

La carga de la prueba en el proceso laboral español

Juan Gorelli Hernández

*Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla (España).*

1. Significado de la teoría sobre la carga de la prueba: carga material y carga formal.

La carga de la prueba supone ante todo dilucidar la cuestión de quién debe soportar las consecuencias negativas de la falta de prueba¹: si a la hora de dictar sentencia el órgano jurisdiccional detecta que hay un hecho esencial no probado, las consecuencias negativas de la ausencia de prueba han de recaer sobre aquella parte que tenía la carga de la prueba. En principio la carga de la prueba es una cuestión que afecta al órgano jurisdiccional competente para dictar sentencia; ahora bien, es innegable que tiene un efecto indirecto sobre los litigantes, pues les sirve para conocer qué debe probar cada uno de ellos si pretende resultar victorioso en la pretensión judicial. Es decir, las reglas sobre la carga de la prueba suponen una importante orientación para las partes, pues les permite informarse de cuales son los hechos que deben demostrar en juicio para obtener un resultado favorable en la sentencia².

A tenor de esta interpretación conviene diferenciar entre carga formal y carga material. La carga material de la prueba es una auténtica regla de juicio; es decir, no opera en la fase probatoria, sino en un momento posterior, cuando el órgano

¹ Vid. FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I”, Iurgium editores y Atelier, Barcelona 2001, página 822; GOMEZ DE LIAÑO, F., en AA.VV. “Derecho Procesal Civil (I)”, Editorial Forum, Oviedo, 2000, página 393.

² Así FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 823; LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: “Modificaciones en la prueba laboral operadas por la LEC de 2000. El interrogatorio de las partes”, La Ley, Madrid 2001, página 162.

judicial va a tomar su decisión³. Estas reglas de juicio actúan sólo ante una situación precisa: cuando hay ausencia o falta de prueba⁴; es decir, cuando hay un hecho que es incierto y el juez tiene dudas a la hora de resolver. Esa falta de certeza se suple por unas reglas (las reglas de la carga de la prueba) que indican al juez cuál de las partes del litigio ha de resultar perjudicada por la falta de prueba de ese hecho esencial⁵.

La carga material de la prueba es consecuencia directa de uno de los principios básicos del Derecho Procesal: la prohibición de *non liquet*; a tenor de la cual, el poder judicial garantiza a los ciudadanos que los órganos jurisdiccionales resolverán inexcusablemente los litigios que sometan a su conocimiento (arts. 1.7 del Código Civil y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC a partir de ahora-)⁶. Estamos ante un principio jurídico que implica una verdadera y auténtica obligación para los órganos jurisdiccionales, la de resolver todas aquellas cuestiones jurídicas que le sean planteadas por los litigantes⁷.

³ En este sentido hay que entender como una decisión acertada, la del legislador cuando ha ubicado las reglas sobre carga de la prueba no en sede de prueba, sino entre los preceptos que regulan la elaboración de la Sentencia. Así, FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 217.

⁴ Desde la perspectiva de la jurisprudencia laboral, vid. las SS.TS de 27 de diciembre de 1989, RJ 1989\9278 y 30 de mayo de 1988, RJ 1988\4667, que afirman que el principio de reparto del “onus probandi” sólo entra en juego ante el supuesto de falta de prueba, para decidir a quién debe perjudicar dicha falta.

⁵ Debemos tener en cuenta que esto supone que ha de haberse desarrollado al menos una mínima actividad probatoria, pues cuando no ha existido ni siquiera el intento de probar por parte del demandado, es obvio que ni siquiera hay lugar a que entren en juego las reglas sobre carga de la prueba, de modo que sólo queda la desestimación de la demanda. CORTES DOMINGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: “Derecho Procesal Civil. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, página 223.

⁶ Entre los laboristas, vid. GARCIA FERNANDEZ, M.: “Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo”, REDT n° 15 (1983), página 383; GARCIA PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba en el proceso de trabajo”, Civitas, Madrid 1994, página 162, también GIL PLANA, J.: “La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000”, REDT n° 126 (2005), página 85; LAHERA FORTEZA, J.: “La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario”, La Ley-Actualidad, Madrid 1996, página 81; LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: “Modificaciones en la prueba laboral operadas por la LEC de 2000. El interrogatorio de las partes”, La Ley, Madrid 2001, página 161.

⁷ Sobre este principio vid. CORTES DOMINGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: “Derecho Procesal Civil. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, página 222; FERNANDEZ LOPEZ, M.: “La carga de la prueba en la práctica judicial civil”, La Ley, Madrid 2006, páginas 30 y 31; ORTELLS RAMOS, M.: “Derecho Procesal Civil”, Aranzadi, Pamplona 2001, página 398.

Teniendo en cuenta que en base a este principio de *non liquet*, el Juez no puede negarse a resolver amparándose en la falta de prueba⁸, resulta esencial la carga de la prueba, pues a través de la misma el ordenamiento jurídico facilita al órgano jurisdiccional cómo debe resolver la situación: a través de unas reglas que le indican cuál de las partes sometidas a juicio debe cargar con las consecuencias negativas de la falta de prueba⁹.

Desde este punto de vista la teoría o doctrina de la carga de la prueba tiene un destinatario directo y concreto: el juez; de ahí que actúa en el momento en que se forma la sentencia. Teniendo en cuenta esta circunstancia, debemos reconocer que la naturaleza de la reglas sobre carga (material) de la prueba es una regla de juicio de carácter obligatorio, que impone al juez actuar conforme a una determinadas pautas cuando se presenta el presupuesto de la incerteza en la prueba de los hechos; especificando quién debe cargar con las consecuencias de la falta de prueba¹⁰. Estamos ante una norma de orden público que el juez no puede rechazar en modo alguno¹¹. Es decir, en estos casos de “carga” material, no estamos ante una verdadera carga jurídica que recae sobre el órgano jurisdiccional, sino ante una obligación legal que debe ser cumplida por éste.

⁸ Así DAMIAN MORENO, J., en AA.VV., dirigidos por A.M. Lorca Navarrete, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Valladolid 2000, Lex Nova, página 1421.

⁹ Tal como señala ORTELLS RAMOS, “Las reglas de la carga de la prueba determinan cuál de las partes ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión”. Op. cit., página 398. En similares términos, GARBERI LLOBREGAT, J., en AA.VV., “Los procesos civiles. Volumen 2º”, op. cit., página 437. Entre la doctrina laboral, podemos citar a LAHERA FORTEZA, J., quien señala que “la regla de juicio debe decir a quien perjudica el fracaso de la prueba de un hecho que permanece como incierto tras la conclusión del proceso; en definitiva, quien debe soportar la ausencia de prueba sobre un hecho. Las partes cargan con la prueba de determinados hechos para evitar el perjuicio procesal que resulta de no probar esos hechos en el proceso”. “La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario”, La Ley-Actualidad, Madrid 1996, página 82.

¹⁰ SAN CRISTOBAL, J.M.: “La valoración judicial de la prueba: prueba válida y lícita en los despidos disciplinarios y económicos”, Justicia Laboral nº 18, página 25.

¹¹ Concretamente este precepto establece que “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconvincente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

En cuanto a la carga formal, debemos admitir que esas reglas de juicio dirigidas al juez inciden de manera indirecta sobre las partes del litigio, pues a través de las mismas van a tomar conciencia de lo que cada una de ellas debe probar en el juicio para resultar victoriosas en el mismo¹².

En cuanto a la naturaleza de la carga formal estamos ante una verdadera “carga” de carácter procesal¹³. Es claro que las partes procesales no sufren una obligación que les impele necesariamente a actuar de una determinada y concreta manera¹⁴. Al contrario, lo que para el juez son reglas de juicio, para las partes son simples cargas, de manera que si desean obtener un beneficio procesal, deberán actuar conforme a las mismas¹⁵. La carga procesal supone que la parte deba desarrollar una actividad procesal para obtener un beneficio o evitar un perjuicio procesal. Las consecuencias de no actuar conforme a las reglas de la carga de la prueba no consisten en una sanción, sino la pérdida de una ventaja o beneficio procesal, pues no se está cometiendo acto ilícito alguno si la parte no aplica adecuadamente dichas reglas¹⁶.

Al igual que la carga material es consecuencia del principio de *non liquet*, la carga formal se fundamenta en otro de los grandes principios de la regulación

¹² Tal como señala GARBERI LLOBREGAT, J.: “a cada una de las partes procesales, respectivamente, la carga de tener que probar una serie determinada de hechos controvertidos, bajo la expectativa de recibir un pronunciamiento judicial favorable o no a sus pretensiones según consigan o no acreditar tales hechos”. Op. cit., página 437 y 438.

¹³ Tal como señala MARTINEZ GARRIDO, L.R., “La necesidad de probar no es una obligación, es una carga”; “La carga de la prueba”, en AA.VV., “La prueba en el proceso laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1997, página 269. En similares términos, SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: “La valoración judicial de la prueba: prueba válida y lícita en los despidos disciplinarios y económicos”, Justicia Laboral nº 18, página 24.

¹⁴ Sobre la diferencia entre obligación y carga, vid. SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: “La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones”, Aranzadi, Pamplona 2002, página 259.

¹⁵ En este sentido, GARBERI LLOBREGAT, J., para el que la carga procesal consiste en “la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes (...)”; op. cit., página 439.

¹⁶ SAN CRISTOBAL, J.M.: Op. cit., página 25.

procesal, el de aportación de parte¹⁷: dado que en el proceso se dilucidan intereses privados es lógico que sean las partes quienes, a su conveniencia, aporten los hechos en el juicio y las pruebas sobre los mismos¹⁸. Este principio hace recaer sobre las partes la carga de alegar los hechos sobre los que se basa su posición jurídica y de probarlos; principio que nuestro ordenamiento recoge en el art. 282 LEC, a tenor del cual las pruebas se practicarán a instancia de parte.

En conclusión, carga material y formal son caras de una misma moneda, o mejor, los dos extremos de un razonamiento lineal que están unidos por un mismo elemento: las reglas sobre distribución, que vistas desde la perspectiva del juez tienen carácter obligatorio y, que vistas desde la perspectiva de las partes se configuran como cargas.

2. Las reglas de distribución de la carga de la prueba y las consecuencias de su aplicación al proceso laboral.

Tal como señala MONTERO AROCA, son las partes litigantes quienes deben probar: “Sobre ellas recae la carga (que no la obligación) de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga (otra vez no la obligación) de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad”¹⁹.

Las reglas sobre la carga de la prueba suponen una distribución o reparto de la misma entre las dos partes, demandante y demandado. Este reparto es conforme

¹⁷ Este principio implica que son los litigantes los que están obligados a demostrar cuanto alegan en defensa de sus respectivas pretensiones e intereses; de manera que tras determinar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión, deben aportar el material probatorio para que el órgano jurisdiccional pueda formar su convicción. Vid. LUELMO MILLAN, M.A. y RABANAL CARBAJO, P.: “Los principios inspiradores del proceso laboral”, MacGraw-Hill, Madrid 1999, página 46.

¹⁸ DAMIAN MORENO, J., en AA.VV., dirigidos por A.M. Lorca Navarrete, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2000, página 1421; MONTERO AROCA, J., en AA. VV., “Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil”. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, página 255; ORTELLS RAMOS, M.: Op. cit., página 397; SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: Op. cit., a 247. Entre la doctrina laboral, puede citarse a LAHERA FORTEZA, J.: Op. cit., página 80.

¹⁹ MONTERO AROCA, J., en AA.VV. “Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, página 255.

a las necesidades del principio de igualdad: una carga que afectase exclusivamente al demandante impediría en la práctica una situación de mínimo equilibrio, lo cual afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se estaría negando en la mayoría de los casos; es decir, la distribución de la carga de la prueba tiene ante todo un entronque constitucional en el propio derecho a la tutela judicial efectiva, pues la falta de esa distribución supondría una dificultad extraordinaria para el demandante a la hora de obtener una sentencia favorable²⁰. De otro lado, el reparto se justifica por motivos de eficacia, dado que si el demandante hubiese de soportar la totalidad de la carga de la prueba, se alcanzaría una dificultad de tal grado que haría imposible el proceso²¹; luego se estaría negando la propia eficacia del derecho sustantivo.

La importancia de este tema es enorme, pues la mayor o menor carga probatoria repercute directamente sobre el reconocimiento judicial del derecho que se cuestiona; por lo tanto, el desplazamiento de la carga de la prueba hacia una u otra parte es de gran relevancia para la efectividad del derecho sustantivo. Pues bien, debemos destacar que desde la perspectiva laboral no se establece una regulación específica en materia de carga de la prueba, razón por la que ha de aplicarse supletoriamente lo establecido sobre esta materia en la normativa supletoria de la LPL: la vigente LEC.

El conjunto de reglas que ordenan la carga de la prueba ha ido evolucionando, tanto en su formulación como en su contenido. Ha sido tradicional durante largo tiempo, acudir a todo un conjunto de máximas expresadas en latín²², que han supuesto

²⁰ Como señalan CORTES DOMINGUEZ y MORENO CATENA, respecto de que recayese sobre el actor la totalidad de la carga de la prueba, “desde el punto de vista del proceso y de los principios constitucionales que lo informan, mantener tal postura haría prácticamente imposible el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y haría prácticamente imposible obtener una sentencia estimatoria”; op. cit., página 227.

