

**LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO
LABORAL COLOMBIANO**

ALEJANDRO GÓMEZ RESTREPO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

MEDELLÍN, COLOMBIA

2015

TABLA DE CONTENIDO

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	3
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	12
5. OBJETIVOS	14
5.1. GENERAL	14
5.2. ESPECÍFICOS	14
6. RÉGIMEN PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL COLOMBIANO 15	
6.1. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL	15
6.2. EL PROCESO JURISDICCIONAL	16
6.3. EL DEBIDO PROCESO	18
6.4. EL PROCEDIMIENTO LABORAL	20
6.5. HISTORIA DEL DERECHO LABORAL EN COLOMBIA	22
6.6. LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES	28
6.7. RÉGIMEN PROBATORIO EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES.....	32
7. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA	42
7.1. LA NECESIDAD DE LA PRUEBA	42
7.2. EL PRINCIPIO DEL JUEZ TROPIS O DIRECTOR DEL PROCESO	46
7.3. LA VERDAD JURÍDICA OBJETIVA O REAL	48
7.4. LA CARGA DE LA PRUEBA	51
7.5. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN GENERAL Y EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES	56
8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	68
8.1. CONCLUSIONES	68
8.2. RECOMENDACIONES	70
9. BIBLIOGRAFÍA	72
10. WEBGRAFÍA	74

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El proceso jurisdiccional se ha entendido como una figura triangular en la cual dos partes, en dualidad de posiciones, exponen una controversia ante un tercero imparcial, imparcial e independiente que, atendiendo al derecho fundamental al debido proceso y con fundamento en las pruebas legales y lícitas allegadas en la oportunidad debida, emite una sentencia de mérito que pone fin al litigio previo al agotamiento de un procedimiento establecido en la normatividad adjetiva.

La prueba es de vital importancia en el proceso jurisdiccional porque a través de ella el juez se acerca a la verdad histórica de los hechos y toma una decisión ajustada a derecho. De otra manera, es decir, sin la mediación de las pruebas, el fallador se vería obligado a resolver las controversias dependiendo de la capacidad de convencimiento de cada parte. Lo anterior alejaría a dicho mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos de sus fines esenciales: la verdad, la justicia y el mantenimiento de la paz.

Ahora bien, para determinar quién tiene la obligación de probar los hechos y omisiones alegados en el proceso jurisdiccional se ha acudido al principio denominado carga de la prueba *-onus probandi-*. En virtud de este principio se ha establecido, tradicionalmente, que la parte actora debe demostrar los hechos u omisiones que sustenten sus pretensiones y la parte demandada los hechos y omisiones que fundamenten las excepciones que propone. La carga de la prueba implica, por un lado, una regla de conducta para las partes y, por el otro, una regla de juicio para el juez.

En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra dicho principio en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que establece: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.” Este principio ya se había consagrado

en el artículo 1.757 del Código Civil que a su vez dispone: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

A pesar de que el principio referenciado se venía aplicando sin reparos, recientemente se ha venido introduciendo en el derecho procesal contemporáneo de la mano de la concepción publicista del proceso y a través de los sistemas mixtos, en un comienzo jurisprudencialmente y más recientemente legalmente, otro principio que lo complementa: la carga dinámica de la prueba o las cargas dinámicas probatorias.

Este nuevo principio nace como respuesta a una evidente dificultad probatoria que existe en determinados procedimientos en donde las partes no están en igualdad de condiciones materiales, o en donde una de ellas encuentra casi imposible demostrar los hechos que fundamentan sus pretensiones o excepciones porque no tiene las pruebas en su poder, o por una actitud apática de su contraparte que no está dispuesta a aportar medios probatorios que no favorecen sus intereses.

En este continente dicho principio aparece por primera vez en la jurisprudencia argentina en casos de responsabilidad médica que han sido comentados por el profesor Jorge Walter Peyrano, quien se ha considerado, al menos en estas latitudes, el precursor de la carga dinámica de la prueba.

Sobre este punto indica Diego Palomo Vélez:

En Latinoamérica uno de los procesalistas que más ha escrito sobre este tema, al punto que no pocos lo entienden el creador de la fórmula de las cargas dinámicas de la prueba, es el argentino Jorge W. Peyrano, que ha visto en los criterios de disponibilidad y facilidad que recogen algunas nuevas regulaciones procesales (por ej., LEC la española y ahora, agregamos nosotros, el PNCPC chileno) una mera *denominación de recambio* de lo que en el país trasandino se conoce como la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o visión *solidarista* de la prueba, concebida a su juicio como un mecanismo de mejor reparto de los esfuerzos probatorios y como una flexibilización de las interpretaciones rígidas del mecanismo de distribución *onus probandi* y que determina que frente a circunstancias excepcionales, por aplicación de *las reglas de la sana crítica*,

la carga probatoria venga a recaer en la parte con mayor disponibilidad o facilidad probatoria.¹

Por otro lado, en Colombia dicho principio también fue introducido jurisprudencialmente en asuntos civiles, administrativos, laborales e incluso penales. Es así como en sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez, radicado 23.754 de 2008, esa Corporación, estudiando el recurso de casación interpuesto tanto por la fiscalía como por la defensa de la enjuiciada quien fue condenada como autora del delito de lavado de activos y absuelta por el de enriquecimiento ilícito, resolvió revocar la absolución decretada y condenar a la acusada también por el delito de enriquecimiento ilícito aplicando para ello el principio de la carga dinámica de la prueba.

En este caso la enjuiciada fue condenada en primera y segunda instancia por el delito de lavado de activos al ser detenida en el Aeropuerto Internacional El Dorado, de la ciudad de Bogotá, por habersele encontrado con una suma considerable de dólares camuflados en cajas de rollos de películas para cámaras fotográficas. En su momento, tanto el juez de primera instancia como el tribunal que conoció de los recursos de apelación, encontraron a la acusada culpable del delito de lavado de activos. No obstante fue absuelta del delito de enriquecimiento ilícito pues se tuvo en cuenta, entre otras circunstancias, una regla de la experiencia según la cual las personas que son usadas para lavar activos no son las propietarias del capital.

Para revocar la decisión de absolución se lee en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “*carga dinámica de la prueba*” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca. (...) Pero, dentro de criterios **lógicos y racionales**, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos

¹ PALOMO VÉLEZ, Diego, *Las Cargas Probatorias Dinámicas ¿Es indispensable darse toda esa vuelta?*, Revista Ius et Praxis, Año 19, N.º 2, 2013, pág. 456.

pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso. Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios **racionales y eminentemente lógicos** respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer. (...) Así, en el caso examinado, estando claro que la Fiscalía demostró que la procesada tenía consigo el objeto material del delito, bajo su férula de protección y dominio, emerge absurdo demandar del ente estatal la demostración de que ese dinero no pertenecía a ninguna otra persona, por la razón lógica elemental que se trata de una prueba negativa de imposible acceso para el órgano acusador, quien, de aceptarse la hipótesis, debería iniciar una labor imposible de descarte con todos y cada uno de los ciudadanos del mundo para verificar que singularmente ninguno de ellos posee esa calidad. De manera contraria, sí está en manos de la defensa demostrar, a partir del ofrecimiento de elementos probatorios concretos y verificables, que una determinada persona u organización, desde luego diferente a la acusada, era en realidad la propietaria de los dólares y en consecuencia la beneficiaria del enriquecimiento ilícito concretado. (Negrillas fuera de texto)

La Corte Suprema de Justicia aplicó el principio de la carga dinámica de la prueba en el entendido de que utilizando criterios lógicos y racionales es pertinente que la parte que tenga en su poder determinada prueba la arrime al proceso. Lo anterior es la materialización de uno de los subprincipios del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia: el derecho que tienen las partes a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

También la Corte Constitucional ha introducido en sus fallos dicho principio: así lo hizo en la sentencia C-740 de 2003, en donde estudió, entre otras cosas, la exequibilidad del parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 793 de 2002 que establece que la persona afectada con la acción de extinción de dominio debe probar los fundamentos de su oposición a través de medios idóneos y que fue demandada en su momento porque el actor consideró que invertía la carga de la prueba y que, en consecuencia, se vulneraba el principio de presunción de inocencia y debido proceso.

Para declarar la exequibilidad de dicho parágrafo dijo la Corte Constitucional:

Ahora bien. Satisfecha esa exigencia, es decir, practicado un compendio probatorio suficiente para que las autoridades infieran, de manera probatoriamente fundada, que el dominio ejercido sobre unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas, sino que obedece al ejercicio de actividades ilícitas; el afectado tiene derecho a oponerse a la declaratoria de la extinción del dominio. Ésta es una facultad legítima que está llamada a materializar el derecho de defensa del afectado, pues en virtud de ella puede oponerse a la pretensión estatal de extinguir el dominio que ejerce sobre los bienes objeto de la acción. No obstante, este derecho de oposición a la procedencia de la declaratoria de extinción implica un comportamiento dinámico del afectado, pues es claro que no puede oponerse con sus solas manifestaciones. Es decir, las negaciones indefinidas, en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúan la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. **De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.** En estas condiciones, el deber que se le impone al afectado con la acción de extinción de dominio, de probar los fundamentos de su oposición no vulnera la Carta, motivo por el cual la Corte declarará la exequibilidad del parágrafo primero del artículo 2º de la Ley 793 de 2002. (Negrillas fuera de texto)

Aunque el concepto de carga dinámica de la prueba nació jurisprudencialmente, recientemente el legislador colombiano lo introdujo en el Código General del Proceso, específicamente en el artículo 167. Y no solo en Colombia se introdujo legalmente el concepto de carga dinámica de la prueba. Así también lo hizo España en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial de 2000, Brasil en el Código Civil y Argentina en el Código Civil y Comercial Unificado. Es decir, esta figura jurídica ha sido implementada sistemáticamente en principio judicialmente y ahora legalmente, lo que lleva a pensar en su importancia en el Derecho Procesal Contemporáneo.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El proceso jurisdiccional, como se dijo anteriormente, es un mecanismo de solución de conflictos en virtud del cual un tercero resuelve un litigio conforme a derecho y respetando el debido proceso. El proceso es *conditio sine qua non* del estado de derecho, pues con él los ciudadanos tienen la garantía de que las controversias que se originen en el desarrollo de sus relaciones sociales serán resueltas conforme a unas leyes preestablecidas y por un sujeto imparcial y ajeno al litigio. El proceso jurisdiccional es, entonces, un mecanismo idóneo para conservar la paz: a través de él se evita la consecución de la justicia por mano propia.

Dentro del proceso jurisdiccional, para que el tercero pueda dictar una decisión que resuelva el litigio, las partes, como regla general, están encargadas de probar los hechos que fundamentan las pretensiones o la oposición: carga de la prueba. Como ya se dijo previamente no es suficiente que alguna de las partes afirme o niegue la ocurrencia de determinado hecho para que el tercero resuelva la controversia; esto implicaría una decisión favorable a la parte con mayor poder de convencimiento y de paso haría nugatoria la justicia material que el proceso jurisdiccional pretende alcanzar.

El Derecho Procesal Contemporáneo, recientemente, ha identificado serios problemas en el principio de la carga de la prueba: es muy común dentro del proceso jurisdiccional que alguna de las partes no pueda aportar las pruebas necesarias que fundamentan sus dichos y, por ende, se vea sometida inexorablemente a una decisión desfavorable a sus intereses. En muchos casos esa imposibilidad se presenta porque la parte no tiene la prueba en su poder, en otros porque no tiene manera de obtenerla y, en ocasiones, por una actitud apática de su contraparte que no está dispuesta a aportar una prueba que no le beneficiaría.

Ahora bien, la dificultad descrita se hace más profunda en los procedimientos laborales en donde el trabajador, el extrabajador e incluso el afiliado al Sistema Integral de la Seguridad Social fungen como parte demandante, que son la mayoría. Es que en estos casos la parte demandante, en muchas ocasiones, se ve perjudicada con decisiones desfavorables a sus intereses por no tener la manera de allegar al proceso las pruebas necesarias para sustentar sus pretensiones. Incluso hay casos más graves en donde el trabajador, el extrabajador o el afiliado se ve abocado a no acudir ante la jurisdicción.

Este problema probatorio no es más que la extensión de la desigualdad que rige la relación sustancial laboral: uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo es la subordinación del empleado respecto de su patrono². Esto es, la desigualdad que se evidencia ontológicamente en la relación entre empleador y empleado, y que es precisamente lo que las legislaciones laborales pretenden eliminar³, se materializa también en el procedimiento laboral. Esa desigualdad también se evidencia en las relaciones entre las entidades adscritas al Sistema Integral de la Seguridad Social y el ciudadano del común pues aquellas cuentan con toda la información y los recursos económicos que este no tiene.

El juez adquiere mayor protagonismo en escenarios como este, pues está en la obligación de mediar para lograr la garantía real de principios esenciales del Estado Social de Derecho, como lo son el derecho al acceso a la administración de justicia, el derecho a una sentencia de fondo que

² El literal b del numeral 1 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo establece que es un elemento esencial del contrato de trabajo: “La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país”

³ Las normas que regulan las relaciones laborales buscan, por regla general, eliminar la desigualdad que se presenta entre patrono y trabajador. Es así como el primer artículo del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: “La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.”

resuelva el asunto puesto a su conocimiento, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el derecho a la prueba y a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva dentro del proceso jurisdiccional. Esto también fue previsto por el legislador y es por tal razón que el juez laboral tiene facultades impensables en otras áreas, como por ejemplo la posibilidad de condenar *extra* y *ultra petita*⁴, contrariando principios clásicos procesales como el de congruencia.

Además de lo anterior en el procedimiento laboral también existe la posibilidad de que el juez decrete pruebas de oficio y otros medios probatorios como la inspección judicial y la exhibición de documentos, que harían pensar que la dificultad probatoria a la que se viene haciendo referencia es superable. No obstante, en la práctica no es así. El común denominador es que se siga aplicando irrestrictamente el principio de la carga de la prueba, sobre todo con la entrada en vigencia del sistema oral en materia laboral.

Los jueces laborales, por lo general, no decretan pruebas de oficio y mucho menos inspecciones judiciales que son casi impensables en un sistema tan congestionado como el colombiano. Es así como la carga dinámica de la prueba se erige en un principio que puede, sin congestionar más los Despacho Judiciales, acercar al procedimiento laboral las pruebas necesarias para que el juez encuentre la verdad jurídica objetiva.

⁴ Esta posibilidad está consagrada en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone: “El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el *proceso* y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es el régimen probatorio aplicable y cómo se desarrolla la carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano?

