunda reimpresión. 2002. p. 19.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 68.

mediante un trámite administrativo, así como también convertirla en requisito de admisibilidad de la demanda, en caso de que el conflicto continúe en instancias judiciales. El funcionario que lleve a cabo esta diligencia deberá operar con las mismas características que se requieren para los conciliadores, la imparcialidad, amigable componedor, etc., que en caso de llegar a un acuerdo se firmaría un acta con fuerza de sentencia.

- c)** Pretendida en cualquier estado del juicio. Si bien se señala que la conciliación se procurará en la audiencia preliminar como lo señala el artículo 576, lo que se puede dar en cualquier otro momento del proceso es un arreglo entre las partes o una transacción en lo que fuere posible, mas no constituiría una conciliación en los términos como lo expone la ley.
- d)** Libre voluntad de las partes. Como se dijo anteriormente, la presencia del juez no debe considerarse como un factor coaccionante, creyendo que éste impondrá su decisión, por el contrario el acuerdo al que lleguen las partes, en caso de darse, será construido a partir de la libre voluntad e iniciativa de los interesados.
- e)** Ante autoridad competente. El Código de Trabajo es muy claro al definir que los jueces del trabajo gozan de jurisdicción provincial y competencia privativa (art. 568), es así que en los conflictos individuales, ellos son los llamados a celebrar estas audiencias de conciliación (art. 576).
- f)** Acuerdo debe tener el carácter de cosa juzgada. En efecto, para que se dé por terminado un conflicto laboral o de cualquier otra índole que contemple la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, es necesario que los acuerdos a los que se hayan llegado sean aprobados por el juez mediante sentencia que causará ejecutoria (art. 576 CT); y con ello se evita que se inicie un nuevo proceso contra la misma parte por los mismas pretensiones.

2.4.5.3. Gratuidad.

En la Constitución Política del 2008, en el artículo 75, respecto de los derechos de protección, se habla sobre el derecho de toda persona al acceso gratuito a la justicia,

del mismo modo el artículo 168 que trata sobre los principios que rigen la administración de justicia en el número 4, contempla la misma garantía, al igual que COFJ por su parte también lo menciona en el artículo 12, no obstante, ordena que la ley establecerá el régimen de costas procesales. Al respecto, al tratarse de una rama del derecho social, es evidente que ésta garantía debe hacerse latente en los juicios laborales, en los cuales los trabajadores son los accionantes por excelencia y por tal motivo no debe cargárseles con costas ni tasas judiciales que restrinjan de alguna manera su efectivo derecho de tutela. En este sentido, “no puede ocurrir que un litigante tenga superioridad o esté en mejores condiciones para actuar, por poseer mejor posición económica.”⁵⁰ Inclusive se garantiza la asesoría profesional de un defensor público de manera gratuita en cualquier materia e instancia, como lo establece el artículo 191 de la Constitución. Así también lo ha recogido el Código de Trabajo ecuatoriano en el artículo 620 que en definitiva exonera de cualquier pago de tasa o derechos judiciales a quienes litiguen en este tipo de asuntos.

2.4.6. Principios del derecho laboral sustantivo que se proyectan en el derecho procesal laboral.

A decir de varios autores, entre ellos Mario Pasco Cosmópolis, la desigualdad que se origina en la relación laboral entre el trabajador y el empleador, se extiende también a la relación jurídico procesal; con lo cual se hace necesario que los principios del derecho laboral sustantivo se proyecten en el proceso laboral a fin de que la protección a la parte débil de la relación laboral sea íntegra. En ese orden, varios autores han propugnado que los principios del derecho procesal laboral han sido confundidos con características y peculiaridades, inclusive con principios del proceso en general, como los que señalamos en páginas anteriores. Como sostiene Pasco Cosmópolis: “su lógica es muy simple: reducir las ventajas innatas del empleador a través del robustecimiento de la posición del trabajador en el litigio.”⁵¹ Inclusive va más allá y sostiene que el Principio Protector o Tutelar, propio del Derecho Laboral sustantivo, en realidad toma fuerza y sentido en el proceso.

⁵⁰ Informe de investigación Cijul. Op. Cit.

⁵¹ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

Como ejemplo expone el caso de la regla *in dubio pro operario*, misma que puede ser invocada tanto por el empleador como por el trabajador, los cuales ante una duda insalvable sobre los alcances o contenido de una norma jurídica no dudarán en transmitirla al juez, el único llamado a resolver dicha duda.

En refuerzo de estas ideas Rolando Murgas dice que “el principio tuitivo que informa a las normas sustantivas de trabajo también penetra en el Derecho Procesal del Trabajo y resquebraja incluso la formal concepción de igualdad de los litigantes.”⁵² En igual sentido Wagner Giglio señala que “el Derecho Material del Trabajo se transmite y vigoriza también en el Derecho Procesal del Trabajo y que las características del Derecho Material del Trabajo imprimen sus marcas en el derecho instrumental, particularmente en cuanto a la protección del contratante más débil, cuya inferioridad no desaparece, sino que persiste en el proceso”.⁵³

De igual modo el Tribunal Español en materia constitucional ha reconocido la importancia y la relación que guardan las normas sustantivas laborales con las procesales, declarando que son “realidades inescindibles”⁵⁴, pues las unas tienen que hacer posibles los objetivos que recogen las otras.

Es preciso decir que esta tendencia no es aceptada por toda la doctrina, pues consideran algunos que la desigualdad termina en el derecho sustantivo y no tiene cabida en lo procesal ya que allí debe imperar la igualdad, que a decir de ellos, debilita el principio contradictorio. Parte de este sector es Wilson de Souza Batalha quien sostiene “que en el proceso laboral tiene vigor el principio de igualdad de las partes, y añade: Los principios *in dubio pro misero* e *in dubio pro reu*, con su símil *in dubio pro fisco*, no prevalecen como principios de orden procesal. Prevalecen cuando se trata de dudas acerca de la relación jurídica que se discute en juicio, pero no

⁵² Pasco Cosmópolis, Mario citando a Rolando Murgas. Op. Cit.

⁵³ Pasco Cosmópolis, Mario citando a Wagner Giglio. Op. Cit.

⁵⁴ Mozart Víctor Russomano. *O Decálogo do Processo Trabalhista*. São Paulo. Forense. 1986. p. 239

constituyen excepciones al principio de igualdad de las partes en el proceso.”⁵⁵ La doctrina española se expresa a favor de esta idea pues consideran importante que exista esta paridad entre las partes pues con esto se garantiza el derecho de contradicción, evita la indefensión y promueve la neutralidad de los juzgadores.

Como un argumento muy interesante en pro de la proyección del principio tutelar en el proceso, Pasco recoge lo que Néstor de Buen dice al respecto: “la protección rompe en forma dramática con la tesis de la igualdad que ahora, en vez de ser un punto de partida es, simplemente, el objetivo a cumplir a través de un proceso netamente tutelar.”⁵⁶ En definitiva se busca la igualdad pero no como fin sino como resultado.

Tomando partido por la primera tendencia expuesta, sobre la extensión del principio tutelar, los autores reducen el número de principios que serían los fundamentales en la construcción y desarrollo del procedimiento laboral, es así que en el artículo de Pasco Cosmópolis que hemos venido citando⁵⁷, recoge algunas clasificaciones de varios tratadistas:

Helios Sarthou señala el de materialidad de la verdad, el de equiparación subjetiva (en lo probatorio, lo económico y lo subjetivo) y el de protección.

Por su parte Wagner Giglio considera los siguientes: principio proteccionista (“el carácter tutelar del derecho material del trabajo se transmite y vigoriza también en el derecho procesal del trabajo”), el de despersonalización del empleador y el de simplificación del procedimiento; y como principios ideales, los de ultrapetición y extrapetición y el de colectivización de las acciones individuales.

Para Américo Plá Rodríguez los principios que deben estar en el proceso laboral y que no están en el proceso común son los siguientes: la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad.

Por una línea similar, Pasco Cosmópolis propone los siguientes: principio de veracidad o de prevalencia del fondo sobre la forma, principio protector o de

⁵⁵ Pasco Cosmópolis, Mario citando a Wilson de Souza Batalha. Op. Cit.

⁵⁶ Pasco Cosmópolis, Mario citando a Néstor de Buen. Op. Cit.

⁵⁷ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

desigualdad compensatoria y el criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución.

La doctora Diana Acosta de Loor señala que son sólo dos los principios, el de la tutela al trabajador y la primacía de la realidad.

Es de notar que la mayoría de estos autores reconoce al principio protector, o de tutela o desigualdad compensatoria, como uno de los ejes del procedimiento laboral, inclusive como el único del cual se desprenden todos los demás, y es que como resultado de su innegable importancia, se ha sostenido que este principio se ha manifestado de varias maneras en el proceso.

Se reconoce también la importancia del principio de la primacía de la realidad o de búsqueda de la verdad, pues a decir de Sarthou, por la dirección que deba tener el nuevo proceso laboral, “debe convertirse en un importante medio para superar la dificultad probatoria al trabajador sin que importe concederle como parte privilegios desiguales respecto del patrono.”⁵⁸ Pues más allá de lo que la verdad formal nos pueda ofrecer con los documentos, informes y demás formalidades, está lo que en realidad se debería buscar en todo proceso y no sólo en el laboral, que es la verdad real, lo que en realidad ocurrió. Para Pasco Cosmópolis este principio se llama de “veracidad o prevalencia del fondo sobre la forma, que se dé primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente”⁵⁹.

Por su parte, Plá menciona el principio de indisponibilidad de las normas de fondo, pues su aplicación al ser de orden público no puede estar sometido a la simple voluntad u opinión de las partes, de allí que Pasco considera que la conciliación sólo vale cuando es realizada ante autoridad competente, no cabe la conciliación realizada de manera privada puesto que allí se debe respetar la indisponibilidad de los derechos del trabajador.

⁵⁸ Informe de investigación Cijul citando a Sarthou. Op. Cit.

⁵⁹ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

2.4.6.1. Proceso dispositivo – inquisitivo.

Una de las maneras en que se manifiesta el principio tutelar y los demás que mencionamos, y según los autores que pertenecen a ésta corriente, es lo que antes hemos señalado como la ampliación de las facultades del juez, lo que convertiría al proceso en una mezcla del sistema dispositivo con el inquisitivo. Como hemos dicho en páginas anteriores, para ciertos autores el juez debe adoptar otro rol en el proceso, ser un sujeto más activo y con una actuación más efectiva en el procedimiento, ampliar sus funciones de iniciativa y dirección; de esta forma, una facultad ampliada del juez sería la suplencia en caso de faltas, errores u omisiones al momento de presentar la demanda. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Ley Federal del Trabajo de México⁶⁰, en donde se permite a la Junta subsanar la demanda del trabajador cuando ésta sea incompleta, siempre y cuando ella no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta ley deriven de la acción intentada, de acuerdo a los hechos presentados por el actor. Pero a decir de los autores, no se está subsanando cuestiones formales sino materiales. No obstante, se considera que ésta suplencia es una alternativa excluyente a lo que posteriormente y en sentencia se podría reflejar en un fallo extra o ultra petita.

En nuestro caso, hasta cierto punto se podría considerar una forma de suplencia formal, el deber que tiene el juez de reducir a escrito una demanda laboral oral (art. 574 CT), además de la iniciativa en la solicitud, obtención y valoración de algunas pruebas (art. 577, 603, 612 CT).

Como es normal, hay autores que rechazan esta excesiva participación e intervención del juez, considerando que a la vez se convertiría en parte, con lo cual perdería su imparcialidad. Es cierto y válido que como parte del debido proceso se reconozca una potencial equivalencia de derechos entre demandante y demandado, a lo cual tiene que sumarse indudablemente la imparcialidad del juzgador, sin embargo es también válida la interpretación que hacen Plá Rodríguez y Russomano en el sentido de que: “el juez es imparcial, pero la ley que él aplica es parcial, como todas las leyes de

⁶⁰ Art. 685 de la Ley Federal del Trabajo de México.

protección, la imparcialidad personal y funcional del magistrado no está perjudicada por el hecho de que debe aplicar una ley parcial, el juez recibe la acción, instruye la demanda y la estudia con absoluto espíritu de imparcialidad.”⁶¹ De manera clara Pasco Cosmópolis menciona que: “En suma, quien protege al trabajador es la ley, no el juez. Es el proceso el que desiguala con finalidad tuitiva, no el magistrado, quien debe ser exquisitamente imparcial y ajustar su conducta y su criterio a la verdad y a la justicia, aún cuando éstas no le den la razón al trabajador, obviamente porque no la tiene.”⁶²

Como hemos venido insistiendo, la ley sustantiva del trabajo, con su carácter tutelar debe proyectarse en el procedimiento tanto en la sentencia como en la forma de llevar el proceso, en este sentido el artículo 7 del Código de Trabajo es uno de los tantos artículos que reflejan lo que es el principio tutelar que rige esta rama jurídica.⁶³

2.4.6.2. Fallos ultra y extra petita.

De acuerdo con el principio de congruencia y con el de inmutabilidad, las sentencias deben guardar congruencia con lo que se ha pedido en la demanda; es decir que el juez en su fallo debe pronunciarse sobre todos los aspectos que contiene la pretensión del demandante y por otra parte, no puede resolver extremos que no estén contenidos en la demanda, ni otorgar más allá de lo demandado; por su parte el segundo principio señalado (inmutabilidad) menciona que en la etapa inicial del proceso se fijan los elementos objetivo, subjetivo inclusive el trámite a seguir durante el juicio que se transmite hasta la sentencia, los cuales no pueden variar.

Para empezar, nuestra Constitución Política en su artículo 426, inciso segundo,

⁶¹ Informe de investigación Cijul. Op. Cit.