²¹ En este sentido ORTELLS RAMOS, M.: Op. cit., página 399.

²² Vid. *neccissitas probandi incumbit ei qui agit, onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat; onus probandi incumbit actori; necissitas probandi incumbit ei qui agit; reus in exceptione actor est; reus in excipiendo fit actor, per rerum naturam factum negantis probatio nulla est; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat; affirmanti non negatni incumbit probatio; actore non probante reus absolvitur, negativa non sunt probanda, etc*

un destilado de la experiencia jurídica acumulada a lo largo del tiempo, y que a fuerza de reiterarse por los actores jurídicos se han llegado a considerar como reglas indiscutibles, pese a no estar, en muchos casos, recogidas expresamente por el ordenamiento²³. Estas reglas nunca han sido suficientes para resolver todo el conjunto de problemas que podría plantearse en este ámbito, siendo muy deficientes para su aplicación con carácter general, pues son imprecisas y no tienen validez general²⁴.

Ante esta falta de eficacia e insuficiencias, el legislador, asumiendo la experiencia acumulada, optó por plantear una regla de carácter general con la que pudiese hacerse frente a la mayoría de los casos posibles. Para ello se fijó en la naturaleza de los hechos sobre los que ha de recaer la prueba²⁵. La cuestión se plasma en el viejo art. 1214 del Código Civil (“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”); precepto derogado por la nueva regulación introducida por la LEC.

En la actualidad, la regulación sobre carga de la prueba se encuentra recogido en el vigente art. 217 de la LEC. La estructura de esta norma supone el establecimiento de una regla general (art. 217.2 y 3 LEC), acompañada de la plasmación legal de diversos criterios que modalizan la interpretación de dicha regla general (art. 217.7 LEC), así como del reconocimiento de que junto a la regla general, pueden existir todo un conjunto de normas especiales sobre carga de la prueba (art. 217.5 LEC).

El art. 217 LEC establece que corresponde al demandante “la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción” (art. 217.2 LEC); mientras que al demandado o reconvenido le corresponde la carga de probar “los hechos que, conforme a las normas que les

²³ Sobre las mismas vid. SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: Op. cit., páginas 260 y ss.

²⁴ FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. Cit., página 824 ; MONTERO AROCA, J.: Op. cit., página 258; también SANZ TOME, F.: “La prueba en el proceso laboral (I)”, Revista de Política Social nº 123 (1979), página 97.

²⁵ FERNANDEZ LOPEZ, M.: Op. cit., página 89.

sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior” (art. 217.3 LEC). Por lo tanto, la distribución de la carga de la prueba sigue realizándose fundamentalmente en base al criterio de la naturaleza de los hechos, distinguiéndose entre constitutivos (que recaen sobre el demandado) e impeditivos, extintivos o excluyentes (que corresponden al demandado en su caso)²⁶. En consecuencia, debemos señalar que del art. 217.2 y 3 LEC debemos predicar el mismo relativismo que caracterizaba al art. 1214 Cc; pues no es posible fijar a priori que cada hecho tenga una naturaleza concreta, sino que dependen de las circunstancias jurídicas concretas de cada caso, pudiendo variar un mismo hecho de naturaleza en función del marco jurídico en el que se haga valer²⁷.

Siendo una regulación externa a la Ley de Procedimiento Laboral surge una duda, ¿es aplicable dicha regulación al proceso laboral? La respuesta debe ser afirmativa: debemos recordar que la LPL no establece con carácter general una regulación sobre carga de la prueba, limitándose a recoger diversas reglas especiales

²⁶ En líneas generales, podemos señalar que hecho constitutivo es aquél que determina el nacimiento del derecho que se pretende, siendo presupuesto de su existencia o necesario para que el derecho nazca. Los hechos impeditivos son aquellos que obstan al nacimiento mismo del derecho, de modo que el derecho se ve privado de sus efectos; mientras que los extintivos son los que implican la desaparición o perecimiento del derecho, por lo que no niegan que el derecho surgió, sino que afirman que ha desaparecido o; por su parte, los excluyentes son los que evitan la aplicación de las consecuencias del derecho ya nacido, pues lo enervan o impiden su eficacia, estaríamos, por tanto, ante verdaderas excepciones procesales.

²⁷ Tal como señala FERNANDEZ LOPEZ; Op. cit., página 102; no existe una regla fija, sino que la naturaleza varía en función de la situación jurídica concreta. De igual manera DAMIAN MORENO, J.: “la naturaleza jurídica de un determinado hecho sufre modificaciones en función precisamente del efecto jurídico pretendido por la parte a quien beneficie por lo que un hecho puede ser constitutivo o extintivo según la consecuencia jurídica que las partes aspiran a conseguir”. Op. cit., página 1423. Por lo tanto, no es posible señalar a priori que unos u otros hechos tienen una determinada naturaleza; pensemos simplemente en un hecho como el vicio del consentimiento: en principio parece que estamos ante un hecho impeditivo, pues se alega para impedir la eficacia de una relación contractual. Ahora bien, podemos plantearlo también a la inversa: considerarlo como un hecho constitutivo de una demanda que busca la nulidad del contrato. En consecuencia, no es posible con carácter previo adjudicar una categoría o naturaleza a cada hecho, sino que esta debe adjudicarse en función de la relación jurídica en la que vaya a tener lugar y en función de la concreta pretensión que se lleve al proceso. Dicho de otra manera, esta clasificación tiene un carácter relativo, tal como señala MONTERO AROCA (Op. cit., página 259); por lo que estamos abocados a una dosis importante de casuismo.

sobre esta materia, que se aplican exclusivamente en aquellos casos a los que se refieren dichas reglas especiales. Además de lo anterior, hemos de recordar el carácter supletorio que la LEC tiene respecto de la LPL: al respecto téngase en cuenta lo dispuesto tanto por el art. 4 LEC como por la Disposición Adicional 1ª LPL. Se llega, por tanto, a la conclusión de que ante una laguna o insuficiencia de la regulación procesal laboral, que no regula la carga de la prueba, es de aplicación la regulación común con carácter supletorio²⁸. A tenor de estas reglas sobre distribución de la carga de la prueba, podemos afirmar que el demandante (normalmente trabajador) tendrá que demostrar los hechos constitutivos; mientras que el demandado (normalmente empresario o entidad gestora de la Seguridad Social) debe demostrar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes²⁹. La consecuencia es evidente: el trabajador demandante debería soportar el grueso de la carga probatoria³⁰.

Debemos reflexionar sobre las consecuencias que implica la aplicación estricta de estas reglas al proceso laboral. Al respecto son clásicas las palabras de GARCIA-PERROTE, quien señaló que pese a la ventaja que ofrece una regulación de distribución de la carga de la prueba, que aporta certidumbre, lo cierto es que su aplicación directa al ámbito laboral “plantea numerosos problemas, todos ellos derivados de las peculiaridades que la problemática de la carga de la prueba tiene en el proceso de trabajo (...) tales peculiaridades se explican por la singularidad de la relación jurídico-material trabada entre trabajador y empleador; singularidad que (...) se traduce, muy en síntesis, en la dificultad probatoria que muchas veces

²⁸ Sobre esta cuestión vid. ALFONSO MELLADO, C.L.: «La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribuna Social* nº 135 (2002), página 17; también GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba ...”, op. cit., página 160. Específicamente sobre la aplicación del art. 217 LEC al proceso laboral, SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: Op. cit., página 27; también SEGALÉS J.: “La prueba en el proceso laboral. Tras la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, Comares, Granada 2002, página 27.

²⁹ De esta opinión se manifestaba GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, en AA. VV., “El proceso laboral en la jurisprudencia constitucional”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, página 340, si bien en relación al art. 1.214 Cc. De igual modo y, también referido al art. 1.214 Cc, SANZ TOME, F.: “La prueba en el proceso laboral”, Lex Nova, Valladolid 1990, página 20. No obstante, sus conclusiones son perfectamente aplicables a la regulación hoy vigente.

³⁰ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba (...)”, op. cit., página 164.

encuentra el trabajador en relación con los hechos cuya acreditación es necesaria para el éxito de su pretensión, y la paralela mayor facilidad probatoria que tiene el empleador respecto de los mismos hechos”³¹. En definitiva, en una situación jurídica como la relación laboral, caracterizada por la subordinación económica y jurídica, así como por el hecho de que un contratante (el empresario) tiene todas las facultades no sólo de dirección de la prestación de trabajo, sino de gestión de la empresa, la aplicación de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba puede suponer dificultades insalvables para el trabajador. Consecuentemente estas reglas de carácter general en materia de carga de la prueba generan importantes dosis de insatisfacción en la defensa de los derechos de los trabajadores en vía judicial. Es lógico, pues, la intervención del legislador introduciendo especialidades en materia de carga de la prueba en el proceso laboral o la interpretación judicial flexible de las reglas generales sobre esta cuestión.

Desde este punto de vista podemos afirmar que, si bien las reglas básicas sobre distribución de la carga de la prueba son aplicables a los procesos laborales, no obstante es uno de los ámbitos en los que con más claridad se puso de manifiesto las limitaciones de las reglas generales sobre carga de la prueba, por lo que junto a esas normas han venido coexistiendo todo un conjunto de especialidades que favorecen la posición probatoria del trabajador³². Veamos ahora las principales especialidades existentes en el proceso laboral.

3. La existencia de reglas especiales en materia de carga de la prueba en el proceso laboral.

El art. 217.6 LEC, cuando especifica que “Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. A

³¹ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba (...)”, op. cit., página 164.

³² Sobre esta cuestión vid. GARCIA FERNANDEZ, M.: Op. cit., página 379; GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, en AA.VV., “El proceso laboral en la jurisprudencia constitucional”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, página 340. También ALEMAN CANO, J.: “La carga de la prueba en el proceso laboral”, Tribuna Social nº 136 (2002), página 23.

tenor de este precepto, es posible que existan reglas especiales en materia de carga de la prueba, que obedecen al hecho de que en ocasiones sea difícil o excesivamente complejo la aplicación de la regla general, por lo que sea imprescindible un cambio en el criterio de distribución de carga de la prueba³³.

El proceso laboral es uno de los ámbitos donde existe un mayor número de excepciones a las reglas básicas de distribución de la carga de la prueba; veamos los supuestos más interesantes en los que se altera dicha distribución ordinaria.

A) Normas sobre expedientes administrativos que hacen fe y presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo.

No es extraño encontrar diversas normas laborales en las que se otorga a los expedientes administrativos un valor esencial en el desarrollo del proceso laboral, de modo que del mismo deriva un principio de veracidad: salvo que pueda aportarse prueba en contrario, lo afirmado en dichos expedientes administrativos hará fe; es decir, se entenderá que lo afirmado por ellos es cierto. De igual manera podemos señalar a las Actas de la Inspección de Trabajo, que gozan de presunción de certeza.

Esta presunción deriva tanto de la especialización en el desarrollo de los expedientes por parte de la Administración pública, como del principio de neutralidad de la misma. En todo caso es evidente que se establece una alteración de la regla general sobre carga de la prueba, pues en la práctica se está exonerando a una de las partes de tener que probar los hechos que en base a dicha regla le correspondería.

Así, podemos recordar como el art. 23.3 LPL establece que las afirmaciones contenidas en el expediente administrativo tramitado en materia de responsabilidad salarial del FOGASA, harán fe salvo prueba en contrario. En idéntico sentido las afirmaciones de hecho de la resolución que da inicio al procedimiento de oficio también hace fe, salvo prueba en contrario (art. 148.2.d LPL). De igual modo hemos de tener en cuenta que a tenor del art. 52.2 y 3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tienen presunción de certeza

³³ En este sentido ORTELLS RAMOS, M.: op. cit., página 399.

las Actas de la Inspección que se extiendan de conformidad a los requisitos de contenido del art. 52.1 de la Ley 8/1988³⁴.

B) Carga de la prueba en caso de extinción del contrato de trabajo.

También existen alteraciones a la regla general del reparto de la prueba en preceptos como los arts. 105.1 LPL en materia de despido, o en el art. 114.3 LPL sobre impugnación de sanciones. A tenor de estos preceptos se modifica el orden de intervención en el proceso, simplificando la posición del trabajador: al trabajador demandante no le va a corresponder ni en fase de alegaciones ni en la práctica de la prueba, actuar primero; sino que será el empresario (demandado) a quien le corresponderá exponer sus posiciones en primer lugar (en contra de la lógica ordinaria procesal establecida en el art. 85.2 LPL). Esta alteración se explica en base a cuál es el objetivo de la modalidad procesal de impugnación de un despido disciplinario, que no es sino actuar como mecanismo de revisión de la actuación del empresario. Esto supone que aún cuando el trabajador es el demandante, será el empresario demandado quien adopte una posición acusadora, mientras que el trabajador ocupa una posición defensiva³⁵. Se trata, en definitiva, de permitir que el trabajador pueda desarrollar una efectiva defensa judicial ante una extinción causal del contrato de trabajo realizada unilateralmente por el empresario.