4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La implementación de la carga dinámica de la prueba va ligada, estrechamente, con el principio del juez director del proceso. Se necesita entonces del denominado juez tropos para hacer efectivo dicho principio. El proceso requiere de un tercero que deje de ser un simple espectador: el juez será el encargado de distribuir la carga de la prueba entre las partes. Él será el encargado de determinar cuál parte se encuentra en mejor posición de probar determinado hecho e imponerle el trabajo de probarlo sin importar que la prueba le sea favorable o no.

La implementación del principio de la carga dinámica de la prueba implica un cambio de actitud por parte del juez que todavía no se evidencia en los estrados judiciales. Hay que superar la idea de que el juez debe esperar a que las partes aporten las pruebas que fundamenten sus pretensiones para posteriormente emitir el fallo. El juez, aunque debe conservar la independencia y la imparcialidad, tiene el deber de procurar que dentro del procedimiento laboral se alleguen las pruebas que necesita para tomar una decisión de fondo, máxime teniendo en cuenta la inferioridad de condiciones en las que se encuentra el trabajador, el extrabajador o el afiliado. Y para ello ahora tiene la posibilidad de distribuir la carga de la prueba.

El derecho procesal contemporáneo le ha dado las herramientas al director del proceso para que las pruebas que se requieren para resolver de fondo el litigio sean arrimadas al proceso, dando aplicación a la primacía del derecho sustancial sobre el procesal. No obstante, el juez no ha asumido el rol que estos cambios implican y, en la mayoría de casos, sigue siendo un simple espectador con respecto al decreto y la práctica de las pruebas.

Por lo anterior es de suma importancia desarrollar un trabajo que explore la actualidad del principio de la carga de la prueba y de las cargas probatorias dinámicas y su aplicabilidad en el procedimiento laboral. De esta manera, no solo se puede abrir el camino para que los jueces

asuman una actitud diferente de cara a la búsqueda de la verdad y a la realización de justicia sino que también se puede lograr un impacto social que represente mayor confianza en el poder judicial.

5. OBJETIVOS

5.1. GENERAL

- Definir el régimen probatorio en el procedimiento laboral colombiano y la carga dinámica de la prueba dentro del mismo.

5. 2. ESPECÍFICOS

- Describir el régimen probatorio aplicable al procedimiento laboral colombiano teniendo como precedente el estudio de conceptos procesales tradicionales y el desarrollo legislativo del derecho laboral.
- Caracterizar el concepto de carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano a través del estudio de principios procesales referentes a la prueba y de principios constitucionales.

6. RÉGIMEN PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL COLOMBIANO

6.1. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL

El derecho procesal es, en palabras de Alsina “el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende la organización del poder judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso⁵”.

Por su parte Jaime Guasp dice que “derecho procesal no quiere decir, en definitiva, otra cosa que derecho referente al proceso; es, pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso⁶”.

Para Devis Echandía el derecho procesal es “La rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a las jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla⁷”.

Las definiciones tradicionales del derecho procesal limitan su objeto de estudio a la jurisdicción o al proceso jurisdiccional. No obstante hay que advertir que, aunque es cierto que dentro del objeto de estudio del derecho procesal se encuentren dichos conceptos, desde una perspectiva moderna no se puede entender que dicha rama del derecho se agote en el estudio de esas dos instituciones jurídicas. Al respecto dice el tratadista Martín Agudelo Ramírez que:

⁵ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima, Editores, 1963, pág. 35.

⁶ GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho procesal civil*, Tomo I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 31.

⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal*, Tomo I, 4ª ed., Bogotá, ABC, 1974, pág. 5.

El proceso jurisdiccional, desde una perspectiva clásica, se constituye en el objeto central del derecho procesal. Sin embargo, el estudio de este instrumento de procesamiento dirigido a que se profiera una decisión definitiva entre partes, que aunque no estén contrapuestas sí deben estar en dualidad de posiciones, no excluye la reflexión sobre otras realidades conexas o próximas al proceso. Desde una propuesta alternativa, debe tenerse en cuenta como objeto de estudio de la disciplina procesal, de manera adicional, los procedimientos lineales que deban respetar el debido proceso (p. ej. procedimientos disciplinarios, “jurisdicción” coactiva, “jurisdicción” voluntaria, etc.).⁸

En síntesis se puede considerar que el derecho procesal se encarga de estudiar los instrumentos regulados en el ordenamiento jurídico para hacer efectivos los derechos sustanciales y que a pesar de que su principal objeto de estudio es el proceso jurisdiccional, ahora, en virtud de una concepción moderna, analiza todos los procedimientos en donde se deba observar y respetar el derecho fundamental al debido proceso.

6.2. EL PROCESO JURISDICCIONAL

El origen del Estado fue tratado de explicar por varios autores de la ilustración⁹ a través de un concepto filosófico denominado “el estado de naturaleza”. Para Hobbes, por ejemplo, en el estado de naturaleza prevalece el caos y la guerra de todos contra todos. Sin embargo, ese estado de guerra constante es moderado por ciertas pasiones y por la razón, las cuales inducen a la paz. Plantea el inglés que “Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas necesarias para vivir cómodamente, y la esperanza de conseguirlas con su industria. Y la razón sugiere adecuados artículos de paz, basándose en los cuales los hombres pueden llegar a un acuerdo¹⁰.”

El acuerdo del que habla Hobbes apunta a que cada hombre abandona el uso de la fuerza como medio de satisfacción de necesidades y, por el contrario, la ceda ante el Estado, quien es el encargado de mantener la armonía y la paz. El hombre, para evitar volver al estado de naturaleza,

⁸ AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *El proceso jurisdiccional*, 2ed., Bogotá DC, Comlibros, 2007, pág. 45.

⁹ Entre ellos Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu y Rousseau.

¹⁰ HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, España, Servicio de comunicaciones Universidad de Valencia, 1992, p. 106.

debe desprenderse entonces de la ley natural: debe transferirle el derecho del uso de la fuerza al Estado para que este lo monopolice.

Dentro de ese contexto se puede ubicar la aparición del proceso jurisdiccional como mecanismo para evitar una vuelta al estado de naturaleza. El proceso se puede considerar como el método de resolución de conflictos que tiene origen en el “contrato social” y que tiene como fin resolver los conflictos sin recurrir al uso individual de la fuerza. Es el Estado, como ente monopolizador de la fuerza, el encargado de resolver los conflictos que se presentan en el desarrollo de las relaciones sociales de una forma justa y, además, el encargado de garantizar que la decisión que resuelva el litigio se cumpla.

El proceso es *conditio sine qua non* del estado de derecho, pues con él los ciudadanos tienen la garantía de que las controversias que se originan en el desarrollo de las relaciones interpersonales serán resueltas conforme a unas leyes preestablecidas y por un sujeto imparcial, ajeno al litigio e independiente. Así las cosas el proceso jurisdiccional es un mecanismo idóneo para conservar la paz: a través de él se evita la consecución de la justicia por mano propia.

Martín Agudelo Ramírez define al proceso jurisdiccional como el “método de orden formal para la consecución de una decisión de fondo, dirigido por un tercero imparcial, en el que se requiere el respeto de los principios procesales y las garantías correspondientes a la legalidad del juez y a la legalidad de la audiencia¹¹.” Por otro lado, el tratadista Devis Echandía define al proceso jurisdiccional como:

El conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretenden tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral, o contencioso-administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de

¹¹ AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, pág. 45.

la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.).¹²

En resumidas cuentas el proceso jurisdiccional se puede definir como un mecanismo de solución de conflictos en virtud del cual un tercero imparcial, imparcial, independiente y competente resuelve un litigio que se presenta entre dos partes en dualidad de posiciones con una decisión definitiva que debe ser motivada, previo el agotamiento de un procedimiento ordenado y consecutivo, conforme a un sistema de fuentes y respetando el debido proceso.

6.3. EL DEBIDO PROCESO

Definir el debido proceso de manera positiva es complejo. La mayoría de los doctrinantes lo ha definido de manera negativa. Así lo advierte el procesalista argentino Alvarado Velloso, quien después de mencionar que no en todas las constituciones se utiliza el adjetivo “debido”, explica: “Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma positiva el debido proceso, y lo ha hecho siempre negativamente: y así, se dice que no es debido proceso legal aquel que -por ejemplo- se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa¹³.”

A pesar de lo anterior el mismo autor define el debido proceso así:

Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso, resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.¹⁴

La Constitución Política de Colombia consagra el principio en comento en el artículo 29 y, aunque utiliza el adjetivo “debido”, tampoco lo define. Sin embargo enuncia algunos principios que deben ser respetados en las actuaciones judiciales y administrativas. Es decir, el constituyente

¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 3ed., Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 155.

¹³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004, pág. 167.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 170.

colombiano hizo un listado de subprincipios que deben ser observados dentro de los procedimientos -judiciales y administrativos- y de cuyo cumplimiento depende que se pueda afirmar o no, en determinada actuación, que se respetó el debido proceso.

Se debe advertir que cuando el mencionado artículo dispone que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, es evidente que, por lo menos en el ordenamiento jurídico colombiano, el debido proceso no solo se aplica al proceso jurisdiccional. Esto es, en Colombia el debido proceso se aplica a procedimientos que no tienen la estructura triangular del proceso jurisdiccional. Lo anterior no es más que la consecuencia de la ampliación del objeto de estudio del Derecho Procesal: esta rama del derecho ya no solo se encarga de estudiar el proceso jurisdiccional.

Definitivamente es importante definir el debido proceso de manera positiva y, así las cosas, se le puede considerar como el derecho humano reconocido en los Estados de derecho, positivizado (generalmente en la Constitución Política) y que cuenta con un mecanismo de protección reforzado (la acción de tutela o la acción de amparo), que tienen las personas a participar en procedimientos dirigidos por sujetos calificados en donde la forma, la defensa y la decisión respetan el sistema de fuentes.¹⁵

En síntesis el debido proceso comprende dos grandes garantías: la legalidad del juez y la legalidad de la audiencia. La primera contiene los principios del juez director o tropos, exclusivo, natural o competente, independiente e imparcial. La segunda hace referencia a la forma, la defensa y la decisión.

¹⁵ Cfr. AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, pág. 7-44.

6.4. EL PROCEDIMIENTO LABORAL

Algunos tratadistas consideran que, como el derecho procesal busca la efectividad del derecho material, el proceso jurisdiccional se puede clasificar de acuerdo con las distintas ramas del derecho procesal existentes en el ordenamiento jurídico de cada país. Al respecto dice Marco Gerardo Monroy Cabra que “Los procesos se clasifican de acuerdo con las distintas ramas del derecho procesal existentes en cada país. En Colombia se hace esta clasificación: proceso civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, jurisdicción coactiva, militar y aduanero: Sin embargo, la pluralidad de tipos procesales no destruye su unidad conceptual, la cual sigue siendo idéntica en cada una de sus ramas, aunque hay distinciones peculiares en cada uno de los procesos¹⁶.”

A pesar de que tradicionalmente se ha entendido que el proceso jurisdiccional se clasifica dependiendo de la materia objeto de estudio, esto es: proceso penal, proceso civil, proceso laboral, proceso contencioso-administrativo, etc., más recientemente se ha hecho un esfuerzo por diferenciar el concepto de proceso jurisdiccional del concepto de procedimiento jurisdiccional. Por el primero se entiende el método heterocompositivo de solución de conflictos en virtud del cual un tercero revestido de competencia que se caracteriza por ser imparcial, imparcial e independiente resuelve un conflicto que se presenta entre dos partes que se encuentran en dualidad de posiciones y en igualdad de condiciones, a través de una sentencia de fondo definitiva que debe estar motivada y que debe dar aplicación al derecho sustantivo. Todo lo anterior en desarrollo de un conjunto de actos sucesivos y progresivos y en un marco de respeto al debido proceso.¹⁷

¹⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Bogotá DC, Ediciones Librería del Profesional, 2001, pág. 97.

¹⁷ Cfr. AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, págs. 45-86.

Por otro lado cabe señalar que el procedimiento jurisdiccional¹⁸ hace parte del proceso jurisdiccional y ha sido definido como el método de debate compuesto por un conjunto de actos sucesivos, secuenciales, ordenados y proyectivos que permiten la participación de un tercero y de dos partes en conflicto que tienen como objetivo una decisión jurisdiccional que ponga fin al litigio en virtud de las normas procesales dispuestas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, teniendo de presente lo anterior se puede indicar que el proceso es uno y se debe conservar su unidad conceptual, mientras que el procedimiento admite clasificaciones teniendo en cuenta, en este caso sí, diferentes conceptos como la materia sobre la cual versa el litigio. Sobre este punto cabe resaltar lo que dice Martín Agudelo al respecto:

El procedimiento propiamente procesal, con estructura triangular, puede clasificarse de diversas maneras teniendo en cuenta su carácter concreto. Así, puede clasificarse de diversas maneras según diversos puntos de vista, como los que destacan a continuación: (a) por la materia sustancial o litigiosa que deba considerarse (procedimiento civil, administrativo, penal, laboral, constitucional, etc.); (b) por la tutela concreta que ha de resolverse en sede jurisdiccional (procedimientos declarativos, ejecutivos y cautelares); (c) por su estructura (simple o común o monitorio); (d) por la forma de su desarrollo (ordinarios, abreviados, especiales, etc.); (e) por los bienes afectados (singulares y universales).¹⁹

Acogiendo esta última posición en este trabajo se abordará el tema objeto de estudio teniendo en cuenta la diferencia entre derecho procesal laboral, proceso jurisdiccional y procedimiento laboral. Sobre el primer concepto se aceptará la definición que propone Rafael Del Pina cuando dice que “es la disciplina que estudia las instituciones procesales del trabajo con finalidades y métodos científicos²⁰.” Por proceso jurisdiccional lo que ya quedó definido

¹⁸ Debe tenerse en cuenta que el procedimiento puede ser o no ser jurisdiccional. Sobre este tema sostiene Esparza Leibar que “Procedimiento se refiere a una serie de fases sucesivas de un fenómeno, dicho fenómeno puede efectivamente ser jurisdiccional, pero puede también perfectamente no serlo, (el procedimiento a seguir para la obtención de un permiso de ausencia en el caso de los profesores universitarios), la desvinculación con la función jurisdiccional puede ser absoluta, a diferencia del proceso, y en todo caso parece aludir a una actividad formal, externa o no sustantiva.” ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El Principio del Proceso Debido*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, págs. 27-28.

¹⁹ AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, pág. 77.