⁶² Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

⁶³ Al respecto existe jurisprudencia de Tercera Instancia que trata del artículo 7 mencionado, de la cual tomamos un extracto, Gaceta Judicial. Año LXXXIX. Serie XV. No. 6. Pág. 1588. Quito, 13 de julio de 1989: *LA LEY EN SENTIDO FAVORABLE AL TRABAJADOR. Es evidente, que nuestra legislación ha incorporado en sus normas legales, los principios del derecho del trabajo, derecho social, que la ley extiende su protección al trabajador, como la parte más débil en la contienda laboral y que para probar un hecho, en cuanto a la declaración de una persona, no se mide ni la cantidad ni la calidad de la prueba, sino que debe aplicarse la ley, en el sentido más favorable al trabajador.*

ordena que los jueces “deben aplicar directamente las normas constitucionales y las que se encuentren en instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”. Por su parte, nuestra norma procesal civil en sus artículos 273 y 274, en síntesis señala que en la sentencia se debe decidir acerca de los puntos sobre los que se trabó la litis, además de que las decisiones que ella contenga deben ser claras, teniendo como fundamento la ley, los méritos del proceso, precedentes jurisprudenciales y principios universales; no obstante el artículo 280 del mismo cuerpo legal menciona que los jueces deben “suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho”, al respecto el COFJ manda en su artículo 140 a que los jueces “apliquen el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”, pero tampoco podrá fallar más allá de las peticiones iniciales ni en base en hechos diversos. Pero acorde con la Constitución, en caso de derechos fundamentales, éstas limitaciones no son válidas.

No obstante, se considera que en el derecho procesal del trabajo ellos no deben ser tomados con toda la rigidez con la que se la toma en el derecho procesal civil, pues en el derecho laboral hay que tomar en cuenta que las situaciones cambian constantemente debido a necesidades sociales, lo que determina que el juez no debe desconocer la realidad de las cosas y cómo ellas se han alterado desde que se presentó la demanda hasta que se la contestó. Por tal motivo esa facultad del juez, de otorgar cantidades superiores a las demandadas (*ultra petita*) o a veces cosas o materias que no se pidieron (*extra petita*), rompe con estos principios fuertes en el derecho procesal civil.

A decir de Pasco Cosmópolis existen requisitos taxativos e inexcusables por los cuales se puede ampliar la facultad del juez en este sentido:

- a) Que aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso;
- b) Que hayan quedado acreditadas, probadas de modo tan incuestionable que haya podido producir convicción absoluta en el juez sobre la procedencia del derecho;
- c) Que el derecho sea amparado, esto es, que la facultad se ejerza pro operario;

d) Que versen sobre derechos irrenunciables.⁶⁴

Es evidente que estas interpretaciones tienen también sus detractores, por ejemplo: “Amadeo Allocati admite la sentencia ultra petita siempre que no se extienda al punto de permitir a los jueces cambiar una acción por otra, pero considera que la sentencia extra petita afecta el principio constitucional de defensa.”⁶⁵

Por nuestra parte, en nuestra jurisprudencia existe un precedente en este sentido, el cual permite al juez liquidar en sentencia intereses legales, aún si estos no fueron pedidos.⁶⁶, sin embargo, no sólo se limita a intereses legales, sino que también se extiende a los diversos beneficios de ley a que el trabajador tenga derecho, como decimotercer y decimocuarta remuneración, horas suplementarias y extraordinarias, utilidades, etc.

2.4.6.3. *Sana Crítica.*

La valoración y apreciación de la prueba que tenga que hacer el juzgador ecuatoriano del trabajo, según el artículo 593 del código de la materia, lo hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, siguiendo la corriente de lo que el Código de Procedimiento Civil ordena en ese sentido (artículo 115 CPC).

Para ello es importante citar a Couture que nos dice que: “la sana crítica es una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, pues no tiene la rigidez de la primera y la incertidumbre de la otra, regula la actividad intelectual del juez frente a la prueba, se rige por las reglas del correcto entendimiento humano, de la lógica y de la experiencia del juez, que contribuyen a que se analice la prueba con arreglo a la sana razón y al conocimiento experimental de las cosas, siendo el método más eficaz.”⁶⁷

⁶⁴ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

⁶⁵ Pasco Cosmópolis, Mario citando a Amadeo Allocati. Op. Cit.

⁶⁶ Registro Oficial N° 412 de 6 de abril de 1990.

⁶⁷ Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Tercera edición. 1964. p. 270.

Al respecto, en el fallo de 24 de agosto del 2006, de la Primera Sala de lo Laboral de la ex Corte Suprema de Justicia se manifiesta al respecto:

“[...] En cuanto a la apreciación de las pruebas que debe realizar el Juez dentro del proceso para dictar sentencia, la Ley Procesal Civil es mandatoria de que ha de seguir el sistema de la “sana crítica”, apreciar las pruebas en conjunto y cuidar que en su presentación se cumplan las formalidades previstas para cada una de ellas. Al determinar que debe conformar su criterio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el ordenamiento jurídico coloca al juez en la posición ecléctica entre la prueba legal y la libre convicción, sin que en ninguna otra disposición llegue a establecer de manera taxativa las reglas a las que debe sujetarse; doctrinariamente la sana crítica exige que el administrador de justicia elabore el proceso lógico – jurídico de evaluación de las pruebas, apreciándolas en forma global, de manera que se establezca fluidamente el hilo conductor entre ellas y su tasación, determinando eso sí la necesidad de que al emitir su pronunciamiento el Juez exprese razonadamente el sustento de su estimación y valoración [...]”⁶⁸

Con lo cual, a nuestro parecer, se hace evidente la obligación del juez del trabajo el aplicar al proceso en referencia, respecto de la apreciación de las pruebas, los principios y reglas del derecho laboral sustantivo combinado con la lógica, la experiencia y el entendimiento humano, elementos que conforman la sana crítica, pues, en razón de ser de esta disciplina del derecho social, debe ser un funcionario con un rol más activo que responda a la justicia social.

No obstante, la sana crítica no son reglas que se puedan encontrar en textos legislativos o códigos, pero que son procesos mentales que debe realizar el juez al momento de valorar la prueba. El siguiente extracto ayuda a clarificar de mejor manera en que consiste aquel proceso:

[...]la sana crítica no está definida en ningún código y que tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal. Tal cosa sería imposible, pues no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del Juez; son como las describe Friedrich Stein:

⁶⁸ Juan Patricio Mariño Paredes. Op. Cit. p. 34-35.

Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (El conocimiento privado del Juez, TENS, Santafe de Bogotá, 1999, página 27). Al determinar la ley que el Juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el Juez realiza con todo el acerbo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraría las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el Tribunal de Casación sí tendría atribución para corregirla.⁶⁹

2.4.6.4. Inversión de la carga de la prueba.

Como antecedente a lo que mencionamos antes, es inevitable retomar el tema de la carga de la prueba, pues como pudimos ver en el primer capítulo del presente trabajo, el principio del Derecho Procesal Civil sobre la carga probatoria vigente en la mayoría de las legislaciones internacionales, el cual en definitiva sostiene que le corresponde probar a quien afirma un hecho, no responde a las necesidades que el Derecho Laboral exige. En tal sentido, es común entre los autores aceptar la inversión de la carga de la prueba en materia laboral como forma de compensación a la hora de probar hechos mencionados por el trabajador que normalmente es el principal promotor de las acciones en esta materia.

Dicho esto, nosotros creemos que en efecto el Principio Tutelar o Protectorio, eje fundamental del derecho laboral, debe proyectarse en el proceso laboral a través del cual se busque en definitiva la igualdad como fin y no como posición de las partes en el proceso, con lo cual del mismo modo como en el derecho laboral sustantivo se

⁶⁹ DAÑO MORAL. Expediente 127, Registro Oficial 630, 31 de Julio del 2002.

pretende proteger hasta cierto punto a la parte más débil de la relación (trabajador), también se debe extender dicha “protección” al procedimiento donde las desigualdades también persisten, en especial al momento de aportar prueba. En igual sentido y como se verá más adelante, otra proyección y aplicación de dicho principio rector que consideramos válida para el proceso es en cuanto a la búsqueda de la verdad, por medio de reglas que ayuden a distribuir y reducir de mejor manera la dificultad probatoria con la que se encuentra una de las partes en ciertos casos. Por otro lado, si bien se espera que el juez tenga un rol más activo dentro del proceso, como funcionario garantista de derechos, también es cierto que la ley misma pueda colaborar directamente con esa tarea del juez, al reconocer ciertas condiciones que favorezcan al trabajador en ciertos momentos y circunstancias.

3. CAPÍTULO III

LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL.

3.1. La Inversión de la Carga de la Prueba en el Procedimiento Laboral.

Es claramente conocido en el mundo del Derecho Procesal en general, la premisa “Actori Incumbit Onus Probandi”, que quiere decir en definitiva que quien afirma algo está obligado a probarlo; no obstante esta premisa es aplicable en la mayoría de ramas jurídicas (civil, penal, administrativo, etc.); sin embargo en derecho laboral procesal, de acuerdo con el criterio de la mayoría de autores con la cual concordamos, aquella debe constituir una excepción, pues dicho aforismo, típico de las materias civiles, no responde a las necesidades probatorias laborales.

Como se dijo en anteriores páginas, el derecho procesal debe responder con lo que el derecho sustantivo con sus principios busca, de esta manera, retomando el antes citado Principio Protector o Tutelar, rector en la construcción del Derecho Laboral, es preciso decir que el procedimiento laboral debe recoger y reflejar en su desarrollo dicho principio benefactor. Consideramos válido que la desigualdad que se intenta reducir o aplacar entre trabajador y empleador por medio de normas sustantivas, se transmita también al plano procesal en el cual el empleador goza y seguirá gozando de las ventajas tanto económicas como técnicas con las que contaba antes del litigio y durante aquel. Así también lo considera Sarthou, que diferencia tres formas de desequilibrio: económico, subjetivo y probatorio⁷⁰, los cuales nosotros los interpretamos de la siguiente manera:

- 1) *Económico*. Sostiene que el trabajador involucra valores de distinta jerarquía patrimonial que el empleador. Pues el primero busca satisfacer intereses

⁷⁰ Informe de investigación Cijul. Op. Cit.

alimentarios o de subsistencia, mientras que para el segundo no es así pues sólo involucra una disminución en el patrimonio a lo mucho. Producto de ello cree también que se acentúa un desequilibrio de información y asesoramiento adecuado.

- 2) *Subjetivo*. Considera la distinta potencialidad que la voluntad de las partes tienen en el conflicto. Menciona que mientras el empleador tiene libertad subjetiva para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del conflicto, la del trabajador está limitada por las condiciones de la relación de trabajo si ella sigue vigente y sino por la naturaleza de sus reclamaciones (subsistencia).
- 3) *Probatoria*. Por último, y la que más importancia tiene para el presente trabajo, es la desigualdad probatoria, pues por la ejecución del contrato de trabajo la cual se desarrolla en la empresa, sede del poder patronal, el trabajador debe obtener la prueba de esa sede, ambiente hasta cierto punto hostil, colocando al empleador en posición privilegiada para producir su propia prueba.

Al respecto el Tribunal Constitucional español sostiene que los órganos judiciales han exigido a la parte una indebida carga de la prueba, ya que por "objetivas dificultades probatorias al estar las fuentes de prueba en poder de la parte contraria; lo que puede suponer, y de hecho supone, la vulneración del "principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba", al situar en situación "hegemónica", de "supremacía" o de "privilegio" a una de las partes."⁷¹ En este sentido, la dificultad que tiene el trabajador de obtener prueba de sus dichos se resumen en tres criterios. El primero es sobre la apreciación amplia que haga el juez sobre si el trabajador ha cumplido o no con su carga probatoria, pues el juzgador con su criterio, debe tomar en cuenta lo difícil que le resulta al trabajador producir pruebas. Como segundo criterio, se tiene que tomar en cuenta que la inversión de la carga de la prueba no puede aplicarse sino con una norma expresa; y tercero, que refiere a la facultad inquisitiva que el juez tiene en materia probatoria pues en función de la búsqueda de la verdad real, el trabajador tiene mayor dificultad para cumplir con su carga probatoria. En razón de esto último insistimos en que el papel del juez como un mero

⁷¹ Perrote Escartin, Ignacio García. *Prueba y Proceso Laboral*. Internet. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_004_163.pdf. Acceso: 22/09/2010.

espectador, sujeto pasivo de la relación procesal que predomina en el campo civil y penal, ya no cabe en el campo laboral pues es un funcionario llamado a descubrir la verdad y ello implica también la búsqueda de las pruebas.

La doctrina española considera que todos deben contribuir al descubrimiento de la verdad, contrario a lo que sostiene la corriente de la libertad individual con el procedimiento netamente dispositivo. Por ello es necesario un avance en ese sentido, pues Perrote considera que “puede ocurrir, y de hecho ocurre con frecuencia, que a quien le incumbe la carga de la prueba no posea el documento o la prueba precisa para justificar sus alegaciones, bien porque el documento lo posea su adversario, que se cuida mucho de aportarlo espontáneamente, bien porque está en manos de un tercero. En "la concepción individualista del proceso" del siglo XIX no se aceptaba la idea de que una de las partes pudiera ser obligada a suministrar a su adversario las pruebas y medios de convicción que le hacen falta”.⁷²

Por tal razón pensamos que el empleador goza de una posición privilegiada en cuanto a la producción de la prueba, ya que en sus manos o por lo menos en su empresa, reposan y se controlan los principales documentos que registran las prestaciones que realiza el trabajador como también sus remuneraciones, de igual manera sería muy complicado que el trabajador demandante logre obtener un testimonio de alguno de sus compañeros de jornada que todavía guarde relación de dependencia con el empleador demandado; no hay que desconocer también lo que llamamos ventaja técnica y económica, pues el empleador cuenta con abogados en su empresa, contadores, administradores y demás recursos con los cuales el trabajador demandante no cuenta.

