

EL DESPIDO: INEFICAZ, DISCRIMINATORIO Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Fernando T. González Calle

En el tercer suplemento del Registro Oficial del 20 de abril del 2015, se publica la denominada: "Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar", con el cual se reforma el Código del Trabajo y se incorpora el despido ineficaz. En términos generales, ha reforzado la estabilidad laboral de grupos, y en palabras de la propia ley, hacer efectivo el principio de inamovilidad laboral.

La reforma introduce la posibilidad a la trabajadora

embarazada y en maternidad, y a los dirigentes sindicales, de poder escoger entre ser reintegrados a su puesto de trabajo o ser indemnizados con rubros adicionales a los generales por el despido. Se reconoce además una indemnización adicional cuando el despido es por discriminación.

Estas regulaciones son un avance positivo en la protección a la estabilidad, las cuales ya están presentes en la legislación comparada.

En este corto trabajo, además de comentar parte de la reforma al Código del Trabajo relacionada con el despido, pretende analizar la posibilidad del reconocimiento judicial activando las garantías de naturaleza constitucional y una descripción del régimen probatorio exigido y los avances de los países del entorno sobre estabilidad.

Para el análisis recurrí a varias fuentes: Legislación laboral latinoamericana, entrevistas personales a jue-



Fernando T. González Calle

- Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca.
- Máster en Derecho Empresarial. Universidad de Barcelona – España.
- Especialista Superior en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ex Juez Titular del Trabajo del Azuay.
- Profesor de Derecho Laboral y Práctica Forense de la Universidad de Cuenca.

ces y ex jueces de trabajo y a mi propia experiencia mientras ejercí tal función.

Antecedentes

En el Ecuador, sobre el tema estabilidad han existido tres momentos. El primero: Quienes prestan sus servicios en el sector público¹ estabilidad absoluta y para quienes están regulados por el Código del Trabajo estabilidad relativa, esto hasta el 12 de julio del 2011. El segundo: En esta fecha se publica el Decreto Ejecutivo Nro. 813 que reforma el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y se incorpora la denominada "renuncia obligatoria"², con esta tanto el sector público como el régimen del Código del Trabajo, están sometidos a los beneficios de la estabilidad relativa. El Tercero: Con la vigencia del despido ineficaz se genera grupos de personas beneficiarias de la estabilidad absoluta o del principio de inamovilidad, los demás, públicos y privados, solo una estabilidad relativa.

Estabilidad absoluta entendida como el derecho a no ser removido del cargo, sino es por causas legalmente establecidas, previo el trámite correspondiente³; en cambio, la estabilidad relativa aquella en la que si bien no estoy sometido a plazo o condición alguna, el empleador está facultado para terminar unilateralmente la relación laboral por el pago de una indemnización. Por la absoluta, ante una desvinculación considerada ilegal el derecho a comparecer al Juez a requerir el reintegro con el pago de sueldos y beneficios dejados de percibir; por la relativa, únicamente a pretender el pago de una indemnización.

Para conceptuar: estabilidad absoluta: "cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por

causa justificada que deberá probarse ante la junta de conciliación y arbitraje en caso de inconformidad del trabajador."; y Estabilidad relativa: "Cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización"⁴.

La reforma

No queda duda que la reforma busca, entre otros, procurar que los grupos a los que quiere proteger tengan garantizado su puesto de trabajo⁵. Así se concluye de la estructura del texto de la reforma e incluso de los considerandos de la misma cuando se refiere y remite a la Constitución de la República en la obligación del Estado de garantizar el pleno empleo, la estabilidad económica, y empleo sostenible en el tiempo⁶. Además, este afán está relacionado con el Modelo de Estado, desde el 2008 nos proclamamos como un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual lo que se busca es garantizar o tutelar con mayor fuerza a las personas que se encuentran en estado de discriminación, subordinación y en general a los más débiles. Hago esta afirmación contraponiendo al Estado liberal en el que la protección y tutela parte de la idea de una igualdad de condiciones de las personas.