²⁰ DEL PINA, Rafael, *Curso de Derecho Procesal del Trabajo*, México, Ediciones Botas, 1952, pág. 8.

anteriormente, es decir, como el método heterocompositivo de solución de conflictos dirigido por un tercero imparcial, imparcial, competente e independiente que pone fin a un conflicto que se presenta entre dos partes que se encuentran en dualidad de posiciones a través de una sentencia de fondo debidamente motivada previo el agotamiento de un procedimiento que encuentra fundamento en normas procesales. Y finalmente el procedimiento laboral se entenderá como el conjunto de actos sucesivos, ordenados y proyectivos establecidos en la legislación procesal laboral para que el juez dicte una sentencia de fondo que ponga fin al litigio que se presenta entre dos partes que están en dualidad de posiciones y que, por lo general, corresponden a trabajador y empleador.

6.5. HISTORIA DEL DERECHO LABORAL EN COLOMBIA

Son varias las fuentes del Derecho Laboral y muchos más los antecedentes históricos que se pueden reseñar en la evolución de dicha materia tanto en el aspecto sustantivo como procesal. Sin embargo, cabe destacar que fue a través de la intervención del Estado y, más específicamente, de la inclusión de los derechos de los trabajadores en las Constituciones Políticas, que se logró el desarrollo del Derecho del Trabajo. Fue esta la manera de tratar de lograr una igualdad entre patrono y trabajador, en el entendido de que el primero se encuentra en una posición dominante al ser el propietario de los medios de producción y al tener potestades subordinantes respecto al segundo.

Al respecto cabe destacar lo contemplado en la Constitución francesa del 24 de junio de 1793 que dispuso en su artículo 18: “Todo hombre puede contratar sus servicios, su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad enajenable. La ley no reconocerá de ningún modo servidumbre; no podrá existir más que un compromiso de cuidado y

reconocimiento entre el hombre que trabaja y aquél que lo emplea.” Lo anterior fue reiterado, posteriormente, en el artículo 15 de la Constitución Francesa del 22 de agosto de 1795.

Luego, la Constitución Francesa del 4 de noviembre de 1848, como lo referencia Guillermo Guerrero Figueroa²¹, estableció:

Se garantiza a todos los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria. La sociedad favorece y estimula el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad en las relaciones entre patrón y el obrero, las instituciones de previsión y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias, el establecimiento por el Estado, por los departamentos y comunas, de trabajos públicos, apropiados para emplear a los desocupados; ella suministrará la asistencia a los niños abandonados, a los ancianos sin recursos y que sus familias no puedan socorrer.

Esta constitucionalización del Derecho del Trabajo también se evidenció en el artículo 34 de la Constitución de Suiza de 1874: “La Confederación tiene derecho a establecer prescripciones uniformes sobre el trabajo de los niños en las fábricas, sobre la duración en ellas, el de los adultos, así como la protección que deberá dispensarse a los obreros en el ejercicio de industrias insalubres o peligrosas”.

Aunque evidentemente la llamada constitucionalización del Derecho Laboral inició en Europa fue la Constitución Mexicana del 5 de febrero de 1917 la que introdujo una reglamentación de los derechos laborales que sirvió de referente no solo para los demás países de América Latina sino también que fue tenida en cuenta por la Constitución de Weimar (Alemania 1919), el Tratado de Paz de Versalles que se suscribió después de la terminación de la primera guerra mundial y la Constitución de España de 1931.

Sobre este tema dice José María Obando Garrido:

Fue precisamente, un país latinoamericano, Méjico, el que por primera vez, el 5 de febrero de 1918, indicara, en su Constitución Nacional, la especial importancia de los derechos de los trabajadores, en el artículo 123, que lo define en treinta incisos, siendo el último el que atribuye la competencia a las autoridades jurisdiccionales, para

²¹ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, *Teoría General del Derecho Laboral*, 7ªed., Bogotá DC, Leyer, 2006, págs. 105-109.

administrar la justicia laboral. La ley federal del trabajo que se promulgó el 18 de agosto de 1.931 es el cumplimiento ampliado del artículo 123 de dicha constitución. El ejemplo mejicano fue seguido por el Tratado de Versalles, después de la primera guerra mundial, suscrito el 28 de junio de 1919. En él se consagraron principios laborales, principalmente, en nueve numerales del artículo 427, de los cuales el último dispone la organización de un servicio de inspección, para asegurar la aplicación de las leyes reglamentos y prestaciones de los trabajadores. En la misma forma, la Alemania de posguerra, influida por la social-democracia, plasmó en su constitución de 1919, llamada de Weimar, por haberse dictado en la capital de Turingia, la necesidad de un derecho del trabajo, el derecho al trabajo, la libertad de trabajo, la obligación de trabajar, en su artículo 163, y el derecho de asociación sindical como medio de reivindicaciones sociales.²²

Fue en el artículo 123 del título sexto “Del Trabajo y de la Previsión Social” de la Constitución Mejicana de 1917 en donde se establecieron los principios y las reglas fundamentales del derecho laboral y que, hasta la fecha, conservan plena vigencia y aplicabilidad como lo son: la jornada máxima de trabajo, prohibición del trabajo infantil, el descanso obligatorio, protección a la mujer en estado de embarazo, salario mínimo, igualdad salarial, inembargabilidad del salario mínimo, responsabilidad del patrono por culpa en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, libertad de asociación sindical, irrenunciabilidad de los derechos laborales, entre otros.

En síntesis la importancia de la Constitución Mejicana de 1917 radica en que fue la primera vez que en una Constitución se establecieron los principios y las reglas mínimas que debían regir las relaciones contractuales entre empleador y trabajador. Lo anterior teniendo en cuenta que, aunque previamente los países europeos habían introducido los derechos sociales en sus cartas políticas, se había hecho de una manera tímida y no tan amplia como lo hizo Méjico.

En Colombia, por el contrario, el desarrollo del Derecho Laboral fue más legal que constitucional. En la Constitución de 1886 apenas se introdujeron algunas disposiciones relacionadas con el trabajo, así, por ejemplo, el artículo 44 decía: “Toda persona podrá abrazar

²² OBANDO GARRIDO, José María, *Derecho Procesal Laboral*, 2ªed., Bogotá DC, Ediciones Tunvivor, 1.999, págs. 81-82.

cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores. Las autoridades inspeccionaran las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas. La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares.”

También se deben resaltar los artículos 46, 47 y 49 *ibídem* como la génesis de los derechos sindicales y, además, la reforma introducida en 1936 que dispuso que el trabajo era una obligación social que gozaba de especial protección del Estado. No obstante, se reitera, en Colombia el desarrollo de los derechos de los trabajadores fue consecuencia directa de los reclamos sociales de la clase obrera que se vieron atendidos a través de una lenta regulación legal de las relaciones laborales que se dio, principalmente, después de 1915.

Al respecto cabe destacar la Ley 57 de 1915 que implementó una reglamentación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Dicha norma, además de introducir una definición de los riesgos, establece la responsabilidad de los empleadores y su obligación de reconocer pensiones, indemnizaciones, gastos, entre otros, en determinadas circunstancias. La importancia de esta ley es innegable puesto que fue la primera regulación que estableció una serie de responsabilidades a cargo del empleador para evitar el deterioro de salud de sus trabajadores.

Posteriormente se expidieron las Leyes 78 de 1919 y 21 de 1920. La primera sobre derecho colectivo estipuló la huelga y reglamentó la negociación colectiva. La segunda creó tribunales de arbitramento para negociar situaciones laborales. Luego se expidió la Ley 15 de 1925 que prohibía el trabajo infantil. En estos momentos Colombia vivía una transición de la vida rural, dedicada a la agricultura y en donde los menores de edad participaban junto con sus familias en las labores diarias, a una vida urbana, dedicada a trabajos industriales. Fue por tal razón que se implementó

dicha ley con el ánimo de evitar circunstancias insalubres para los menores de edad y favoreciendo la alfabetización por encima del trabajo.

Otra de las normas de gran importancia en el desarrollo del Derecho Laboral Colombiano fue la Ley 83 de 1931. A través de esa ley se reconoció el derecho a la sindicalización y se promovió el registro legal de los sindicatos. Lo que a futuro implicó una gran actividad de las organizaciones sindicales en el país.

Desde 1931 hasta 1945 en la etapa llamada la República Liberal, y después de la terminación de lo que se conoció como la hegemonía conservadora²³, se expidieron un sinnúmero de leyes, además de la Ley 83 de 1931, que siguieron consolidando los derechos de los trabajadores. Por ejemplo el Decreto 1 de 1934 que estableció la jornada laboral de 8 horas; la Ley 1ª de 1932 que estipula la jubilación para trabajadores; la Ley 10 de 1934 que habla sobre el contrato de trabajo; la Ley 38 de 1937 que establece el descanso remunerado el 1º de mayo, día del trabajo; la Ley 96 de 1938 que creó el Ministerio del Trabajo; la Ley 165 de 1941 que modificó el artículo 2495 del Código Civil, para disponer que los salarios y prestaciones sociales estaban dentro de los créditos de primera clase y la Ley 6ª de 1945.

Asimismo se debe resaltar el Decreto Ley 2158 de 1948, actualmente el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que ha sido modificado por la Ley 712 del 2001 y por la Ley 1149 del 2007, y el Decreto Legislativo 2663 de 1950, actualmente el Código Sustantivo del Trabajo, que fue modificado principalmente por el Decreto 2351 de 1965, la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002.

Finalmente se debe mencionar que en Colombia, con la Constitución Política de 1991, se elevaron a rango constitucional varios derechos laborales, incluidos los relacionados con el

²³ Período de tiempo comprendido entre 1886 a 1930 durante el cual el partido conservador mantuvo el poder en forma continua.

derecho de asociación sindical y la seguridad social. Es así como se pueden reseñar el artículo 1 que habla del trabajo como fundamento del Estado; el artículo 13 que establece una protección especial para las personas en estado de debilidad manifiesta; el artículo 17 que prohíbe la esclavitud y la trata de personas; el artículo 25 que dispone que el trabajo es un derecho y una obligación social y que goza de especial protección por parte del Estado; el artículo 26 que consagra la libertad de escoger profesión u oficio; el artículo 39 que estipula el derecho de asociación sindical y el fuero sindical; el artículo 48 que determina que la Seguridad Social es un servicio público a cargo del Estado, por un lado, y además que es un derecho irrenunciable, por otro lado; el artículo 53 que se erige en un mandato del constituyente para que se expida una nueva regulación en materia laboral y que dispone los contenidos mínimos de la misma. También se pueden consultar los artículos 54, 55, 56, 57, 60, 64, 123, 125, 215 y 336.

La Constitución Política Colombiana de 1991, aunque no tiene un artículo que se pueda comparar con el 123 de la Constitución Mexicana de 1917, consagró los pilares básicos del derecho del trabajo y la seguridad social. No obstante, hay que hacer especial énfasis en el artículo 53 que empieza diciendo “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales” Lo anterior quiere decir que el constituyente colombiano, como se dijo anteriormente, le encargó la tarea al poder legislativo de expedir una nueva normatividad que regulara las relaciones laborales teniendo en cuenta que la legislación sustantiva laboral data de 1950.

A pesar de lo anterior para la fecha, 23 años después, el Congreso de la República, a pesar de varios intentos, no ha cumplido con la obligación que le impuso el constituyente primario. Por lo anterior, los principios consagrados en el artículo en mención han tenido que ser objeto de desarrollo jurisprudencial, tanto de los jueces constitucionales como de los jueces laborales, para

llenar los vacíos legales de la materia. Por ejemplo, a pesar de que uno de esos principios es la remuneración mínima vital y móvil, en Colombia, las personas que reciben remuneraciones superiores al salario mínimo legal mensual, no tienen un mecanismo de reajuste periódico de su salario.

En conclusión el derecho laboral y el derecho procesal laboral son áreas que se han desarrollado modernamente si se comparan con otras como el derecho civil, penal y administrativo. En el caso colombiano resulta evidente que el desarrollo ha sido más legal que constitucional, contrario a lo que ocurrió en Europa y en países americanos como Méjico, sin perder de vista que actualmente la Constitución Política vigente y el desarrollo jurisprudencial de la misma han permitido una protección más integral del trabajador.

6.6. LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES

El actual Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Ley 2158 de 1948), con las modificaciones introducidas tanto por la Ley 712 del 2001 como por la Ley 1149 del 2007, establece varios procedimientos laborales para dirimir los conflictos que surgen de las relaciones laborales y los relacionados con el Sistema Integral de la Seguridad Social. Es así como regula los procedimientos ordinarios y los especiales.

A través de dichos procedimientos se dirimen las controversias asignadas a los jueces laborales, que no son solo las establecidas en el artículo 2 de la mencionada Ley 2158 de 1948, que fue modificado por la Ley 712 del 2001. Lo anterior teniendo en cuenta que este artículo no establece un listado taxativo de los asuntos que competen, en virtud del factor objetivo de competencia²⁴ por la materia, a la denominada jurisdicción laboral, sino que es un listado

²⁴ Rocco define la competencia como “aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella”. ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Bogotá DC, Buenos Aires, Ed. Temis-Depalma, 1.970, pág. 42. Ahora bien, la competencia se determina

meramente enunciativo puesto que hay otras normas que también adjudican el conocimiento de determinados asuntos a los jueces laborales, como por ejemplo los artículos 50 y 480 del Código Sustantivo del Trabajo que consagran una acción de revisión de los contratos de trabajo y de las convenciones colectivas, respectivamente; el artículo 10 de la Ley 1010 del 2006 que dispone que son los jueces laborales los encargados de imponer las sanciones previstas en dicha norma para las conductas de acoso laboral o el artículo 38 del Decreto 4588 del 2006 que establece que corresponde a la jurisdicción laboral el conocimiento de: “Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo”, cuando los estatutos de la respectiva Cooperativa o Precooperativa no establezcan mecanismos de arreglo de conflictos vía conciliación o no exista compromiso o cláusula compromisoria que obligue a las partes a someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento.

Dentro del procedimiento ordinario laboral se encuentra el de única instancia, que está regulado entre los artículos 70 a 73 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que son aquellos en donde la cuantía de las pretensiones no supera los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁵. Las características principales de este procedimiento son las siguientes: las partes pueden actuar por sí mismas sin intervención de abogado²⁶, no se requiere de presentación de demanda por escrito pudiéndose hacer de manera verbal y contra la sentencia proferida por el juez no cabe recurso alguno²⁷.

en virtud de varios factores determinados por la ley, uno de ellos es el denominado factor objetivo que se refiere tanto a la materia objeto del debate como a la cuantía de las pretensiones.

²⁵ Así lo dispone el artículo 12 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que fue modificado por el artículo 46 de la Ley 1395 del 2010. Dicha norma establece, además, que los procedimientos de única instancia estarán a cargo de los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple en los lugares donde existan.