Como se ha venido diciendo, una de las justificaciones del Derecho Laboral que los autores plantean es la de crear desigualdades para compensar otras desigualdades, ya que “mientras en el proceso civil las partes están iguales en la producción de prueba, en el ámbito laboral es notoria la inferioridad del trabajador. El trabajador se encuentra también en el proceso con verdaderas trabas, debilidades y dificultades

⁷² Perrote Escartin, Ignacio García. Op. Cit.

probatorias, que operan como "reglas coactivas no escritas", pero muy eficaces, donde la igualdad de las partes, una vez más, se convierte en una ficción."⁷³

3.1.1. Disponibilidad y facilidad de la prueba.

Como respuesta a éstas desventajas con las que se enfrenta el trabajador, principal actor en los juicios laborales, se ha adoptado una diferente manera de distribuir el *onus probandi* para éste tipo de litigios, pues a partir del "principio de disponibilidad de la prueba", como lo han denominado por ejemplo en el derecho procesal uruguayo, se ha logrado esta redistribución probatoria, ya que según dicho principio "la parte que dispone de los documentos en los que consta la prueba de los hechos controvertidos, debe suministrarlos al proceso y, si no lo hace, se considera que los documentos le dan razón a la tesis de la contraparte".⁷⁴ A raíz de ello, se ha venido promulgando entre los autores y doctrinarios lo que se ha denominado "la inversión de la carga de la prueba", que de acuerdo a una idea primaria vendría a ser una ruptura del concepto que *quien afirma algo está obligado a probarlo*, propio del derecho procesal civil, que trasladado al campo procesal laboral, la carga de la prueba estaría en manos del empleador, principal demandado en este tipo de causas, el cual según lo hemos dicho, tendría mayor disponibilidad de aportar pruebas al proceso.

Por otro lado, Ignacio García hace hincapié no tanto en la dificultad probatoria cuanto en la facilidad de prueba. De otra forma, "las proposiciones más insostenibles serían las más cómodas de alegar, puesto que la misma imposibilidad de probarlas, pondría la prueba del contrario a cargo del demandado".⁷⁵

Para apoyar nuestro punto de vista, citamos a Gómez Orbaneja quien considera que por "razones de justicia distributiva relacionada con el principio de igualdad, conducen

⁷³ *El Principio Protectorio y El Proceso en Los Tiempos Actuales*. Internet. http://www.estudioschick.com.ar/p_2.pdf. Acceso: 25/10/2010.

⁷⁴ Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

⁷⁵ Perrote Escartin, Ignacio García. Op. Cit.

a estimular la actividad probatoria de la parte que le resulte más fácil⁷⁶, además creemos que la justicia distributiva, contribuye con el derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa, y a un proceso con igualdad de posibilidades para ambas partes.

Otro sustento para lo dicho anteriormente lo encontramos en las ideas de la jurisprudencia laboral española que en síntesis considera que la condición de empresario o de trabajador influye poderosamente en la capacidad de aportación de prueba. Pues, por la posición predominante del empleador, dentro de la organización empresarial, hace que aquél tenga acceso o posea datos e informaciones de muy difícil accesibilidad al trabajador, “hasta el punto de que el empresario es con frecuencia el único que puede aportar algunas de las pruebas”⁷⁷ según Ignacio García. Resaltando que esto hace “recaer la prueba sobre el trabajador, omitiendo y haciendo abstracción de la dificultad y hasta imposibilidad que aquél encuentra para ello, y sin reparar en la facilidad probatoria del empleador, puede implicar exigir al primero una prueba diabólica o imposible.”⁷⁸

Es importante decir que no todos los autores están de acuerdo en catalogar a esa excepción como “inversión de la carga de la prueba”, pues como lo señala el Tribunal Constitucional español lo que existe es una “desviación de la carga de la prueba”, pues más que liberarla de carga probatoria lo que existiría sería una reducción de la misma; por su parte Juan Montero Aroca, sostiene que esa expresión carece de “precisión técnica”⁷⁹, pues lo que se da en realidad es la aplicación de una norma jurídica que impone la carga de la prueba a la otra parte, sobre la cual normalmente ésta no recae. Es fundamental precisar que la inversión de la carga de la prueba se da como producto de presunciones legales o judiciales, por ello “la carga de la prueba

⁷⁶ Perrote Escartin, Ignacio García citando a Gómez Orbaneja. Op. Cit.

⁷⁷ Perrote Escartin, Ignacio García. Op. Cit.

⁷⁸ *Ibídem*.

⁷⁹ Humberto Bello Tabares citando a Juan Montero Aroca. *Las pruebas en el proceso laboral*. Caracas - Venezuela. Ed. Paredes. Segunda edición. Revisada y ampliada. 2008. p. 241

altera su ubicación normal, y en consecuencia, grava a la parte del litigio a la que normalmente no gravaría si se aplicaran sólo las normas legales comunes a todo procedimiento.”⁸⁰

Por su parte, para la autora nacional Diana Acosta, existe una “distribución social de la carga de la prueba”⁸¹, para Mario Pasco Cosmópolis existe también una “redistribución de la carga de la prueba”⁸², en fin, no hay un consenso al respecto entre los autores, lo que sí está presente en la mayoría de ellos es la idea de la facilidad y disponibilidad de prueba que la una parte tiene respecto de la otra.

De acuerdo a lo antes dicho, Humberto Bello Tabares, y siguiendo la línea de Montero Aroca, considera inexistente y caduco el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba al referirse a aquellos casos en que exista una norma jurídica, pues el demandado asume la carga probatoria no por inversión sino por distribución “al excepcionar nuevos hechos o como consecuencia de presunciones legales”⁸³, que a decir de Bello Tabares, “saturarían y satisfacerían”⁸⁴ la carga de la prueba que corresponde a la parte que alega el hecho amparado en la presunción, con la consecuencia de que la otra parte tendría que aportar la contraprueba que desvirtúe tal presunción, todo en virtud y en función de la disponibilidad y facilidad de aportar prueba que tiene el empleador, de acuerdo a las nuevas tendencias en materia probatoria.

Por nuestra parte, consideramos que en efecto el empleador se encuentra en mejores condiciones que el trabajador para producir su propia prueba, pues en su empresa se encontraría la prueba documental, instrumental y hasta testimonial que en principio favorecería al trabajador, el cual por obvias razones no tendría libre acceso; dicho esto creemos también que el fenómeno de la inversión de la carga prueba en realidad

⁸⁰ Ignacio Javier Miranda Saldívar. *Las cargas probatorias dinámicas*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. 2009. p. 58

⁸¹ Diana Acosta de Loor. Op. Cit. p. 60.

⁸² Pasco Cosmópolis, Mario. Op. Cit.

⁸³ Humberto Bello Tabares. Op. Cit. p. 254

⁸⁴ *Ibíd.*

es una redistribución de la carga probatoria como bien lo mencionan algunos autores consultados, pues a través de presunciones y nuevas reglas de distribución materializadas en la ley es que el empleador tendría que aportar prueba que el proceso requiera.

3.2. La Carga de la Prueba en el Procedimiento Laboral Ecuatoriano.

El artículo 576 del Código del Trabajo ecuatoriano señala que se convocará a las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas; el siguiente artículo 577 del mismo cuerpo legal, menciona que las partes pueden solicitar la práctica de pruebas como inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes, así como también la confesión judicial, el juramento deferido y los testigos. Expresa además que las partes presentarán en aquella audiencia toda la prueba documental que quieran hacer valer en el juicio. Con lo que se puede notar, en principio, la corriente civilista sobre la carga de la prueba presente en el campo laboral, la misma que como lo señalamos en el capítulo I, se reduce a lo que los artículos 113 y 114 del CPC ordenan. No obstante, en páginas siguientes se desarrollará artículos del Código de Trabajo que complementarán y precisarán lo dicho anteriormente.

Dicho esto, y de acuerdo con lo que mencionamos al respecto sobre la carga de la prueba como aquel interés jurídico que tienen las partes de probar ciertos hechos para evitar que la falta de prueba le desfavorezca en la sentencia, podemos decir que en efecto en el proceso laboral en cuanto a la prueba rige esta corriente procesal probatoria en la cual el principal interesado, por lo general el trabajador demandante, tendrá que aportar las pruebas necesarias si busca un pronunciamiento favorable sobre sus pretensiones, a pesar de las dificultades probatorias con las que se encuentre.

Si bien en esta materia como señalamos antes, prima en principio esta idea de la carga de la prueba civil, autores nacionales como Luis Cueva Carrión, Diana Acosta León y Sabino Hernández, creen que ello no es del todo aplicable a este campo, pues

consideran que al trabajador le corresponde probar solamente la existencia de la relación laboral, pues al empleador le corresponderá por su parte probar que ha cumplido con todas las obligaciones laborales para con el trabajador; de esta manera, éste último “no tendría la obligación de comprobar que no le han solucionado las remuneraciones y prestaciones a que tiene derecho”⁸⁵. Lo que constituiría una inversión de la carga de la prueba según dichos autores, pues al negar su incumplimiento deberá justificar que en efecto ha cumplido con aquellas.

Al respecto nuestra ex Corte Suprema de Justicia en uno de sus fallos se refiere sobre la inversión de la carga de la prueba a la cual califica como una “transformación fundamental”; en la parte que nos interesa del fallo dice:

“TERCERO.- La legislación laboral al establecer en su artículo 1 que los preceptos del Código regulan las relaciones entre patronos y trabajadores, y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo, determinó una transformación fundamental, que la separa de las normas consuetudinarias del procedimiento civil, en orden a determinar el peso o carga de la prueba, una vez justificada la relación laboral; peso que tiene que soportarlo el patrono o empleador, puesto que las obligaciones empresariales, fijadas en la Ley, deben ser justificadas por el patrono obligado en el cumplimiento de ellas; al extremo que casi todos los tratadistas en materia laboral dan primacía y algunos, exclusividad a la relación laboral antes que al contrato de trabajo, invirtiendo así el peso de la prueba, que en el campo de lo civil corresponde soportarlo al que quiere innovar o reclamar.”⁸⁶

En igual sentido, en el fallo de la Tercera Sala de febrero 25 de 1956, entre Borja-Llusca, folios No. 28, pág. 49 vta. y recogido por el doctor Luis Jaramillo, se manifiesta:

“...5º Establecida la relación de trabajo entre el actor y el demandado, correspondíale a éste comprobar el pago de los sueldos reclamados por aquel, lo cual no lo ha

⁸⁵ Diana Acosta de Loor. Op. Cit. p. 64.

⁸⁶ Gaceta Judicial, Serie XII, No. 8, p. 1596-1597

hecho...por lo que aceptándose la demanda se condena al patrono al pago reclamado de remuneraciones.”⁸⁷

Esto nos hace ver que en efecto la inversión de la carga de la prueba es aceptada en la jurisprudencia nacional, sin embargo, también hay que tomar muy en cuenta hasta qué punto el trabajador demandante tiene disponibilidad de las pruebas que requeriría para el favor de sus pretensiones. Puesto que como bien lo menciona la doctora Acosta, “la distribución social de la carga de la prueba, por una elemental norma de justicia social, debe ser un imperativo en todas las legislaciones laborales del mundo”⁸⁸; tomando en cuenta la desventaja económica del trabajador, la dificultad de probar sus dichos pues los documentos están en poder del empleador.

De allí creemos que nace la necesidad de crear reglas específicas acerca de la distribución de la carga de la prueba, por medio de presunciones y deberes que ayuden a aportar pruebas que las partes tengan en su poder. Puesto que “las reglas y presunciones se crean, precisamente, para tratar de superar los agudos problemas probatorios que en la realidad se plantean y que muchas veces han tenido y tienen una previa configuración jurisprudencial posteriormente recibida en la ley, mientras que en otros casos la ley corrige prácticas judiciales que se quieren modificar o que se consideran incorrectas.”⁸⁹ Como respuesta a esta disponibilidad y facilidad con la que cuenta el empleador – demandado, a nuestro parecer, se ha propuesto entre la doctrina iberoamericana, la adaptación de ciertos elementos que constituyen la teoría de la carga dinámica de la prueba, que se han materializado posteriormente en presunciones legales en varias legislaciones laborales internacionales.

⁸⁷ Luis Jaramillo Pérez. *Jurisprudencia de los Conflictos Individuales de Trabajo*. Editorial Universitaria. Segundo Tomo. Quito – Ecuador. 1959. p. 196.

⁸⁸ Diana Acosta de Loor. Op. Cit. p. 62-63.

⁸⁹ Perrote Escartin, Ignacio García. Op. Cit.

3.3. Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.

Como punto de partida para esta parte del presente trabajo, es importante tomar en cuenta una vez más, las diversas teorías sobre la carga de la prueba que se han formulado a lo largo de los años y que fueron brevemente expuestas en capítulos anteriores, pues como respuesta a estas corrientes probatorias en las cuales impera en definitiva la idea de quien afirma tiene que probar, surge la teoría ahora en cuestión. Lejos de configurar una teoría que unifique los criterios sobre quien debe cargar con la obligación de presentar prueba en materia procesal, ésta puede ser una alternativa más justa a varias dificultades en cuanto a aportación de prueba que una parte pueda tener, dependiendo de la materia jurídica.

3.3.1. Origen.

Como respuesta a la idea predominante sobre la obligación de aportar prueba por parte del principal interesado, Jeremy Betham a inicios del siglo XIX propuso que la carga de la prueba esté sobre quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. A decir del tratadista inglés: “En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. [...]”⁹⁰.

Sin embargo, se encontró con un primer cuestionamiento, cómo saber quien estaba en mejores condiciones respecto de la prueba para aportarlas. De allí que se formularon diversas teorías sobre la distribución del onus probandi las cuales pretendían reglamentar fijamente para todos los casos posibles respecto a este tema probatorio. Esta tarea se materializó en los diversos ordenamientos jurídicos los cuales pretendían regular para todas las situaciones la distribución de la carga probatoria, con lo que se enraizó el antiguo aforismo *onus probandi incumbit actori*, el cual continúa vigente en nuestros tiempos y en nuestras legislaciones procesales civiles por lo general, pero que a nuestro criterio no es del todo adecuado y justo para

⁹⁰ Ignacio Javier Miranda Saldívar citando a Jeremy Betham. Op. Cit. p. 71.

todas las materias jurídicas. Muestra de ello son las jurisprudencias ecuatorianas que citamos en anteriores páginas que aceptan la importante transformación que significa la redistribución de las cargas probatorias en materia laboral, pero que además se las podría fijar en la ley procesal.