Además de lo anterior, el art. 105 LPL establece que le va a corresponder al empresario probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido

³⁴ Debe tenerse en cuenta que la DA 4ª, apartado 2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el art. 53.2 LISOS, establecen que el mismo valor probatorio tienen los informes de la Inspección en materia de accidentes de trabajo. Vid. al respecto la STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006, AS 2006\1804: "(...) lo que resulta innegable es que los hechos recogidos en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la forma en que aconteció el accidente laboral, al igual que sobre las condiciones de seguridad y salud existentes a la sazón de su ocurrencia, gozan de presunción legal de certeza, lo que también cabe predicar de aquellos hechos que aparezcan reflejados en las actas de infracción que con tal motivo se practiquen".

³⁵ En este sentido BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: "Instituciones de Derecho Procesal Laboral", Trotta, Madrid 1995, página 305; también RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido", RL Tomo I de 1990, página 45.

como justificativos del mismo³⁶; es decir, se exonera al trabajador despedido o sancionado de probar que no ha cometido actuaciones sancionables o que son objeto de despido disciplinario. En realidad, esta situación obedece a la lógica de la distribución de la carga de la prueba, pues como afirma la STC 81/1988, no puede imputarse al trabajador la carga de la prueba de la inexistencia de causas de despido disciplinario. Será el empresario, quien deba demostrar que el trabajador ha cometido incumplimientos contractuales susceptibles de sanción o extinción disciplinaria. En realidad no estamos sino ante una consecuencia del principio de causalidad del despido³⁷: se permite la extinción del contrato en base a la voluntad unilateral del empresario sólo si existe una justa causa; de ahí que sea el empresario quien deba asumir la existencia de una justa causa, mientras que el trabajador tiene que probar fundamentalmente la existencia de la relación y la extinción del contrato de trabajo³⁸.

La alteración del orden de actuación en los procesos de despido no es una consecuencia de la presunción de inocencia en su vertiente estrictamente procesal³⁹. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien aceptó inicialmente que la presunción de inocencia tuviese aplicación en el despido disciplinario⁴⁰, posteriormente ha rechazado de manera tajante la aplicación del principio de presunción de inocencia del trabajador al despido disciplinario⁴¹. Los argumentos son, básicamente, dos⁴². De un lado, que el ámbito de aplicación de dicho principio

³⁶ De igual modo el art. 114.3 LPL señala que “Corresponderá al empresario probar la realidad de los hechos imputados al trabajador y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción. Las alegaciones, pruebas y conclusiones deberán ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios”.

³⁷ En este sentido LAHERA FORTEZA, J.: Op. cit., páginas 107 y ss.

³⁸ Vid. sobre esta cuestión las SS.TS de 10 de octubre de 2006, RJ 2007\313; 12 de febrero de 1991, RJ 1991\829; 26 de junio de 1989, RJ 1989\4843; 17 de noviembre de 1987, RJ 1987\8005; 21 de abril de 1986, RJ 1986\2212; 14 de febrero de 1986, RJ 1986\762; 6 de diciembre de 1985, RJ 1985\6070. También las SS.TSJ de Madrid de 26 de marzo de 2007, AS 2007\1657; Valencia de 29 de mayo de 2004, JUR 2004\115622; Cataluña de 7 de marzo de 2003, JUR 2003\129499; Valencia de 29 de julio de 2002, JUR 2003\156007; Asturias de 19 de octubre de 2001, JUR 2001\296937.

³⁹ Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: “Libertad de expresión y despido por inducción. Problemas relativos a la carga de la prueba”, Revista del Poder Judicial n° 62 (2001), página 494.

⁴⁰ Vid. las SS.TC 13/1982, 24/1984, 62/1984, 36/1985 o 37/1985.

⁴¹ Esta doctrina comienza a afirmarse por los Autos TC 739/1987 y 1432/1987; así como por las SS.TC 6/1988 y 81/1988, 30/1992, 27/1993, 6/1995, 53/1995, 153/2000, etc.

⁴² Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., páginas 495 y ss.

debe limitarse al propio del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. De otro lado, se afirma que la aplicación de la presunción de inocencia debe producirse en procesos en los que el órgano jurisdiccional debe decidir si la conducta sancionada merece o no el reproche jurídico en base a un juicio de culpabilidad o inocencia; muy al contrario, en el proceso de despido disciplinario se analizan casos en los que se decide sobre un incumplimiento contractual.

No obstante, pese a que se haya rechazado la aplicación del principio de presunción de inocencia, lo cierto es que lo dispuesto por el ordenamiento laboral sobre el despido disciplinario se acerca bastante al significado material de dicho principio, pues el art. 55.4 ET señala que la procedencia del despido se produce cuando queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido, de lo contrario el despido se considerará improcedente.

C) La obligación de aportar expedientes administrativos en los procesos de Seguridad Social.

En los procesos de la modalidad procesal de Seguridad Social, vamos a estar siempre ante supuestos en los que las demandadas serán siempre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (art. 139 LPL)⁴³. Los demandantes serán, normalmente, trabajadores, solicitantes de prestaciones o beneficiarios de las mismas, si bien también pueden ser los empresarios quienes actúen como demandantes frente a la Entidad Gestora correspondiente. Es decir, es característica esencial de la modalidad procesal de Seguridad Social que se reclama siempre frente a los sujetos que gestionan y reconocen las prestaciones.

Afirmado lo anterior hemos de señalar que un elemento esencial en el proceso de Seguridad Social es el expediente administrativo. Se trata de una pieza importantísima pues en él se verá reflejada toda la tramitación administrativa de la prestación sobre la que gira la cuestión litigiosa. Al estar el expediente en manos

⁴³ Debe señalarse que no se aplica esta regulación fuera del ámbito de la modalidad procesal especial de Seguridad Social; es decir, en aquellos casos en que estemos ante procesos ordinarios en los que sea parte una Entidad Gestora. Vid., por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1995, RJ 1995\5370.

de la Entidad Gestora, podría esta posicionarse en una situación de privilegio, de ahí que de manera inmediata, al mismo tiempo que se admite la demanda, sea éste reclamado por el Juez (art. 142.1 LPL).

Pues bien, dado que la entidad gestora podría torpedear la pretensión litigiosa por la vía de no aportar el expediente, el legislador ha establecido diferentes mecanismos que la fuerzan para lograr que lo aporte; en este sentido, el art. 143.3 LPL señala que si el demandante tuviese interés en el expediente para sus fines, se suspenderá el acto de juicio y se requerirá de manera inmediata a la Entidad Gestora, de modo que si no la aporta antes del nuevo señalamiento, podrán tenerse por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuese imposible o de difícil demostración sin el expediente.

D) Los procesos en materia de discriminación o violación de derechos fundamentales.

Existen en el ordenamiento procesal laboral normas que establecen importantes alteraciones probatorias en caso de discriminación o violación de derechos fundamentales. Nos referimos a los arts. 96 (discriminación por razón de sexo), 179.2 (violación de la libertad sindical) y el 181 (violaciones del resto de derechos fundamentales). A tenor de estos preceptos, cuando se constate la existencia de indicios fundados de discriminación o violación de un derecho fundamental, se desplazará la carga de la prueba al demandado, que deberá probar suficientemente una justificación objetiva y razonable de su actuación.

Ya con anterioridad he tenido ocasión de analizar con más detenimiento el significado y la aplicación de las normas antes mencionadas⁴⁴, por lo que me limitaré a realizar un rápido resumen de esta cuestión. En líneas generales podemos señalar que en los procesos en que se plantea una situación de discriminación o una violación de derechos fundamentales, se introducen alteraciones a las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba en base a las dificultades probatorias con que se encuentran los trabajadores en estos casos, pues la discriminación supondría la

⁴⁴ Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Novedades procesales en la Ley de Igualdad", *Temas Laborales* Nº 91 (2007), páginas 344 y ss.

necesidad de demostrar el ánimo o intención empresarial⁴⁵; lo cual dificulta la actuación procesal del trabajador y el acceso a la tutela judicial⁴⁶.

Los preceptos antes mencionados no suponen una verdadera “inversión” de la carga de la prueba, tal como reconoce la jurisprudencia constitucional⁴⁷ y la doctrina⁴⁸. El trabajador ha de soportar parte de la carga probatoria, lo que impide que entendamos que haya una inversión⁴⁹. Si estuviésemos ante una inversión de la carga de la prueba, bastaría con al mera alegación de conducta discriminatoria para trasladar la carga de la prueba.

Hay pronunciamientos jurisprudenciales⁵⁰ y doctrinales⁵¹ que optan por entender que este mecanismo es un supuesto de prueba indiciaria o prueba de presunciones (vid. arts. 385 y 386 LEC); sin embargo, la mayor parte de la doctrina se inclina

⁴⁵ En este sentido la STC 111/2003, FJ nº 5: “hemos venido declarando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación (...) la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental”. Doctrina que es posible encontrar en diferentes Sentencias del TC: SS.TC 168/2006; FJ nº 4; 144/2006; FJ nº 5; 138/2006; FJ nº 5; 144/2005, FJ nº 3; 17/2005, FJ nº 3; 87/2004, FJ nº 2, la 79/2004, FJ nº 3, la 90/1997, FJ nº 5.

⁴⁶ Tal como afirman RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F., “La cuestión de la prueba de la discriminación reaparece así como un importante elemento condicionante de la efectividad de la tutela discriminatoria, y en ella renace ese concurso de elementos objetivos y subjetivos que caracterizan al supuesto discriminatorio”. “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en AA.VV., “II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo”, IELSS, Madrid 1985, página 911.

⁴⁷ Así las SS.TC 216/2005, FJ nº 4; 188/2004, FJ nº 4.

⁴⁸ GIL PLANA, J.: Op. cit., página 101.

⁴⁹ Así, GARCIA PERROTE-ESCARTIN, I.: “La prueba (...)”, op. cit., página 205; GIL PLANA, J.: Op. cit., página 101; GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso laboral «justo»”, Tribuna social nº 76 (1997), página 15; MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral”, Comares, Granada 2001, página 1102, ó 1105.

⁵⁰ Podemos citar a las SSTC 188/2004, FJ nº 4; 79/2004, FJ nº 3.

⁵¹ Así GARCIA FERNANDEZ, M.: Op. cit., página 401; RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Igualdad y discriminación”, Tecnos, Madrid 1986, página 303. Sobre el funcionamiento de la prueba de presunciones vid. GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., páginas 499 y ss.

por estimar que estamos ante una facilitación o aligeramiento de la carga probatoria del trabajador⁵².

Deben, por tanto, probarse los indicios de discriminación; es decir, el actor (trabajador) “ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”⁵³. Debe probar, por tanto, el trabajador, que la discriminación puede ser verosímil⁵⁴, ya que de los indicios se induce la creencia racional de la posibilidad de una discriminación⁵⁵.

Una vez que tales indicios se consideran probados, se traslada la carga de la prueba hacia el empresario, que deberá demostrar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales⁵⁶. Tal como afirma la doctrina del TC, el empresario debe probar que ha actuado en base a un criterio de decisión justificable que no tiene nada que ver con una intención discriminatoria; sólo así se despeja la sospecha de discriminación y se neutraliza el panorama discriminatorio generado por los indicios⁵⁷. No se le impone, por tanto, una prueba negativa o “diabólica”⁵⁸ al empresario.

⁵² MONEREO PEREZ, J.L.: “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, páginas 24 o 46; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Proceso civil y proceso de trabajo”, RL Tomo I de 2001, página 145; TUDELA CAMBRONERO, G.: “En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en AA.VV., “El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil”, Lex Nova, Valladolid 2001, página 843; JUANES FRAGA, E. y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., en AA.VV., “Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral”, Comares, Granada 2001, página 1103; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: Op. cit., página 154.

⁵³ SS.TC 17/2003, FJ nº 4, 79/2004, FJ nº 3.

⁵⁴ STC 41/2006, FJ nº 4.

⁵⁵ STC 144/2006, FJ nº 4.

⁵⁶ STC 79/2004, FJ nº 3.

⁵⁷ SS.TC 144/2006, FJ nº 7; 138/2006, FJ nº 5; 49/2003, FJ nº 5.

⁵⁸ En este sentido GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “En el entendimiento del TC no se trata tanto de situar al empresario ante la prueba (que pudiera calificarse de diabólica) de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de un derecho fundamental), sino que aquél debe probar que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables y por completo ajenos y extraños a un propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”. “La prueba (...)”, op. cit., página 197; de igual manera MONEREO PEREZ, J.L.: “La carga de la prueba (...)”, op. cit., página 52; RIVERO LAMAS, J.: “Tutela jurídica (...)”, op. cit., página 21.

E) Las presunciones legales.

La presunción es un mecanismo a través del cual, partiendo de un hecho conocido y probado, se puede deducir y estimar probado la existencia de otro hecho desconocido⁵⁹. De entrada hemos de distinguir entre las presunciones legales, de las presunciones judiciales. Las primeras, son aquellas que han sido establecidas por el propio legislador y que en buena medida suponen aligerar la situación probatoria del trabajador. Por el contrario, las presunciones judiciales son en realidad un mecanismo que puede ser utilizado por el órgano jurisdiccional a la hora de formar su convicción cuando resuelve a través de Sentencia (con independencia de que beneficien al trabajador o al empresario), por lo que si bien no tiene que ser propuesta como una prueba, si pueden las partes en fase de conclusiones estimar que determinados hechos se han probado de manera presuntiva⁶⁰; no se trata, por tanto, de una cuestión que afecta a la carga de la prueba. Consecuentemente vamos a referirnos exclusivamente a las primeras, que son las que afectan al ámbito de la carga de la prueba⁶¹.