²⁶ Artículo 33 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

²⁷ Artículo 72 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Este procedimiento se caracteriza por la concentración de las etapas procesales y la celeridad y, aunque no es común que los trabajadores acudan a presentar demandas de manera verbal, es evidente que la norma busca proteger el derecho de acción de los trabajadores eliminando barreras para el acceso a la justicia. El juez, después de presentada la demanda y una vez admitida, convoca a una audiencia a la cual deben comparecer las partes y en donde se intenta la conciliación. En el evento de no llegarse a un acuerdo se deciden las excepciones previas en caso de haber sido propuestas, se continúa con la etapa de saneamiento del litigio y se decretan las pruebas. Finalmente se practican las pruebas decretadas y se dicta sentencia.

Por otro lado, a través del procedimiento de primera instancia se tramitan los asuntos en donde el monto de las pretensiones asciende a 20 salarios mínimos legales vigentes o más. De estos procedimiento conoce el juez laboral del circuito y tiene las siguientes características: se debe actuar por intermedio de abogado, la demanda debe presentarse por escrito y, contra la sentencia proferida por el juez, cabe el recurso de apelación para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, y ante la solicitud de la parte recurrente, confirme, modifique o revoque la sentencia proferida por el juez singular. Este procedimiento no se diferencia en demasía del establecido como de única instancia. Una vez admitida la demanda se debe notificar el auto admisorio a la parte demandada quien tendrá diez días hábiles para dar respuesta a la demanda. Una vez se termina el término de traslado el juez fija fecha para realizar la primera de dos audiencias.

La ley procesal laboral establece las mismas etapas en ambos procedimientos para que el juez singular emita sentencia, no obstante en el de primera instancia las distribuye en dos audiencias, la primera, denominada de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento

y fijación del litigio²⁸, en donde además se decretan las pruebas, y la segunda denominada de trámite y juzgamiento²⁹. En esta última se practican las pruebas decretadas en la primera audiencia, se escuchan los alegatos de las partes y se profiere la sentencia.

Ahora, con respecto a aquellos eventos en donde se interpone el recurso de apelación, el trámite es igualmente sencillo. El recurso de apelación en contra de sentencias de primera instancia está regulado por el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que dispone que dicho recurso se debe interponer en el mismo momento en que el juez dicte la sentencia, que su interposición debe ser oral y que es estrictamente necesario sustentarlo. Además establece que el juez de primer grado, una vez interpuesta la apelación, la concederá o la negará.

Una vez concedido el recurso de apelación, que lo es en el efecto suspensivo según la norma referenciada, el expediente debe ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial. Esta Corporación debe fijar fecha para una audiencia en la cual se practicarán las pruebas que son procedentes en segunda instancia, se oirán alegatos de las partes y se dictará sentencia. Cabe anotar que las pruebas que se pueden practicar en segunda instancia están restringidas por el artículo 83 *ibídem*: en el trámite del recurso de apelación solo se pueden practicar las pruebas que fueron decretadas y no practicadas en la primera instancia siempre y cuando esta circunstancia no haya sido propiciada por la parte interesada en la prueba.

Además de lo anterior, están los procedimientos especiales que se clasifican, según José María Obando Garrido en ejecutivo y de fuero sindical³⁰. El primero regulado de los artículos 100 a 111 de la normatividad adjetiva laboral y que se rige, mayormente, por la regulación que del

²⁸ Artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

²⁹ Artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

³⁰ OBANDO GARRIDO, José María, *op. cit.*, pág. 48.

mismo traía anteriormente el Código de Procedimiento Civil y, actualmente, el Código General del Proceso. El segundo regulado de los artículos 112 a 118.

A pesar de lo anterior se pueden agregar otros procedimientos especiales que han surgido con el desarrollo legislativo en materia laboral. Es así como el artículo 52 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo, introdujo un procedimiento sumario para disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical. Asimismo el artículo 13 de la Ley 1010 del 2.006, que trata sobre el acoso laboral, implementó un procedimiento para sancionar las conductas de acoso laboral.

6.7. RÉGIMEN PROBATORIO EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES

Todos los procedimientos laborales enunciados anteriormente se rigen por el mismo régimen probatorio. El capítulo XII del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en apenas 13 artículos (del 51 al 61) regula el tema probatorio en materia procesal laboral. Sin embargo, como se puede comprobar con una lectura somera de dichos artículos y teniendo en cuenta que el primero de ellos dispone que “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”, en materia procesal laboral y con respecto a los medios de prueba y a su modo de practicarse hay que remitirse a los dispuesto en la legislación procesal civil.

Lo anterior teniendo en cuenta la remisión expresa consagrada en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en donde se lee: “A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial.” Efectivamente, la legislación procesal laboral no trae un listado de los medios de prueba y de cómo se deben practicar los mismos como sí lo hacía en detalle el anterior Código de Procedimiento Civil y el actual Código General del Proceso.

Para los efectos de este proyecto se tomará como referencia esta última compilación normativa teniendo en cuenta que es allí donde se encuentra el concepto de la carga dinámica de la prueba y, además, porque con respecto a los medios de prueba y la práctica de los mismos no existe una gran diferencia entre las dos leyes. Por último porque el Código General del Proceso ya debería estar aplicándose en materia procesal laboral puesto que esta área del derecho de tiempo atrás cuenta con la infraestructura física y tecnológica para realizar audiencias orales y adicionalmente porque los funcionarios están capacitados para operar el sistema. Es decir, en materia laboral no hay ningún impedimento para empezar a aplicar la nueva legislación procesal civil, como sí existe en otras ramas del derecho como la civil, la de familia y la comercial.

Los medios probatorios admisibles en los procedimientos laborales son los enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso: la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualquier otro que sea útil para lograr el convencimiento del juez, como remata diciendo el primero inciso de la norma. Lo anterior indica que dicho listado no es taxativo sino meramente enunciativo y que tanto en los procedimientos civiles como en los laborales es permitido decretar cualquier medio probatorio conducente y pertinente para demostrar los hechos en que se fundamentan las pretensiones propuestas por la parte demandante y los hechos en que se fundamentan las excepciones propuestas por la parte demandada.

La manera de practicar los medios de prueba enunciados en la ley y la reglamentación atinente a los mismos se encuentra consagrada en el Código General del Proceso, al cual se debe remitir el juez laboral necesariamente debido a la poca regulación del tema en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Los medios de prueba no regulados de manera expresa en la ley procesal se deben practicar de acuerdo a las reglas que regulen medios de prueba semejantes y con

respeto de los principios constitucionales, como lo dispone el inciso segundo del artículo 165 ya citado.

Los medios de prueba, tanto en materia civil como laboral, pueden ser decretados a petición de parte o de manera oficiosa por el juez. Así lo disponen el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 169 del Código General del Proceso. De esta manera se confirma lo que se dirá más adelante: el proceso jurisdiccional en Colombia se ajusta a lo que doctrinariamente se conoce como el sistema mixto, es decir, el juez no solo es protagonista al momento de dictar sentencia sino que adquiere relevancia en otras etapas del proceso en virtud de los poderes que le confieren las leyes procesales y teniendo en cuenta que debe materializar principios constitucionales como el acceso efectivo a la administración de justicia y el adecuado servicio de justicia lo cual lo conmina a buscar la verdad jurídica objetiva o real dentro del proceso.

Esta facultad del juez, según el procesalista Martín Agudelo Ramírez, se conoce desde el derecho romano-canónico con el nombre del poder de la *gnotio* y se complementa con otros más como el *vocatio* que hace referencia a la facultad que tiene el juez de conminar a una de las partes para que comparezca al proceso; el poder de coerción o *coertio* como la posibilidad del juez de ejercer poderes disciplinarios y por lo tanto de castigar con sanciones; el poder de *iudicium* según el cual el juez tiene la facultad de sentenciar declarando el derecho que corresponda y el poder de *executio* o *imperium* por medio del cual el juez, mediante actos coactivos, hace cumplir la obligación contenida en un título ejecutivo.

Hablando del poder de la *gnotio* dice el mencionado autor: “**El poder de la *gnotio***: Este elemento garantiza el derecho de formar la convicción, por parte del director del proceso, con el material de conocimiento suministrado en el proceso. Los elementos de confirmación o probatorios

incorporados por el juez jurisdiccional, mediante su decreto y práctica, asegurarán una decisión de fondo objetiva³¹.”

Una vez solicitados los medios de prueba por las partes, el juez laboral, en virtud de lo establecido en el artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que fue modificado por el artículo 8 de la Ley 1149 del 2007, y en el momento procesal oportuno dependiendo del procedimiento laboral que se esté surtiendo, deberá decidir sobre el decreto de los mismos debiendo rechazar la práctica de las pruebas que considere inconducentes y superfluas en relación con el objeto del litigio. De todas maneras el auto que niegue el decreto o la práctica de una prueba es objeto del recurso de apelación³².

La práctica de las pruebas se rige por el principio de la inmediación³³ que le exige al juez practicar personalmente todas las pruebas decretadas y solo lo faculta para delegar dicha función en aquellos eventos en los cuales no lo puede hacer por razón del lugar en donde se debe practicar la prueba, es decir, cuando la misma se debe practicar en domicilio diferente a la sede del Despacho. En estos casos, según la ley procesal laboral, puede comisionar a otro juez para que la practique.

En este punto cabe resaltar la relevancia de la entrada en vigencia de la Ley 1149 del 2007 y, sobre todo, la implementación de la oralidad en materia procesal laboral pues, a pesar de que el principio de inmediación se introdujo desde el año de 1948 con el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, lo que ocurría anteriormente en la realidad es que las pruebas, sobre todo la

³¹ AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, págs. 120 y 121.

³² Así lo establece el numeral 4 del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que fue modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001.

³³ Este principio en materia procesal laboral está consagrado en el artículo 52 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que fue modificado por el artículo 23 de la Ley 712 del 2001, y que dispone: “ARTICULO 52. PRINCIPIO DE INMEDIACION. Presencia del juez en la práctica de las pruebas. El juez practicará personalmente todas las pruebas. Cuando le fuere imposible hacerlo por razón del lugar, comisionará a otro juez para que las practique.”

declaración de terceros, era practicada por los trabajadores de los Despachos Judiciales y no por el juez en persona. Lo anterior en detrimento de la verdad jurídica objetiva que debe tratar de alcanzarse en el proceso jurisdiccional y con las implicaciones que ello traía: el juez, al no estar presente en la práctica de algunas pruebas, se veía limitado al momento de valorarlas.

Finalmente, en cuanto a los principios procesales que rigen la materia probatoria en los procedimientos laborales, se debe indicar la importancia del principio de preclusión en tanto la ley procesal establece los momentos oportunos para solicitar el decreto de pruebas y, asimismo los momentos para practicarlas. Por eso dice el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que el juez, al momento de proferir su decisión, debe analizar “todas las pruebas allegadas en tiempo” el cual se debe concordar con el artículo 173 del Código General del Proceso. Este principio materializa garantías fundamentales de las partes que están relacionadas directamente con el debido proceso, como el derecho de defensa, tratando de evitar que las partes se vean sorprendidas por su contraparte en cualquier momento del proceso con material probatorio desconocido.

La parte demandante en materia laboral tiene como momento procesal oportuno para aportar pruebas documentales y solicitar los demás medios de prueba que pretende hacer valer en el juicio la presentación de la demanda, aunque no es el único. Es allí donde la parte demandante no solo indica cuáles son sus pretensiones y cuáles los hechos en que se fundamentan sino que pide las pruebas con las cuales demostrará dicho hechos y aporta los documentos que se encuentren en su poder. Así lo dispone el numeral 9 del artículo 25 en concordancia con el numeral 3 del artículo 26 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el primero establece que la demanda deberá incluir la solicitud “individualizada y concreta de los medios de prueba”, y el

segundo que con la demanda se deben anexar “las pruebas documentales y las anticipadas que se encuentren en poder del demandante”.

Por otro lado, la parte demandada encuentra en la contestación a la demanda el momento procesal idóneo no solo para aportar los documentos que se encuentren en su poder sino para solicitar los medios de prueba que pretende hacer valer dentro del respectivo procedimiento. Así se desprende de lo establecido en el artículo 31 *ibídem*, que fue modificado por el artículo 18 de la Ley 712 del 2001. Hasta acá no se encuentra ninguna diferencia en las facultades de las partes de aportar pruebas documentales y solicitar la práctica de medios de prueba. No obstante, sí hay que hacer un análisis más a fondo de este artículo para llegar a la conclusión de que el legislador colombiano, entendiendo las dificultades probatorias que por lo general tiene la parte demandante en los procedimientos laborales, consagró a favor de esta una facultad para exigir de su contraparte pruebas documentales que tiene en su poder.

Para mayor claridad se transcribe completamente el artículo en comento:

ARTICULO 31. FORMA Y REQUISITOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. La contestación de la demanda contendrá:

1. El nombre del demandado, su domicilio y dirección; los de su representante o su apoderado en caso de no comparecer por sí mismo.
2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones.
3. Un pronunciamiento expreso y concreto sobre cada uno de los hechos de la demanda, indicando los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se tendrá como probado el respectivo hecho o hechos.
4. Los hechos, fundamentos y razones de derecho de su defensa.
5. La petición en forma individualizada y concreta de los medios de prueba, y
6. Las excepciones que pretenda hacer valer debidamente fundamentadas.

PARÁGRAFO 1o. La contestación de la demanda deberá ir acompañada de los siguientes anexos:

1. El poder, si no obra en el expediente.
2. Las pruebas documentales pedidas en la contestación de la demanda y **los documentos relacionados en la demanda, que se encuentren en su poder.**
3. Las pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, y

4. La prueba de su existencia y representación legal, si es una persona jurídica de derecho privado.

PARÁGRAFO 2o. La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado.

PARÁGRAFO 3o. Cuando la contestación de la demanda no reúna los requisitos de este artículo o **no esté acompañada de los anexos, el juez le señalará los defectos de que ella adolezca para que el demandado los subsane en el término de cinco (5) días, si no lo hiciera se tendrá por no contestada en los términos del párrafo anterior.** (Negrillas fuera de texto)

La norma transcrita fue demandada en parte en acción pública de constitucionalidad junto con el artículo 59 del mismo código y otros más del Código de Procedimiento Civil. La demanda tuvo como fundamento jurídico la vulneración del artículo 33 de la Constitución Política que consagra el derecho a la no autoincriminación. Al respecto los demandantes señalaron que este artículo obliga a la parte demandada en su numeral 3 a dar respuesta a los hechos de la demanda y, que en caso de no hacerlo, se dan por probados los mismos. La Corte Constitucional resolvió en la sentencia C-102 del 2005 declarar exequibles tanto el artículo 31 como el 59 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social pues concluyó que la parte demandada no tiene la obligación de contestar la demanda y que en caso de que lo haga, si debe manifestarse sobre hechos que impliquen responsabilidad penal suya o de las personas contempladas en el artículo 33 de la Constitución Política, esa parte puede abstenerse de hacer dicha manifestación y el juez debe respetar el principio constitucional de no autoincriminación contenido en la norma constitucional.