Un importante elemento que ayudó al surgimiento y materialización de esta teoría en los diferentes países europeos que supieron acogerla, es la creciente participación del juez como sujeto activo dentro del proceso, con mayores facultades, el cual alejándose un tanto de las tradicionales posturas del proceso dispositivo romano-germánico predominantes en el siglo XIX, participa más directamente en el proceso como producto del nacimiento de los Estados Sociales de Derecho, el cual tenía que hacer efectiva la tutela de los derechos litigiosos de los ciudadanos a través del proceso. Es así que un antecedente del rol de juez activo se lo encuentra en Alemania, que a decir de Rolf Stürner: “Esta forma procesal (juez activo) ha sobrevivido incluso a épocas totalitarias. El juez alemán del absolutismo ilustrado prusiano con su tendencia al estado de bienestar fue muy activo [...] El juez activo del proceso austriaco puede muy bien ser considerado como un reflejo tardío del pensamiento de estado de bienestar alemán, el que sin embargo ha sobrevivido más que más hacia la democracia. Así se vincula la fuerza de la democracia con el traspaso hacia un juez activo [...]” sin embargo, el autor clarifica lo siguiente: El juez activo y cooperativo, tal y cual se lo conoce en el sistema austro-alemán, francés, y ahora inglés y español, aparece como una figura democrática fundamental con varios puntos de moderación”⁹¹.

Esta tendencia a otorgar más facultades al juez, en especial en materia probatoria se lo puede ver por ejemplo en los Códigos Procesales Civiles de Italia, Francia, Bélgica, Portugal, Inglaterra, Alemania y España.

No podemos dejar de mencionar el gran aporte que realizó Uruguay en cuanto a esta teoría para Latinoamérica, ya que como se dijo en páginas anteriores Eduardo Couture había propuesto el principio de disponibilidad de prueba que luego fue

⁹¹ Ignacio Javier Miranda Saldívar citando a Rolf Stürner. Op. Cit. p. 74.

recogido por la normativa procesal. Más recientemente y ya con el nombre de “cargas probatorias dinámicas”, fueron expuestas unas primarias ideas al respecto por el argentino Jorge Walter Peyrano en conjunto con el profesor Julio Chiappini en un primer artículo llamado “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” de 1981.

3.3.2. Definición y elementos fácticos.

A raíz de la ampliación de las facultades del juez en el proceso (juez activo), el deber de las partes de colaborar con el juzgador, la primacía de la búsqueda de la verdad real antes que la formalidad, como algunos de los elementos que dan forma a esta teoría que aún no siendo nueva, trae consigo todavía varias ideas y alcances en diversas ramas del derecho, de la cual podríamos decir que consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. No obstante hay que tomar en consideración también algunos elementos que el abogado Marcelo Pazmiño sostiene:

- La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar.
- La carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.
- Las partes carecen del derecho de permanecer ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la contraria.
- La carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba.⁹²

⁹² Marcelo Pazmiño Ballesteros. *La reversión del onus probandi en la responsabilidad civil extracontractual*. Quito. Ecuador. Programa de maestría en derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. 2009. p. 76.

Es importante también tener presente los dos aspectos fácticos que dan forma a la teoría, estos son, por una parte, “la imposibilidad o extrema dificultad de quien soporta el “onus probandi” de efectivamente probar aquello que se le pide, y por otra, el más fácil acceso a la prueba de dicho hecho por el litigante que no tiene sobre sí la carga probatoria.”⁹³

Para esta teoría, el rol del juez activo es de suma importancia pues es él quien deberá interpretar de manera más flexible las reglas de distribución del onus probandi, pues según la teoría de la carga dinámica de la prueba, ella debe aplicarse de forma excepcional y dependiendo del caso a tratar. En otras palabras “el juez actúa imponiendo la carga probatoria sobre una parte que primitivamente no la tenía para obtener la información necesaria sobre lo acontecido en realidad más fácilmente y así, formar prueba de modo más rápido y fidedigno, aumentando las posibilidades de un juzgamiento efectivo basado en la realidad concreta de lo acontecido.”⁹⁴ Como se puede ver, esta actuación es privativa del juez o del tribunal que haya conocido a fondo del caso, el cual debe manifestar su voluntad en una decisión judicial para determinar el dinamismo de la prueba.

Con respecto a la excepcionalidad con la que se debe aplicar la teoría, Jorge Walter Peyrano menciona que: “[...] se ha buscado destacar que su aplicación es procedente sólo in extremis; vale decir, cuando la utilización del reparto legalmente previsto del onus probandi genera consecuencias claramente inconvenientes e inicuas.”⁹⁵ Con lo cual no es que se deja de lado las clásicas reglas de distribución de la prueba, sino que con esta teoría se busca la flexibilización de dichas reglas dependiendo de cada caso, haciendo el uso de esta teoría de manera complementaria; flexibilización que debe ser realizada como lo dijimos antes por el juzgador, el cual la aplicará de forma facultativa.

⁹³ Ignacio Javier Miranda Saldívar. Op. Cit. p. 83.

⁹⁴ Ignacio Javier Miranda Saldívar citando a Jorge Walter Peyrano Op. Cit. p. 84.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 94.

Otro elemento presente en esta teoría es que si en efecto la parte contraria cuenta con acceso a los medios de prueba, ésta debe aportarlos para que el litigante en desventaja pueda ejercer efectivamente su derecho a probar, favoreciendo como se dijo antes a un juzgamiento más apegado a la realidad. En este sentido Michele Taruffo dice que: “[...] a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte “débil” (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante”⁹⁶.

Todo lo antes dicho, debe ponerse en marcha de acuerdo a la solidaridad y a la buena fe y lealtad que las partes deben demostrar en el proceso y para con el juez, a fin de que se favorezca a la final con la consecución de una verdad real.

Cuestión importante que identificamos de esta teoría resulta el determinar la dificultad probatoria de una de las partes, pues al respecto hay que tener en cuenta factores tanto económicos, técnicos y jurídicos que puedan dificultar o tornar muy complicada la obtención de pruebas para una de las partes. Para ello es muy útil referirnos a lo que la autora Susana Pasos Méndez entiende por facilidad y disponibilidad probatoria, con respecto a la disponibilidad dice que: “Este criterio implica que es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso, aún gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que

⁹⁶ Taruffo, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Revista de derecho Valdivia. 2003. vol.15. p.210. Internet: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=en&nrm=iso. Acceso: 29/06/2011.

únicamente dependen de la voluntad de la otra. Esta disponibilidad puede ser tanto material (v.gr: tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un dato)⁹⁷. En cuanto a la facilidad dice que: “Se refiere a supuestos en que, si bien la parte podría aportar prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravoso, o incluso más rápido llevar la prueba a autos. Este principio se basa en la buena fe. El estado social se opone a que la sociedad haya de asumir cualquier gasto que favorezca maniobras obstruccionistas o dilatorias”⁹⁸.

No obstante, opinamos que esto no quiere decir que el actor o demandante no tenga que probar algo, pues si quiere beneficiarse con este aligeramiento de la carga, también tiene que realizar un esfuerzo probatorio ya que sólo el invocar la dificultad de aportación no le correspondería ventaja en ese sentido, sin embargo, es necesario que el favorecido se encuentre ante una real dificultad probatoria y no únicamente ante una desventaja. Es de esta manera que Juan Trujillo Cabrera sostiene que: “si el sujeto puede probar, tendrá que hacerlo con independencia de su contraria, la parte con aparente posición desventajosa no puede escudarse en la mejor posición de su contraria, de lo que se desprende que quien argumente una situación de inferioridad, tendrá que desarrollar actividad probatoria, que aunque sea insuficiente ponga de manifiesto su esfuerzo e intención de colaborar.”⁹⁹ Por ello es preferible también que se exija demostrar la mejor condición de posicionamiento probatorio de la otra parte, ya que la solidaridad y colaboración exigen también esfuerzos.

3.4. Aplicación en el Derecho Procesal Laboral.

Esta teoría ha sido utilizada en los últimos años en algunos países latinoamericanos inclusive recientemente en el nuestro, en materias como la responsabilidad médica

⁹⁷ Ignacio Javier Miranda Saldívar citando a Susana Pasos Méndez. Op. Cit. p. 88.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *La carga dinámica de la prueba*. Internet: <http://www.buenastareas.com/ensayos/La-Carga-Dinamica-De-La-Prueba/553991.html>. Acceso: 26/05/2011.

por mala praxis, la responsabilidad civil extracontractual, en casos de simulación de actos o contratos en derecho de defensa al consumidor y derecho laboral, entre otras; pero nuestro afán es tratar de relacionar ciertos elementos de dicha teoría para provecho de nuestro derecho procesal laboral.

Como bien se vio en párrafos anteriores, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba contiene varias reglas y elementos fácticos que se deben tomar en cuenta para que ésta sea aplicada de forma pura y acorde con lo que la institución propone. Sin embargo, a nuestro parecer existen elementos válidos que bien pueden servir para reforzar el procedimiento laboral pero que tienen que ser acoplados de acuerdo a las necesidades de dicha rama, como se intentará ver a continuación.

3.4.1. La ampliación de facultades del juez (rol más activo).

Esta teoría precisamente parte de la idea de que el juez es el principal promotor de la flexibilización en la aplicación de las reglas del onus probandi, el cual, haciendo uso de su discrecionalidad, impone y distribuye de forma facultativa, privativa y excepcional la carga probatoria sobre una parte que inicialmente no la tenía para obtener la información necesaria, la cual la formaliza en una decisión judicial (a posteriori).

De este modo, si bien es deseable una participación más activa del juez en el procedimiento dispositivo como una forma de democratizar el proceso, también es cierto y así lo creemos, que la excesiva discrecionalidad del juez nacional debe ser limitada a través de la ley para evitar excesos, arbitrariedades e irregularidades en su actuar, de manera que, pensamos que es el legislador el que tiene que “flexibilizar” dichas reglas del onus probandi, suplir este rol del juez, reformulando las reglas de distribución de la carga probatoria (redistribución) en la ley, para que se aplique de forma general y ya no sólo excepcional. Carácter excepcional que surge cuando las reglas de reparto de las cargas probatorias generan consecuencias inconvenientes e inocuas a decir de Peyrano, pero reglas que inclusive en nuestro medio no han cambiado desde hace mucho tiempo, con lo cual hace poco favorable la aplicación de

la teoría de las cargas dinámicas de la prueba de manera complementaria como se expone en la teoría pura de la institución y como lo proponen los autores.

3.4.2. La dificultad y facilidad de aportación de prueba de las partes.

Creemos que este factor será de mayor utilidad para el refuerzo del procedimiento laboral, pues como se vio en páginas anteriores, consideramos que existen sobradas razones para creer que el empleador (principal demandado) goza de superioridad tanto económica, técnica como jurídica para producir su propia prueba, ya que en su empresa, industria, planta, etc., descansa la mayor cantidad de prueba que podría ser utilizada en un proceso laboral. Por tanto, el empleador es quien debería aportar todos los medios de prueba con los que cuenta, con lo cual se favorecería a una administración de justicia mas distributiva y mas apegada a la realidad. También es importante adicionar las ideas de Susana Pazos Méndes quien, como se vio en páginas anteriores, trata de dar a entender lo que es la disponibilidad y facilidad probatoria, estableciendo que disponibilidad igualmente tiene que ver con la mayor o menor entidad de la prueba que se aporta. En cuanto a facilidad, la autora resalta la menos gravosidad que le resulta a una de las partes y la rapidez con la que puede aportar prueba al proceso. Es por ello que, y tomando uno de los elementos que construyen la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, podemos decir que el empleador goza de superioridad, prevalencia, mejor condición y mayor aptitud probatoria que el trabajador (disponibilidad y facilidad probatoria). No obstante, la teoría mencionada sostiene también que la carga puede recaer en actor o demandado según las circunstancias, carga que es determinada por el juez como lo vimos en el punto anterior, pero que según nuestro criterio, ésta tarea debe ser asumida por el legislador, el mismo que tomando en cuenta las consideraciones antes dichas y según su experiencia jurídica-social, debe plasmarlas en la ley como presunciones o como nuevas reglas de distribución probatoria favorables a la parte débil de la relación.

Pero no hay que considerar tampoco que el trabajador - actor no tenga que probar algo, pues no es suficiente argumentar la dificultad para que le favorezca esta redistribución, sino también realizar su aporte pues aún siendo éste insuficiente, demuestre igualmente su intención de colaborar para que de esta manera las reglas de redistribución y presunciones que se formulen puedan cobrar vida.

3.4.3. El deber de las partes de contribuir con el juzgador.

A más que contribuir con el juzgador, lo que se debe buscar es la mayor contribución para con el proceso, pues como bien lo menciona la teoría, “las partes carecen del derecho de permanecer ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la contraria”¹⁰⁰, esto como respuesta a la aplicación de las reglas típicas de la contestación de la demanda propias del derecho procesal civil. Ya que la mutua colaboración de las partes favorecería enormemente a la consecución de una verdad real más allá de la material. Además es importante mencionar que la carga probatoria no solo depende en invocar un hecho sino también tener la posibilidad de probarlo, con eso precisamente es con lo que cuenta el empleador, el cual podría aportar más prueba al proceso sin importar si le es de su provecho o no, ya que la buena fe y lealtad procesal no debe responder solamente a la voluntad propia de las partes (subjetividad), sino verse reflejada además en normas que les obligue a colaborar para bien de esos principios procesales.

3.5. Propuesta de Aplicación en el Derecho Procesal Laboral Ecuatoriano.

Por tales motivos, y en aplicación del Principio Tutelar cuando en forma directa el proceso crea desniveles que buscan favorecer al trabajador, creemos que sería favorable la aplicación de lo dicho anteriormente a nuestro procedimiento laboral, ya con el fin de desligarnos un poco más de la premisa propia del derecho procesal civil mencionada muchas veces, el legislador debe considerar todas las ventajas con las

¹⁰⁰ Véase cita número 92.

que cuenta el empleador para producir su prueba y las limitaciones que pesan sobre el trabajador. Para ello, con las razones expuestas en éstas páginas, creemos preciso establecer ciertas presunciones y reglas de distribución de la carga de la prueba que de alguna manera mejoren y reduzcan las desigualdades que encontramos en esta relación jurídico-procesal.