EL DESPIDO INEFICAZ

Cuando aplica: Por la terminación de la relación laboral de forma unilateral por parte del empleador.

A quien protege: a) A la trabajadora embarazada; b) A la persona en un "estado asociado a su condición de gestación o maternidad"; c) Al dirigente sindical.

El estado de embarazo y su tiempo, no genera dudas, sin embargo: ¿Qué debemos entender por el estado asociado a su condi-



ción de gestación o maternidad? Antes de la reforma, la protección al embarazo llegaba mientras dure tal calidad, el artículo 154 del Código del Trabajo decía: "salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie el embarazo", lo que llevó a que el empleador termine unilateralmente la relación laboral una vez producido el alumbramiento. Dicho en palabras simples, el empleador esperaba a que se produzca el parto, para proceder al despido teniendo que pagar únicamente las indemnizaciones generales. Entonces, la reforma lo que busca es evitar esta situación ampliando la protección incluso una vez concluido el embarazo.

Sin embargo no se ha definido con exactitud hasta qué momento la trabajadora está amparada por este nuevo beneficio. La maternidad, es un tiempo no definido en la ley, quedando como única referencia para la aplicación, el periodo de lactancia por doce meses posteriores al parto a los que hace referencia el artículo 155 del mismo Código.

Legislaciones como la venezolana ha definido este tiempo de protección hasta los dos años, e incluso ha incluido en este beneficio al padre, durante el mismo periodo⁷.

En el caso de la protección a los dirigentes sindicales, esta se amplía al tiempo de ejercicio de sus funciones y un año más. Para alcanzar el beneficio,

se debe considerar que el Ministerio del ramo, estableció el procedimiento para el Registro de Directivas, debiendo entonces, para tener la protección, no solo el nombramiento por parte de la Asamblea, sino el registro en el Ministerio de Trabajo.

Ante quien: Producido el despido a uno de los grupos protegidos, corresponde conocer el reclamo al Juez del Trabajo, otorgando competencia al del lugar donde se produjo el despido.

Efectos de la declaratoria de ineficacia:

Se prevé dos efectos: el reintegro a las funciones y el cobro de las remuneraciones pendientes con el recargo del 10%. Sin embargo, puede el trabajador, una vez declarada la ineficacia, solicitar que en lugar del reintegro y remuneraciones, el pago de un año de remuneración que venía percibiendo.

Las medidas cautelares:

La reforma, faculta al trabajador o trabajadora afectados a solicitar medidas cautelares de restitución provisional junto con la demanda; sin embargo deberá adjuntar a la misma prueba de convicción.

Es necesario, que en la práctica judicial, no se re-

suelvan las medidas cautelares con el mismo criterio de un proceso de conocimiento, buscando prueba plena del despido.

Los operadores de justicia deberán considerar la diferencia entre el silogismo jurídico común y el aplicable a las medidas cautelares. El primero se sustenta en tres premisas: a) La premisa mayor, que es la norma. b) Una premisa media, que son los hechos y por lo tanto sujetos a prueba; y, c) La premisa de conclusión, que es la sentencia o resolución, que no es más que la subsunción de los hechos probados en la premisa media a la normativa de la premisa mayor y a su consecuencia. Las medidas cautelares, no se pueden sustentar en este silogismo, no existe la prueba de los hechos de la premisa media, se dictan en base a supuestos y en medida de la verosimilitud y lo que se ha denominado "aparición de buen derecho", persiguiendo evitar que se prolongue en el tiempo el derecho violado, y sin considerar de ninguna manera que con ello se prejuzga o anticipar el sentido de la sentencia.

El recurso de apelación:

Dice la reforma: "Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo".

Se ha concedido la facultad de recurrir vía apelación. Pero solo podrá hacérselo de la sentencia que admita la ineficacia del despido, por lo tanto, solo el empleador podrá interponer el Recurso de Apelación cuando el Juez de primer nivel considere probado el despido. En el caso del trabajador que ha recibido negativa a su pretensión, no podrá interponer el Recurso.