De la norma en comento, más precisamente del numeral 2 del párrafo 1, que enlista los anexos que debe contener la contestación de la demanda, se desprende una facultad que tiene la parte demandante: esta parte puede, en su escrito de demanda, hacer una relación de las pruebas documentales que se encuentran en poder de su contraparte y esta, al momento de contestar la misma, las debe anexar. En caso de no hacerlo se aplican entonces las sanciones procesales dispuestas en los párrafos 3 y 2 ibídem. Esto es, si la parte demandada no cumple con los

requisitos dispuestos en la norma o no acompaña los anexos indicados, entre ellos las pruebas documentales relacionadas en la demanda, el juez le dará un término de 5 días para que supla los defectos y, si no lo hace, se tendrá por no contestada la demanda y ello será valorado por el juez como indicio grave en su contra. Esta sanción procesal debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 61 del mismo código que dispone que el juez se formará libremente su convencimiento y deberá atender, entre otras cosas, a la conducta procesal observada por las partes.

Hay una gran diferencia entre lo dispuesto por esta norma y el principio de la carga dinámica de la prueba que introdujo el Código General del Proceso: en el artículo transcrito se establece que la parte demandada está en la obligación de aportar, como anexos de la contestación de la demanda, los documentos que se encuentren en su poder y que la parte demandante relacionó en la demanda. El juez en este caso solo está obligado a verificar el cumplimiento de esta obligación y, en el evento de que compruebe que así no se hizo, debe otorgar un término de 5 días y en todo caso, si no se hace, aplicará las sanciones procesales.

Por otra parte, la carga dinámica de la prueba le confiere al juez la facultad, ya sea de oficio o a petición de parte, de distribuir la carga de la prueba en cualquier momento procesal previo a la sentencia teniendo en cuenta qué parte se encuentra en una situación más favorable de probar determinado hecho. Así las cosas, aunque ambas normas tienen diferencias sustanciales, su fundamento fáctico no es otro que la dificultad probatoria en la que se encuentra en el primer caso la parte demandante, que por lo general es el trabajador o el afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social o el pensionado, y la segunda las dificultades probatorias que de manera general tenga una parte para aportar los medios de prueba necesarios para confirmar sus dichos.

El régimen probatorio en materia procesal laboral no se puede desligar de la desigualdad que el legislador reconoce en materia sustantiva entre trabajador y empleador. Esa desigualdad ha

sido aceptada a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo y precisamente es la que se trata de menguar a través de las normas que regulan la materia. Por eso el primer artículo del Código Sustantivo del Trabajo dispone que la finalidad primordial de esa compilación normativa es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre trabajadores y empleadores.

Al momento de interpretar y aplicar las normas procesales laborales también se deben tener en cuenta los principios clásicos del Derecho Laboral. Entre esos el principio protector que indica que al momento de interpretarse las normas del trabajo se debe tener en cuenta la génesis del mismo que no es otra que buscar la protección de la parte débil de la relación laboral: el trabajador. Este principio se rige por tres reglas: (i) el *indubio pro operario* en virtud del cual en aquellos eventos en donde una misma norma tiene múltiples interpretaciones se debe aplicar la más favorable al empleado; (ii) la aplicación de la norma más favorable que indica que cuando existe más de una norma aplicable al caso concreto se debe elegir la que resulte más favorable a los intereses del trabajador y, (iii) la condición más beneficiosa según la cual se puede aplicar la norma anterior en aquellos casos en que la nueva regulación resulte desfavorable para el empleado siempre y cuando ambas normas sean del mismo nivel jerárquico y el trabajador haya consolidado el derecho en vigencia de la anterior.

Estas reglas, que están consagradas no solo en la legislación que regula la materia sino también como principios constitucionales³⁴, reiteramos, se deben aplicar en materia procesal laboral. El proceso jurisdiccional se puede asemejar a un triángulo equilátero, esto es, en el que las dos partes que se encuentran en la base -demandante y demandado- están en igualdad de condiciones ante el tercero supraordenado que se encargará de dictar la sentencia que ponga fin al litigio. No obstante, en materia procesal laboral, no siempre es así: en ocasiones la parte

³⁴ El principio protector se materializa en artículos como el 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

demandante, sea trabajador, extrabajador, afiliado o pensionado, no se encuentra en igualdad de condiciones ante el encargado de resolver el conflicto por la imposibilidad de allegar las pruebas que confirmen los hechos que fundamentan sus pretensiones.

Es por lo anterior que el legislador consagró en las normas procesales laborales a favor de la parte demandante una facultad de relacionar en la demanda los documentos que se encuentran en poder de su contraparte. Y como obligación de la parte demandada aportarlos como anexos con su contestación y, en caso de no hacerlo estipuló unas sanciones procesales. Es el caso del trabajador que reclama el pago de horas extras que no le fueron liquidadas en debida forma y no tiene los medios probatorios para demostrar cuántas horas laboró o el caso del afiliado al Sistema General de Pensiones que no tiene como demostrar las semanas cotizadas durante su vida laboral.

El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política se ha constituido en el mecanismo usado para superar las dificultades probatorias que avizoran las partes previo a la presentación de una demandada laboral. Es así como a través de dicho derecho fundamental las partes tratan de obtener los documentos necesarios para probar posteriormente dentro del procedimiento respectivo los fundamentos fácticos necesarios para que sus peticiones procesales sean despachadas favorablemente. No obstante se evidencia que cuando dentro del procedimiento laboral, y atendiendo a los poderes que tiene el juez, no se garantiza a las partes que al mismo serán arrimadas todas las pruebas necesarias para resolver de fondo el asunto hay una violación al derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.

Este derecho no solo implica que todo ciudadano pueda acudir ante el poder judicial a ventilar los conflictos que se generan en la vida social sino también que dentro del procedimiento se harán todos los esfuerzos para llegar a la verdad jurídica objetiva o real a través del decreto y la

práctica de los medios de prueba necesarios e idóneos para ello, independientemente de qué parte es la que los tenga en su poder.

En conclusión, el juez en los procedimientos laborales en cuanto a los medios de prueba y la forma de practicarse los mismos se debe remitir, y en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, a la legislación procesal civil en donde se encuentra detalladamente la regulación del asunto. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el trabajador e incluso el afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social y el pensionado, tanto en materia sustancial como procesal, se encuentra en inferioridad de condiciones respecto a su contraparte y, por tal razón, al momento de decretar y practicar las pruebas se debe tener en cuenta dicha circunstancia, para aplicar, si es del caso, las reglas del principio protector antes explicadas. Y no solo eso, para que el juez, haciendo usos de los poderes que le confiere la ley y, en aras de asegurar no solo el acceso efectivo a la administración de justicia sino el adecuado servicio de justicia, llegue a la verdad jurídica objetiva o real que le permita emitir una sentencia de fondo ajustada a derecho.

7. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

7.1. LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

La sentencia, dentro del proceso jurisdiccional, es el acto que contiene la decisión tomada por el órgano judicial respecto al conflicto que se le puso en conocimiento y se compone, por lo general, de una parte expositiva, en donde hay una narración de los hechos propuestos por las partes, las pretensiones y las excepciones; una parte considerativa, en donde el juez argumenta y explica la forma en qué valoró los medios de prueba y los fundamentos jurídicos que tuvo en

cuenta para resolver el asunto y, finalmente, una parte resolutive en donde el juez establece cuál es la norma jurisdiccional que debe regir el tema planteado.³⁵

El proceso jurisdiccional, por regla general, termina con una sentencia de mérito que se fundamenta en el ordenamiento jurídico vigente y que pone fin al litigio, lo anterior teniendo presente que precisamente el objeto de ese método de solución de conflictos es dar solución razonable a los problemas que surgen en la vida social. En este orden de ideas es obligación del órgano judicial, en principio, terminar el proceso con una sentencia de fondo que ponga fin a la indefinición. Así se desprende de principios constitucionales como el de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y el acceso de toda persona a la administración de justicia consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, respectivamente. Efectivamente este último derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia no se podría ver materializado si los jueces no estuvieran en la obligación de utilizar los poderes que les confiere la ley para llegar a una decisión de fondo, incluso la Corte Constitucional en varias de sus sentencias ha introducido el denominado “derecho a la decisión de fondo”³⁶.

No obstante, a pesar de la obligación de los jueces de dictar sentencia de fondo en los asuntos que son puestos a su conocimiento, hay casos en los cuales se puede dictar una sentencia inhibitoria, que es aquella en la cual el juez se abstiene, por diversas circunstancias, de resolver la materia objeto de debate. Es decir, el juez no resuelve de mérito sino que lo hace de manera formal, quedando entonces sin solución la controversia que dio inicio al proceso jurisdiccional.

Las sentencias inhibitorias son la excepción y no la regla general³⁷. De hecho, son múltiples las acciones de tutela que se han interpuesto en contra de jueces, tribunales y altas cortes, por

³⁵ Cfr. AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, págs. 389 a 409.

³⁶ Ver sentencia T-134 del 2.004, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

³⁷ En el ordenamiento jurídico colombiano los jueces tienen prohibido proferir fallo inhibitorio en las acciones de tutela de las que tengan conocimiento. Así lo establece el parágrafo del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991

proferir fallos inhibitorios infundadamente, tanto manifiestos, que son aquellos en los que el juez expresamente decide no resolver de fondo el asunto sin haber agotado todas las posibilidades conferidas en el ordenamiento jurídico para ello, como implícitos, que son aquellos en donde el juez profiere una decisión que en apariencia es de fondo pero que en la realidad no da solución al tema objeto de debate³⁸.

Ahora bien, el órgano judicial ante la controversia que plantean las partes y ante su obligación de dictar una sentencia que ponga fin a la misma, está obligado a resolver con fundamento en las pruebas recaudadas dentro del proceso. Al respecto cabe resaltar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-548 de 1997 en donde fue Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz:

El proceso es la suma de una serie de momentos que confluyen en la formación del juicio que formula la autoridad judicial. Esos momentos son: **el cognoscitivo, que supone el conocimiento cierto de los hechos y de las demás circunstancias relevantes del conflicto y la determinación de las normas válidas para la solución del mismo**; el *valorativo*, que consiste en la evaluación de tales hechos a la luz de las normas que se juzgan pertinentes para ello, pues precisamente se refieren, en abstracto, a las conductas que el juez ha identificado en concreto; y el *decisorio*, que se manifiesta en la parte resolutive del fallo, cuya finalidad es resolver la controversia que originó el proceso, o hacer las declaraciones que se demandan. Estos momentos se desarrollan a través de las etapas que determinan las leyes procesales. La sentencia con la que concluye el proceso no es un mero acto de voluntad del juez, sino una decisión que implica, en primer término, un juicio de la razón, el cual se expresa en la motivación del fallo y, en segundo orden, una expresión de la voluntad, que se consigna en la parte resolutive del mismo. Para que las decisiones de los jueces sean eficaces, es necesario que ellas sean *ciertas, vinculantes y obligatorias*, es decir, que su existencia no sea cuestionada, que su acatamiento sea forzoso y que en caso de que no sean obedecidas voluntariamente, puedan ser exigibles de manera coactiva. (Negrillas fuera de texto)

que reguló dicha acción. También se comprueba la intención del legislador de evitar fallos inhibitorios con los cambios introducidos por el Código General del Proceso al respecto: anteriormente el Código de Procedimiento Civil disponía en el numeral 4 del artículo 37 que era deber del juez usar los poderes que la norma le concedía en materia de pruebas para evitar nulidades y sentencias inhibitorias, también hacía referencia a la sentencia inhibitoria en el numeral 3 del artículo 91, numeral 3 del parágrafo 2 y parágrafo 5 del artículo 101, numeral 4 del artículo 333, inciso 3 del artículo 357, artículo 401 y artículo 438. Lo que no ocurre con el actual Código General del Proceso que no menciona siquiera dicha figura procesal.

³⁸ Así se plantea, por ejemplo, en la sentencia T-134 del 2.004 ya referenciada.

Es en el denominado momento cognoscitivo del proceso en donde el juez practica los medios de prueba tanto solicitados por las partes como decretados de manera oficiosa para llegar a lo que se ha denominado, también jurisprudencialmente, la verdad jurídica objetiva o real, la que se estudiará en detalle más adelante. El proceso se erige como un medio de debate en el cual ambas partes deben tratar de demostrar al tercero imparcial que resolverá el litigio los hechos en que fundamentan sus pretensiones o sus excepciones. Aunque esto no es óbice para que, el menos en los sistemas mixtos o inquisitivos, el juez asuma una actitud dinámica para llegar al convencimiento de la ocurrencia o no ocurrencia de determinado hecho.

En virtud de lo anterior el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 174 que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Lo cual repite el Código General del Proceso en el artículo 164, adicionando que las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho. Ahora, pasando al procedimiento laboral, aunque en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no hay un artículo que establezca el principio en comento, su aplicación se desprende de los artículos 60 y 61. Además, claro está, por la remisión expresa consagrada en el artículo 145 *ibídem*.

Los procedimientos laborales en Colombia, como en los demás procedimientos modernos, se rigen por el principio de la necesidad de la prueba. Concepto que se desprende de la obligación de que la sentencia emitida por el juez esté acorde con los hechos demostrados durante el debate procesal, puesto que de esta manera se garantiza alcanzar los fines del mismo que no son otros que la verdad, la justicia y el mantenimiento de la paz. De lo contrario, es decir, si se prescindiera de este principio las decisiones judiciales dependerían de la capacidad argumentativa y de convencimiento de cada parte.

7.2. EL PRINCIPIO DEL JUEZ TROPOS O DIRECTOR DEL PROCESO

El procedimiento jurisdiccional dentro del proceso jurisdiccional se puede entender como el conjunto de actos sucesivos, lógicos y ordenados que dependen uno del otro y que tienen como objeto llegar a la decisión de fondo que resuelve el litigio. Pues bien, históricamente se han diferenciado dos sistemas contrapuestos para que dicho procedimiento se inicie y desarrolle: en el primero, denominado inquisitivo, el juez es el protagonista de todas las etapas procesales pues es el encargado del impulso inicial, de investigar, de recaudar las pruebas necesarias que servirán a la hora de resolver el litigio y, finalmente, es el encargado de juzgar.