3.5.1. Presunciones.

Para empezar, haremos una breve revisión de lo que son las presunciones y la forma en que ellas actúan. Nuestro Código Civil, en su artículo 32 trata de definir lo que ellas son y al respecto dice:

Art. 32.- Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

A decir de Carlos Lessona, comentando el artículo contenido en el Código Civil italiano¹⁰¹ en el que se define las presunciones y que además guarda mucha relación con la nuestra, sostiene que “con el fin de esclarecer y de desenvolverse en caracteres procesales la definición de la ley, podríamos decir que la presunción como medio de prueba resulta de un razonamiento por el cual de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según medios legítimos, se deduce por el legislador en

¹⁰¹ Al respecto el Código Civil italiano dice en su Art. 1349.- “...las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para llegar a otro desconocido” y que es parecido en muchos códigos.

general, o por el juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que es necesario probar.”¹⁰²

Para refuerzo de lo anterior, Maximiliano García Grande señala que las presunciones “son el resultado de una suposición en base a lo que suele ocurrir en la generalidad de los casos en donde se da un hecho como el acreditado”¹⁰³. Entonces se puede decir que el hecho conocido es el indicio, mientras que el hecho que se deduce de ese indicio es la presunción.

3.5.1.1. Clasificación.

Una vez dada una breve definición de lo que son las presunciones es necesario precisar que ellas se dividen en legales y judiciales¹⁰⁴ o llamadas también simples. Ahora bien, las legales (que están prácticamente definidas en el artículo 32 antes referido y que son de nuestro particular interés) se dividen en presunciones legales absolutas o llamadas también *iuris et de jure*, y las relativas o *juris tantum*. Esta última división depende de si contra ellas cabe o no prueba en contrario, siendo que las presunciones *iuris et de jure* o absolutas están prohibidas ser destruidas y no cabe prueba en contrario, mientras que las relativas o *juris tantum* permiten siempre prueba en contrario.

A fin de profundizar sobre las presunciones que nos ocupan, el autor Paúl Paredes Palacios expone algunas razones y motivos por los cuales las presunciones legales tienen lugar en un sistema jurídico determinado, a decir del profesor son cuatro:

¹⁰² Carlos Lessona. *Las presunciones en el derecho probatorio*. Bogotá. Ed. Leyer. 2006. p. 12.

¹⁰³ García Grande, Maximiliano. *Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables*.
Internet:http://www.ederecho.org.ar/congresoprocesal/Cargas%20Probatorias%20Din%20mic as%20_Grande_.pdf. Acceso: 20-01-2011.

¹⁰⁴ Código Civil ecuatoriano. Art. 1729. - Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 32. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.

a) la facilitación de la demostración de la condición jurídica de los sujetos de derecho, en especial de la persona física, tanto de manera extraprocesal como al interior del proceso respectivo; en el derecho laboral, dado el carácter protector de éste, facilita la acreditación de la condición de los trabajadores (principio *pro operario*);

b) son mecanismos de técnica legislativa necesarias para el funcionamiento del ordenamiento jurídico; en materia laboral, desincentiva las omisiones frecuentes al cumplimiento de requisitos como la inscripción en planillas, medidas de seguridad e higiene, de parte del empleador;

c) facilita el trabajo judicial de apreciación de las pruebas visto en su conjunto al inhibir la libre apreciación de las consecuencias que se puedan derivar de ciertos hechos prefigurados por razones de seguridad jurídica, orden público o simple practicidad;

d) en la dinámica del proceso, como en los casos anteriores, el instrumento presuntivo resulta idóneo para facilitar la prueba de determinado supuesto de hecho del cual dependen las consecuencias jurídicas esperadas por el beneficiario de la presunción.¹⁰⁵

Como se puede ver, las presunciones legales en el campo laborar traerían algunos beneficios, pues incentivarían a que las partes cumplan con las diversas obligaciones que les impone el respectivo cuerpo normativo para que las presunciones posteriormente no los alcancen, además, facilitan la apreciación de la prueba al tiempo que reduce la discrecionalidad, de igual modo otorga identidad a las partes, en especial en esta materia en que las diferencias son más notorias entre una y otra.

3.5.1.2. *Presunciones iuris et de jure o absolutas.*

De manera rápida diremos que las presunciones legales absolutas o *iuris et de jure*, en efecto no permiten prueba en contrario que las desvirtúe o las destruya, en tal

¹⁰⁵ Donaires Sánchez, Pedro citando a Paúl Paredes Palacios en *Los sucedáneos de los medios probatorios*.
Internet:http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/sucedaneos%20de%20los%20medios%20probatorios.htm#_ftnref3 Acceso: 27/10/2010.

caso el juez debe aceptar como cierto el hecho presumido y que le servirá de antecedente.

Para Coromoto Yépez, esta presunción “dispensa de toda prueba a aquel a cuyo favor está establecida (liberación de la carga de la prueba); y, a la inversa, la misma no puede ser destruida por la prueba contraria que, eventualmente, la parte afectada por su aplicación cuidase de deducir; vale como si un determinado hecho fuese admitido.”¹⁰⁶ Este tipo de presunción la encontramos definida en el inciso tercero del artículo 32 de nuestro Código Civil.

3.5.1.3. *Presunciones juris tantum o relativas.*

Como bien se dijo son aquellas que admiten prueba en contrario y que pueden ser destruidas, pero que de no ser así se podrían volver absolutas. A decir de Maximiliano García “las presunciones iuris tantum determinarán el sentido de la carga de la prueba ya que establecen a quien le corresponde aportar la prueba debido a que la legislación, verbigracia, presume su culpa o deuda; o al contrario presume la liberación, absolución o inocencia de la contraparte.”¹⁰⁷

Se dice que en las presunciones tanto juris et de jure como las juris tantum, la parte que las invoca está exenta de probar el hecho que se presume en la ley, siendo que la parte contraria es la que tendrá que rebatirla en el caso de las relativas. No obstante, Lessona hace una precisión al respecto, pues señala que esta regla no debe ser “mal entendida” pues “quien invoca la presunción legal debe probar que existen los hechos sobre los que la ley funda la presunción”¹⁰⁸.

Dicho esto se puede decir que en las presunciones juris tantum o relativas la carga de la prueba recae sobre la contraparte, a la vez que exime hasta cierto punto a la otra. Para fundamentar de mejor manera lo que hemos dicho anteriormente nos apoyamos en Lessona quien dice que “no es permitido combatir la presunción legal impugnando

¹⁰⁶ Yépez Ceballos, Coromoto. *Las presunciones legales y su aplicación en el Derecho Tributario*. Internet: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/116/rucv_1999_116_291-325.pdf. Acceso: 11/10/2011.

¹⁰⁷ García Grande, Maximiliano. Op. Cit.

¹⁰⁸ Carlos Lessona. Op. Cit. p. 56.

de manera general la exactitud de la consecuencia deducida por el legislador de los hechos que sirven de base [...], se trata, por el contrario, de probar circunstancias especiales de hecho, las cuales demuestran que la presunción legal, en aquel caso determinado, no tiene razón de ser”¹⁰⁹, en igual sentido lo sostiene Hugo Alsina.¹¹⁰

3.5.2. De la relación laboral.

Las presunciones legales a las cuales nos hemos referido antes, son de nuestro especial interés, puesto que las relativas o *iuris tantum* al permitir prueba en contrario, al decir de Maximiliano García, tienen la eficacia de cambiar el *onus probandi*, ya que “mientras no concurran los presupuestos de éstas presunciones en el pleito, la carga probatoria no puede ser invertida”¹¹¹. Dicho esto, creemos conveniente establecer una presunción legal relativa respecto de la existencia de una relación laboral entre el trabajador y su empleador; para ello, es preciso mencionar que nuestro actual Código de Trabajo en su artículo 8, define lo que es un contrato individual de trabajo, al respecto dice:

Art 8. - Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.

¹⁰⁹ Carlos Lessona. Op. Cit. p. 159.

¹¹⁰ García Grande, Maximiliano citando a Hugo Alsina en Op. Cit. Hugo Alsina dice: “En ciertos casos la ley regula la carga de la prueba atribuyéndola, no a quien afirma el hecho (constitutivo, impeditivo o extintivo), sino a quien niega su existencia. Ello ocurre siempre que en la ley se establece una presunción *iuris tantum*, que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente. Se funda en las leyes de la naturaleza o en el modo normal de producirse los hechos, y su objeto es dar estabilidad a situaciones jurídicas que, de acuerdo con ellas, pueden considerarse normalmente existentes. El efecto de la presunción es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente el hecho presumido, pero siempre que se halle acreditado el hecho que le sirve de antecedente.”

¹¹¹ García Grande, Maximiliano. Op. Cit

Es así que el mismo código y la propia jurisprudencia ecuatoriana¹¹² no hace diferencia de lo que es una relación laboral respecto a la definición de contrato individual de trabajo, por el contrario tratan a estos dos conceptos de manera indistinta; no obstante creemos significativa la explicación que hace Porfirio Marquet Guerrero de la definición de relación laboral que hace Mario de la Cueva¹¹³, pues destaca algunos elementos esenciales como por ejemplo: “la relación laboral es una situación jurídica objetiva que se crea por el solo hecho de la prestación de un trabajo subordinado, entre un trabajador, el que presta el servicio y un patrón, el que lo recibe. El acto o la causa que le dan origen resulta intrascendente, por lo que puede o

¹¹² 1) Extracto de la Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4394. Quito, 22 de marzo de 1999: *7. De lo expuesto en líneas anteriores lleva indefectiblemente a determinar que entre el accionante y la demanda existió relación laboral sujeta al Código del Trabajo, cuyos elementos están dados por el Art. 8 del referido cuerpo legal que son: acuerdo de voluntades, prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y remuneración fijada por el convenio, la Ley, el Contrato Colectivo o la costumbre. De tales elementos, el más característico es, sin lugar a dudas, la subordinación del trabajador a su empleador;*

2) Extracto de la Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág. 3626. Quito, 21 de septiembre de 1998: *ELEMENTOS DE LA RELACION LABORAL. En todo juicio de trabajo, lo primero que debe hacerse, es demostrar de manera contundente, inequívoca, la existencia de la relación laboral. En la especie, al haber negado los demandados en forma pura y simple la existencia de un vínculo laboral con el actor, correspondía a éste, al tenor de lo dispuesto en los Arts. 117 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, probar en forma categórica y fehaciente la relación de trabajo que afirma en su libelo de demanda. Para que se configure jurídica y legalmente un vínculo laboral, son indispensables tres elementos: 1) Prestación de servicios; 2) Subordinación o dependencia; y, 3) Remuneración. La carencia de uno de estos tres elementos, dará lugar a cualquier tipo de relación, menos laboral.*

3) Extracto de la Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 9. Pág. 1876. Quito, 28 de mayo de 1980. *TERCERA INSTANCIA.CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO. Los elementos de la relación de trabajo constan en el Art. 8 del Código Laboral y en su expresión más simple se definen como: 1. Servicio personal; 2. Dependencia; y 3. Salario. La jurisprudencia nacional profusa al respecto y la técnica y dogmática jurídica están acordes en que donde existe concurso plural de servicios y contratación que requiere por su esencia de varias personas, en las que no predomina el servicio individual no existe contrato individual de trabajo.*

¹¹³ Marquet Guerrero, Porfirio citando a Mario de la Cueva en *El Contrato y la Relación de Trabajo*. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. México. Universidad Autónoma de México. 2003. p 525. Mario de la Cueva sobre la idea de la relación de trabajo dice: “...una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias.”

no tratarse de un acto contractual, o incluso en el contrato las partes pudieran haber convenido, en apariencia, algún otro acto jurídico distinto a un contrato de trabajo...”¹¹⁴, la cual creemos es acorde a la jurisprudencia que citamos en anteriores paginas y que hace mención al principio de la primacía de la realidad presente en el derecho laboral, que sostiene que “casi todos los tratadistas en materia laboral dan primacía y algunos, exclusividad a la relación laboral antes que al contrato de trabajo”¹¹⁵, por tal motivo opinamos que sería importante que se debata y se trate de identificar en nuestro medio jurídico lo que es un contrato de trabajo y una relación laboral. No obstante, ese tema es parte de un extenso debate que confronta una corriente contractualista con raíces civilistas contra una vasta teoría de la relación laboral, el cual no es parte de nuestro estudio en este momento.

Basta decir que con el afán de responder y seguir con los pronunciamientos hechos por nuestra ex Corte Suprema de Justicia, los cuales como se dijo anteriormente conciben de manera similar a estos dos conceptos, pretendemos figurar que en nuestra legislación, se *presuma la existencia de un contrato o relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y subordinado, y quien lo recibe*. Como se puede ver es una presunción juris tantum que favorece al trabajador y que carga la prueba al empleador, pero que puede ser destruida con prueba en contrario. Sin embargo, para que la presunción legal se active y favorezca al trabajador que la invocó, tiene que éste probar los hechos base de la presunción, como es la demostración de la prestación de un servicio personal subordinado y el beneficiario del servicio. Como se puede ver, ésta presunción al igualar contrato y relación de trabajo, lo que pretende es dotar de la misma eficacia a ambos conceptos como plantea la Corte.

Por su parte, la jurisprudencia ecuatoriana¹¹⁶ sostiene que la relación de trabajo, de acuerdo con el artículo 114 del CPC, tiene que ser probada por el trabajador - demandante, ya que una vez hecho esto, el empleador - demandado tendrá la carga

¹¹⁴ Marquet Guerrero, Porfirio. Op. Cit. p. 526.

¹¹⁵ Véase cita numero 86.