Podemos encontrar diferentes presunciones, normalmente en la regulación sustantiva, por ejemplo, las existentes en materia de contratación temporal, por las que una relación, inicialmente temporal pasa a presumirse indefinida, salvo prueba

⁵⁹ CHOCRON GIRALDEZ, A.M.: "Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la «presunción» indefinida del contrato de trabajo", *Laborum*, Murcia 2004, página 14.

⁶⁰ Las presunciones judiciales son un procedimiento para la fijación de los hechos por parte del órgano jurisdiccional, siendo su naturaleza cercana a la de un medio de prueba; más que un mecanismo de distribución de la carga de la prueba. De esta manera, una presunción legal puede ser desvirtuada por una presunción judicial; así la STS de 16 de abril de 2004, RJ 2004\3694, sobre la presunción de accidente de trabajo ex art. 115.3 LGSS, desvirtuada por la aplicación de una presunción judicial ex art. 385 LEC.

⁶¹ Debe tenerse en cuenta que estas presunciones legales pueden ser bien expresas (es decir, señaladas como tales por el ordenamiento), o bien sean presunciones no establecidas expresamente, pero que la jurisprudencia interprete que estamos ante mecanismos de tal naturaleza. Por ejemplo, la STS de 9 de febrero de 1987, RJ 1987\800, sobre presunción del carácter salarial de la retribución establecido en el art. 26.1 ET: "(...) tal precepto instituye una verdadera presunción al menos «iuris tantum» de que las cantidades que perciba el trabajador de su empresario son salario, conllevando un desplazamiento de la carga de la prueba para que aquél que afirme lo contrario lo acredite". En la misma dirección la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2005, AS 2005\1706.

en contra (ya sea por falta de alta ante la Seguridad Social, falta de forma escrita o fraude --en este último caso tampoco se trata de una verdadera presunción, pues el fraude no puede presumirse, por lo que habrá de demostrarse el fraude, tras lo cual actuará la presunción, que realmente ya será innecesaria⁶²-, o bien por superar el período de duración máxima del contrato de trabajo temporal, vid. los arts. 15 y 49.1.c ET). Podemos señalar que la doctrina ha estimado con carácter general que estas presunciones vienen a corregir los desequilibrios existentes entre empresario y trabajador en cuanto a la facilidad probatoria y la disponibilidad y acceso a las fuentes de la prueba⁶³.

Otro supuesto en el que se plantea una presunción legal es el que se establece en el art. 115.3 TRLGSS: se presumirá, salvo prueba en contrario, que es accidente de trabajo, todo aquel que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Esta presunción no se mantiene ya frente al empresario, sino frente a las entidades gestoras de la Seguridad Social. Tal como afirmaba CABRERA BAZAN⁶⁴, estamos ante un precepto que altera las reglas generales de carga de la prueba propias del principio dispositivo, de modo que se tutela al trabajador accidentado por el ordenamiento, liberándole de la carga de la prueba, permitiendo un más fácil acceso a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales⁶⁵.

Obsérvese que con estas presunciones en realidad al trabajador no se le exonera de la carga de la prueba en sentido pleno. Muy al contrario han de probar los hechos base de la presunción. Dicho de otra manera, en realidad, más que auténticas presunciones, estamos ante mecanismos que simplifican la posición del trabajador de cara a la carga de la prueba.

⁶² En este sentido la STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998, AS 1998\167: "(...) partiendo del principio de que el fraude no se presume, habrá de acudir a la doctrina general concerniente a quien debe soportar la carga de la prueba".

⁶³ CHOCRON GIRALDEZ, A.M.: Op. cit., página 119; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., páginas 269 y 270.

⁶⁴ "La prueba en el proceso de trabajo", Revista de Política Social nº 82, páginas 50 y 51. De igual manera SANZ TOME, F.: "La prueba en el proceso laboral. Tomo I", Lex Nova, Valladolid 1990, página 22.

⁶⁵ Según la jurisprudencia se produce una inversión de los principios de la carga de la prueba. Sobre esta cuestión vid. la STS de 8 de marzo de 2005, RJ 2005\4485; también las SS.TSJ de Extremadura de 8 de febrero de 2001, JUR 2001\116702; Baleares de 31 de diciembre de 1992, AS 1992\6148.

4. Incidencia del principio de disponibilidad y facilidad probatoria en el proceso laboral.

4.1 Recepción legal del principio de disponibilidad y facilidad probatoria.

Además, junto con la existencia de posibles reglas especiales, el art. 217.7 LEC recoge expresamente la necesidad de que la regla general sea interpretada de una manera flexible, necesidad que se afirmaba respecto del art. 1.214 Cc y que hoy encontramos expresamente en la LEC: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. En realidad en este caso no estamos sino ante una manifestación legal expresa por la que se asume la doctrina jurisprudencial que al interpretar el art. 1.214 Cc se había manifestado favorable a una interpretación flexible, de modo que junto a la naturaleza de los hechos debía tenerse en cuenta criterios como el de la disponibilidad y el de la facilidad probatoria⁶⁶.

⁶⁶ Podemos así citar diferentes sentencias del STS, todas ellas de la Sala 1ª, como las de 16 de julio de 1991, RJ 1991\5392: “(...) la norma del art. 1214 del Código Civil, ha de ser interpretada en su alcance afectante a hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, en el sentido de ser completado en cada caso concreto por el órgano judicial teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad y facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido. De igual modo la STS de 8 de marzo de 1991, RJ 1991\2200: “(...) la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”. También la STS de 25 de junio de 1987, RJ 1987\4552, en un supuesto de reclamación contra compañía de seguros por accidente de tráfico: “no cabe olvidar que el actor-recorrido ostenta la condición de tercero-perjudicado frente a la Compañía de Seguros, demandada-recurrente, por lo que no puede exigírsele un conocimiento en detalle de las relaciones internas existentes entre el asegurado y la aseguradora, bastándole conocer el hecho básico y externo de tales relaciones: la existencia de la póliza de seguro”. En similares términos a las anteriores sentencias, vid. las SSTs de 28 de octubre de 1998, RJ 1998\8257; 6 de junio de 1994 RJ 1994\4894; 15 de noviembre de 1993, RJ 1993\8911; 15 de noviembre de 1991, RJ 1991\8118; 23 de noviembre de 1989, RJ 1989\6352; 17 de junio de 1989 RJ 1989\4695; 18 de mayo de 1988, RJ 1988\4314; 15 de julio de 1988, RJ 1988\5694; etc. En el ámbito de la prueba de hechos negativos, podemos recordar lo afirmado por la STS de 13 de diciembre de 1989, RJ 1989\8828: “No puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción ejercitada, sino que alegan otros impeditivos o extintivos tendrán que probar, así como los que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser probados por el adversario sin grandes dificultades”.

Esto supone que junto al criterio general (art. 217.2 y 3 LEC) se plantea una interpretación de dicha regla general de manera flexible, de modo que en determinados supuestos pueda modificarse el resultado de la regla general y hacer recaer la carga de la prueba no en base a la naturaleza de los hechos sino en función de la facilidad, cercanía o disponibilidad de una de las partes respecto de la propia prueba⁶⁷. El apartado 7º del art. 217 LEC implica que el órgano jurisdiccional, a la hora de enfrentarse con un supuesto de hecho dudoso, acudirá a la regla general contenida en los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC, si bien deberá tener en cuenta que la distribución de la carga puede alterarse en base a estos criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, de manera que la atribución de la carga en base a la naturaleza de los hechos se modifique.

Este planteamiento es consecuencia de la constatación por parte del legislador de que no siempre las reglas de distribución de la carga de la prueba son suficientes, ni son justas, para resolver los importantes problemas que pueden plantearse; de manera que sean necesarios acomodar esas reglas generales, que no son inflexibles⁶⁸. Este principio abarcaría supuestos en los que haya especiales dificultades probatorias para una parte, mientras que la otra ocupa una posición mucho más fácil; o cuando una de las partes tenga conocimiento exclusivo de una prueba, o bien situaciones en las que haya una mayor cercanía o proximidad a la fuente de la prueba.

Para una correcta interpretación de lo dispuesto por el art. 217.7 LEC hemos de tener en cuenta que en realidad no estamos ante dos principios autónomos e independientes (“disponibilidad” y “facilidad”), sino que estamos ante un único principio moderador de la regla general; y a tenor del cual lo que interesa realmente es que se constate una verdadera proximidad a la prueba de una parte a la que no le correspondería la carga si se aplicasen las reglas generales del art. 217.2 y 3

⁶⁷ SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: Op. cit., página 269.

⁶⁸ ASENSIO MELLADO, J.M.: “Derecho Procesal Civil. Parte primera”, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, página 257.

LEC⁶⁹. Se atiende así a la posición probatoria de cada una de las partes, y la facilidad que estas tengan para acceder a la prueba y disponer de ella; de manera que la carga de la prueba recae sobre aquella parte que ocupe una posición favorecida, debiendo colaborar con lealtad en el desarrollo del proceso, aportando la prueba⁷⁰.

Con estos criterios se pone de manifiesto como una regla general sobre carga de la prueba (basada tan sólo sobre la naturaleza de los hechos) puede ser realmente injusta para aquella parte que tenga especiales problemas para poder acceder a la prueba, mientras la contraparte tiene una posición mucho más cómoda y sin especiales problemas debido a la cercanía que tiene hacia las mismas, o bien por el hecho de que al ocupar una posición de superioridad jurídica posee la información o pruebas necesarias; en definitiva, no es sino una reacción ante la constatación de las enormes dificultades que en ocasiones supone para una de las partes la aplicación de las reglas generales sobre la distribución de la carga de la prueba⁷¹.

La jurisprudencia laboral se había manifestado ya con anterioridad a la propia LEC en sentido favorable al principio de disponibilidad y facilidad probatoria como elementos que el juez debía tener en cuenta a la hora de distribuir la carga de la prueba. Así la STS de 5 de octubre de 1995⁷², relativa a la impugnación del convenio colectivo y planteado el problema de quién debía probar si existía o no legitimación

⁶⁹ De esta opinión MONTERO AROCA, J.: "Nociones generales sobre la carga de la prueba (entre el mito y la realidad", en AA.VV., "La prueba", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2000, página 41. No obstante, debemos destacar que hay autores favorables a distinguir entre ambos principios: se estima que la disponibilidad probatoria hace referencia a supuestos en que la contraparte posee el medio probatorio, o bien que no careciendo la parte de medios de prueba son de escasa entidad frente a los que únicamente dependen de la voluntad de la otra; desde este punto de vista la disponibilidad supone una situación de cercanía o contacto con el medio de prueba. De otro lado, la facilidad sería un criterio más amplio que el de disponibilidad, al referirse a todos aquellos supuestos en los que la parte que tiene que aportar la prueba se encuentra en una posición más gravosa que la contraparte, que podría aportarlo de manera mucho más fácil, siendo exigible su aportación en base al principio de colaboración con la justicia. De esta opinión ASENSIO MELLADO, J.M.: Op. cit., página 258; o MUÑOZ SABATE, LL.: "Fundamentos de la prueba judicial civil LEC 1/2000", J.M. Bosch editor, Barcelona 2001, páginas 178 y 179.

⁷⁰ Así se expresa FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 828.

⁷¹ Sobre esta cuestión, GARBERI LLOBREGAT, J.: Op. cit., página 446.

⁷² RJ 1995\8667.

suficiente para negociar el convenio, reiterando la jurisprudencia civil antes señalada, estima al analizar el art. 1.214 Cc (precepto en vigor en el momento de dictarse la Sentencia), que el contenido de dicho precepto “no es de carácter «inflexible, sino que se debe adaptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga la parte»”⁷³, moderándose así la interpretación de las reglas sobre carga de la prueba, sobre todo por la necesidad de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁴.

Esta doctrina se refleja también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien al analizar la repercusión de la falta de aportación por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de informes sobre cotización de trabajadores, a los efectos de que estos pudiesen demostrar que cumplían con la exigencia de período de carencia para acceder al derecho a una pensión, consideró que un comportamiento de estas características es absolutamente reprochable⁷⁵. Más aún, entender (como hizo el juez de instancia) que la no aportación del informe de cotización por parte del INSS, supone la falta de prueba de un hecho constitutivo que correspondía al solicitante de la pensión; es una lesión del “derecho de la actora a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, en relación con la violación del derecho a la tutela judicial”, pues en aquellos supuestos en los que “las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso

⁷³ De igual modo la STS de 11 de noviembre de 1986, RJ 1986\6321: “Tampoco se infringe en la sentencia de instancia el art. 1214 Cc, sobre carga de la prueba, pues conforme la doctrina de la Sala este principio se modera atendiendo a la posición de las partes en el proceso y a la afirmación o negación por ellas de situaciones fácticas relevantes en su desarrollo, en relación con su posición real a las fuentes de la prueba, con la mayor o menor dificultad de acreditar los hechos y con la calificación de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de la relación jurídica en el debate, flexibilizando así dicho principio, que no puede aplicarse en términos absolutos”. De igual modo la STS de 16 de diciembre de 1985, RJ 1985\6117.

⁷⁴ STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2000, AS 2001\511.

⁷⁵ En este sentido el FJ nº 3 de la STC 227/1991: “No cabe, pues, imputar a la actora falta de diligencia en la defensa de su derecho. Antes bien, es el comportamiento exhibido por el INSS el que merece reproche, incluso desde el ángulo de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución, pues no es posible aceptar que quien puede acreditar la existencia o no de cotizaciones se niegue a ello invocando dificultades, reales o aparentes, para localizar los datos correspondientes; dificultades que, como ya hemos dicho, son en todo caso imputables únicamente al propio INSS y no a la actora”.

del proceso (art. 118 de la Constitución) determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba (...)"⁷⁶.

Tal como vemos la percepción constitucional de esta cuestión entronca directamente con la necesidad de que el proceso laboral sea un instrumento a través del cual se alcance la igualdad material como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁷. Se trata de evitar la indefensión que deriva de la limitación de los medios de prueba en aquellos casos en los que una parte tiene especiales dificultades para acceder a la prueba, a diferencia de la contraparte, que ocupa una posición hegemónica y se niega a aportar pruebas que están en su poder y benefician al contrario⁷⁸. Desde este punto de vista, no cabe sino afirmar que el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria tiene un claro fundamento constitucional, siendo una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución)⁷⁹, así como del deber de colaboración con jueces y tribunales (art. 118 de la Constitución)⁸⁰. El objetivo final es conseguir que se eviten situaciones de indefensión de aquellos litigantes que en modo alguno pueden acceder a las

⁷⁶ STC 227/1991, FJ nº 5. De igual manera la STC 140/1994, FJ nº 4: "No obstante, ha de tenerse en cuenta que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que sea aquella quien deba acreditar los hechos determinantes de la litis". Tal como afirma la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2002, AS 2002\4011: "(...) en la fase probatoria es fundamental el principio de igualdad de armas que garantice una igualdad efectiva de la posibilidad de las partes para lograr el resultado probatorio, por lo que cuando las fuentes probatorias se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los órganos judiciales en el proceso conlleva que sea aquella quien deba acreditar el hecho". También la STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2000, AS 2001\511.

⁷⁷ Sobre esta cuestión podemos ver lo afirmado por la STC 140/1994, FJ nº 4; de igual modo la STC 61/2002, FJ nº 5.

⁷⁸ En este sentido la STC 61/2002, FJ nº 3; también la STC 116/1995, FJ nº 3.

⁷⁹ En este sentido CORBAL FERNANDEZ, J.E.: op. cit., página 210.

⁸⁰ Vid. FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 829; GIMENO SENDRA, V.: Op. cit., página 341; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., página 271.

fuentes de prueba, ya sea por que es la contraparte la titular de la prueba, o bien por existir una situación de control por uno de los litigantes de la organización productiva, que limita las posibilidades del otro de cara a la prueba, siendo más fácil que la contraparte que ostenta esa posición de superioridad o control, aporte el material probatorio⁸¹.

4.2 Consecuencias de la aplicación del principio de facilidad o disponibilidad en el proceso laboral.

El reconocimiento legal expreso de la facilidad y disponibilidad probatoria tiene una gran importancia: no se trata simplemente de aceptar la existencia de principios que pueden actuar de manera puntual en el ámbito laboral, sino que la plasmación legal del mismo supone que los órganos judiciales deben tener presente la disponibilidad siempre que estemos ante un supuesto en el que haya hechos no probados y sobre los que existan dudas; no en vano estamos ante un principio, que si bien es complementario de lo dispuesto por los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC, lo cierto es que tiene el mismo carácter general que dichas reglas sobre carga de la prueba. Entendemos que en el proceso laboral, donde el empresario o la Administración tienen el dominio de la prueba, el uso del principio de disponibilidad debe ser frecuente (desde luego mucho más habitual que en el proceso civil, en el cual, las partes suelen tener una posición mucho más equilibrada de cara a la prueba), alterando consecuentemente el juego de las reglas generales de la prueba basadas en la naturaleza de los hechos que han de ser probados⁸². Desde este punto de vista el art. 217.7 LEC es un adecuado instrumento para alcanzar la igualdad material y el equilibrio entre las partes dentro del proceso laboral.

Ciertamente ha de entenderse que el papel del principio de disponibilidad es complementario de las reglas generales basadas en la naturaleza de los hechos que han de probarse, por lo que su valor no puede entenderse absoluto, sino que se plasma sobre el plano de la distribución racional de la carga de la prueba; es decir, su ámbito de aplicación será aquél en que una de las partes sufre importantes

⁸¹ En este sentido ASENSIO MELLADO, J.M.: Op. cit., página 257.

⁸² GIL PLANA, J.: Op. cit., página 109.

limitaciones probatorias al aplicarse las reglas del art. 217.2 y 3 LEC. Tal como hemos afirmado, la disponibilidad asume un papel modalizador del criterio general de la naturaleza de los hechos, no es un principio sustitutorio ni excluyente, sino un principio corrector de las insuficiencias que genera la propia regla general; por lo tanto, en principio va a tener utilidad en supuestos o situaciones concretas.

Ahora bien, el carácter complementario no implica que estemos ante un criterio meramente excepcional o residual, sino que tiene plena aplicación en aquellos procesos caracterizados por un desequilibrio natural y esencial entre las partes. Aquí la disponibilidad tiene tanta importancia como la naturaleza de los hechos a efectos de la distribución de la carga de la prueba⁸³. En definitiva, en el proceso laboral estos criterios no se van a limitar a tener una aplicación puntual y de escasa relevancia; sino que deben tener una especial trascendencia.

Es evidente que la existencia de un criterio de modalización de la carga de la prueba en base a la disponibilidad o facilidad probatoria, tiene un impacto importante en la regulación laboral, pues en el ámbito de las relaciones subordinadas de trabajo el empresario ocupa una posición de privilegio: al ser el quien gestiona la empresa, ha de tener un acceso de primera mano sobre la prueba. La desigualdad jurídica y económica que existe en la relación laboral se proyecta también al ámbito del proceso laboral y especialmente en materia de prueba, pues el empresario tiene un dominio y proximidad respecto de la prueba de los hechos que ha de ser objeto del proceso⁸⁴.

El empresario, con enorme frecuencia, tendrá en su poder, debido a su posición, todo un conjunto de pruebas documentales, que resultan, no ya de difícil, sino de imposible acceso para el trabajador. De igual modo, si ha instalado mecanismos de control del desarrollo de la prestación (desde instrumentos mecánicos de control

⁸³ Así GIL PLANA, J.: Op. cit., página 109.

⁸⁴ En este sentido GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: Op. cit., página 181.

del horario, hasta cámaras de video, pasando por meros documentos de control), estos resultan ajenos al trabajador, mientras que están en propiedad o posesión del empresario. También la posición empresarial puede resultar determinante, no ya por ser titular de pruebas, sino por el conocimiento que pueda tener de diferentes aspectos probatorios; por ejemplo, la localización de clientes de la empresa que pueden resultar necesarios para la defensa del trabajador como testigos. En definitiva, en todos estos casos el trabajador tiene una posición de absoluta inferioridad, de práctica impotencia para acceder a la prueba, mientras el empresario tiene un control directo de la prueba⁸⁵; es en casos o situaciones como las descritas en los que resulta de plena y absoluta utilidad los criterios de facilidad y disponibilidad a los que se alude por el art. 217.7 LEC. De igual manera ocurre en la relación entre un beneficiario o solicitante de una prestación frente a la entidad gestora, pues esta es el sujeto que tiene el dominio y control del expediente administrativo en el que van a constar la mayor parte de pruebas que hayan de tenerse en cuenta en un proceso en materia de Seguridad Social. Como vemos el trabajador, por su posición subordinada, por su dependencia económica y jurídica, ocupa una posición de debilidad que hace tremendamente gravosa la prueba; de ahí el interés que tiene el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria.

4.3 Supuestos de aplicación.

En cuanto a posibles situaciones en las que se utilice este principio de disponibilidad o facilidad probatoria, debemos reconocer como se ha planteado en diversos ámbitos. Así, podemos encontrar cómo la doctrina del TC sobre la carga de la prueba en casos de discriminación o violación de un derecho fundamental, que se inspira realmente en la proximidad a las fuentes de prueba y la disponibilidad de las mismas, acabó incorporándose al la LPL (arts. 96 ó 179.2 LPL).

También tiene importancia esta doctrina en el ámbito de la existencia o inexistencia de vacante cuando se solicita el reingreso por el trabajador tras disfrutar

⁸⁵ Sobre esta cuestión JUANES FRAGA, E.: "La prueba en el proceso de trabajo: novedades de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV., "El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enríque de la Villa Gil", Lex Nova, Valladolid 2001, página 385.

una excedencia voluntaria. Cuando se demanda a la empresa por negar el reingreso, el trabajador debería probar como hecho constitutivo de la misma la existencia de vacante. Si la empresa tiene ciertas dimensiones, el trabajador será incapaz de conocer la existencia o no de tales vacantes, mientras que el empresario, por ocupar dicha posición y gestionar el empleo en la empresa, ha de conocer perfectamente y de manera directa tal cuestión⁸⁶. Es por ello que hacer recaer la carga de probar la existencia de vacante sobre el trabajador, limita, cuando no imposibilita realmente, la capacidad procesal que éste pueda tener. Ha de ser el empresario, quien dispone de tal información quien tenga la carga de probar la inexistencia de la vacante⁸⁷. De hecho, ya con anterioridad a la vigente LEC la jurisprudencia laboral se había manifestado en esta dirección⁸⁸, habiéndose extendido este planteamiento a la jurisprudencia constitucional⁸⁹. En todo caso, debe subrayarse que no se trata en modo alguno de una inversión de la carga de la prueba, sino de la valoración judicial de las distintas posibilidades de prueba que tienen las partes procesales⁹⁰. En este sentido se ha manifestado justamente la jurisprudencia más

⁸⁶ En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: “Las excedencias en Derecho del Trabajo”, Comares, Granada 1998, páginas 117 y 118.

⁸⁷ Sobre esta cuestión vid. MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., página 272.

⁸⁸ Vid. al respecto la STS de 29 de noviembre de 1988, RJ 1989\2993. Entre los TSJ vid. las SS de Cataluña de 22 de mayo de 2001, AS 2001\1138; Cataluña de 11 de julio de 2000, AS 4016; Cataluña de 3 de julio de 2000, AS 2000\4013.

⁸⁹ STC 484/1984: “Basar la desestimación de la demanda exclusivamente en el hecho de que no se ha acreditado la existencia de una vacante supone una falta de tutela judicial efectiva y un desconocimiento del derecho de la recurrente a ser tratado en condiciones de igualdad. El reconocimiento judicial de este derecho de la recurrente exige que la empresa pruebe que desde el momento de la notificación de la sentencia no se ha producido vacante alguna de igual o similar categoría (...) al no haber probado la empresa la inexistencia de plaza vacante a la que el solicitante pueda reincorporarse, no existe causa razonable para la negativa de la reincorporación”. De igual modo la STC 33/1986, que además de lo anterior señala que “El reconocimiento judicial de este derecho de la recurrente exige que la empresa pruebe que desde el momento de la notificación de la Sentencia no se ha producido vacante alguna de igual categoría o similar (...)”.

⁹⁰ En este sentido la STS de 10 de noviembre de 1986, RJ 1986\6312: “(...) La Sala ha tenido la oportunidad de sentar que no puede darse al «onus probandi» una apreciación rigurosa y rígida que obstaculice o elimine el ámbito propio de la apreciación de la prueba por el Magistrado «a quo», como en este caso sucede, en el que ha llegado a la conclusión de que el empresario ha sido el que ha debido acreditar la no existencia de vacantes en la empresa, sin que ello signifique, como afirma el recurrente, una inversión de la carga de la prueba –admitida, en su caso, por la doctrina de la Sala, «sino simplemente ha tenido presente la posición real de las partes ante las posibles fuentes para obtener la prueba idónea, en cuanto resalta que la demanda tiene todas las posibilidades de acreditar el hecho nuclear del proceso»”. De igual manera la STS de 25 de febrero de 1986, RJ 1986\823.

reciente sobre la excedencia voluntaria, partidaria de aplicar el principio de disponibilidad o facilidad a estos supuestos⁹¹.

Otro ámbito de aplicación sería el de los procesos sobre clasificación profesional, en aquellos casos en los que la reasignación de puestos de trabajo depende no sólo de tener una determinada titulación, sino de haber demostrado conocimientos prácticos. En estos casos es evidente que la carga de la prueba sobre ausencia de tales conocimientos ha de recaer sobre el empresario, pues la prueba sería imposible para el trabajador⁹².

⁹¹ En este sentido la STS de 6 de octubre de 2005, RJ 2006\105: “Esta Sala ha tenido ya ocasión de ocuparse del problema relativo a la atribución de la carga probatorio sobre algunos aspectos de la relación laboral, ya bajo la vigencia de la actual LEC, cuyo art. 217 ha venido a sustituir la regulación que en la materia se contenía anteriormente en el citado art. 1214 Cc. Nuestra Sentencias de 25 de enero de 2005, refiriéndose a un supuesto de falta de liquidez de la empresa, pero siendo su doctrina aplicable perfectamente extensible a la situación que aquí nos ocupa –existencia o inexistencia de vacante a efectos de reingreso de un excedente voluntario-, razonaba en los siguientes términos: (...) la carga gravitatoria sobre el operario por aplicación también del propio apartado 2, porque podría interpretarse que esta alegación constituiría la base de su pretensión en el sentido de que la puesta a su disposición de la indemnización fuera simultánea a la comunicación del cese, o incluso de su pretensión acerca de que la falta de simultaneidad, al ser injustificada, motivara también el desajuste a derecho de la decisión de despido.- En evitación de los inconvenientes a los que acabamos de aludir, parece lo más acertado acudir al criterio doctrinalmente conocido como de la proximidad o facilidad probatoria, ya consagrado por nuestra jurisprudencia bajo la vigencia del art. 1214 Cc, siendo de citar a este respecto, entre otras, las Sentencias de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 10377), 17 de julio de 1989 y 23 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6352), conforme a las cuales la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte. Criterio éste que en la actualidad ya viene legalmente consagrado (...) Pues bien: no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho”. Entre los TSJ y desde la entrada en vigor de la vigente LEC podemos ver las Sentencias de Canarias de 24 de enero de 2007, AS 2007\1962; Cataluña de 16 de enero de 2006, AS 2006\4445; de Extremadura de 5 de diciembre de 2003, AS 2004\180; Cataluña de 25 de febrero de 2003, AS 2003\1943.

⁹² En este sentido la STSJ de Castilla y León de 27 de junio de 2005, JUR 2005\175674: “(...) deviene imposible para el trabajador la prueba de poseer el resto de los conocimientos prácticos necesarios para el correcto desempeño de las tareas inherentes a tales puesto; es esa imposibilidad de prueba por parte del trabajador la que justifica que se haga recaer sobre la empleadora la carga de acreditar la falta de aptitud por ella sostenida, y ello como consecuencia de lo dispuesto en el art. 217.6 LEC (...)”.

En líneas generales podríamos afirmar que cuando el objeto de la prueba consista en demostrar hechos o circunstancias que afectan a datos internos de la empresa; salvo que los mismos sean públicos y evidentes, ha de ser la empresa quien deba soportar la carga de la prueba. En estos casos son obvias las dificultades que tiene el trabajador a la hora de poder acceder a este material probatorio. En este sentido, por ejemplo, se ha defendido por la doctrina que aspectos tales como la prueba de la existencia de causas de despido colectivo (recordemos que son causas atinentes a la empresa), o el número de trabajadores con que cuenta la empresa a los efectos de delimitar el despido objetivo o colectivo, debe corresponder a la empresa la carga de la prueba y no al trabajador⁹³.

Sin embargo, es posible detectar importantes resistencias a la aplicación del principio de disponibilidad en supuestos en los que, desde mi punto de vista, debería ser empleado. Es el caso de la existencia de despido cuando este es verbal o tácito, pues sigue imponiéndose al trabajador la carga de probar la existencia del acto extintivo (se trata claramente de un hecho constitutivo de la demanda), cuando este no dispone de posibilidad práctica de conseguirlo⁹⁴. Pesa más el interés de evitar posibles demandas abusivas del trabajador sobre despidos o extinciones ficticias, que facilitar la posición probatoria del trabajador. Un supuesto similar al anterior es el de las horas extraordinarias: se impone (al ser un hecho constitutivo) al trabajador demandante la carga de probar que las horas extraordinarias se han realizado⁹⁵, así como el número de las mismas; cuando es evidente que en pocos casos el trabajador dispone de medios de prueba eficaces para poder demostrarlo⁹⁶. Se trata, por lo tanto, de un ámbito en el que el principio de disponibilidad podría ser aplicado perfectamente⁹⁷, siendo posible encontrar alguna resolución en este sentido⁹⁸.

⁹³ Así, ALEMAÑ CARO, J.: "La carga de la prueba en el proceso laboral", *Tribuna Social* nº 136, página 32.

⁹⁴ MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., página 278.

⁹⁵ En este sentido la STS de 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7532.

⁹⁶ Sobre esta cuestión podemos señalar a GARCIA FERNANDEZ, M.: op. cit., página 395.

⁹⁷ En este sentido ALFONSO MELLADO, C.L.: Op. cit., página 19.

⁹⁸ Así las STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007, AS 2007\2025; Navarra de 10 de septiembre de 2004, JUR 2004\282455; Cataluña de 7 de marzo de 2003, JUR 2003\129499.

Otro supuesto en el que se detectan resistencias lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del empresario en caso de riesgos profesionales (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales). Hay sectores doctrinales que apuestan por una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva del empresario en estos casos. Esta puede alcanzarse a través de la carga de la prueba⁹⁹: con carácter general ha de corresponder al trabajador la prueba de la existencia de culpabilidad por parte del empresario, así se deduce del art. 217.2 LEC. No obstante, las dificultades probatorias que se deducen de un marco productivo cada vez más complejo, en el que predomina la tecnología, dificultan enormemente las posibilidades probatorias del dañado. De ahí que en ocasiones la jurisprudencia haya optado por hacer recaer la carga de la prueba sobre el empresario¹⁰⁰: una vez que el trabajador ha demostrado la existencia del daño y de que está ocasionado por un incumplimiento empresarial de la normativa de prevención, existiendo un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento; a partir de aquí, la culpa o negligencia se presume, por lo que le corresponderá a el empresario demostrar que ha actuado de una manera diligente¹⁰¹. En definitiva, el empresario ha de demostrar que ha cumplido con la diligencia exigible en cada caso; o bien que el daño se debe a caso fortuito o fuerza mayor¹⁰². Sin embargo, la jurisprudencia del TS apuesta claramente por una responsabilidad subjetiva, por lo que un planteamiento de estas características apenas si ha tenido impacto jurisprudencial.

Por último, debemos distinguir el juego del criterio de disponibilidad o facilidad de la aplicación aparentemente flexible de los arts. 217.2 y 3 LEC, pues hay situaciones en las que aparentemente se produce una alteración, cuando en realidad no es sino una aplicación lógica de las reglas generales sobre carga de la prueba. Por ejemplo, en caso de las reclamaciones de salario, el trabajador no tiene que demostrar la falta de pago, pues estaríamos ante una prueba negativa e imposible. Por el contrario, el trabajador debe demostrar que tiene derecho al salario (pues

⁹⁹ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales", Tecnos, Madrid 2006, páginas 80 y ss.

¹⁰⁰ En este sentido APARICIO TOVAR, J.: Op. cit., página 554.

¹⁰¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2001, AS 1538.

¹⁰² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., ELLACURIA BERRIO, J.M. e ITURRATE ANDECHAGA, J.M.: Op. cit., página 38; IGLESIAS CABERO, M.: Op. cit., página 68.

existe una relación laboral), habiéndose devengado el mismo en una determinada cuantía (según lo establecido en contrato de trabajo o más habitualmente en convenio colectivo). A partir de aquí corresponde al empresario demostrar el pago¹⁰³. No se trata de que al empresario se le impute esta carga de la prueba por estar más cerca de las fuentes de prueba, sino que estamos ante el juego ordinario de los arts. 217.2 y 3 LEC, pues el pago es un hecho extintivo de la obligación¹⁰⁴.

Es cierto que en estos casos la carga de la prueba es muy reducida aún tratándose de hechos constitutivos, pero es claro que asume su parte correspondiente de carga. Para constatar que es así, podemos, dentro del ámbito de la reclamación salarial, recordar supuestos en los que no es tan simple la posición del trabajador: la reclamación de comisiones. En este caso la prueba del devengo se realiza a

¹⁰³ Podemos ver así la STS de 2 de marzo de 1992, RJ 1992\1608: "(...) el art. 1214 CC impone al actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la misma; que la aplicación de este principio a la reclamación de pago de cantidad por salarios devengados y no percibidos determina que el reclamante venga obligado a demostrar la prestación de los servicios cuyo pago reclama y, en consecuencia, el devengo del salario correspondiente a los mismos, y que es al demandado, que excepciona el pago, al que incumbirá la carga de probar dicho pago". De igual modo la STS de 22 de julio de 1991, RJ 1991\6837: "La prueba del pago como hecho extintivo de la obligación corresponde al deudor (...)"; también la STS de 12 de julio de 1994, RJ 1994\6553: "El motivo debe además estimarse, porque, de conformidad al art. 1214 del Código Civil, corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de los hechos extintivos o impeditivos, por lo que habiendo probado las demandantes las vigencias del vínculo laboral hasta el 18 de mayo de 1990 debe mantenerse la condena realizada en la instancia". De igual modo la STS de 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7532, sobre paga de beneficios: "(...) la misma está reconocida en el Convenio Colectivo aplicable, está justificado su devengo, correspondiendo la prueba de pago, no producida, al demandado"; en idéntico sentido y también sobre participación en beneficios, la STS de 14 de junio de 1986, RJ 1986\3545. De igual modo, este planteamiento se extiende a los Tribunales Superiores de Justicia: STSJ de Madrid de 25 de junio de 2007, AS 2007\2740; Cantabria, 2 de febrero de 2007, JUR 2007\218983; Cataluña de 28 de septiembre de 2007, JUR 2007\118514; Madrid de 22 de noviembre de 2006, JUR 2006\39755; Cataluña de 13 de mayo de 2003, JUR 2003\160557; Cataluña de 27 de noviembre de 2001, AS 2002\147; Castilla y León de 25 de noviembre de 2002, JUR 2003\32159.

¹⁰⁴ STSJ de Navarra de 13 de junio de 2002, AS 2000\2739; o la STSJ de La Rioja de 26 de noviembre de 1998, AS 1998\7603.

través de la documentación de las operaciones realizadas¹⁰⁵. Es habitual que en el caso de representantes de comercio, estos conserven la documentación relativa a las operaciones que han conseguido, pues una buena parte de su retribución obedece justamente a esta causa. Sin embargo, la comisión no es exclusiva de representantes de comercio, ni tiene que ser esencial (en su cuantía) para el trabajador, de manera que no es extraño encontrar supuestos en los que el trabajador, conseguido el negocio o la operación, remite al cliente a la empresa para que la formalice. En estos casos puede ocurrir que no conserve (pues no lo tramita directamente) la documentación de la operación mercantil. En este caso si sería posible la aplicación del principio de disponibilidad en beneficio de la posición del trabajador ante la carga de la prueba¹⁰⁶. En general, cuando la aplicación de una determinada cuantía salarial depende de circunstancias a las que el trabajador no puede acceder por sí mismo, dependiendo de datos que facilita la empresa, le corresponderá a ésta la carga de la prueba, siendo una consecuencia de la doctrina de la facilidad probatoria¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vid. en este sentido la STS de 25 de septiembre de 1989, RJ 1989\6489: "(...) corresponde al trabajador demandante acreditar los hechos constitutivos de su pretensión –conforme dispone el artículo 1214 del Código Civil que denuncia como infringido–, pues al ser representante de comercio debe conservar debidamente documentadas las operaciones que realizó y el importe de las comisiones que por ellas le corresponden percibir". De igual modo la STS de 12 de septiembre de 1989, RJ 1989\6435; también las SS.TS de 31 de mayo de 1986, RJ 1986\2545 y 27 de junio de 1989, RJ 1989\4851.

¹⁰⁶ En similar sentido la STSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006, AS 2006\12.

¹⁰⁷ Podemos ver la jurisprudencia existente en materia del cobro de complementos por parte de los facultativos de un servicio público de salud, cuando dicho cobro depende del número de beneficiarios de asistencia sanitaria que estén asignados al facultativo. Así la STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2005, AS 2005\3104: "(...) La Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, en su art. 217.6 al regular la carga de la prueba, exhorta al Tribunal a tener presente su disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio, y aunque en este caso el actor debió acreditar que la cantidad reclamada responde a un número de beneficiarios de asistencia sanitaria asignados a su cupo, lo cierto es que nunca dispuso de éste dato, a pesar de haberlo reclamado de manera insistente". En el mismo sentido las SS.TSJ de Valencia de 9 de mayo de 2005, JUR 2005\198311; Valencia de 20 de abril de 2005, JUR 2005\11724; Valencia de 10 de marzo de 2004, AS 2004\3029; Valencia de 10 de diciembre de 2004, JUR 2004\165112; Valencia de 2 de diciembre de 2004, JUR 2004\165438; Valencia de 19 de junio 2004, AS 2004\968; Valencia de 31 de enero de 2002, AS 2002\3235.

Las huelgas en Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional

Alfredo Villavicencio Ríos

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y profesor de grado y post-grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Inmerso en un inédito crecimiento económico, nuestro país no muestra, sin embargo, un auge similar en el campo de las relaciones laborales, que las lleve a ocupar el acentuado rol redistributivo y de equilibrio social que les corresponde en un Estado Social y Democrático de Derecho, haciendo válidas afirmaciones como las de Javier Iguíñiz y Julio Gamero que señalan que el debilitamiento de la tutela legal y sindical de los años 90 ha llevado a que los derechos laborales no permitan una mejora salarial ni siquiera tras más de 80 meses de crecimiento económico sostenido.

En un contexto dictatorial (la década de Fujimori con que concluyó el siglo XX), o de restauración democrática fundamentalmente política (lo que llevamos andado en el siglo XXI), las organizaciones sindicales han tenido que enfrentar un marco estatal, económico, político y productivo contrario a su surgimiento y actuación, por lo que se han ido debilitando hasta encontrarse ahora muy lejos de los niveles de presencia que tuvieron en los años 70 y 80. Ciertamente es que a partir del 2007 parece marcarse un repunte que rompe la tendencia de los 4 últimos lustros, y no sólo por las horas no laboradas por huelgas, sino por el crecimiento del número de organizaciones y delegados sindicales; pero, como es obvio, resulta temprano para extraer conclusiones definitivas al respecto.

1. Un derecho fundamental casi sin lugar en la legalidad

La huelga forma parte inescindible de una práctica social de organización y negociación de los trabajadores, en defensa de sus intereses (libertad sindical en términos jurídicos), que, desde fines de la segunda década del siglo pasado fue consagrada constitucionalmente como derecho fundamental (Constituciones de Querétaro, México 1917 y de Weimar, Alemania 1919).

Esta máxima valoración jurídica no fue gratuita, sino que es una de las señas de identidad del Estado Social de Derecho que sustituyó al liberalismo, tras la revolución rusa. El capitalismo inicial, irrumpió en la historia llevando a su máximo extremo a la filosofía individualista y la concepción económica liberal, sacralizando las leyes del mercado, generando Estados abstencionistas y proscribiendo cualquier intento de afirmar la existencia de intereses colectivos diferentes del individual y del general.

En el ámbito de las relaciones laborales, el emblemático trabajo asalariado, tiene como características esenciales la diferencia de poder entre las partes y la conflictividad, de allí que insertado en un esquema liberal, no puede dar otro resultado que lo que los historiadores llamaron como *la cuestión social*, es decir niveles de explotación inimaginables que, enmarcados en una impermeabilidad total del Estado frente a los intereses de los trabajadores, no pudieron conducir sino al surgimiento de ideologías revolucionarias, que en 1917 hicieron patente que la amenaza era real.

Había que salvar, pues, al capitalismo de los propios capitalistas, en función de lo cual se decidió pragmáticamente abrir el paso a la intervención del Estado y a la actuación de los sujetos colectivos, como instrumentos dirigidos a equilibrar no sólo las relaciones laborales sino el sistema social en su conjunto, al permitir que los intereses de las grandes masas de trabajadores fueran tenidos en cuenta en sus centros de trabajo y también en la elaboración de las políticas públicas. Había que sustituir el cuestionamiento revolucionario por la paulatina identificación de los distintos componentes sociales con el sistema, y para ello, no sólo se debía dejar atrás el modelo excluyente, sino que se debía construir otro que tuviera en la cohesión social la garantía de su sobrevivencia.

De esta forma, y por realismo político, se construye un nuevo pacto social, que sintéticamente puede resumirse en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa, siempre y cuando se ejerzan dentro de ciertos límites, que se establecían fundamentalmente en las normas laborales estatales y pactadas, siendo que estas últimas pasaron a tener una consideración privilegiada, tanto en su resultado normativo (convenio colectivo) cuanto en su configuración como el más idóneo mecanismo de procesamiento y composición de los intereses de los trabajadores y empleadores (lo que se denominó luego como Derecho del Trabajo).

Así, los sindicatos se configuraron como sujetos constitucionalmente relevantes, jugando un rol fundamental en el equilibrio industrial y social, a partir de la canalización y solución del conflicto surgido alrededor del trabajo asalariado. A tal punto que prominentes pensadores occidentales (Giugni, Kahn-Freund, Lyon-Caen) han evaluado la democrática de una sociedad a partir del grado de vigencia real de la libertad sindical.

La materialización de este nuevo pacto social ha dado sus mejores resultados en Europa (y, entre nosotros, en Uruguay), generando sociedades que combinan las menores cuotas de desigualdad social (ver índice Gini) y las mayores de cohesión social y democracia, y ha tenido su menor desarrollo en gran parte de los países latinoamericanos, muchos de los cuales, entre los que destaca el Perú, tienen acentuados rasgos de *República Revlon*, es decir, de país en el que, por muy diversas y profundas razones, lo que prima es simplemente lo cosmético, el maquillaje institucional, dado que se han copiado las formas pero no las convicciones y el entramado social a que éstas han dado lugar.

Un ejemplo claro de lo dicho puede verse en el ámbito de la huelga, cuya máxima valorización social y política ha llevado a un reconocimiento constitucional unánime (directa o indirectamente, lo que no significa que sea un derecho absoluto, puesto que tiene que ejercerse respetando los servicios esenciales) y, sin embargo, en los sistemas laborales latinoamericanos, nuevamente en especial en el peruano y con la salvedad del uruguayo, su vigencia es muy reducida, dados los grandes obstáculos normativos, administrativos y sociales que tiene que superar.

Al respecto, y a vuelo de pájaro, podemos citar, en primer lugar, las 16 observaciones que el Comité de Libertad Sindical de la OIT formuló a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuyo capítulo de huelga es reconocido unánimemente como la parte más restrictiva de una norma esencialmente limitadora. En segundo lugar, el hecho que las únicas observaciones pendientes de levantar, sean precisamente las de huelga. Y, en tercer lugar, la constatación histórica de que prácticamente todas las huelgas son declaradas improcedentes e ilegales en nuestro país (salvo cuando Carlos Blancas y Javier Neves fueron Ministros), a pesar de que un gran número cumple con los requisitos exigidos. Valga como ejemplo una reciente declaración de improcedencia de una huelga porque el preaviso dirigido al Ministerio de Trabajo no venía suscrito por la totalidad de miembros de la Junta Directiva del Sindicato, siendo que la única firma que faltaba era la de un dirigente que había fallecido.

Estamos, pues, como ha resaltado Oscar Ermida¹, ante una paradoja funcional: en el plano teórico general, de los principios y las grandes abstracciones, se sostiene la normalidad y, más aún, la esencialidad del conflicto en las relaciones laborales, pero a su vez, cuando se abordan casos concretos, se tiende a limitar las hipótesis de licitud del conflicto y a ampliar las formas de ejercicio de la huelga consideradas anómalas.

No se duda, pues, en decir que se trata de un derecho del más alto rango, un valor constitucional de referencia, que por lo tanto debería poder ejercitarse con gran amplitud, a la par que se aprueba una regulación cuestionada por la OIT por ser excesivamente restrictiva (por permitir una única modalidad y con requisitos excesivos para llevarla a cabo), a lo que se le agrega una actuación administrativa que, como veremos posteriormente, imposibilita en la práctica el ejercicio de tan relevante derecho. Esta situación empeora todavía más, si tenemos en cuenta, como se verá posteriormente, que la causa principal de las huelgas es el incumplimiento de normas legales o convencionales, es decir, la inoperancia del Estado para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, "La flexibilización de la huelga", FCU, Montevideo, 1999, pág. 9.

Se podrá decir que esa es nuestra patente histórica, pero justamente por lo mismo el gobierno tiene la obligación de comenzar a construir un modelo de relaciones sociales a partir de consensos no sólo políticos sino también sociales. No hay condena divina a vivir disgregados y enfrentados, por lo que habría que insistir, con la misma terquedad con que tropezamos cada día con estas piedras, en la necesidad de que los distintos poderes formales y fácticos busquen transformarse de únicamente dominantes en dirigentes, con toda la visión de futuro desarrollo conjunto que ello reclama. El pregonado y propagandizado Estado mínimo vuelve a estar en cuestión por las necesidades sociales, y ya tenemos un siglo de atraso respecto de quienes superaron tales problemas a partir de mayor cohesión social y democracia.

2. Huelgas y negociación colectiva entre los dos gobiernos apristas

La apreciación de la conflictividad laboral en el Perú de los últimos 22 años, para comenzar con los datos previos a la reforma laboral fujimorista, muestra un claro declive en todos los rubros: número de huelgas, trabajadores comprendidos y horas-hombre no laboradas², como se ve en el Cuadro N° 1.

Teniendo a la vista el rubro de horas-hombre no laboradas, el tema resulta muy elocuente, pudiendo anotarse que la sumatoria de todas las horas no laboradas por huelgas desde el inicio de la reforma laboral (1991) hasta el 2007 fueron 25'308,958, es decir, 2/3 partes de las que se dejaron de trabajar por esta causa en un solo año: 1988. Yendo al otro extremo, la suma de las horas dejadas de laborar del 2000 al 2007, es de 6'188,801, es decir, 2/3 partes de las correspondientes a 1987, el año más bajo en este rubro en el quinquenio final de la década de los 80.

Esta enorme diferencia de horas hombre no laboradas se explica por la reducción de la actividad reivindicativa producto de la disminución de negociaciones

² En las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se habla de horas-hombre perdidas por huelgas, pero nosotros preferimos nombrarlas como horas-hombre no laboradas para evitar la connotación negativa de la primera expresión.

Cuadro N° 1

HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE
NO LABORADAS EN EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN AÑOS
1985 - 2007
NIVEL NACIONAL

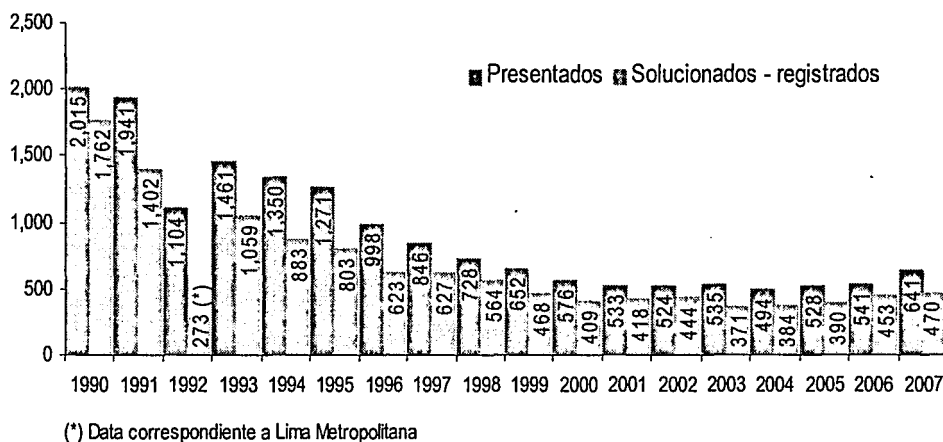
Años	Huelgas	Trabajadores comprendidos	Horas-hombres no laboradas
1985	579	237,695	12,228,220
1986	648	249,374	16,867,444
1987	720	309,407	9,067,930
1988	814	693,252	38,274,969
1989	667	208,235	15,223,166
1990	613	258,234	15,067,880
1991	315	180,728	8,880,886
1992	219	114,656	2,319,379
1993	151	41,474	2,167,764
1994	168	62,940	1,936,647
1995	102	28,182	1,048,753
1996	77	36,242	1,399,886
1997	66	19,196	319,414
1998	58	17,333	323,168
1999	71	52,080	724,260
2000	37	5,280	181,691
2001	40	11,050	488,930
2002	64	22,925	912,648
2003	68	37,323	881,362
2004	107	29,273	582,328
2005	65	19,022	478,738
2006	67	19,565	446,584
2007	73	48,096	2,216,520

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

colectivas a nivel de empresa y la desaparición de la misma a nivel de rama de actividad, con la sola excepción, en este último caso del sector construcción civil que recuperó en el 2004 su ámbito negocial y desde la fecha ha aprobado convenios colectivos en trato directo sin necesidad de recurrir a la huelga. En el gráfico N°1, se puede ver como tanto los pliegos como los convenios se redujeron en un

75%, mostrándose también una inflexión en el 2007 que habrá que ver si se confirma como tendencia.

Gráfico N° 1
Pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados
1990-2007



Pero no sólo es eso. Hay un porcentaje significativo de horas no laboradas por paros nacionales convocados por las centrales sindicales para luchar contra la política económica y laboral de los gobiernos, cuya realización desapareció a comienzos de los años 90 y que recién comienza a reaparecer este año (2008) con el paro llevado a cabo por las dos principales centrales sindicales (CGTP y CUT) el 9 de julio.

También se debe señalar, teniendo a la vista el Cuadro N° 1, que si bien hay un incremento notorio en el campo de los trabajadores involucrados y de las horas hombre, ello no responde a una ola huelguística, puesto que el número de paralizaciones es más bien similar al de años anteriores, explicándose por una mezcla de diversos factores, entre los que se pueden mencionar a una importante huelga sectorial, la duración de los conflictos y el surgimiento de nuevos sindicatos y de delegados de personal, como veremos posteriormente.

Demos, a continuación, una mirada a lo que viene aconteciendo en materia de movimiento huelguístico en el año 2007, en la medida en que se consolidan algunas tendencias cualitativas generales, refiriéndonos a otros años, cuando haya un cambio cuantitativo o cualitativo relevante³.

3. La microconflictividad obrera como rasgo estructural

Vamos a comenzar el análisis por el rubro tipo de organización sindical, en la medida que ello permite vislumbrar algunas señas centrales de nuestro sistema de relaciones laborales.

Cuadro N° 2

NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE
PERDIDAS EN EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN ORGANIZACIÓN SINDICAL 2007

ORGANIZACIÓN SINDICAL	HUELGAS		TRABAJADORES COMPRENDIDOS		HORAS - HOMBRE PERDIDAS	
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%
SINDICATO DE EMPLEADOS	2	2.74	95	0.2	1,310	0.06
SINDICATO DE OBREROS	37	50.68	10,027	20.85	362,530	16.36
SINDICATO ÚNICO	16	21.92	12,836	26.69	533,544	24.07
DELEGADOS DE EMPLEADOS	-	-	-	-	-	-
DELEGADOS DE OBREROS	16	21.92	5,602	11.65	704,632	31.79
FEDERACIÓN	2	2.74	19,536	40.62	614,504	27.72
TOTAL	73	100.00	48,096	100.00	2,216,520	100.00

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

³ Para tales efectos, utilizaremos la información estadística presentada en dos publicaciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: "Las huelgas en el Perú 2007", Oficina de Estadística e Informática, Lima 2008; y "Anuario estadístico 2007", Oficina de Estadística e Informática, Lima, 2008.

A la luz de tales datos se puede resaltar el carácter hiper-descentralizado de nuestro sistema de relaciones laborales, al girar la actividad conflictiva alrededor de los sindicatos y de los delegados de obreros, teniendo en cuenta que estos últimos son una forma no institucionalizada de actuación sindical, que se presenta fundamentalmente en las empresas en las que no se puede o no existe un sindicato propiamente dicho (son elegidos por la mayoría absoluta de los trabajadores). Al respecto, les corresponden más del 97% de las huelgas, casi el 60% de los trabajadores comprendidos y más del 70% de las horas hombre no laboradas.

Dentro de ellos, destaca la preponderancia del mundo obrero organizado, que es responsable por $\frac{3}{4}$ partes de las huelgas y tiene en la forma menos institucionalizada (delegados) al mayor porcentaje de horas hombre no laboradas, 31.79%, a lo que si le agregamos el 16.36% de las correspondientes a sindicatos de obreros deja ver que el mundo obrero organizado tiene más de la mitad de las horas hombre involucradas en conflictos laborales.

Finalmente, en el 2007, y no en años anteriores, ha tenido especial relevancia la huelga sectorial llevada a cabo por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú, que da cuenta del 27.72%, de las horas dejadas de laborar, en un conflicto no vinculado con la negociación colectiva, habida cuenta que ésta no puede llevarse a cabo a este nivel porque los empleadores peruanos son totalmente reticentes a materializarla en cualquier ámbito supraempresarial. Esta es una de las causas que explican de manera más convincente el antes señalado carácter hiper-descentralizado de nuestro sistema de relaciones laborales.

También apunta a explicar el repunte de la conflictividad laboral, el incremento significativo de delegados y sindicatos inscritos en el registro sindical, que, como se ve en el Cuadro N° 3, llega a un 50%, en el primer caso, y a un 60%, en el segundo. A diferencia del anterior, este elemento si tiene una proyección más clara, en la medida que consolida una tendencia al alza con un fuerte salto hacia adelante.

Cuadro N° 3
NIVEL NACIONAL REGISTROS SINDICALES
EN EL SECTOR PRIVADO 1993 – 07

AÑOS	REGISTROS SINDICALES			
	DELEGADOS	SINDICATOS	FEDERACIONES	CONFEDERACIONES
1993	80	180	3	-
1994	89	100	8	-
1995	46	87	5	-
1996	72	52	1	-
1997	67	47	-	-
1998	79	47	-	-
1999	68	37	3	-
2000	85	38	3	-
2001	80	89	4	-
2002	91	114	2	-
2003	95	147	1	-
2004	72	86	4	-
2005	121	118	1	-
2006	106	123	10	2
2007	158	196	10	-

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

4. El incumplimiento de normas legales y convencionales como causa principal de las huelgas

Si nos acercamos al universo de las causas de las huelgas en el 2007, y casi lo mismo sucede con los años anteriores, veremos que el campo tradicional de la negociación colectiva no es el principal contribuyente a la bolsa de horas no laboradas por huelga, sino que suma tan sólo el 18.55%, en tanto que el incumplimiento de normas legales y el despido ocupan largamente los primeros lugares, con 45.08% y 33.01%, respectivamente, como se ve en el Cuadro N° 4. Y aquí tenemos otro rasgo fundamental de nuestro sistema de relaciones laborales, cuyo

funcionamiento fluido se ve permanente interferido por una gama de conflictos vinculados con la observancia de las obligaciones legales o la instalación de prácticas antisindicales, que ya están siendo difundidas en la prensa más o menos cotidianamente, que llevan a que 3 de cada 4 horas no laboradas por huelga se refieran a comportamientos patológicos de los empleadores que deberían merecer una respuesta contundente del Estado. Resulta muy importante tener conciencia de ello, porque el predominio neoliberal en los medios de prensa a llevado a satanizar el conflicto sindical en atención al sujeto que la impulsa, cuando el conocimiento de las causas de las huelgas tiene que llevar a colocarle la responsabilidad a quien corresponda.

Cuadro 4

A NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE PERDIDAS EN
EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN CAUSAS
2007

CAUSAS	HUELGAS		TRABAJADORES COMPRENDIDOS		HORAS - HOMBRE PERDIDAS	
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%
<u>NEGOCIACIÓN COLECTIVA</u>	19	26.03	8,260	17.17	411,072	18.55
Solución al Pliego de Reclamos	19	26.03	8,260	17.17	411,072	18.55
<u>INCUMPLIMIENTO DE NORMAS LEGALES Y/O CONVENCIONALES</u>	33	45.21	25,864	53.78	999,152	45.08
Falta de pago de Remuneraciones, Reintegros, Horas Extras e Incumplimiento de Acuerdos	33	45.21	25,864	53.78	999,152	45.08
<u>DESPIDO - AMENAZA DE DESPIDO</u>	16	21.92	12,176	25.32	731,704	33.01
Reducción de Personal, Despido masivo sin causa justificada	16		12,176		731,704	
		21.92		25.32		33.01
<u>OTROS MOTIVOS</u>	5	6.85	1,796	3.73	74,592	3.37
Defensa de los puertos, no a la Privatización y Otros.	5	6.85	1,796	3.73	74,592	3.37
TOTAL	73	100	48,096	100	2,216,620	100

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

5. La declaración de ilegalidad y la corta duración de las huelgas

Si vemos los conflictos laborales según los días de duración, de los datos consignados en el Cuadro N° 5 se puede deducir claramente la predominancia de los conflictos de corta duración, al punto que casi la mitad son sólo de 24 horas. La casi totalidad se concentra hasta 15 días, puesto que a partir de allí se puede aplicar el despido si la huelga fue declarada ilegal (sólo 3 llegan a 16 días o más), y ello es así históricamente (en el 2006, por ejemplo, sólo 2 superaron los 15 días). Además de ello, del universo de las 73 huelgas del 2007, sólo 2 fueron declaradas legales, por lo que la conjunción de ambos datos confirma la aseveración precedente. Hay que notar, sin embargo, que el número de horas no laboradas por huelga en los 3 conflictos que superan los 15 días representa un 1/3 del total.

Cuadro N° 5

NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE
PERDIDAS EN EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN DÍAS DE DURACIÓN
2007

DURACIÓN DE LAS HUELGAS	HUELGAS		TRABAJADORES COMPRENDIDOS		HORAS - HOMBRE PERDIDAS	
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%
UN DÍA (24 HORAS)	34	46.58	8,993	18.7	72,464	3.27
DOS DÍAS (48 HORAS)	6	8.22	2,781	5.78	44,496	2.01
TRES DÍAS (72 HORAS)	7	9.59	2,366	4.92	56,784	2.56
CUATRO A SIETE DÍAS	12	16.44	24,807	51.58	842,840	38.03
OCHO A QUINCE DÍAS	11	15.07	5,522	11.48	418,016	18.86
DIESEISEIS DÍAS A MÁS	3	4.11	3,627	7.54	781,920	35.28
TOTAL	73	100	48,096	100	2,216,520	100

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

6. A economía minera, movimiento huelguístico minero

Si vemos lo sucedido en el movimiento huelguístico según sectores de actividad, se nos termina de aclarar la gran incógnita referida al incremento notorio de los trabajadores y horas no laboradas ocurrido en el 2007. El Cuadro N° 6 nos muestra como el 39.73% de las huelgas, el 86.65% y el 92.81% de las horas no laboradas estuvieron en la explotación de minas y canteras. Este sector, que duda cabe, es el motor del crecimiento peruano y, a su vez, es el ámbito donde se ha manifestado con mayor perniciosidad la tercerización e intermediación laboral. Justamente por ambas cosas, ha sido el ámbito también del reestreno del conflicto laboral a nivel sectorial, lo que se ha repetido en el 2008, aunque con niveles de mayor permeabilidad del gobierno, habida cuenta que nuestro país esta siendo sede de dos trascendentales citas internacionales: la Cumbre Unión Europea, América Latina y El Caribe y la Cumbre de APEC. Es también, el que mayores problemas acarrea en el ámbito de los conflictos sociales, sobre todo los vinculados con el medio ambiente, como puede verse en los reportes de conflictividad social preparados por la Defensoría del Pueblo.

Finalmente, si vemos el carácter determinado o indefinido que los propios huelguistas dieron a su medida, 47 responden al primer tipo y 26 al segundo (64%-36%), diferencia que se invierte cuando se ve el número de trabajadores (28%-72%) y sobre todo en el caso de horas no laboradas, en donde sólo el 15% es consecuencia de paralizaciones con término fijo y el 85% no lo tuvo. Nuevamente, la duración del conflicto explica esta situación, aunque en los términos vistos anteriormente, es decir que la gran mayoría finalmente no supera los 15 días.

Cuadro No. 6

NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS. HOMBRE PERDIDAS EN
EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA 2007

ACTIVIDAD ECONÓMICA	HUELGAS		TRABAJADORES COMPRENDIDOS		HORAS - HOMBRE PERDIDAS	
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%
AGRICULTURA, GANADERIA, CAZA Y SILVICULTURA	2	2.74	800	1.66	6,400	0.29
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	29	39.73	41,676	86.65	2,057,232	92.81
INDUSTRIA MANUFACTURERA	8	10.96	1,089	2.26	24,368	1.10
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	3	4.11	518	1.08	9,776	0.44
CONSTRUCCIÓN	9	12.33	730	1.52	25,792	1.16
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	13	17.81	2,736	5.69	87,632	3.95
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, AFP	1	1.37	8	0.02	64	0.00
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	2	2.74	100	0.21	800	0.04
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y DEFENSA	4	5.48	386	0.80	4,032	0.18
ENSEÑANZA	2	2.74	53	0.11	424	0.02
TOTAL	73	100	48,096	100	2,216,520	100

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

7. Breves reflexiones finales

El sucinto panorama descrito nos muestra los rasgos centrales de un sistema de relaciones laborales hiper-descentralizado, muy afectado por los cambios del paradigma productivo y por una reforma laboral desreguladora y antisindical, así como por una cultura administrativa de restricción máxima de la legalidad de las huelgas, que lleva a que las expresiones de este derecho fundamental tengan el espacio más reducido posible. Se ha mutilado muchos alcances de la tutela colectiva para colocarla en un lecho de Procusto, de modo que tiene muy pocas posibilidades u ocasiones de proteger y menos de mejorar los intereses colectivos que le corresponden.

Se puede percibir una alianza entre el Estado y los empleadores que ha atenazado a la autonomía colectiva, de modo que no puede cumplir su rol de firme aporte a una sociedad más igualitaria, con la salvedad del sector minero donde el *boom* de los *comodities* a él vinculados ha llevado a un crecimiento sustancial de los niveles de organización y actividad sindical, y, consecuentemente con todo lo anterior, a mejoras significativas de la situación económica y social de estos trabajadores.

La generalizada declaración de improcedencia o ilegalidad de todas las huelgas, su consecuente reducida extensión temporal y la inoperancia de los instrumentos estatales que garantizan el cumplimiento de las normas legales y convencionales, llevando a que la causa mayoritaria del movimiento huelguístico busque suplir el desapego estatal, son las características más resaltantes de la conflictividad laboral de estos tiempos.

Finalmente, el reducido espacio dejado a la conflictividad laboral lleva a que muchas organizaciones sindicales radicalicen sus medios de lucha, agregando a la paralización de labores diversas actividades de movilización, cierre de carreteras, etc. con la finalidad de llamar la atención y conseguir una solución rápida, lo que desdibuja el ejercicio del derecho, sacándolo de su cauce en función de las restricciones a su ejercicio ordinario.