En el segundo, denominado dispositivo o acusatorio, son las partes las únicas que puedan dar el impulso inicial al proceso y las que lo seguirán impulsando en cada etapa, el proceso es por lo general público, las partes tienen iguales derechos y garantías y el juez es un tercero ajeno a las partes, imparcial e independiente que decide el litigio conforme a derecho. En este sistema las pruebas se decretan y practican únicamente a instancia de parte, por lo cual es imposible pensar en las pruebas de oficio o en la posibilidad de declarar excepciones impropias, y mucho menos se permite que el juez condene *ultra y extra petita*. Así que el juez solo es protagonista al momento de fallar. Mediando entre esos dos sistemas antagónicos se encuentra el denominado sistema mixto, que mezcla reglas de ambos y que ha sido tendencia general en los ordenamientos jurídicos de América.³⁹

Colombia no ha sido ajena a esa tendencia y se puede afirmar que los procedimientos jurisdiccionales de nuestro país, al menos en materia civil y laboral, se inician y desarrollan conforme al sistema mixto. En Colombia el impulso inicial del proceso lo tienen las partes, sin embargo, dentro de los demás actos procesales el juez tiene un papel protagónico que lo aleja de

³⁹ Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *op. cit.*, págs. 19-83.

ser un convidado de piedra. En el procedimiento laboral, por ejemplo, el juez no solo puede decretar pruebas de oficio sino que también puede fallar *extra o ultra petita* como se vio anteriormente y, además, declarar las excepciones impropias que se encuentren demostradas dentro del proceso.

El sistema mixto es la génesis del principio del juez director del proceso o juez tropos (que en nada se asemeja a las atribuciones del juez en los sistemas inquisitivos puros). Y lo cual tampoco tiene cabida en un sistema dispositivo puro. Dicho principio implica que el juez ya no solo adquiere un papel trascendental al momento de resolver el litigio. El tercero, aunque debe ser imparcial, imparcial e independiente, tiene amplias facultades para dirigir el procedimiento durante todas sus etapas. El juez sana, impulsa y ordena. El juez debe procurar no solo que los presupuestos formales se cumplan dentro del proceso para evitar nulidades y sentencias inhibitorias (dirección técnica) sino también que la realidad formal coincida con la verdad material para llegar a una decisión sustancialmente justa (dirección material).

Sobre este principio dice Martín Agudelo Ramírez:

Desde este principio se rechaza la idea de un juez mero espectador que no intervenga activamente en el proceso expuesto al querer de las partes. El juez no puede alejarse del control de los ritmos y tiempos de los instrumentos procesales que dirige, al igual que debe buscar la realización de los fines públicos presentes en estos espacios orientados a la aplicación del derecho sustancial. Se postula la presencia de un juez que ordene, de un juez que impulse, de un juez que sanee y de un juez que cumpla con la intermediación procesal, sin que se desconozcan las posibilidades de participación de los demás sujetos procesales. Se trata de un principio comprendido desde la concepción sobre 'publicización del proceso', siendo perfectamente viable en un Estado social de Derecho en atención a sus fines esenciales.⁴⁰

En materia probatoria tiene plena aplicación este subprincipio del debido proceso, y más aún en los procedimientos laborales, en donde, como se explicó anteriormente, es evidente la desigualdad de las partes que proviene de la relación sustancial que precede la procesal. Por eso el

⁴⁰ AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *op. cit.*, pág. 20.

juez ahora no solo tiene un papel preponderante al momento de dictar sentencia sino que incluso al momento de recaudar los elementos de convicción necesarios para llegar a la denominada verdad jurídica objetiva.

7.3. LA VERDAD JURÍDICA OBJETIVA O REAL

La verdad jurídica objetiva, en Colombia, es una figura que nació en la jurisprudencia de la Corte Constitucional junto con otra denominada el exceso ritual manifiesto. Es así como en múltiples fallos de dicha Corporación se encuentra aquel concepto que también es denominado como verdad real, verdad material o verdad sustancial. La verdad jurídica objetiva, de una vez se advierte, no se encuentra positivizada dentro del ordenamiento jurídico colombiano, aunque, como se verá más adelante, surge del análisis de normas constitucionales.

Ambos conceptos, esto es, la verdad jurídica objetiva y el exceso ritual manifiesto, aparecieron por primera vez en la sentencia hito T-1306 del 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte Constitucional, en dicha sentencia, revisó una acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien decidió no casar una sentencia por errores en la técnica de casación a pesar de haber reconocido, en la parte considerativa del fallo, que el demandante tenía derecho a la pensión de jubilación.

En dicha oportunidad la Corte Constitucional, después de reiterar que en virtud del artículo 228 de la Constitución Política el derecho sustancial prevalece sobre el derecho procesal, dijo que incurre en una vía de hecho el juez que renuncie conscientemente a la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos aplicando un ritualismo o procedimentalismo a ultranza que conduce al desconocimiento de derechos sustanciales. En la sentencia referenciada se lee lo siguiente:

Los jueces deben ser conscientes de la trascendental importancia que tiene el derecho procesal en cuanto a medio garantizador de los derechos materiales, dentro del marco de un debido proceso. En consecuencia, el actuar general debe ser guiado por la coexistencia de estas manifestaciones normativas permitiendo que en un marco jurídico preestablecido se solucionen los conflictos de índole material. Sin embargo, si el

derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228). **De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material.** (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia transcrita, específicamente en el pie de página 20, el Magistrado Ponente se remite al caso Colalillo Domingo Vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata estudiado por la Corte Suprema de la Nación Argentina y en donde esa entidad introdujo en dicho país ambas figuras. Los conceptos estudiados fueron importados por la jurisprudencia constitucional colombiana del derecho comparado que de antaño había tenido la oportunidad de estudiar casos en los que el juez, dando preferencia a las normas procedimentales, renuncia conscientemente a la verdad y de esta manera hace nugatorios derechos sustanciales.

En el derecho procesal argentino, como lo expresa Bertolino:

La figura de ‘la verdad jurídica objetiva’ nació, (...), estrechamente conectada con la del ‘exceso ritual manifiesto’; a su vez, simultáneamente, ambas se han relacionado con la especie del ‘servicio de la justicia’. Efectivamente, con la determinación de la ‘frustración ritual de la aplicación del derecho’, contenida en el leading case ‘Colalillo’, se dijo que el proceso ‘no puede ser conducido en términos estrictamente formales’, pues no se trata ‘ciertamente de ritos caprichosos sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte’; añadiéndose que la renuncia consciente a esa verdad ‘es incompatible con el servicio de la justicia’.⁴¹

En el sistema jurídico colombiano, al igual que en el derecho argentino, la verdad jurídica objetiva y el exceso ritual manifiesto son conceptos que surgieron al mismo tiempo y que tuvieron origen en pronunciamientos judiciales. Ahora bien, de una lectura somera no solo de la sentencia citada anteriormente sino de otras tantas en las cuales el Tribunal Constitucional Colombiano ha

⁴¹ BERTOLINO, Pedro J., *La Verdad Jurídica Objetiva*, Buenos Aires, Depalma Buenos Aires, Edición N.º 1, 1.990, pág. 4.

mencionado el concepto de verdad jurídica objetiva⁴² o verdad real, se evidencia que dicha entidad no ha analizado a profundidad esa figura jurídica, como sí lo ha hecho con el exceso ritual manifiesto.

En ninguno de los pronunciamientos judiciales, ni siquiera algunos de la Corte Suprema de Justicia en donde también se encuentra el concepto en comento, se explica en detalle qué es la verdad jurídica objetiva. Lo que sí se puede determinar es que dicho concepto surge de la interpretación de normas constitucionales y legales, específicamente de los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, del artículo 4 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 11 del Código General del Proceso y, además, que está estrechamente ligado a otros dos: el adecuado servicio de justicia y el ritualismo.

Teniendo en cuenta lo que se ha analizado hasta el momento en este aparte se puede decir, en síntesis, que es deber de los jueces tomar una decisión de fondo que resuelva los litigios de los cuales tienen conocimiento. Para ello, deben tratar de llegar a la denominada verdad jurídica objetiva o real a través de los medios de prueba idóneos para ello y dependiendo de cada caso concreto, sin perder de vista que el ordenamiento jurídico colombiano se fundamenta en un sistema mixto que le permite, en virtud del principio del juez tropos o director del proceso, asumir un papel activo incluso al momento de decretar y practicar pruebas.

Sobre este punto se destaca lo que dijo la Corte Constitucional en la Sentencia T-363 del 2013:

Lo anterior no quiere decir que el juez no puede fallar o deba declararse inhibido si no logra establecer la verdad real, pues lo que se plantea desde el plano constitucional y legal, es que arribar a esta es una finalidad de la actividad jurisdiccional, especialmente en materia laboral y de la seguridad social, lo que es posible y necesario a través del trabajo diligente de la administración de justicia. En este sentido, como se afirmó en la

⁴² El concepto de verdad jurídica objetiva o verdad real también se puede encontrar en sentencias como la T-264 del 2009, T-268 del 2010, T-386 del 2010, T-429 del 2011, T-950 del 2011, T-213 del 2012, T-352 del 2012 y T-363 del 2013.

sentencia T-264 de 2009, lo que en realidad se busca es que la solución de los conflictos propuestos ante las instancias jurisdiccionales, sea justa, a través de la adopción de decisiones judiciales que se fundamenten en una consideración de los hechos que pueda estimarse verdadera. Ante tales presupuestos, las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico al juez adquieren prístina razón de ser al desarrollar las prescripciones de búsqueda de verdad y justicia en la labor jurisdiccional.

7.4. LA CARGA DE LA PRUEBA

Desde el Derecho Romano, ante la necesidad de la prueba en el proceso jurisdiccional, se estableció el principio de la carga de la prueba según los aforismos *onus probandi incumbit actori*, es decir que el demandante tiene el deber de probar los hechos en que funda sus pretensiones y *reus in excipiendo fit actor*, esto es que cuando el demandado propone excepciones o se defiende se convierte en demandante en el entendido de que debe probar los hechos en que fundamenta su defensa.

El ordenamiento jurídico vigente en Colombia consagra el mencionado principio en el Código Civil que fue expedido en el siglo XIX y que tuvo como fundamento el Código Civil de la República de Chile que fue redactado por Andrés Bello y expedido en 1855. Este código a su vez tuvo como base el Código Civil de Francia de 1804, más conocido como el Código Napoleónico. Es por esto que en las tres compilaciones normativas se encuentra el principio de la carga de la prueba de las obligaciones, en la primera en el artículo 1757, en la segunda en el artículo 1698 y en la tercera en el 1315. Este principio, además, estaba incorporado en el Código de Procedimiento Civil en el artículo 177 y actualmente, en el Código General del Proceso, en el artículo 167, con unas novedades importantísimas que se estudiarán más adelante.

En virtud del principio de la carga de la prueba se determina cuál de las partes está en la obligación de demostrar determinado hecho. Es así como en el entendido de la aplicación del derecho a través del silogismo la carga de la prueba tiene que ver con la premisa menor y no con la mayor. Es decir, lo que se debe demostrar son los hechos, no las normas. Por eso, en el

ordenamiento jurídico colombiano las partes solo están obligadas a probar las normas que no tengan alcance nacional y las leyes extranjeras.⁴³

Por lo anterior solo en aquellos eventos en los cuales las partes no están de acuerdo respecto a la ocurrencia o no ocurrencia de un hecho se debe desplegar la actividad probatoria y, en consecuencia, se debe determinar dentro del proceso quién tiene la carga de probar determinada circunstancia. No ocurre lo mismo cuando las partes están de acuerdo en cuanto a los fundamentos fácticos que dan origen al litigio. Por ejemplo, si un trabajador presenta una demanda ordinaria en contra de su empleador con fundamento en una cláusula del contrato de trabajo y aporta copia del mismo al proceso y, el empleador demandado, al contestar la demanda, reconoce el contrato e incluso también lo aporta como prueba documental, solo que le da una interpretación a la cláusula diferente a la que el trabajador plantea, no es necesario aplicar en este caso el principio de la carga de la prueba. En este evento no se discute la existencia de los hechos sino que ambas partes tienen interpretaciones diferentes de la cláusula del contrato de trabajo.

Sobre este punto dice Leo Rosenberg lo siguiente:

El problema de la carga de la prueba reside únicamente en la premisa menor del silogismo judicial; pero no toda la premisa menor es el dominio de aplicación de las normas relativas a la carga de la prueba. De las dos actividades del juez que acaban de describirse, y que son necesarias siempre para la construcción de la premisa menor, aquí sólo entra en consideración aquella que tiene por objeto el examen de la verdad de los hechos del caso a decidirse. Pues, sólo en caso de incertidumbre sobre la llamada cuestión de hecho, el juez precisa una instrucción con respecto al contenido de la sentencia que debe dictar, y esta instrucción se la dan las normas relativas a la carga de la prueba. Para decidir la cuestión de derecho, son suficientes los preceptos jurídicos materiales, según su destino, conforme con la interpretación que la ciencia y la jurisprudencia les han dado o les deben dar.⁴⁴

Así las cosas, en aquellos casos es que las partes coinciden respecto a los hechos que dan origen al litigio es el juez quien, en virtud del principio de juez director del proceso o juez tropos,

⁴³ Así lo establece el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y el 177 del Código General del Proceso.

⁴⁴ ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, Trad. Ernesto Krotoschin, 3ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2004, pág. 7.

tiene la obligación de resolver el conflicto conforme al sistema de fuentes y teniendo en cuenta el principio general del derecho *iura novit curia* que significa literalmente que el juez conoce el derecho. En virtud de este último principio se ha establecido la obligación del fallador de tomar una decisión de fondo teniendo en cuenta las normas jurídicas aplicables al caso concreto, así las partes no las hayan invocado o hayan invocado unas diferentes.

El juez tiene impedido aplicar el principio de la carga de la prueba en aquellos eventos en donde el litigio gira en torno a la interpretación o aplicación de normas y, por lo tanto, en estos eventos, atendiendo al derecho de las partes a una sentencia de fondo, debe dictar una sentencia que ponga fin al litigio. Él será el encargado de resolver el asunto jurídico cuando lo que se discute no tiene que ver con los hechos que fundamentan las pretensiones o la defensa de las partes y, en ese orden de ideas, también estará encargado de resolver las anomias y antinomias que se presenten en el ordenamiento jurídico y que dificultan sus obligaciones jurisdiccionales. Por eso el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley pero que como criterios auxiliares pueden tener en cuenta la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

Al respecto continúa diciendo Rosenberg:

Las reglas relativas a la carga de la prueba sólo son aplicables, aquí como siempre, cuando una circunstancia de hecho discutida ha quedado sin aclarar, tratándose de una circunstancia que es importante para la existencia de la relación jurídica litigiosa o para la aplicación del concepto jurídico en cuestión. En cambio, cuando los acontecimientos fundamentales no se discuten o se han aclarado completamente, el juez no puede tratar sus dudas internas sobre la aplicabilidad de una norma jurídica o de un concepto jurídico como si fueran dudas relativas a la cuestión de hecho, haciéndolas recaer sobre la parte que soporta la carga de la prueba con respecto a los presupuestos reales de la norma o del concepto jurídico; debe hacer esfuerzo para llegar a una decisión determinada y declararse en favor de ella. Pues tampoco aquí cabe un *non liquet*, ya que se trata de la solución de una pura cuestión jurídica: *iura novit curia*.⁴⁵

⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 8.