¹¹⁶ Véase cita número 112, extracto numero 2.

de probar que ha satisfecho todas las obligaciones contractuales y legales correspondientes de este vínculo (hechos negativos). Pero a nuestro parecer, con la inclusión de la presunción antes dicha, lo que se busca es reducir el desequilibrio procesal que se presenta en este campo jurídico, pues sobre el trabajador recae toda la actividad probatoria como lo ordena el artículo precitado, es así que si el demandante quiere beneficiarse de la presunción tendrá que realizar un esfuerzo probatorio mínimo, y una vez hecho esto, el empleador por tener más disponibilidad de producir su propia prueba y mayor facilidad por estar en contacto directo con ella, podrá desvirtuar tal presunción, argumentando y probando la inexistencia de tal prestación personal subordinada, o que si bien aceptando la existencia de una relación ésta es de otra índole distinta de la laboral, o bien demostrando de que no es beneficiario de tal servicio, entre otras cosas. De igual manera, creemos que el juramento deferido contenido en el artículo 593 de nuestro Código de Trabajo vigente, es insuficiente ya que no ayuda a probar la existencia de la relación laboral puesto que como bien lo menciona el citado artículo, sólo prueba tiempo de servicios y remuneración percibida siempre y cuando no existan otras pruebas en el proceso que ayuden a determinar aquello, es decir, solamente se puede recurrir a ella de manera excepcional.

Al respecto Néstor de Buen manifiesta que con esta presunción “se trata de conceder a quien presta un servicio personal una ventaja: salvo que el patrón demuestre lo contrario, toda prestación de servicio será laboral. Ello significa que presuntivamente el prestador del servicio tendrá derecho a que se le aplique el estatuto laboral, siempre mucho más generoso que cualquiera de los otros que en la etapa actual del derecho regulan las prestaciones de servicio.”¹¹⁷

Para Juan Montero Aroca, autor español, las presunciones desvirtuables son “reglas especiales de distribución derivadas de la política legislativa que considera prudente hacer recaer la prueba sobre la parte contraria que pretende desvirtuar lo presumido, por serle más fácil y disponible la prueba en contrario.”¹¹⁸

¹¹⁷ Marquet Guerrero, Porfirio citando a Néstor de Buen. Op. Cit. p. 531.

¹¹⁸ Humberto Bello Tabares citando a Juan Montero Aroca. Op. Cit. p. 242.

Por otro lado el autor español cree que este tipo de presunciones no son una verdadera dispensa probatoria sino que “el legislador ha considerado que el hecho por ser de difícil demostración, se le dota de una presunción cuya prueba en contrario corresponde a quien pretende desvirtuarlo, por tal motivo, las presunciones [...] constituyen una especial forma de atribuírsela a quien no beneficia el hecho presumido pero que interesa desvirtuarlo”.¹¹⁹ Es por ello que nos adherimos al pensamiento de Montero Aroca en el sentido de que la carga de la prueba que ahora recae sobre el demandado no proviene de una inversión sino que es el resultado de una distribución (o redistribución) de la carga probatoria provocada por las presunciones que la ley ha contemplado, en función de la facilidad y disponibilidad probatoria con la que goza.

Es necesario aclarar que las reglas de la carga de la prueba contenidas en los artículos 113 y 114 del CPC siguen vigentes, simplemente que por disposición misma de la ley la distribución de ella cambiaría, puesto que cuando el trabajador invoque la norma y pruebe los hechos base de la presunción, contaría en efecto con la presunción de existencia de relación laboral, en ese caso el empleador al negar los hechos base de la presunción, implica que deba alegar nuevos hechos que la destruyan, con lo cual no puede llanamente limitarse a negarlos o rechazarlos.

Ahora bien, si el trabajador - actor no logra probar los hechos de la presunción que invoca, el empleador - demandado puede contestar de forma simple y negativa la existencia de una relación laboral con lo cual no tendría que alegar ni probar nuevos hechos que intenten destruir la presunción que no ha sido llenada, con lo que el trabajador tendría la necesidad y la carga de probar los hechos que en efecto acrediten la existencia de tal relación.

3.5.3. Del despido.

Una de las tantas posibilidades que abre la existencia de la relación laboral, es precisamente alegar el despido del que puede ser víctima el trabajador, al cual le ha

¹¹⁹ Humberto Bello Tabares citando a Juan Montero Aroca. Op. Cit. p. 242.

ocasionando grandes problemas probatorios provocando que muchas acciones de este tipo sean rechazadas por los jueces, convirtiéndolo así de nuestro especial interés debido a las indemnizaciones que no podría percibir el trabajador debido al no progreso de este tipo de acciones, indemnizaciones que comprenden los artículos 181 y 188 del Código de Trabajo, según sea el caso. Al respecto hay que decir que existe abundante jurisprudencia nacional que mantiene el principio de la carga de la prueba del derecho procesal civil en el sentido de que el despido debe probarlo quien lo alega.¹²⁰

Así lo analiza John Alarcón Pozo, quién sostiene además que “la prueba del despido es difícil, pues por lo regular no ocurren decisiones de esta naturaleza en presencia del trabajador”¹²¹. Es por ello que el autor citado analiza que al momento de contestar al despido, el demandado puede hacerlo de dos maneras: 1) que el empleador niegue simplemente el hecho del despido; o, 2) que el empleador objete que la relación laboral se terminó por otra forma.

En el primer caso como se puede ver, la jurisprudencia señala que el onus probandi es del trabajador, siguiendo las reglas del procedimiento civil (artículos 113 y 114 CPC). De darse el segundo caso, el demandado al argumentar otra forma de terminación tendrá la carga de probar su dicho, la causal invocada (artículo 113 CPC).

Si en la negativa implica una afirmación como por ejemplo que se insinúe abandono o decisión del trabajador de poner término al contrato, de igual manera corresponde al empleador probar. En caso de que el demandado no demuestre el abandono, una parte de la jurisprudencia ha sostenido que ello implica que hubo despido, mientras que otro sector exige que en todo caso debe justificarse el despido.

¹²⁰ Extracto de la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3990. Quito, 10 de abril de 2003. *DESPIDO INTEMPESTIVO. La Legislación y la Jurisprudencia son reiterativas en conceptuar al despido intempestivo como un hecho de carácter objetivo que debe ser plenamente demostrado por quien lo alega y asume la carga de la prueba del mismo, hasta el punto de que cuando para probarlo se recurre a los testimonios, éstos tienen que ser directos y tan suficientemente explicativos y claros como para que no dejen duda de que tal evento y hecho en efecto ocurrió.*

¹²¹ Alarcón Pozo, John. *La carga de la prueba en el derecho procesal ecuatoriano*. Quito. UASB. 2002.

Existe una posición más frontal y hasta cierto punto contraria, frente a la abundante jurisprudencia nacional que existe al respecto, recogida por los autores nacionales Sabino Hernández y Diana Acosta, con la cual compartimos, quienes sostienen que el despido intempestivo es un acto ilegal, prohibido por la ley, “por el cual el trabajador no labora por haberse roto el nexo contractual”¹²², siendo que si el demandado niega tal despido, está afirmando implícitamente que el trabajador ha dejado de ser trabajador por alguna de las causas que contempla el artículo 172 del Código de Trabajo, como son:

Art. 172.- Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato.- El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, en los siguientes casos:

1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor;
2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;
3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;
4. Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, o a su representante;
5. Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió;
6. Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Mas, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y,
7. Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.

Entonces, si el trabajador incurre en una de estas causales, el empleador debe presentar la resolución del Inspector del Trabajo que autorice la terminación de la relación laboral, conocido como “visto bueno”. De no contar con esta autorización, el

¹²² Diana Acosta de Loor. Op. Cit. p. 73.

empleador - demandado deberá probar en ese caso que la relación concluyó por una de las causas legales que reconoce el artículo 169 del Código del Trabajo, que son:

Art. 169.- Causas para la terminación del contrato individual.- El contrato individual de trabajo termina:

1. Por las causas legalmente previstas en el contrato;
2. Por acuerdo de las partes;
3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;
4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio;
5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo;
6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;
7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código;
8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y,
9. Por desahucio.

Siendo así, nosotros creemos que en caso de despido intempestivo se debería dar una nueva distribución del onus probandi pues una vez más el empleador - demandado, cuenta con una ventaja probatoria ya que el propio Código de Trabajo en el artículo 42 que trata de las obligaciones del empleador, ordena:

Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador:

7. Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y de salida; el mismo que se lo actualizará con los cambios que se produzcan;

Con estos antecedentes, pensamos conveniente que en la legislación de la materia se incluya una regla de distribución probatoria que ordene que *una vez que se pruebe la terminación de la relación de trabajo (despido), corresponderá al demandado probar las causas que produjeron dicho hecho*. Pues como se puede ver el empleador tiene la obligación de llevar un registro de sus trabajadores el cual debe

ser actualizado con todos los cambios que se realicen, con lo cual debería justificar su actuación respecto a ese hecho.

Cabe precisar que la Corte sostiene que: “El despido tipificado en la ley y de acuerdo con las múltiples resoluciones adoptadas supone una identificación objetiva, fáctica y circunstancial que demuestra el afán, el ánimo del empleador de terminar unilateralmente la relación laboral”¹²³; sin embargo, en la misma decisión se menciona que “el despido a de entenderse no solo el empellón, la palabra airada o la expresión de que así sea sino cualquier medio idóneo tendiente a ello como el cierre de oficinas, la amenaza de fuerza expresada aunque sea por interpuesta persona, etc.”¹²⁴ De acuerdo con ello, “la configuración del despido intempestivo no se realiza necesariamente a través de un acto unilateral y arbitrario por parte del empleador, también hay casos, a los que la doctrina denomina despidos indirectos, denominación que corresponde a todas las situaciones en las cuales por un comportamiento del empleador, el trabajador se considera en situación de despido”¹²⁵, todo lo dicho

¹²³ Extracto de la Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2671. Quito, 3 de febrero de 1998. [...]El despido tipificado en la ley y de acuerdo con las múltiples resoluciones adoptadas supone una identificación objetiva, fáctica y circunstancial que demuestra el afán, el ánimo del empleador de terminar unilateralmente la relación laboral. 2) En los autos no consta prueba alguna de que el accionado haya terminado la mentada relación por una de las formas o modalidades legales establecidas en el Código de Trabajo. 3) El informe del Inspector del Trabajo, constante en autos es no sólo valioso sino terminante prueba instrumental de que se le negó el acceso al trabajador a las instalaciones de la Empresa donde desempeñaba las funciones contractuales de él y de conformidad al memorándum cuya copia se adjunta, fijado también en la cartelera, se determina el día y la hora de la prohibición de entrada, lo cual indudablemente imposibilitó que el trabajador puede continuar prestando sus servicios, configurando así el despido o sea la decisión unilateral del empleador de terminar el vínculo, tanto más que el despido a de entenderse no solo el empellón, la palabra airada o la expresión de que así sea sino cualquier medio idóneo tendiente a ello como el cierre de oficinas, la amenaza de fuerza expresada aunque sea por interpuesta persona, etc. como ocurre en la especie por medio de los guardías y Jefe de Personal que en forma objetiva y clara se hace conocer al trabajador aún en presencia de la Autoridad de concluir el vínculo.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Extracto de la Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2388. Quito, 9 de septiembre de 1997. CONFIGURACION DEL DESPIDO. La configuración del despido intempestivo no se realiza necesariamente a través de un acto unilateral y arbitrario por parte del empleador, también hay casos, a los que la doctrina denomina despidos indirectos, denominación que corresponde a todas las situaciones en las cuales por un comportamiento del empleador, el trabajador se considera en situación de despido. Sobre el punto, la empleadora solicitó al actor que le entregue toda la documentación en lo concerniente a saldos y deudas de los clientes de la empresa, en tal virtud, se crearon condiciones que

anteriormente a efecto de determinar ciertos elementos que deberá tomar en cuenta el demandante al momento de hacer su aporte probatorio mínimo respecto del cese de la relación; en todo caso también habrá que considerar los dos últimos incisos del artículo 188 del Código de Trabajo, respecto de la voluntad escrita del empleador de reafirmar el hecho del despido o del reintegro.

En esa línea, en caso de que el visto bueno sea negativo para el empleador, tiene la obligación de reintegrar al trabajador a sus labores, y en caso de no hacerlo también se considerará como despido intempestivo lo que generará las indemnizaciones que correspondan, así también lo establece nuestra jurisprudencia.¹²⁶

Volviendo con Sabino Hernández, él de manera categórica dice que: “en los casos en que el demandado conteste de manera negativa se produce la inversión de la carga de la prueba en relación a la forma de la ruptura del nexo contractual, ya que le corresponde al empleador probar las causas legales de su conducta o las ilegales de la conducta del trabajador”.¹²⁷ Se cree además que es más justo lo que algunos tratadistas como Miguel Bermúdez y Luis Jaramillo, citados por John Alarcón, llaman “inversión de la carga de la prueba”, la que consiste para ellos en que en “los juicios por despido, al trabajador le toca probar la existencia de la relación y el hecho de ya no estar laborando o fuera del trabajo; y si aquellas circunstancias son negadas por el patrono, le toca a él demostrar los hechos que invoque como causa justificada de terminación del contrato. Pues la negativa del patrono envuelve la afirmación de dos hechos: que el trabajador sigue en el trabajo o que se separó voluntariamente”.¹²⁸ No obstante creemos una vez más que esa “inversión”, en realidad debe convertirse en

imposibilitaban la continuidad de la prestación del servicio, colocándole al trabajador en trance de no proseguir en la empresa.

¹²⁶ Extracto de la Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10. Pág. 2914. Quito, 25 de Junio de 1990. *NEGATIVA DE VISTO BUENO. El demandado no acató la resolución negativa del Inspector de Trabajo de dar por terminada la relación laboral, por estimarla injusta, y no reintegró a la trabajadora, según era su obligación. Precisamente esa actitud es sancionada por el artículo 600 del Código del Trabajo como despido intempestivo. Caben, por lo mismo, de acuerdo al claro tenor de dicha norma, las indemnizaciones y bonificación que por el despido intempestivo exige en su demanda la trabajadora.*

¹²⁷ Diana Acosta de Loor citando a Sabino Hernández. Op. Cit. p. 76.

¹²⁸ Alarcón Pozo, John. Op. Cit. p. 21.

una regla de distribución (redistribución) del onus probandi que debe ser recogida en la legislación, en función a la disponibilidad y facilidad probatoria con la que cuenta el demandado.