Esta regulación no es nueva en nuestra legislación, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, faculta

apelar exclusivamente de la resolución que niega la revocatoria de medidas cautelares⁸.

El recurso será en el efecto devolutivo, lo que no es más que la ejecución de la sentencia no se suspende por la interposición del mismo. Lo que no se ha regulado es los efectos de la revocatoria de la sentencia como consecuencia del recurso especialmente en lo atinente al pago de remuneraciones y recargos.

En caso que la sentencia de instancia inferior declare el despido ineficaz, a pesar del recurso de apelación del empleador, se deberá reintegrar a la persona trabajadora a sus funciones. La instancia de apelación puede revocar la sentencia ya sea por: inexistencia de relación laboral, falta de prueba del despido, por prescripción, o por no pertenecer a uno de los grupos protegidos⁹, que pasa con los efectos de la sentencia ya producidos: el reintegro queda sin efecto, ¿pero qué sucede con los valores por remuneración y recargos ya recibidos?. A mi criterio, queda el empleador con la posibilidad de requerir la devolución de lo indebidamente pagado en proceso aparte, en situación semejante a la ejecución de una sentencia reformada o revocada por la Corte Nacional en Recurso de Casación sin caución para suspender la ejecución de la sentencia¹⁰.

La prescripción:

La prescripción de la acción se produce a los treinta días. Si bien el tiempo es corto, la tendencia sobre esta regulación va por tiempos pequeños para promover este reclamo. España, en la Ley de la Jurisdicción Social¹¹ prevé veinte días hábiles para el reclamo. Chile en el artículo 168 del Código del Trabajo concede sesenta días hábiles¹². Mientras que Bolivia, en su Constitución da a los derechos laborales el carácter de imprescriptibles¹³.

Este corto periodo y con la derogatoria del último inciso del artículo 154 y reforma del artículo 187 del Código del Trabajo conlleva a que si no se reclama en este tiempo, embarazada y sindicalista, ya no podrán reclamar la indemnización. Recordemos, que antes de la reforma, el tiempo para reclamar indemnizaciones por el despido en todas sus circunstancias era de tres años. Ahora, en los treinta días, prescribirá cualquier posibilidad de reclamo, incluso el que busca el pago de una indemnización.

DESPIDO POR DISCRIMINACIÓN

Una de las deficiencias históricas de nuestra legislación laboral, es el no haber establecido procedimientos para la protección de los derechos laborales no patrimoniales. El Código del Trabajo, ha sido un conjunto de normas de proclama de derechos patrimoniales¹⁴ mínimos. Con la reforma, se ha incluido una protección especial para asuntos no patrimoniales, aunque la reparación, se la deja en una indemnización sin pensar en un posible restablecimiento.

"Art.195.3...En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre

otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro".

Esto, en íntima relación con la proclama de igualdad real establecida en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución¹⁵.

Podríamos considerar a esta, como la primera reforma que procura una protección de derechos laborales no patrimoniales, intentando disuadir al empleador a despedir a su trabajador por asuntos discriminatorios.

Chile, con la reforma procesal de la Ley No. 20.087 contempló la denominada acción de tutela laboral cuya finalidad central es la protección de los derechos fundamentales del trabajador de naturaleza no laboral, señala: "Artículo 485. El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre

que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador"¹⁶.

En la reforma al Código del Trabajo, se ha implementado únicamente una indemnización equivalente a un año, cuando la terminación por parte del empleador sea por asuntos discriminatorios, dejando, por lo tanto, al menos en la vía judicial ordinaria la imposibilidad de requerir el reintegro.

El reconocimiento de derechos laborales por la vía constitucional

La Constitución Ecuatoriana, prefirió determinar que todos los derechos son de igual jerarquía¹⁷; así como ha previsto un régimen de

garantías jurisdiccionales para su protección (acción de protección, habeas corpus, acción de acceso a la información pública, habeas data, acción de y por incumplimiento, acción extraordinaria de protección).

Sin embargo, a pesar que todos los derechos son de igual jerarquía, resulta difícil concebir que todos los conflictos sean de naturaleza constitucional, y se los pretenda tutelar, a todos, activando una garantía jurisdiccional constitucional¹⁸. Por ello, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el caso de la acción de protección la limitó y la hizo subsidiaria, es decir no procede cuando el acto pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

El maestro Luigi Ferrajoli, realiza una clasificación: derechos fundamentales o primarios y patrimoniales o secundarios, los segundos vinculados con el tema patrimonial (propiedad, contratación, comercio), previstos principalmente en el Código Civil y con su norma adjetiva para su vigencia en el procedimiento civil. Los primeros que son sociales y colectivos, destinados a proteger a los grupos considerados vulnerables de la sociedad. Los derechos laborales, serían una parte en el primero y otra en el segundo, como derecho patrimonial aquellos que son cuantificables en dinero para los cuales existe la vía administrativa y judicial para su reconocimiento pero como derecho primario aquellos que no son cuantificables y que no pueden fácilmente, ser reconocidos en la vía ordinaria: esclavitud, acoso laboral, discriminación en el trabajo, etc.

Por ello, y adscritos a esta posición, los derechos laborales primarios son plenamente susceptibles de tutela por la vía constitucional.

La Corte Constitucional Peruana, en el caso emblemático Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A. y Telefónica Perú Holding S.A., EXP. N.º 1124-2001-AA/TC, tutelando derechos laborales primarios vía constitucional, dispuso el reintegro a sus funciones de trabajadores desvinculados de su trabajo por pertenecer a la Asociación Laboral, indicando que:

“Resulta coincidente que las personas con las que la mencionada demandada concluyó unilateralmente la relación laboral hayan sido precisamente las que conforman tanto el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Como se aprecia, es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos...”

Colombia, también en jurisdicción constitucional ha reconocido derechos laborales no patrimoniales: “Frente al caso de la discriminación la Corte Constitucional ha invertido la carga de la prueba, correspondiendo al empleador demostrar que su actuar no ha sido discriminatorio, lo cual se presume por el hecho del despido”.¹⁹ La Corte Constitucional de este país, en sentencia C 470 de 1997 indicó que:

“Existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes

sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP Art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP Art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos. La Corte considera que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas²⁰.

Nuestra Constitución garantiza a las mujeres el derecho a no ser discriminadas por el embarazo y en periodo

de lactancia en el ámbito laboral²¹ y a la estabilidad en el trabajo sin limitaciones por el embarazo, maternidad o lactancia²²; por lo tanto, considero que estos derechos y en general los laborales no patrimoniales son plenamente justiciables por la vía constitucional, en cuanto son fundamentales o primarios.

LA CARGA DE LA PRUEBA

Al no haber estadísticas accesibles sobre los reclamos por despido intempestivo, la prueba que se utiliza para ellos y la aceptación del reclamo por el Juez, procedí a entrevistas personales a jueces de trabajo en funciones y quienes ejercieron dicho cargo por periodos considerables de tiempo, así como a miembros de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, las preguntas planteadas fueron:

1.- ¿Qué porcentaje de las demandas que anualmente ingresan a los Juzgados de Trabajo, incluyen reclamos por despido intempestivo?

2.- ¿Generalmente el empleador al contestar la demanda acepta o niega el despido?

3.- ¿Qué medios probatorios generalmente utiliza el trabajador para justificar el despido?

4.- ¿Qué porcentaje de sentencias disponen el pago de indemnizaciones por despido intempestivo?

5.- ¿Qué porcentaje de sentencias, desechan la pretensión de indemnizaciones por despido por falta de prueba?

6.- ¿Generalmente, para el trabajador demandante es fácil o difícil probar el despido?

Acerca de las demandas que contienen un reclamo por despido intempestivo, en promedio la respuesta fue de un 95%.

Sobre la contestación a la demanda, todos afirmaron que es muy rara la ocasión en la que el empleador acepta el despido, que lo común es el pronunciamiento de: "negativa de los fundamentos de hecho", pretendiendo invertir la carga probatoria, asumiendo que es el 90% de casos.