El juez, para poder aplicar una norma a un caso concreto, debe estar convencido de la ocurrencia de los hechos que determina dicha norma para poder declarar el mandato que ella contiene. Cuando no se logra demostrar la existencia del hecho o cuando queda dudas sobre el mismo no se puede aplicar la norma jurídica que regula el asunto. Ahora, la parte que busca la aplicación de determinada norma es la que tiene la obligación de demostrar los supuestos de hecho que ella presupone, en caso contrario, la decisión del juez será desfavorable a sus intereses. En esto consiste la carga de la prueba: es la obligación que tiene la parte de demostrar la ocurrencia real de los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica que pretende que se aplique so pena de verse avocada a una decisión desfavorable a su petición procesal.

La carga de la prueba implica que en aquellos eventos en los cuales el juez tiene dudas sobre la ocurrencia de los hechos la parte obligada a probar se vea afectada también con una sentencia desfavorable, como cuando no se comprueba la ocurrencia de los mismos. El juez en esos eventos, y en virtud del multicitado principio de la sentencia de fondo, no puede inhibirse de resolver el asunto argumentando que hay dudas sobre la ocurrencia de determinados hechos, máxime cuando se rige por un sistema mixto que le permite decretar pruebas de oficio y desplegar un papel activo en todas las etapas procesales.

Sobre la carga de la prueba dice Véscovi: “el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan⁴⁶.”

⁴⁶ VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984, pág. 245.

El principio de la carga de la prueba, por otro lado, no implica que si la parte obligada a demostrar los supuestos de hecho consagrados en la norma que intenta que se aplique no lo hace se vea avocaba inexorablemente a una decisión desfavorable. Esto por cuanto, si con alguna de las pruebas allegadas al respectivo procedimiento se comprueba la ocurrencia de los hechos, el juez los debe dar por probados y tenerlos en cuenta al momento de resolver el litigio pues las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes. Es decir, si por la actividad probatoria de la contraparte o incluso en virtud de las facultades oficiosas del órgano judicial se comprueban los hechos, el juez, teniendo en cuenta que uno de los objetos del proceso jurisdiccional es llegar a la verdad jurídica objetiva o real, debe resolver el asunto y aplicar la norma correspondiente.

Este principio tradicional del derecho que regula en parte el debate probatorio del proceso jurisdiccional es de plena aplicación al procedimiento laboral en donde también existe la necesidad de la prueba. Su aplicación, claro está, encuentra fundamento en la remisión expresa que hace el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social a las normas procesales civiles en aquellos eventos en donde no hay disposiciones especiales en esa norma. De hecho, en la mayoría de sentencias que dictan los jueces laborales, a lo primero que se refieren es al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que establece la carga de la prueba.

En el procedimiento laboral no hay un régimen probatorio especial que tenga en cuenta la desigualdad que se presenta por lo general entre las partes procesales, la cual se hace más evidente en el debate probatorio y que tiene su origen en las relaciones sustanciales que dan origen a los conflictos laborales. Lo único que se podría destacar como un avance, aunque tampoco se evidencia su aplicación en los procedimientos laborales, es la facultad que tiene la parte demandante para, en su escrito de demanda, hacer una relación de las pruebas documentales que se encuentran en poder de su contraparte y que fue explicada anteriormente.

La aplicación de este principio ha sido analizada recientemente y se ha llegado a la conclusión de las múltiples dificultades que se desprenden del mismo. Y aunque dichas dificultades se han presentado en todas las áreas del derecho es más evidente en el procedimiento laboral. En muchas ocasiones las personas se abstienen de ventilar sus problemas ante los órganos jurisdiccionales por la imposibilidad que prevén de cumplir con la carga probatoria en el eventual proceso jurisdiccional. Sobre todo teniendo en cuenta lo establecido anteriormente: el juez, al estar obligado por regla general a dictar sentencia de fondo, debe despachar desfavorablemente las peticiones procesales de la parte que no logró demostrar los supuestos de hecho contenidos en la norma que pretende que se aplique, incluso en aquellos eventos de incertidumbre sobre la ocurrencia de los hechos.

No obstante, no se compadece con un Estado Social de Derecho y con el deber de los jueces de buscar en el proceso la verdad jurídica objetiva o real y mucho menos con el derecho al acceso a la administración de justicia que los ciudadanos se vean obligados a no acudir a los órganos jurisdiccionales o que se vean obligados a soportar sentencias desfavorables a sus intereses cuando no están en la capacidad o en la mejor condición de probar determinadas circunstancias y, por tal razón, se ha venido implementando, en principio jurisprudencialmente y, más recientemente legalmente, el principio de la carga dinámica de la prueba que se estudiará a continuación.

7.5. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN GENERAL Y EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES

El principio de la carga de la prueba, por un lado, le indica a las partes qué deben demostrar dentro del proceso para que sus pretensiones o excepciones prosperen y, por el otro lado, le indica al juez en qué sentido debe fallar. No obstante, la aplicación irreflexiva de este principio ha resultado en la denegación de justicia: es muy común que dentro del debate probatorio una de las

partes no tenga como demostrar los supuestos de hecho de la norma que consagra la consecuencia jurídica que pretende que se aplica pero su contraparte sí. ¿Qué hacer en estos casos? ¿Se debe aplicar tajantemente el principio de la carga de la prueba y negar al ciudadano su derecho a la verdad jurídica objetiva?

Sobre esto se pregunta Alberto Rojas Ríos lo siguiente:

¿Puede exigirse a un sujeto de derecho que aun en grave situación de vulnerabilidad, acredite en actuación procesalmente heroica todos y cada uno de los hechos en que funda su derecho, so pena de que esta naufrague en proceloso mar del proceso judicial, como lo han decantado las tradicionales reglas de la carga de la prueba? ¿Y, de otra parte, que quien se halla en circunstancia de aportar o facilitar su recaudación, tenga derecho a impedir la verificación de los hechos en cuanto resulten ajenos a su alegación?⁴⁷

El mismo tratadista responde que no es posible, por desproporcionado, que una parte se vea avocada a una decisión desfavorable a sus intereses en aquellos eventos en que su contraparte tiene los medios idóneos para demostrar los hechos relevantes del proceso. A la misma conclusión llegaron jueces y magistrados que se encontraban ante evidentes dificultades probatorias dentro de los procesos que tenían que resolver si aplicaban el tradicional principio de la carga de la prueba.

Fue en los estrados judiciales en donde se vio la necesidad de introducir modificaciones al principio de la carga de la prueba y fue allí en donde surgió lo que hoy se conoce como el principio de la carga dinámica de la prueba o cargas probatorias dinámicas. En Colombia la Corte Constitucional fue una de las pioneras en invertir la carga probatoria: así se puede comprobar en sentencias como la T-422 de 1992 y la T-326 de 1995. En estos dos fallos, como lo explica Alberto Rojas Ríos, la Corte Constitucional invirtió la carga de la prueba pues consideró que cuando el actor aduce una violación al derecho de igualdad por recibir un trato discriminatorio solo debe

⁴⁷ <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf>

demostrar el trato diferente y queda relevado de probar la intención de discriminarlo. Es la parte accionada la que debe probar que el trato diferente fue razonado y proporcional.

Las modificaciones en el principio de la carga de la prueba también fueron aceptadas por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad como la C-780 del 2007 en donde esa Corporación estudió el artículo 7° de la Ley 1010 del 2006 sobre acoso laboral. Esa norma establece que se presume que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de determinadas conductas. En esta oportunidad se estableció la exequibilidad de la norma acusada en el entendido de que la presunción de acoso laboral no hace nugatorio el derecho de defensa del acusado y, además, teniendo en cuenta que la norma invierte el objeto de prueba con el objetivo de corregir la desigualdad material de las partes al momento de acceder al material probatorio.

Al respecto se lee en la mencionada sentencia:

De esta manera, la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido proceso, pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida. Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, **con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio *in dubio pro operario* y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos.** (Negrillas fuera de texto)

Además de los aportes de la Corte Constitucional en el tema, también fue introducido el principio en comento en sentencias de juzgados y tribunales de todo el país e, incluso, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en asuntos civiles. Aunque, vale aclarar, que las modificaciones al tradicional principio de la carga de la prueba son actualmente tan notorias que en materia penal también se aplicó para establecer que en ciertas circunstancias al imputado le corresponde probar ciertos hechos que al Estado, a través de la fiscalía, le queda casi imposible hacer, como en el caso comentado en el planteamiento del tema. Esto a pesar de las críticas de

varios sectores de la doctrina que consideran que aplicar el principio de las cargas dinámicas probatorias en materia penal implica violentar el principio fundamental de presunción de inocencia.

En materia laboral el principio también se ha venido aplicando. Al respecto se puede reseñar la sentencia del 5 de noviembre de 2014 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 43090, Magistrado Ponente Gustavo Hernando López Algarra. En esta providencia la Corte, estudiando el recurso de casación interpuesto por un empleador demandado, decidió no casar la sentencia atacada que lo condenaba al reconocimiento de las pretensiones derivadas de la intermediación laboral alegada por el demandante y expleado. En esta oportunidad dijo esa entidad con respecto al caso concreto que: "...el principio de la carga dinámica de la prueba, indica que cuando un trabajador considere que no se le ha dado trato equivalente o igual, debe aportar el término de comparación de donde se deduzca el trato desigual, y le correspondería al empleador demostrar que el trato diferente es razonable y objetivo, con lo cual se invierte el *onus probandi*."

En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia hace un pequeño recuento de otras sentencias de la Sala Laboral en las cuales aplicó el principio de la carga dinámica de la prueba: la del 22 de enero de 2008 con radicación 30621 en donde no se casó la sentencia que condenaba al Instituto de Seguros Sociales a reconocer los perjuicios ocasionados por los servicios médicos prestados a una paciente por considerarse que a esta le correspondía probar el daño y a la entidad prestadora del servicio el buen procedimiento médico y la diligencia y cuidado en la realización del mismo; la del 5 de mayo de 2009 con radicación 34404 en la cual se indicó que correspondía probar al fondo de pensiones las fechas en las que el actor cotizó las semanas que sirvieron de sustento para concederle la pensión de invalidez debido a que esa entidad tenía más proximidad con el material probatorio y la del 28 de julio de 2009 con radicación 35428 en donde era tema de

debate el valor de una bonificación pagada al trabajador se estableció que, en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, era el empleador el obligado a probar o desvirtuar el valor recibido por aquel, en síntesis, por encontrarse en mejor posición de hacerlo.

Las modificaciones introducidas en el principio clásico de la carga de la prueba no fueron aisladas. En todas las áreas del derecho, y ante eventos de dificultad probatoria, se implementó de alguna u otro manera el denominado principio de la carga dinámica de la prueba. Lo anterior condujo a que en el ordenamiento jurídico colombiano actualmente esté consagrada la mencionada figura procesal a través de norma expresa que la regula: el artículo 167 del Código General del Proceso.

El Gobierno Nacional presentó el 29 de marzo de 2011 ante el Congreso de la República, por intermedio del Ministerio del Interior y de Justicia, el proyecto de ley para expedir el Código General del Proceso. Esta norma tuvo como base el Código de Procedimiento Civil de 1970 elaborado en su momento por Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina, fundadores del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que fue el mismo que se encargó de la elaboración de la nueva normatividad adjetiva civil que rige en Colombia.

Uno de los principales propósitos del Código General del Proceso, como se lee en la presentación del mismo que se encuentra en la página web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, es “La armonización de las instituciones procesales con la Constitución Política de 1991 que dispone la prevalencia del derecho sustancial y la protección de los derechos fundamentales”⁴⁸ Fue precisamente con fundamento en principios constitucionales y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, y que se han referenciado previamente (como el derecho al acceso a la administración de justicia, la prevalencia de las normas sustanciales sobre las procesales, el

⁴⁸ <http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html>

derecho a la sentencia de fondo y a la verdad jurídica objetiva), que se introdujo, finalmente y después de haber sido objeto de estudio dentro de los procesos jurisdiccionales, el principio de la carga dinámica de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sobre esta figura jurídica se dijo en la exposición de motivos del Código General del Proceso, que también se encuentra en la página web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal⁴⁹, lo siguiente:

Nuestra Constitución consagra en el artículo 29 el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas. **El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo.** Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1º de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho. (Negritas fuera de texto)

El principio de la carga dinámica de la prueba, como lo explica Palomo Vélez⁵⁰, no puede ser analizado sin tener en cuenta las dos concepciones de proceso: la liberal y la publicista. En la primera se considera que definitivamente las partes son las dueñas del proceso y que el juez debe estar privado tanto de poderes materiales como de procesales. La segunda, por el contrario, promueve un papel activo del juez tanto en la dirección material como formal del proceso en el entendido de que el Estado, a través de los jueces, debe abandonar una posición pasiva dentro del proceso jurisdiccional y, más bien, tratar de llegar a la verdad de manera decidida.

El principio de la carga dinámica de la prueba solo tiene cabida en una concepción publicista del proceso y, a pesar de que los promotores de esta figura jurídica indican que su

⁴⁹ <http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html>

⁵⁰ PALOMO VÉLEZ, Diego, *op. cit.*, págs. 447-464.

implementación busca la efectividad material de varios derechos fundamentales incluido el debido proceso, los contradictores, afirman, por otro lado, que la modificación del clásico principio de la carga de la prueba implica una violación a otros derechos fundamentales como el de defensa y contradicción. Indican que se está pasando de una carga objetiva de la prueba a una carga subjetiva que será determinada por el juez en cada caso concreto y que representa sorprender a una de las partes en el transcurso del proceso jurisdiccional.