No podemos dejar pasar por alto el hecho de que en nuestro actual Código de Trabajo en su artículo 577 que trata sobre la práctica y solicitud de pruebas, si bien el juez cuenta con mayores facultades para cooperar con los litigantes en la obtención y actuación de prueba, es también cierto que con esta presunción y regla de distribución de carga probatoria que hemos mencionado se obliga a las partes a una mayor y más directa cooperación para con el proceso. En el mismo sentido, en líneas finales del citado artículo se menciona:

Si las partes no dispusieren de algún documento o instrumento, deberán describir su contenido indicando con precisión el lugar exacto donde se encuentra y la petición de adoptar las medidas necesarias para incorporarlo al proceso.

El cual creemos guarda estrecha relación con las últimas líneas del último inciso del artículo 581, el cual reconoce la siguiente presunción:

Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de los litigantes se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizare el acceso a documentos o no cumpliere con un mandato impuesto por el juez, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia.

Es válido anotar que en los fragmentos de los artículos 577 y 581 que hemos citado antes, se ve como la ley permite a las partes obtener y pedir pruebas en caso de no contar con ellas y su respectiva consecuencia en caso de no hacerlo, dejándose notar una vez más la primacía del principio dispositivo que rige en este procedimiento; sin embargo, creemos que con la presunción y regla de distribución mencionadas, se incentiva a que las partes colaboren de manera anticipada con la aportación de prueba puesto que tendrán más interés en desvirtuar las presunciones que puedan alcanzarlas y cumplir con las reglas de onus probandi que les impone la ley, pues de ello dependerá el éxito de su defensa, contribuyendo de esta manera con la celeridad del proceso y a que se reduzca en cierta medida la falta de colaboración, además de

que se beneficiará la lealtad y buena fe de las partes, pues este procedimiento al ser más tuitivo debe tender a la reducción de maniobras obstruccionistas y dilatorias que la misma ley pueda permitir.

No podemos dejar de mencionar que el segundo inciso del artículo 581 del Código de Trabajo ha sido expulsado del ordenamiento jurídico mediante sentencia emitida por la Corte Constitucional, pues se lo consideraba inconstitucional al limitar ciertos derechos de tutela judicial, de contradicción y de debido proceso.¹²⁹

3.5.4. Ejemplos de presunciones existentes en el Código de Trabajo.

Es importante también decir que nuestro Código de Trabajo cuenta con otras presunciones y reglas de distribución probatoria, y que a manera de ejemplo mencionaremos algunas, entre ellas la que recoge los últimos incisos del artículo 20:

En caso de no haberse celebrado contrato escrito, el adolescente podrá probar la relación laboral por cualquier medio, inclusive con el juramento deferido.

Siempre que una persona se beneficie del trabajo de un adolescente, se presume, para todos los efectos legales, la existencia de una relación laboral.

En la que se puede ver que se da suma importancia al juramento deferido como medio de prueba de la relación laboral, y el establecimiento de una presunción legal absoluta o llamada también *iuris et de jure*, que no admite prueba en contrario.

¹²⁹ Extracto de la sentencia de la Corte Constitucional, Sentencia N.º 031-10-SCN-CC. Quito, D. M., 02 de diciembre del 2010. *Declara que el contenido del inciso segundo del artículo 581 del Código del Trabajo, que señala “Si una de las partes ha obtenido directamente documentos no adjuntados en la diligencia preliminar, necesarios para justificar sus afirmaciones o excepciones, podrá entregarlos al juez antes de los alegatos”, contraviene y vulnera lo dispuesto en los artículos 11, numeral 2; 66 numeral 4, y 75 de la Constitución de la República, por lo que se declara su inconstitucionalidad y se dispone suspender la aplicación con carácter general y obligatorio, con su expulsión del ordenamiento jurídico nacional.*

Como ejemplo de una regla de distribución del onus probandi está el artículo 354 que dice:

Art. 354.- Exención de responsabilidad.- El empleador quedará exento de toda responsabilidad por los accidentes del trabajo:

1. Cuando hubiere sido provocado intencionalmente por la víctima o se produjere exclusivamente por culpa grave de la misma;
2. Cuando se debiere a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por tal la que no guarda ninguna relación con el ejercicio de la profesión o trabajo de que se trate; y,
3. Respecto de los derechohabientes de la víctima que hayan provocado voluntariamente el accidente u ocasionándolo por su culpa grave, únicamente en lo que a esto se refiere y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

La prueba de las excepciones señaladas en este artículo corresponde al empleador.

De igual manera el artículo 59 atribuye la carga de la prueba al empleador si busca la indemnización del trabajador:

Art. 59.- Indemnización al empleador.- Si el trabajador, sin justa causa, dejare de laborar las ocho horas de la jornada ordinaria, perderá la parte proporcional de la remuneración.

En caso de labores urgentes paralizadas por culpa del trabajador, el empleador tendrá derecho a que le indemnice el perjuicio ocasionado. Corresponde al empleador probar la culpa del trabajador.

Una presunción juris tantum contenida en nuestro ya mencionado código es la que se encuentra en el artículo 192, que dice:

Art. 192.- Efectos del cambio de ocupación.- Si por orden del empleador un trabajador fuere cambiado de ocupación actual sin su consentimiento, se tendrá esta orden como despido intempestivo, aun cuando el cambio no implique mengua de remuneración o categoría, siempre que lo reclamare el trabajador dentro de los sesenta días siguientes a la orden del empleador.

De la cual podemos decir que para que favorezca dicha presunción de despido intempestivo que invoque y reclame el trabajador, es preciso que él pruebe la orden

del empleador, el cambio de ocupación y su falta de consentimiento dentro de un plazo de 60 días desde que se haya emitido dicha orden; con lo cual, el empleador deberá desvirtuar los hechos que constituyen la presunción alegando diferentes hechos.

3.6. Tratamiento en el derecho comparado.

El desarrollo de nuestro trabajo ha partido de la revisión y análisis de diversas legislaciones que en Sudamérica existen al respecto, entre ellas mencionaremos de manera rápida las siguientes:

3.6.1. Legislación mexicana.

Para algunos autores mexicanos “la piedra angular del nuevo sistema de la carga de la prueba está plasmada en el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo”¹³⁰, por lo que han considerado y concluido que la carga de la prueba está en manos del patrón. Para ello es necesario citar el artículo en mención:

Artículo 784.- La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios este en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con la leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre:

- I. Fecha de ingreso del trabajador;
- II. Antigüedad del trabajador;
- III. Faltas de asistencia del trabajador;

¹³⁰ Vesga Urbina, Eduardo. *La carga de la prueba de la prueba en el procedimiento laboral: dos casos prácticos*. Internet:<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-15.pdf> Acceso: 23/02/2010.

- IV. Causa de rescisión de la relación de trabajo;
- V. Terminación de la relación o contrato de trabajo para obra o tiempo determinado, en los términos del artículo 37 fracción I y 53 fracción III de esta ley;
- VI. Constancia de haber dado aviso por escrito al trabajador de la fecha y causa de su despido;
- VII. El contrato de trabajo;
- VIII. Duración de la jornada de trabajo;
- IX. Pagos de días de descanso y obligatorios;
- X. Disfrute y pago de las vacaciones;
- XI. Pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad;
- XII. Monto y pago del salario;
- XIII. Pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas;
y
- XIV. Incorporación y aportación al Fondo Nacional de la Vivienda.

Lo que comenta Eduardo Vesga Urbina, autor mexicano, es que para algunos autores este artículo constituye un gravamen injusto para los empleadores, mientras que para los defensores de dicho artículo “no es sino una réplica del principio de quien afirma, está obligado a probar”¹³¹.

El citado autor mexicano considera que la disponibilidad y posibilidad con la que cuenta el empleador deviene de la obligación que tiene de conservar ciertos documentos¹³², que le permitirían desvirtuar los extremos. De la misma manera, no cree que con ello se exima al trabajador de la carga de probar por un principio proteccionista, sino que el empleador, por las situaciones contempladas por el legislador mexicano, está en mejores condiciones de probar, y que de no presentarlos se constituirá una presunción a favor del trabajador.

Considera que el principio rector del proceso civil muchas veces mencionado, y criticado por ser aplicado en el derecho procesal del trabajo, prevalece de manera general, pero que de forma conjunta se mantienen los criterios de que debe probar aquel que esté en mejores condiciones o aptitudes de hacerlo.

¹³¹ Vesga Urbina, Eduardo. Op. Cit.

¹³² Ley Federal de Trabajo. Art. 804.

Para Eduardo Vanegas López, con respecto al artículo 784 y 804 de dicha ley, dice que: “si bien es cierto en la contienda pudiera generarse la equidad procesal, la misma inclinará en su momento la balanza a la parte trabajadora, toda vez que es responsabilidad total del empleador el llevar todos los registros de carácter administrativo que se deriven de la prestación de servicios subordinados, llámese relación de trabajo o contrato de trabajo, de no contar con esos documentos tales como recibos de pago, nómina, tarjetas de asistencia [...] ,la carga de la prueba en el procedimiento laboral de manera invariable le corresponderá al patrón, ya que el trabajador a lo único que se encuentra obligado es a prestar los servicios para los cuales fue contratado más no para estar preocupándose de si tiene sus papeles y recibos...”¹³³; pero no hay que olvidar que todo ello se deriva de la existencia previa de un contrato y relación laboral la cual también goza de presunción¹³⁴ en la legislación laboral mexicana, en la cual se equipara a estos dos conceptos.

3.6.2. Legislación venezolana.

Por su parte la legislación venezolana contiene disposiciones parecidas en sus artículos 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los mismos que transcribimos a continuación:

Artículo 65.- Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba.

Artículo 72.- Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando

¹³³ Eduardo Antonio Vanegas López. *Procedimiento laboral mexicano en nuestros días*. México. Instituto Politécnico Nacional. 2007. p. 30.

¹³⁴ Ley Federal de Trabajo. Art. 21. Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.

Hay que decir que a raíz de estos dos artículos se ha levantado una gran discusión doctrinal en el país venezolano, en el cual Humberto Bello Tabares ha expuesto su opinión de la siguiente manera: “En el proceso laboral [...] el demandado siempre asume la carga de la prueba, pues al obligarlo la ley a contestar en forma específica debiendo aportar el hecho exceptivo de descargo - pues no puede contestar genéricamente limitándose a negar y rechazar los hechos - siempre asumirá la carga de demostrar el hecho exceptivo por ser presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le beneficia y que solicita”¹³⁵.

Por otro lado, el autor critica la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de su país, pues la jurisprudencia pronunciada por ella, todavía es partidaria de la tesis de la “inversión de la carga de la prueba”, a la que considera caduca pues cree que si bien los resultados son parecidos a la de las tendencias de la disponibilidad y facilidad probatoria como “reglas correctivas de la distribución de la carga probatoria”¹³⁶, cree también que es desatinada pues no se está ante una inversión sino ante una distribución resultado de los alegatos nuevos que aporta el demandado en la contestación, de igual manera cuando opera la presunción de relación laboral no lo hace por inversión sino por distribución, además que las presunciones producen una “saturación o satisfacción”¹³⁷ de la carga probatoria que favorece a la parte a la que ampara, importándole a la otra parte aportar contraprueba que destruya la presunción.

¹³⁵ Humberto Bello Tabares. Op. Cit. p. 246.

¹³⁶ *Ibíd.* p. 253.

¹³⁷ *Ibíd.* p. 254.

4. CONCLUSIÓN.

Como se ha podido ver, las directrices sobre la carga de la prueba presentes en el Derecho Procesal Civil, y en específico en nuestro actual Código de Procedimiento Civil, se han extendido sobremanera en el procedimiento laboral ecuatoriano al punto que creemos que se le ha atribuido al trabajador, principal demandante en los litigios de ésta rama jurídica, una enorme carga probatoria en ciertos casos; lo cual no ha favorecido a nuestro criterio, entre otros, con los principios de concentración, inmediación, verdad procesal, buena fe y lealtad procesal, ya que al ser el procedimiento laboral un camino que busca tutelar lo más pronto posible los derechos de los trabajadores, lo ideal sería que las partes presenten por interés propio las pruebas que les favorezca, colaborando a que se reúnan en los menores momentos procesales posibles los diferentes actos a llevarse, así como estrechar más el vínculo que debe existir entre todos los actores y elementos que configuran el procedimiento, trabajando conjuntamente en busca de una verdad procesal más apegada a la realidad a través del cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen las partes para con ellas, evitando en lo posible dilatar o trabar el proceso.

Por otro lado, la prueba entendida como aquel acto que permite la verificación y existencia de ciertos hechos, cuenta también con varios principios que a nuestro parecer en el procedimiento laboral ecuatoriano podrían ser fortalecidos, es así que tomando como referencia algunos de estos principios como el de comunidad de la prueba, pertenencia, conducencia y lealtad creemos que con su mejor aplicación se favorecería a la búsqueda y obtención de una verdad real mas allá de una verdad material ya que las pruebas dejan de ser de las partes para convertirse en propiedad del proceso en común y de conocimiento general, además la pertinencia exige que se aporte pruebas que guarden estrecha y directa relación con los hechos que se exponen, así también las pruebas deben evitar a que el juez cometa errores como producto de un engaño provocado por la deslealtad de las partes.

Por su parte, el Derecho Laboral al ser parte del Derecho Social, por naturaleza tiende a ser tuitivo y protector de cierta parte de la sociedad, que en el caso específico son los trabajadores, a quienes se los considera más vulnerables en varios aspectos como el económico, jurídico, cultural, etc. En ese sentido, como

pilar fundamental y de la cual se deriva toda la estructura del Derecho Laboral encontramos el Principio Tutelar, entendido como la directriz sobre la cual se debe buscar la reducción de las desigualdades y vulnerabilidades con las que se encuentra el trabajador, creando para ello, otras desigualdades que las compensen, pero que definitivamente tienen que ser transformadas y materializadas en normas que otorguen un mejor amparo a los derechos laborales.

Ahora bien, nuestro Derecho Laboral en efecto cuenta con sus propios principios, instituciones y normas que le otorgan su propia identidad pero no así en el campo procesal laboral pues su dependencia y subsidiariedad al procedimiento civil es innegable, lo que ha hecho pensar y con válidas razones a que las normas sustantivas que protegen y garantizan al trabajador también se transmitan al procedimiento, que esas desigualdades compensatorias asimismo se hagan presentes en el proceso que de igual forma debe ser tuitivo y protectorio, como no lo es por su parte el civil. Es por ello que consideramos que nuestro Derecho Procesal Laboral debe guardar más distancia e independencia del Procesal Civil, pues si bien el laboral nace necesariamente de aquel, también es cierto que con un procedimiento laboral más acorde con los principios del derecho laboral se proyectaría de mejor manera los derechos en pro del trabajador. Bien se puede sostener que el procedimiento civil es un mecanismo que busca tutelar derechos de las partes que están en iguales condiciones, pero en el caso de lo laboral esa igualdad no sería el punto de partida, pues la igualdad sería el fin de aquel proceso.

En ese sentido, el Principio Tutelar debe hacerse presente para nuestra forma de ver, en la carga de la prueba, entendida ella como el interés jurídico que tienen las partes de probar los hechos que proponen, pues para dar primacía a la realidad, según varios autores señalados a lo largo del trabajo, el proceso laboral debe conceder ciertos privilegios al trabajador respecto del empleador a fin de que se pueda superar en cierta medida la dificultad probatoria con la que se encuentra el primero. Al respecto, la opinión de varios autores tanto nacionales como internacionales referente a la carga de la prueba es importante pues consideran que la idea de “quien afirma está obligado a probar” propio del Derecho Procesal Civil, no es del todo aplicable en materia laboral, pues los típicos sujetos que participan en esta clase de litigios, trabajador - empleador, no se encuentran en igualdad de

condiciones tanto económicas, jurídicas y sociales, lo que a la postre se puede proyectar en una desigualdad probatoria del uno respecto del otro. Es así que, cuando los actores deben aportar con pruebas al proceso, muchas veces esta actividad se ha complicado para una de las partes pues las pruebas que justificarían los hechos alegados están en manos de la contraparte. En ese caso se configura una disponibilidad y facilidad probatoria para una de las partes que a decir del Derecho Laboral estaría a favor del empleador, pues él al contar con mayores medios administrativos y técnicos, debería llevar un registro actualizado y ordenado de los movimientos laborales que se den en su empresa.

Como respuesta a lo anterior, la teoría de la “inversión de la carga de la prueba” con el fin de intentar reducir la desigualdad probatoria que se ha generado entre las partes en materia laboral propone invertir el onus probandi a cargo del empleador. Nuestra jurisprudencia acepta la inversión de la carga de la prueba en los términos que se expusieron en el trabajo, no obstante creemos que lo que se debería dar es una distribución o una redistribución del onus probandi como producto de nuevas reglas y presunciones en ese sentido.

Existe la teoría de las cargas dinámicas de la prueba la cual como se pudo revisar, otorga una mayor discrecionalidad en el actuar del juez, en especial en materia probatoria, lo cual considero que en nuestro medio produciría desconfianza e inseguridad jurídica entre los usuarios del sistema judicial pues daría paso a excesos e irregularidades. De esta forma creemos que la aplicación rígida y literal de esta teoría no sería factible en nuestro medio, con lo cual pensamos que el sujeto llamado a realizar esta redistribución de las cargas de la prueba debería ser el legislador, el cual en base a criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, plantee presunciones y reglas de distribución de carga probatoria que favorezca al trabajador. Es por ello que consideramos que se debería establecer la presunción de relación laboral en los términos que hemos expuesto, pues de ella se derivan las demás consideraciones que la ley laboral contempla para el empleado. Pues las presunciones incentivan a que las partes eviten las omisiones en el cumplimiento de los requisitos y obligaciones que tiene el empleador para con sus empleados al momento de formalizar las relaciones; además, que facilita hasta cierto punto con la apreciación de prueba que el juez deba realizar de ellas. Pero ello no quiere decir,

insistimos, en que el trabajador - demandante no tenga que probar nada pues de hecho deberá realizar una actividad probatoria mínima si busca que la presunción que ha invocado le favorezca.

Por otro lado, en materia de despido, por ser ella de difícil demostración ha provocado que la Corte en reiteradas ocasiones desestime estas acciones por no probar el actor suficientemente dicho hecho, frente a lo cual nos parece interesante la posición del autor Sabino Hernández en la que el demandado al negar tal despido afirma implícitamente que el trabajador dejó de laborar por alguna de las razones que contempla nuestro Código de Trabajo, con lo cual corresponde a él demostrar las causas de tal hecho. De igual manera, con ello se contribuiría a que la terminación de las relaciones laborales se lleven a cabo siguiendo el proceso jurídico - administrativo que la ley prevé a fin de no lesionar derechos fundamentales del trabajador; pues con todo lo dicho, se favorece y fortalece a los principios que hemos mencionado, tanto del procedimiento como de la prueba, procurando una administración de justicia más inmediata. Sin embargo, hay que mencionar que el despido intempestivo no es el único caso en el que se podría incluir este tipo de presunciones, pues se podría formular igual hipótesis en el caso de vacaciones, pago de utilidades, etc.

Ha sido fundamental la revisión de legislación y doctrina internacional en el presente estudio, en especial de países latinoamericanos, pues a través de ellas hemos logrado identificar que las reglas y presunciones que se puedan construir, pueden servir para corregir algunos problemas probatorios que se puedan presentar en este campo y que han sido establecidos previamente en la jurisprudencia, ya que la ley puede subsanar prácticas judiciales que puedan considerarse incorrectas.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- ACOSTA DE LOOR, Diana. *Principios y Peculiaridades Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo*. Ecuador. Editorial Edino. 2008.
- ALARCÓN POZO, John. *La Carga de la Prueba en el Derecho Procesal Ecuatoriano*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. 2002.
- BELLO TABARES, Humberto. *Las Pruebas en el Proceso Laboral*. Segunda Edición Revisada y ampliada. Caracas- Venezuela. Ed. Paredes 2008.
- BERMÚDEZ CISNEROS, Miguel. *Derecho Procesal del Trabajo*. México. Editorial Trillas. Segunda reimpresión. 2002.
- CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Quinta Edición. Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Editorial Arayú. Buenos Aires 1955.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Composición del Proceso*. Ed. UTEHA. Buenos Aires. 1944.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México. Jurídica Universitaria. 2001.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo. Edit. Ibd. Cuarta edición. 2002.
- CUEVA CARRIÓN, Luis. *El Juicio Oral Laboral. Teoría, Práctica y Jurisprudencia*. Editorial Cueva Carrión. 2006.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. MORGADO VALENZUELA, Emilio. *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM. 1997.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales*. Bogotá. Editorial ABC. Tercera edición. 1973.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I* Buenos Aires. Victor D. De Zabalía Editor. 1981.
- FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos. *Derecho Laboral. Doctrinas Esenciales. 1936-2010. Tomo I*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2010.

- JARAMILLO PÉREZ, Luis. *Jurisprudencia de los Conflictos Individuales de Trabajo*. Editorial Universitaria. Segundo Tomo. Quito - Ecuador. 1959.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia; REYNOSO CASTILLO, Carlos y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. *La Justicia Laboral: Administración e impartición*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005.
- LESSONA, Carlos. *Las Presunciones en el Derecho Probatorio*. Ed. Leyer. Bogotá. 2006.
- LESSONA, Carlos. *Teoría de las Pruebas en Derecho Civil*. Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.
- PALOMEQUE CRESPO, Francisco. *Las Cargas Procesales en el Derecho Civil Ecuatoriano*. Editorial Universidad de Guayaquil. 1991.
- MARIÑO PAREDES, Juan Patricio. *La Audiencia Preliminar en el Proceso Oral Laboral*. Quito. Ecuador. Programa de maestría en derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. 2009.
- MARQUET GUERRERO, Porfirio. *El Contrato y la Relación de Trabajo*. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. México. Universidad Autónoma de México. 2003.
- MIRANDA SALDÍVAR, Ignacio Javier. *Las Cargas Probatorias Dinámicas*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. 2009.
- PAYÁN MORENO, Simón. *La Carga de la Prueba y su Estructura Jurídica en Materia Civil*. Bogotá. Imprenta Deptal – Cali. 1965.
- PAZMIÑO BALLESTEROS, Marcelo. *La Reversión del Onus Probandi en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Quito. Ecuador. Programa de maestría en derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. 2009.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1978.
- TRUJILLO, Julio César. *Derecho del Trabajo*. Quito - Ecuador. T. I. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Segunda edición. 1986.
- VANEGAS LÓPEZ, Eduardo Antonio. *Procedimiento Laboral Mexicano en Nuestros Días*. México. Instituto Politécnico Nacional. 2007.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

- Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 9. Pág. 1876. Quito, 28 de mayo de 1980.
- Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 12. Pág. 2797. Quito, 25 de agosto de 1981.
- Gaceta Judicial. Año LXXXIX. Serie XV. No. 6. Pág. 1588. Quito, 13 de julio de 1989.
- Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10. Pág. 2914. Quito, 25 de Junio de 1990.
- Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2388. Quito, 9 de septiembre de 1997.
- Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2671. Quito, 3 de febrero de 1998.
- Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. Pág. 3164. Quito, 1 de julio de 1998.
- Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág. 3626. Quito, 21 de septiembre de 1998.
- Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4394. Quito, 22 de marzo de 1999.
- Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 224. Quito, 3 de mayo de 1999.
- Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3990. Quito, 10 de abril de 2003.
- Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 229. Quito, 20 de julio de 2004.
- Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1551. Quito, 29 de marzo de 2007.
- Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2876. Quito, 17 de julio de 2009.
- Registro Oficial 412 de 6 de abril de 1990.
- Registro Oficial 84 de 11 de Junio de 1997. Expediente 108.
- Registro Oficial 275, 13 de marzo de 1998. Expediente 271.

- Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011. Suplemento. Sentencia 031-10-SCN-CC.
- Resolución No. 255-2004, Segunda Sala, R.O. 355, 13-IX-2006.
- Expediente 127, Registro Oficial 630, 31 de Julio del 2002.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

- Código Civil. Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de Junio de 2005.
- CODIFICACION DEL CODIGO DEL TRABAJO. Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de Diciembre del 2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial. Publicado en el Registro Oficial Suplemento, Registro Oficial N° 544.
- Código de Procedimiento Civil. Suplemento del Registro Oficial No. 58 del 12 de Julio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

- Ley Federal del Trabajo. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de Abril de 1970. Texto Vigente, última reforma publicada DOF 17-01-2006.
- Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.152 Ext. de 19 de Junio de 1997.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.
- Ley Procesal del Trabajo del Perú. Ley N° 26636.
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral de Perú. D.S. N° 003-97-TR. Fecha de publicación: 27.03.97.
- Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo del Perú. D.S. N° 001-96-TR(26/01/96).

INTERNET.

- BEJARANO, Silvia. *Principios del Derecho Laboral*. Internet. <http://aslegalcr.com/blog/wp.../09/principios-del-derecho-laboral.doc> Acceso: 22/09/2010.
- CANGA, Marcelo Alejandro citando a Adolfo Rivas. *Constitución y principios procesales en el proceso laboral*. Internet: <http://www.salvador.edu.ar/juri/jadpc/Canga.pdf> Acceso: 22/09/2010.
- Corte constitucional de Colombia en sentencia C-168 de 1995. Internet: <http://www.gerencie.com/derechos-adquiridos.html> Acceso: 28/03/2011.
- DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. *Los sucedáneos de los medios probatorios*. Internet: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/sucedaneos%20de%20los%20medios%20probatorios.htm#ftnref3> Acceso: 27/10/2010.
- El Principio Protectorio y El Proceso en Los Tiempos Actuales. Internet. www.estudioschick.com.ar. Acceso: 09-03-2010.
- GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables*. Internet: <http://www.ederecho.org.ar/congresoprocesal/Cargas%20Probatorias%20Din%20micas%20Grande.pdf>. Acceso: 20-01-2011.
- Informe de investigación Cijul citando a Juan Carlos Fernández Madrid. *Principios rectores del proceso laboral*. Internet: http://aslegalcr.com/blog/wpcontent/uploads/2008/02/1860_principios_rectores_del_proceso_laboral7-07.pdf. Acceso: 25/10/2010.
- *La carga dinámica de la prueba*. Internet: <http://www.buenastareas.com/ensayos/La-Carga-Dinamica-De-La-Prueba/553991.html>. Acceso: 26/05/2011.
- LÓPEZ ONETO, Marcos. *Los principios jurídicos laborales como fuente formal del Derecho del Trabajo Chileno*. Internet. <http://www.marcoslopez.cl/spa/documentos/principios.pdf>. Acceso: 14/03/2011.
- MEZA SALAS, Marlon y NAVARRO DE MEZA, Sara. *Aplicación del Principio Protector en el proceso laboral a propósito de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Internet. www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/ensayos_lopt.html. Acceso: 09-03-2010.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *El principio protector en el proceso laboral*. Internet: http://old.jursoc.unlp.edu.ar/contenidos/Alumnos/catedras/.../bajar_arquivo.php3?.. Acceso: 22/09/2010.
- PÉREZ DEL VISO, Adela. *Cargas dinámicas de la prueba en relación con horas suplementarias y diferencias salariales*. 2009. Internet. <http://misarticulosylibros.blogspot.com/2009/08/cargas-dinamicas-de-la-prueba.html>. Acceso: 05-03-2010.
- PERROTE ESCARTIN, Ignacio García. *Prueba y Proceso Laboral*. Internet. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_004_163.pdf. Acceso: 22/09/2010.

- TARUFFO, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Revista de derecho Valdivia. 2003. vol.15. p.210. Internet: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=en&nrm=iso. Acceso: 29/06/2011.
- VESGA URBINA, Eduardo. *La carga de la prueba de la prueba en el procedimiento laboral: dos casos prácticos*. Internet: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-15.pdf>
Acceso: 23/02/2010.
- YÉPEZ CEBALLOS, Coromoto. *Las presunciones legales y su aplicación en el Derecho Tributario*. Internet: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/116/rucv_1999_116_291-325.pdf. Acceso: 11/10/2011.