Preguntados los medios probatorios que se utilizan, la respuesta fue generalizada en cuanto un 90% utiliza los medios testimoniales y el 10% procura probar el despido con prueba documental y otros.

Las preguntas 4 y 5 llevan a la conclusión que un 80% de las sentencias no dispo-

nen el pago de indemnizaciones por falta de prueba. Lo que vinculado con la pregunta 6 indica que probar el despido es difícil, porque: el despido generalmente se da sin presencia de personas, es un hecho que por ser generalmente premeditado se da en reserva, que en las ocasiones que personas están presentes, se trata de otros trabajadores que para no verse cuestionados en su empleo no acuden a rendir su testimonio.

EL RÉGIMEN PROBATORIO Y LOS AVANCES EN PAÍSES DEL ENTORNO

En una posición civilista, nuestra jurisprudencia ha sido firme en mantener la máxima: “el que alega prueba”, por lo tanto constituye en el trabajador la obligación de probar el despido, incluso, con exigencias tales como precisar circunstancias en que se dio, fecha, hora.

“...pero que no se demostró el despido intempestivo, alegado, pues debe recordarse que éste es un hecho objetivo que requiere su identificación en el tiempo y el espacio y por tanto circunstancias individuales y personales que demuestren el ánimo claro y preciso del patrono de romper el vínculo contractual con el trabajador, circunstancia que en la especie no se evidencia...”²³

“...El despido intempestivo, conforme se ha establecido en diversas resoluciones de las salas de lo Laboral de esta Corte Suprema, debe ser demostrado en forma fehaciente, y, cuando para ello se acude a la prueba testimonial, tiene que comprobarse en qué día, hora y lugar se ha producido esa terminación unilateral del vínculo laboral y qué persona o personas intervinieron en tal hecho...”²⁴

Esto ha llevado a lo que comentan los Jueces de Trabajo, a que un 80% de los reclamos laborales no lleguen a una sentencia condenatoria de despido por falta de prueba.



Sobre el régimen probatorio de la forma de terminación de la relación laboral, el profesor Mario de la Cueva, indica:

“...rechazaron la doctrina que pretendía obligar a los trabajadores a la prueba de la existencia de la relación de trabajo, del hecho del despido y de la inexistencia de la carga justificativa; respecto de esta última cuestión se afirmó que la prueba era imposible...la prueba del despido es difícil de rendir, puesto que por regla general ocurre en ausencia de testigos o en presencia de personal de confianza del empresario; la experiencia demuestra que, por esta dificultad, los patronos se limitan a negar el hecho del despido...el principio de que el afirma está obligado a probar no puede extenderse con la misma generalidad a los procedimientos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, ya que ante los Tribunales de equidad, cada una de las partes debe aportar los elementos de que disponga para que el tribunal pueda alcanzar la verdad y fallar, realmente en conciencia...” Agrega el autor: “creemos que cuando el patrono, después de negar el hecho del despido, se opone a que el trabajador regrese a su empleo crea a favor del obrero

la presunción...por considerar que fue despedido y este hecho es falso, no existe razón para que el patrono se oponga a que el trabajador regrese a su empleo, pero si se opone, debe probar que fue el trabajador quien abandonó el empleo.”²⁵

Venezuela, al respecto de la carga probatoria, ha preferido que sea siempre el empleador el que tenga esta obligación, el artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dice:

“... El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo.”

Bolivia, igualmente, obliga al Empleador a justificar los hechos en el litigio, artículo 66 del Código Procesal del Trabajo:

“En todo juicio social incoado por el trabajador, la carga de la prueba corresponde al empleador, sin perjuicio de que aquel pueda ofrecer las pruebas que estime convenientes.”

La Ley Federal del Trabajo en México, enumera las situaciones en las que corresponde al empleador justificar

la terminación de la relación de trabajo, norma que en resumen dispone que al haber litigio o conflicto corresponde al empleador el probar las causas de terminación del vínculo laboral:

“Artículo 784: La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento que de no presentarlos se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador...”

Los operadores de justicia ecuatorianos en el caso del despido han mantenido una misma línea jurisprudencial, “el que alega prueba”. En el caso Mexicano, si bien inicialmente sostuvo la misma posición que la nuestra, fue modificándola estableciendo la presunción de su existencia en caso de la simple negativa, indicando que de no ser así se deja al trabajador en estado de indefensión ante la imposibilidad o extrema dificultad de probar un acto que normalmente ocurre en privado, correspondiéndole al empleador probar el abandono del trabajador, poste-

riormente y en evolución de la jurisprudencia, sostuvo que la inversión probatoria al empleador no procede cuando el empleador reconociendo el vínculo laboral, niegue el despido, pero a su vez ofrezca la reanudación del vínculo laboral en las mismas o mejores condiciones, posteriormente matizo esta línea agregando que el ofrecimiento de trabajo tiene que ser de buena fé, es decir, no puede convertirse en una “herramienta” para que el empleador, logre cansar al trabajador si es que regresa o simplemente es una posición que utiliza para descargar la obligación de probar la forma de terminar la relación laboral.²⁶

“DESPIDO, NEGATIVA, Y OFRECIMIENTO DEL TRABAJO. REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. El ofrecimiento del trabajo no constituye una excepción, pues no tiende a destruir la acción ejercitada, sino que es una manifestación que hace el patrón para que la relación de trabajo continúe; por tanto, si el trabajador insiste en el hecho del despido injustificado, le corresponde demostrar su afirmación, pues el ofrecimiento del trabajo en los mismos términos y condiciones produce el efecto jurídico de revertir al trabajador la

carga de probar el despido.” Jurisprudencia, Cuarta Sala, Quinta Parte, Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 187-192, Quinta Parte. Tesis, p. 71.”

Tenemos expuestos, los dos extremos, el ecuatoriano en el cual corresponde al trabajador la carga de la prueba y el mexicano, venezolano y boliviano que invierte al Empleador. Chile, en punto medio, estableció reglas de distribución de la prueba o de aligeramiento probatorio²⁷, para facilitar la carga del trabajador demandante, imponiendo la obligación del reclamante de justificar únicamente indicios o la denominada prueba indirecta que a diferencia de la directa no justifica los hechos controvertidos sino afines pero que concluyen en él²⁸. Regularmente, cuando un hecho no ha quedado suficientemente probado, quien soporta esta carga es la parte que lo alega²⁹, con esta técnica de aligeramiento quien soporta el peso de no haber probado fehacientemente un hecho es el empleador, pues bastará con justificar indicios suficientes.³⁰

En este mismo sentido, la Directiva N° 97/80 de 1997 de la Unión Europea, al tratar el tema de las cargas probatorias para hacer efectivos derechos, indicó en el artículo 4: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Bajo la línea jurisprudencial vigente en Ecuador, para hacer efectivo el despido por asuntos discriminatorios, el trabajador de-

mandante tendrá que probar: i) La relación laboral. ii) El despido, con precisión de circunstancias en las que se dio. iii) Que la motivación del despido fue una condición del trabajador. (Adulto mayor, condición sexual, edad, religión etnia, etc.). El empleador, para evitar la sanción por discriminación, simplemente indicará que el despido fue por asuntos relacionados a sus necesidades empresariales o por reestructuración, poniendo en el trabajador la difícil carga de probar que el motivo del despido fue su condición.

La Organización Internacional del Trabajo, sobre el tema ha referido:

C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

Protección del empleo y no discriminación

Artículo 8

1. 1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

Artículo 9

1. 1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la rela-

ción de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.

2. 2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever

una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas:

Conclusión

1.- Como un avance positivo al reconocimiento y tutela del derecho a la estabilidad se ha implementado en la legislación ecuatoriana el despido ineficaz; además, se ha mejorado las indemnizaciones cuando el despido tiene motivaciones discriminatorias.

2.- Las garantías jurisdiccionales constitucionales son una herramienta para la tutela de los derechos laborales no patrimoniales.

3.- El régimen probatorio desarrollado y mantenido por la jurisprudencia ecuatoriana al respecto del despido intempestivo, podría ir evolucionando con una finalidad más garantista, como lo han hecho los países del entorno¹⁰.

1 No incluyo a quienes laboran en las Empresas Públicas, al tener su régimen propio. Ni a las personas del sector público que se regulan por el Código del Trabajo.

2 "Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas."

3 Visto bueno o sumario administrativo, dependiendo el régimen.

4 DE LA CUEVA, Mario, El nuevo derecho mexicano del trabajo, Ed. Porrúa, México, 1978, p. 219.

5 En definitiva, que la mujer embarazada, en maternidad y el dirigente sindical, como consecuencia de esto, no pierda su trabajo.

6 Constitución del Ecuador, Art. 284.

7 Ley orgánica del trabajo, las trabajadoras y los trabajadores. Art. 420: Estarán protegidos y protegidas por inamovilidad laboral: 1.- Las trabajadoras en estado de gravidez, desde el inicio del embarazo hasta dos años después del parto. 2.- Los trabajadores desde el inicio del embarazo de su pareja, hasta dos años después del parto.

8 Art. 33.- Resolución: ... La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación.

Art. 35.- Revocatoria: ... Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días.

9 Si se discute si el demandante tiene la calidad de dirigente sindical o si está o no dentro del periodo de amparo.

10 Ley de Casación, Art. 8 y ss.

11 Artículo 103. Presentación de la demanda por despido.

1. El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido.

12 Art. 168: El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare.

- 13** Art. 48.4: Los salarios o sueldos devengados, los derechos laborales, los beneficios sociales y los aportes a la seguridad social no pagados, tienen privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia, y son inembargables e imprescriptibles.
- 14** En adhesión, de mi parte, al concepto y clasificación del profesor FERRAJOLI, que indico en este trabajo.
- 15** Art. 11.2: "Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad."
- 16** UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de derechos fundamentales y carga de la prueba; en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009) pp. 215-228.
- 17** Constitución de la República, Art. 11. 6.
- 18** Los juzgados y tribunales y en general la justicia Constitucional, estaría colapsada de recursos de este tipo.
- 19** GIRALDO, Jorge, "El Fuero Laboral Constitucional", Bogotá D.C. 2002, p. 119.
- 20** Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 470 de 1997.
- 21** Constitución del Ecuador, Art. 43.1
- 22** Ibid., Art. 332.
- 23** Sentencia de 23 de agosto del 2006, publicada en el RO:55, de 2-abr-2007, Segunda Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador.
- 24** Sentencia de 5 de julio del 2006, publicada en el RO-S: 46, 20-mar-2007, Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador.
- 25** DE LA CUEVA, Mario, Derecho mexicano del trabajo, México, Porrúa, 1961, t.I, pp. 935-937; en Rafael Tena Stuck, Comentarios Jurisprudenciales sobre la carga de la prueba en el despido, Revista Latinoamericana de Derecho Social, Número 1, julio – diciembre de 2005, pp. 195-204.
- 26** TENA STUCK, Rafael, Comentarios Jurisprudenciales sobre la carga de la prueba en el despido; en Revista Latinoamericana de Derecho Social, Número 1, julio – diciembre de 2005, pp. 195-204.
- 27** Artículo 493: "cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".
- 28** Un ejemplo: Un indicio de un despido discriminatorio. Se justifica que a los pocos días que el empleador conoció que su trabajador es portador del VIH lo despidió. Constituye un indicio que lleva a pensar que este hecho fue lo que lo motivó al despido; es decir, probando un hecho se da por probado otro. Bajo la perspectiva de la prueba directa, se tendría que justificar que precisamente al momento de despedir, fue el ser portador del VIH el que lo motiva.
- 29** La jurisprudencia ecuatoriana, definió que el despido debe ser probado por el trabajador con exactitud de fecha, circunstancias, etc. De no hacerlo, la carga de la imprecisión la soporta el trabajador. Se tendría por no probado el despido.
- 30** UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de derechos fundamentales y carga de la prueba; en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009) pp. 215-228.