Los contradictores plantan que para evitar esa subjetividad y ante las dificultades probatorias que se presentan en determinados procesos lo correcto es que el legislador introduzca nuevas reglas procesales acerca de la carga de la prueba en circunstancias complejas o presunciones legales que aligeran la carga en esas mismas circunstancias. Manifiestan también que en muchas ocasiones el problema radica en los medios de prueba que se decretan y en la colaboración de las partes en la práctica de los mismos, planteando así soluciones diferentes como una estricta reglamentación de la exhibición de pruebas que serían útiles para el proceso y una consecuente sanción en caso de que la parte obligada no lo haga.⁵¹

A pesar de lo anterior en Colombia ya rige el principio en comento y, por lo tanto, tomando distancia de la discusión en torno a los problemas que puede traer la aplicación del mismo, se debe analizar la norma que lo consagra. Dice el artículo 167 del Código General del Proceso:

ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término

⁵¹ *Ibíd.*, págs. 447-464.

necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

De los incisos segundo y tercero de esta norma se desprenden las reglas de la carga dinámica de la prueba que se aplican en Colombia: (i) Sigue rigiendo, por regla general, la distribución objetiva de la carga de la prueba, es decir, la carga dinámica de la prueba solo se aplica en aquellos casos en donde sea evidente una desigualdad material en cuanto a las posibilidades probatorias de las partes. Por eso la norma transcrita indica que según las particularidades del caso se aplica el principio; (ii) La distribución de la carga en virtud del nuevo principio la hace siempre el juez ya sea de oficio o por petición de una de las partes; (iii) La distribución que determine el juez se puede hacer en cualquier etapa procesal antes de dictarse sentencia aunque la norma enuncia las etapas de decreto y práctica de pruebas; (iv) La distribución de la carga de la prueba que hace el juez debe tener como fundamento cuál de las partes se encuentra en una situación más favorable para probar determinado hecho y sobre este punto trae varios ejemplos que sirven de rasero al juez, sin embargo es un listado meramente enunciativo y no taxativo; (v) A la parte que sea obligada por decisión del juez a soportar la carga de probar determinado hecho se le otorgará un término adecuado, que no está definido en la norma, para aportar o solicitar la respectiva prueba y (vi) La decisión del juez de distribuir la carga de la prueba atendiendo al principio de la carga dinámica de la prueba es susceptible del recurso de apelación.

Lo primero que se debe resaltar es que con esta introducción legal del principio de la carga dinámica de la prueba se pasó de una indefinición a una concreción con respecto a las reglas que se deben tener en cuenta en su aplicación. Sin embargo, y es ahí donde radica la preocupación de los contradictores de esta tendencia probatoria, se concluye que definitivamente en estos eventos el juez adquiere un papel protagónico que, de no saber manejar, puede llevar a la violación de derechos fundamentales de las partes dentro del proceso: el juez es el encargado de determinar en

qué casos se aplica el principio de las cargas dinámicas probatorias y la nueva distribución de las cargas probatorias la puede hacer en cualquier etapa del proceso, antes de dictar sentencia. Además de lo anterior debe establecer cuál es la parte que se encuentra en una situación más favorable para probar un determinado hecho y también es el encargado de determinar el término que se le concede a la parte obligada para que aporte o solicite la prueba correspondiente, teniendo en cuenta que la norma no establece término.

No cabe duda que la aplicación del nuevo principio trae muchas más obligaciones para el juez que la tradicional carga de la prueba: en el *onus probandi* se puede determinar con facilidad, antes de iniciarse el proceso, quién estará encargado de probar determinado hecho. La carga de la prueba implicaba dos reglas: una de conducta que tenía que ver con las partes y otra de juicio que correspondía al juez. Ahora el juez, además de la regla de juicio que debe tener en cuenta, debe identificar los casos de dificultad probatoria, determinar a qué parte le queda más fácil aportar la prueba y concederle un término para que lo haga. Pero no solo eso, procurar para que efectivamente lo aporte, puesto que como es naturalmente obvio, la parte obligada no va a facilitar el material probatorio si es que el mismo no favorecerá sus intereses dentro del proceso.

La introducción legal del principio de las cargas dinámicas probatorias significa un cambio dentro del proceso jurisdiccional que permea todas las áreas del derecho pues la mayoría de normas procesales vigentes remiten a la regulación en materia procesal civil en caso de vacíos. Así lo hace el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en su artículo 145, el Código De Procedimiento Penal en el artículo 25 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los artículos 211 y 306. Es decir, el principio se aplicará no solo en materia civil, de familia y comercial sino también en materia laboral, administrativa e incluso en materia penal.

En materia procesal laboral, como ya se advirtió previamente, no hay norma expresa que regule el tema de la necesidad de la prueba y la carga de la prueba. Por lo tanto, en los procedimientos laborales se debe aplicar la norma transcrita anteriormente. Es decir, en principio el juez laboral debe establecer si las partes están en condiciones de igualdad en el debate probatorio, de ser así, se debe aplicar el principio tradicional de la carga de la prueba. En caso de que no, el juez deberá entonces distribuir la carga teniendo en cuenta las reglas enunciadas anteriormente.

El derecho procesal laboral no se puede desprender, como si fuera una materia autónoma, del derecho sustancial laboral. Por eso, en los procedimientos laborales, hay que tener en cuenta que el legislador reconoce que entre empleador y trabajador, e incluso entre afiliado o pensionado y entidad del Sistema Integral de la Seguridad Social, existe una relación desigual debido a la subordinación del empleado respecto del patrono y las condiciones de inferioridad de los afiliados y pensionados en relación con las entidades del Sistema. Esta desigualdad no solo se da en el desarrollo de las relaciones sustanciales sino también dentro del proceso jurisdiccional.

Para el empleado o expleado y afiliado y pensionado que demanda, en muchos casos, es más difícil tener acceso a los medios probatorios que le permiten probar los hechos que finalmente harán que sus peticiones procesales prosperen. Son muchos los ejemplos de ello: al empleado le queda muy difícil probar las conductas de acoso laboral perpetradas por su empleado o superiores jerárquicos, al empleado le cuesta mucho probar las horas extras que trabajó al servicio de su empleador, al afiliado o pensionado por lo general no tiene la forma de demostrar las semanas cotizadas que pagó durante su vida laboral en caso de inconsistencias en su historia laboral, entre otras circunstancias que han implicado o que no se acuda al poder judicial para resolver el problema o simplemente acudir a él para obtener una sentencia desfavorable.

El procedimiento laboral será el más propicio para dar cabal aplicación al novísimo principio de la carga dinámica de la prueba. A pesar de lo anterior, esto no implica que las partes y sus apoderados queden eximidos de la actividad probatoria, máxime cuando el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social dispone, como se explicó en detalle anteriormente, que la parte demandante puede enunciar en la demanda los documentos que se encuentren en poder de su contraparte y esta, a su vez, tiene la obligación de aportarlos cuando conteste la demanda so pena de la aplicación de sanciones procesales.

El juez laboral, dentro del poder judicial, con la implementación del principio de la carga dinámica de la prueba, quedará entonces con múltiples poderes no solo de dirección formal sino también de material. Hay que recordar que puede decretar pruebas de oficio y condenar *extra y ultra petita* y, ahora también, determinar en casos de dificultad probatoria, qué parte es la encargada de probar determinados hechos. Todas estas facultades, hacen pensar, nuevamente en los reparos que han señalado los contradictores de la implementación de las cargas dinámicas probatorias: el juez está asumiendo un papel más que protagónico en el trámite del proceso.

Hay un riesgo que no se puede negar: el juez laboral con todos los poderes que le confiere la ley puede incurrir en una violación al debido proceso perdiendo su imparcialidad y gravando a la parte demandada, que por lo general es el empleador o ex empleador o la entidad de Seguridad Social, con una carga mayor dentro del proceso jurisdiccional. Si bien no se puede perder de vista que las normas sustanciales laborales, y por ende las procesales, tienen como fundamentos el principio protector, dentro del cual se encuentra el *in dubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa, el juez laboral como director del proceso debe tratar de dictar una sentencia de fondo y buscar la verdad jurídica objetiva o real respetando las garantías

de ambas partes y sin vulnerar el derecho de defensa y de contradicción a pesar de que por regla general sea la parte demandada la que esté en condición de superioridad.

En conclusión, se puede decir que en Colombia se ha adoptado la concepción publicista del proceso y un sistema mixto que implica que el juez tiene múltiples poderes para dirigir formal y materialmente el proceso, lo cual se evidencia con mayor facilidad en los procedimientos laborales puesto que se parte de la base de la desigualdad que existió en la relación sustancial que dio origen al proceso y que también se ve reflejada en el debate probatorio. Si bien el juez laboral debe dictar, por regla general, una sentencia de fondo que ponga fin a la indefinición planteada en el proceso jurisdiccional, no se debe limitar a dictar sentencia sino que debe tratar de llegar a la verdad jurídica objetiva o real a través de los múltiples poderes que le da la ley y en aplicación de derechos fundamentales como el de acceso a la administración de justicia y el de prevalencia del derecho sustancial. Para ello, cuenta entonces con una nueva herramienta que puso la ley a su disposición para resolver aquellos eventos de dificultad probatoria: la carga dinámica de la prueba.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez desarrollado el objetivo general y los objetivos específicos planteados se exponen a continuación las conclusiones y las recomendaciones que se desprenden de la investigación desarrollada:

8.1. CONCLUSIONES

- a.** El desarrollo del derecho laboral y del derecho procesal laboral en el caso colombiano, y contrario a lo que sucedió en Europa y en otros países del continente, fue más legal que constitucional y se dio, principalmente, a partir del año 1915.
- b.** Las normas probatorias contenidas en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social son muy pocas y ni siquiera existe un listado de los medios de prueba admisibles en el procedimiento laboral y el modo de practicarse los mismos. Por tal razón en el procedimiento laboral colombiano, y en atención a la remisión expresa consagrada en el artículo 145 de dicha normatividad, hay que acudir a lo regulado en los códigos adjetivos civiles.
- c.** Los medios de prueba en materia procesal laboral pueden ser decretados de manera oficiosa por el juez. Esto confirma que los procedimientos jurisdiccionales laborales, en su inicio y trámite, atienden al sistema mixto, es decir, el juez no solo es protagonista al momento de dictar sentencia sino que adquiere relevancia en otras etapas del proceso en virtud de los poderes que le confieren las leyes procesales.
- d.** En materia procesal laboral también existe la desigualdad que el legislador reconoce en materia sustantiva entre empleador y trabajador. En consecuencia, el juez, al momento de interpretar y aplicar las normas procesales laborales, debe tener en cuenta los principios legales y constitucionales que rigen el Derecho Laboral, como el principio protector que

está compuesto por el *indubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa.

- e. El juez debe mediar en el procedimiento laboral y hacer uso de los poderes que le confiere la ley al momento del decreto y la práctica de las pruebas para asegurar el desarrollo de principios esenciales del Estado Social de Derecho como el acceso a la administración de justicia, el derecho a sentencia de fondo que resuelva el asunto puesto a su conocimiento, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el derecho a la prueba y el derecho a la verdad jurídica objetiva.
- f. El principio de la carga de la prueba solo se debe aplicar cuando hay controversia entre las partes sobre la ocurrencia de un hecho, no así cuando el litigio se deriva de la aplicación o interpretación de una norma puesto que en estos casos es el juez quien, en virtud del principio del juez director del proceso y del principio *iura novit curia*, tiene la obligación de dictar sentencia de fondo conforme al sistema de fuentes así las partes no hayan invocado las normas correspondientes o hayan invocado unas diferentes a las que se deben aplicar.
- g. El principio de la carga dinámica de la prueba se desarrolló en principio jurisprudencialmente y posteriormente fue introducido en el artículo 167 del Código General del Proceso. El mencionado principio solo se aplica de manera excepcional, y en virtud de la solidaridad que debe guiar las relaciones sociales, en aquellos casos en donde sea evidente una desigualdad material en cuanto a las posibilidades probatorias de las partes. Por lo anterior la regla general sigue siendo la aplicación de la figura procesal de la carga de la prueba.

- h.** El principio de la carga dinámica de la prueba solo tiene cabida dentro de una concepción publicista del proceso jurisdiccional que es aquella que propende por un juez diligente en la dirección de las etapas procesales al considerar que el Estado debe tratar de llegar a la verdad a través del poder judicial.
- i.** Con la introducción del principio de la carga dinámica de la prueba el juez laboral adquiere un papel protagónico en el decreto y la práctica de pruebas puesto que es el encargado de determinar en qué casos se aplica este principio y la nueva distribución de las cargas probatorias la puede hacer en cualquier etapa del proceso, antes de dictar sentencia. Además de lo anterior debe establecer cuál es la parte que se encuentra en una situación más favorable para probar un determinado hecho y también es el encargado de determinar el término que se le concede a la parte obligada para que aporte o solicite la prueba correspondiente.
- j.** El principio de la carga dinámica de la prueba representa un cambio probatorio que se aplicará, en virtud de la remisión que hacen la mayoría de normas procesales vigentes, en materia civil, de familia, comercial, laboral, administrativa y penal.

8.2. RECOMENDACIONES

- a.** Capacitar a los empleados de la rama judicial y a los abogados litigantes en la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba dependiendo del respectivo procedimiento jurisdiccional en donde se vaya a aplicar.
- b.** Propiciar espacios de discusión sobre el principio de la carga dinámica de la prueba, tanto con los empleados de la Rama Judicial como con los abogados litigantes, para minimizar el riesgo de violaciones a principios constitucionales por la indebida aplicación de dicha figura procesal.

- c.** Extender el estudio del principio de la carga dinámica de la prueba a otras áreas del derecho como la penal, la administrativa, la agraria, entre otros, teniendo en cuenta, en cada caso, las particularidades de cada uno de los procedimientos jurisdiccionales.
- d.** Desarrollar proyectos de investigación que evalúen a largo plazo de qué forma se está aplicando el principio de la carga dinámica de la prueba y si se ha hecho de manera correcta o se han propiciado violaciones a los derechos de las partes.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *El proceso jurisdiccional*, 2ed., Bogotá DC, Comlibros, 2007.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima, Editores, 1963.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004.
- BERTOLINO, Pedro J., *La Verdad Jurídica Objetiva*, Buenos Aires, Depalma Buenos Aires, Edición N.º 1, 1.990.
- DEL PINA, Rafael, *Curso de Derecho Procesal del Trabajo*, México, Ediciones Botas, 1952.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal*, Tomo I, 4ª ed., Bogotá, ABC, 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 3ed., Buenos Aires, Universidad, 2004.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El Principio del Proceso Debido*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995.
- GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho procesal civil*, Tomo I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, *Teoría General del Derecho Laboral*, 7ªed., Bogotá DC, Leyer, 2006.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, España, Servicio de comunicaciones Universidad de Valencia.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Bogotá DC, Ediciones Librería del Profesional, 2001.

OBANDO GARRIDO, José María, *Derecho Procesal Laboral*, 2ªed., Bogotá DC, Ediciones Tunvivor, 1.999.

PALOMO VÉLEZ, Diego, *Las Cargas Probatorias Dinámicas ¿Es indispensable darse toda esa vuelta?*, Revista Ius et Praxis, Año 19, N.º 2, 2013.

ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Bogotá DC, Buenos Aires, Ed. Temis-Depalma, 1.970.

ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, Trad. Ernesto Krotoschin, 3ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2004.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984.

10. WEBGRAFÍA

<http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html>

<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf>