



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

# **La aplicación de la Carga Dinámica de la Prueba en el Procedimiento Laboral**

**Ariel Arias Núñez**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho  
Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social  
Bogotá, Colombia  
2016

# **La aplicación de la Carga Dinámica de la Prueba en el Procedimiento Laboral**

**Ariel Arias Núñez**

Trabajo Final como requisito parcial para optar al título de:  
**Magister en Derecho Profundización en Derecho Laboral y Seguridad Social**

Director:  
Magister Diana del Pilar Colorado Acevedo

Línea de Investigación:  
Derecho Procesal Laboral

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho  
Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social  
Bogotá, Colombia  
2016

Este trabajo lo dedico especialmente a la Dra. Mery Becerra Gómez, quien sembró inicialmente la semilla del gusto por el derecho laboral, al Dr. Marcel Silva Romero, quien, desde el pregrado y en la maestría, siempre ha tenido nuevas cosas porque cuestionarse frente a temas aparentemente pacíficos del derecho laboral, a mis Directores y calificadores por sus observaciones y por supuesto a Marta Isabel, Raquel Sofía, Raúl Manuel y María Isabel, mi hermosa familia que siempre me han apoyado en este gusto por el hermoso derecho laboral, que me lo gozo y disfruto cada día.

## Resumen:

Teniendo en cuenta la aplicación supletoria, que en algunas ocasiones se debe hacer en el procedimiento laboral de ciertas disposiciones consagradas en el procedimiento civil, se pretende con el presente trabajo desarrollar algunos elementos conceptuales que permitan la aplicación al procedimiento laboral del principio de la carga dinámica de la prueba consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que entre en contraposición con los principios y particularidades que rigen el procedimiento laboral, tales como la desigualdad entre las partes, la primacía de la realidad sobre las formas, la garantía de derechos mínimos, entre otros. Así mismo, que pueda convertirse en una herramienta probatoria efectiva y necesaria para contribuir a garantizar de forma material y real y no solo formal, los derechos sociales de quienes acuden a la administración de justicia en busca de su amparo y materialización. El trabajo se desarrolla analizando inicialmente los antecedentes históricos del principio de la carga dinámica de la prueba tanto en el ámbito nacional como internacional, luego lo relativo a la conceptualización de esta herramienta probatoria y de los principios del derecho laboral, para terminar en un ejercicio de aplicación práctica de la carga dinámica de la prueba a tres diferentes temáticas que se desarrollan en el área del derecho laboral, como lo son la denominada culpa patronal, el contrato realidad y la terminación unilateral del contrato de trabajo.

**Palabras Claves:** Código General del Proceso, Carga dinámica de la prueba, Garantía efectiva de los derechos laborales y Poderes del Juez.

## Abstract

Taking in account that, according to the Civil procedure, we have to use the *extra application* in labor procedure sometimes, this document pretends to expose some conceptual elements that let apply it in accordance with the Dynamic Proof Charge's principle that is consecrated in the article number 167 form the General Process Code of Colombia. The main idea is to prove that it is possible to apply the Dynamic Proof Charge's principle in Labor law without contradicting the principles and peculiarities that govern the labor procedure, such as the Inequality between the parties, The primacy of reality over the forms, The guarantee of minimum rights, among others.

Likewise, this application can become in to an effective and necessary probative tool that helps to ensure not only formal but material and real way the social rights of those who come to the justice looking for protection.

In this sense, this document starts with an historical background about the Dynamic Proof Charge's principle in national and international context; in second place, we analyze the meaning of this probationary tool and the labor law principles as well; at the end, it is intended to make a practical application in three different topics related with the Laboral Law such as *employer fault*, *real contract* and the *Unilateral termination of employment contract*.

**Key Words:** The General Process Code, Dynamic Proof Charge's principle, Constitutional Effective Guarantee for the Laboral Rights principles and Judge Power.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN: .....	7
I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, CONCEPTO Y CARACTERISTICAS .....	9
1. En el Derecho Comparado:.....	9
2. En el Derecho Nacional:.....	12
3. Definición y Elementos: .....	21
II. LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA FRENTE A ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL LABORAL.....	31
1. Respecto al de la protección de la parte más débil de la relación laboral o búsqueda de equilibrio entre las mismas. ....	37
2. Primacía de la realidad sobre las formas .....	41
3. Irrenunciabilidad a Derechos Mínimos.....	47
III. LA UTILIZACION DEL PRINCIPIO DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL.....	50
1. El acceso efectivo a la administración de justicia y la garantía de una justicia material y no solo formal.....	52
2. Las herramientas probatorias y los poderes del juez como director del proceso	
59	
3. Casos prácticos de utilización del principio de la carga dinámica de la prueba .....	61
3.1 En la indemnización plena de perjuicios por accidente laboral y enfermedad profesional.....	63
3.2 En el contrato de realidad .....	65
3.3 En la terminación unilateral del Contrato .....	69
CONCLUSIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA .....	76

## Introducción:

A raíz de la expedición de la Ley 1564 de 2012, más conocida como el Código General del Proceso (en adelante CGP), que reemplaza el Código de Procedimiento Civil, que venía rigiendo con algunas modificaciones desde el año 1970 y que regula principalmente el proceso en el área civil, surge la necesidad de analizar la forma en que se debe aplicar de forma supletoria dicha normatividad a diferentes áreas del derecho, entre otras al procedimiento laboral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que indica que *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.*

Esto se define como aplicación analógica, que sin embargo correspondería mejor a una integración normativa, entre las normas del procedimiento laboral con otras normatividades procesales, especialmente con las contenidas en el anterior código judicial, luego de procedimiento civil, y hoy general del proceso, que a raíz de la expedición del Acuerdo No. PSAA15-10392 del 1 de octubre de 2015, por parte del Consejo Superior de la Judicatura, empezó a regir en toda su integridad en todo el territorio nacional a partir del 1 de enero de 2016.

Respecto a esta aplicación en forma supletoria del CGP al procedimiento laboral, desarrollaremos la aplicación en materia laboral del principio conocido como **la carga dinámica de la prueba**, herramienta del derecho probatorio que tendría que ser evaluada a la luz de los principios y particularidades que rigen el procedimiento laboral, tales como la desigualdad entre las partes, la primacía de la realidad sobre las formas y la garantía de derechos mínimos, entre otros; especialmente por el carácter protector y garantista de derechos fundamentales de la parte procesal más débil, que debe cumplir el derecho procesal laboral.

Con este trabajo se pretende responder a la pregunta de si la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, al procedimiento laboral, está acorde con los principios y particularidades que rigen este procedimiento y puede ser utilizada como herramienta efectiva para la garantía de dichos principios.

Frente a este cuestionamiento considero que el principio de la carga dinámica de la prueba consagrado en el CGP y de aplicación en el procedimiento laboral por la integración normativa prevista en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, no se contrapone a los principios ya enunciados que rigen este procedimiento laboral y por el contrario, utilizado en debida forma por las partes y el operador judicial en ejercicio de su facultad de director del proceso, se convierte en una herramienta efectiva y necesaria para contribuir a garantizar de forma material y real y no solo formal, los derechos sociales de quienes acuden a la administración de justicia en busca de su amparo y materialización.

Mediante el estudio y análisis textual crítico de las normas jurídicas existentes, (tratados internacionales, la Constitución de 1991 y la ley procesal laboral y civil colombiana) y de referentes teóricos, doctrinales y jurisprudenciales sobre el principio de la carga dinámica de prueba, pretendo con este trabajo aportar elementos conceptuales que permitan aplicar

el principio de la carga dinámica de la prueba al procedimiento laboral, sin que entre en contradicción con los principios y características particulares que rigen este procedimiento y, por el contrario, utilizarlo como una herramienta efectiva para contribuir a garantizar de forma real y material los derechos sociales de quienes acuden a la administración de justicia en procura de su amparo, identificando algunos casos prácticos o ejemplos de utilización de la herramienta de la carga dinámica de la prueba para resolver de forma efectiva algunos de los asuntos de que conoce la jurisdicción laboral.

El trabajo lo desarrollaré en tres componentes o temas principales, el primero es el relacionado con el contexto histórico en que se ha venido desarrollando, tanto en el ámbito nacional como internacional, el denominado principio de la carga de la prueba y en especial de la carga dinámica de la prueba. Se termina este capítulo con una aproximación a la definición del principio de la carga dinámica de la prueba y los elementos y características que lo configuran.

Un segundo aspecto es el relacionado con la forma en que deben ser entendidos los principios de desigualdad entre las partes, primacía de la realidad sobre las formas y la garantía de derechos mínimos, dada las características particulares que rigen el procedimiento laboral y que en general no tiene en cuenta el Código General del Proceso.

Un tercer y último aspecto es el relativo a la utilización de dicha herramienta probatoria de la carga dinámica de la prueba bajo unos parámetros de un constitucionalismo interpretativo y argumentativo que contribuya a la defensa, en forma efectiva, de los derechos sociales de las personas y no solamente como abstracciones jurídicas alejadas de la realidad social y política, es decir la garantía de una justicia real y efectiva y no solamente formal, identificando casos o situaciones prácticas, en que puede ser utilizada dicha herramienta probatoria para lograr una justicia material, como por ejemplo en los temas relacionados con el denominado contrato realidad, la terminación unilateral del contrato de trabajo, la culpa patronal, entre otros.



# I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, CONCEPTO Y CARACTERISTICAS

## 1. En el Derecho Comparado:

Se refiere por la Dra. Juliana Pérez Restrepo, en su artículo “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa”, (Perez, 2011), que la carga dinámica de la prueba es una tesis que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por el autor Argentino Jorge Walter Peyrano, entre otras, en su obra “Cargas Probatorias Dinámicas”, quien es de los primeros que en el derecho comparado elabora una sistematización al respecto, especialmente en materia de responsabilidad civil del médico.

Indica este autor que más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Así pues, indica, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad. En toda causa que este cuestionada la responsabilidad médica, léase obligación de medios, debe probar quién se encuentra en mejores condiciones para ello; es decir el médico. En dicha relación, pacíficamente, definida como contractual, la parte débil, la desprotegida, la generalmente carente de medios probatorios, es la acreedora; el paciente. Por el contrario, quién está en mejor posición probatoria, la parte fuerte de la relación contractual, es la deudora, el médico; quién tiene, sin lugar a dudas, a su alcance todos los elementos y conocimientos necesarios para demostrar que actuó dentro de los lineamientos que la “lexartis” impone.

Continúa expresando este autor que esta nueva doctrina, trató de flexibilizar la rigidez en que habían caído las reglas sobre la carga probatoria, y determinó la aplicabilidad de las mismas para supuestos excepcionales caracterizados por ser de “difficilis probatio”, estableciendo dos reglas básicas por las cuales se re balanceaba la carga procesal. Expone, que también se ha dado en llamar a esta teoría como “solidarista del proceso y de la prueba”, o teoría, o doctrina de la “carga de la prueba compartida”, entre otras denominaciones y que se presentan situaciones donde la parte que niega la pretensión jurídica invocada en su contra, tiene a su alcance la prueba, y la oculta, generalmente, de mala fe, ante la certidumbre que pesará en su contra a la hora de resolver, esta es la situación que, con frecuencia, se da en los casos de “mala praxis”, donde el profesional médico es reticente en colaborar con el material probatorio.

También señala que tradicionalmente se entendía que la carga de la prueba pesaba sobre la parte que afirmaba la existencia de algún hecho controvertido. El otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa. Regía el principio "actor incumbit probatio" (al actor le incumbe la prueba). Esta teoría de la “carga dinámica de la prueba”, se funda en el deber de colaboración, y solidaridad que deben tener las partes para con el tribunal, y poner el peso de ella, sobre las espaldas de quién mejor puede hacerlo; supone la repartición de las cargas probatorias entre la administración y los justiciables, en cada caso en particular y no supone establecer reglas inamovibles que van en contra de las partes.

Expone tres elementos importantes dentro de la teoría de la carga dinámica:

- La carga de la prueba recae sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas y económicas para producir la prueba
- La distribución se realiza en cada caso en particular
- No establece presunciones en contra de las partes.

Indica que, dentro de ésta teoría, el rol del juez es fundamental ya que, ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quien se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la

produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal.

Las bases que pretenden sostener esta posición de este autor, podemos resumirlas en las siguientes:

- Cambio de actitud en el juzgador, quién debe tomar ya, un rol directivo, y no de simple espectador en el proceso
- Cambio en la conducta procesal de las partes, las cuales deben ir encaminada a los principios de buena fe, y lealtad procesal, teniendo como fin último, el arribo a la realidad fáctica
- Por último, que la sentencia debe necesariamente ser la solución “justa” al caso concreto.

Como conclusión, para este autor argentino, la carga dinámica de la prueba es una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos; en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba. (Peyrano, 2004)

Por su parte, el también autor argentino, Martín Bermúdez Muñoz, en su artículo, “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, publicado en la Revista Temas Jurídicos. N° 11, indica que:

“Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, consiste en que ésta es “una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla”. Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.” (Bermudez, 1995, págs. 16-38)

Desde otra óptica, el autor chileno, Sergio José Barberio, en su artículo “Principios y reglas técnicas del proceso en el ante proyecto del código procesal civil chileno, ¿hacia dónde vamos?”, publicado en la Revista Entheos, vol. Único, manifiesta que todo litigante: “no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina (...). Por tal razón no hay en verdad “sorpresas”, pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá, muy probablemente, a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada. (...) En ninguno de los supuestos se aprecia indefensión hacia quien “podía” probar, mantuvo silencio y no lo hizo (Barberio, 2009, pág. 25 y SS)

## **2. En el Derecho Nacional:**

En el ámbito nacional, fue el Consejo de Estado la primera alta Corte que empleó el principio de la carga dinámica de la prueba, para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, en el período comprendido entre los años 1990 y 2006, dada la dificultad que representaba para el paciente probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico estatal. En su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, esto es, la presunción permanente de la falla del servicio, luego, se unificaron conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos, y no a través de la petrificación de una regla de prueba, sin embargo, en el año 2006 esta modalidad de carga procesal fue abandonada para retornar a la falla probada, en la cual el accionante debe probar todos los supuestos fácticos de la demanda, tomando gran vuelo la prueba indiciaria.

Así vemos por ejemplo que, en sentencia del 24 de febrero de 2005, con ponencia del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra, se manifestó sobre el tema:

“(...) el llamado principio de las cargas dinámicas (...) encuentra su fundamento en las normas constitucionales que consagran el principio de equidad, toda vez que en algunas ocasiones éste puede verse vulnerado por la exigencia hecha a la parte

actora de aportar determinadas pruebas al proceso dada su dificultad; y por lo mismo, supondría la inaplicación, en tales eventos, de la norma procesal civil que consagra a su vez, el principio del onusprobandi. Sin embargo, en otros casos es la parte actora la que está en condiciones de aportar los medios de convicción pertinentes, por lo cual resulta innecesaria la inversión de la carga de la prueba que conlleva la presunción de falla del servicio; opera entonces el principio de la carga dinámica de la prueba, en virtud del cual si es el demandante quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos debe aportar la prueba.”. (Sentencia Consejo de Estado, 2005)

Según los Doctores Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y Oscar García Arcila, en su artículo “La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad medica administrativa, Estudio de la Jurisprudencia del Consejo de Estado”, (Ruiz & Garcia, 2010) a partir de la sentencia proferida dentro del Radicado 11878 del Consejo de Estado, Sección 3, del 10 febrero 2000, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, la carga dinámica de la prueba se convierte en una doctrina que seguirá el Consejo de Estado hasta que es abandonada en la sentencia proferida dentro del radicado 15772 de 2006. Se dice en aquella sentencia del año 2000, que esta teoría dinámica de la carga probatoria significa una ardua tarea para el juez ya que éste, en cada caso, tendrá que determinar a cuál de los litigantes se le facilita la prueba de la falla del servicio. Igualmente, que el fundamento para la falla presunta se encuentra en la carga dinámica de la prueba ya que permite la inversión de prueba en contra del prestador del servicio médico; pero al mismo tiempo, la carga dinámica socava la falla presunta ya que la inversión no es estática, sino que puede variar, pues a veces, al paciente en algunos eventos, se le facilita la prueba. Puede decirse, entonces, que la carga dinámica favorece la inversión de prueba a favor del perjudicado, lo cual es propio de la falla presunta; pero también puede invertir la carga, en sentido contrario, a favor del prestador del servicio, lo cual cuestiona la falla presunta y es compatible con la falla probada.

Indican los mencionados autores, que la carga dinámica es seguida igualmente en la sentencia del 22 de marzo de 2001, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, dentro del Radicado 13166, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, en la que se trata de un caso en el que al paciente se le diagnostica posible varicela, sin embargo, éste muere y en la necropsia se evidencia que tenía SIDA. Encuentra el juzgador que la prueba de la pérdida de oportunidad no era contundente ya que el sistema inmunológico del paciente

estaba débil y sucumbió ante el virus. Considera la sentencia que en este evento existe alto grado de dificultad de acreditar hechos científicos, por lo que era al profesional médico al que se le facilitaba la prueba de la diligencia.

Exponen estos autores en su estudio jurisprudencial, que el Consejo de Estado, en su sección Tercera, también expone algunos aspectos sobre la carga dinámica de la prueba, en las siguientes sentencias: La del 11 de abril de 2002, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, proferida dentro del Radicado 13330, la del 24 de enero de 2002, con ponencia del Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros proferida dentro del Radicado 12706 y la de 10 de junio de 2004, proferida dentro del Radicado 25416, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque. Que incluso en sentencia del 14 de abril de 2010 y proferida dentro del radicado 18285, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, se cita como precedente de su posición la ya mencionada sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000, pues se considera que es la jurisprudencia hito de la carga dinámica de la prueba.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de este principio a la jurisdicción laboral, en diferentes providencias, conforme muy bien lo reseña el Dr. Alberto Rojas Ríos, en su obra “La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. (Rojas, 2013), en el cual reseña la sentencia del 5 de mayo de 2009, en donde con Ponencia del Magistrado Camilo Tarquino Gallego, se indicó:

“Esta postura tiene su apoyo en el principio denominado la carga dinámica de la prueba, desarrollada tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, el cual, con el fin de proteger a la parte débil de la relación procesal, se impone probar los hechos a la parte a quien le quede más fácil de hacerlo, en este caso, el Instituto de Seguros debió determinar las fechas en las cuales fueron cotizadas las 312 semanas, para saber si le es aplicable el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 al demandante (...). En tales condiciones, el primer tema a dilucidar, será, la aplicabilidad del principio de la carga dinámica de la prueba en materia laboral, ya que, para la demostración del cargo segundo, la entidad accionada aceptó el criterio jurídico del juez de segunda instancia, respecto de la aplicación del Decreto 758 de 1990, por haberse apoyado en los principios descritos, y en la reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la cual comparte. Para la Sala, el razonamiento inserto en la providencia atacada, según el cual es la parte demandada quien tiene la carga de demostrar las fechas en

las que el actor sufragó las 312 semanas, para eventualmente desconocer el cumplimiento de las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no es violatorio de norma legal alguna de las denunciadas, porque en este caso el trabajador desde el inicio del proceso al haber acreditado ese número de semanas, era el ISS, el llamado a destruir o desvirtuar esa afirmación.” (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2009)

Igualmente, en sentencia del cinco (5) de noviembre de dos mil catorce (2014), también en su Sala Laboral, y con Ponencia del Magistrado Gustavo Hernando López Algara, índico sobre este tema de la carga dinámica de la prueba:

“Por otro lado, desde el punto de vista de carga de la prueba, la posición actual de esta Sala, siguiendo la sentencia CSJ SL, 3 jun. 2009, rad. 35593, es del siguiente tenor: El tema tiene incidencia en la carga de la prueba del trabajador que pretenda la nivelación salarial. Es claro que, si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Sin embargo, la Corte, en desarrollo del principio de carga dinámica de la prueba, se viene expresando de la siguiente manera: En la sentencia CSJ SL, de 22 enero de 2008, radicado 30621, a raíz de un conflicto sobre responsabilidad médica, expuso lo siguiente: Y así ha de ser, por cuanto si al paciente se le ofrece por opinión docta una prestación de salud para su cura o alivio, y de ello se le deriva el agravamiento del mal o el padecimiento de otros nuevos, o en ocasiones la muerte, razonable es inferir que hubo error médico y culpa de quien realizó la práctica médica, la misma que se ha de desvirtuar con explicaciones que, por regla, sólo las puede dar un especialista, y el primer llamado a hacerlo es quien las recomendó o realizó, bastando para que ellas sean justificativas que se acredite un modo de comportamiento diligente, oportuno, adecuado; una diligencia conforme a los protocolos regulares que aconsejan la buena práctica; o que los efectos eran imprevisibles, o que según los riesgos asumidos no eran controlables, sin ser necesario para exculparse, llegar hasta determinar cuál fue la causa o causas ciertas del resultado adverso. Lo anterior no se opone a la exigencia de cumplir lo mandado en el artículo 177 del C.P.C., como lo reclama la censura, porque a la luz de este precepto, la Sala de Casación Civil, en materia de responsabilidad médica -sentencia

de 13 de diciembre de 2002-, ha acudido a la carga dinámica de la prueba, como medio para distribuirla equitativamente, y como mención ilustrativa, por cuanto no es una norma aplicable in casus, es deber del juez laboral bajo el imperio de la Ley 1149 de 2007, que le impone al juez como director del proceso velar por el equilibrio de las partes.” (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2014)

En cuanto a la Corte Constitucional y sobre este tema de la carga dinámica de la prueba, vemos que en sentencia T – 423 del 17 de mayo de 2011, con ponencia del Dr. Juan Carlos Henao Pérez, expresó:

En sede de tutela, la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, debe aplicarse de manera flexible porque, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, éste sólo debe probar aquellos hechos que le sea posible demostrar. Cuando el demandado se encuentra en mejores condiciones para probar determinado hecho, así debe hacerlo. En todo caso, el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.

Luego en sentencia T – 174 de 1 de abril de 2013 y con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, dijo:

“En desarrollo de la jurisprudencia este tribunal ha decantado una serie de reglas en materia probatoria que el juez de tutela debe aplicar, atendiendo la obligación de salvaguardar a todas las personas respecto de cualquier acción u omisión que vulnere o ponga en peligro sus derechos fundamentales, permitiendo en situaciones muy particulares que se flexibilice la carga de la prueba a favor de un petitionerio, de conformidad con el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), y en el establecimiento de mecanismos efectivos para su protección y aplicación (capítulo 4o. del título II de la Carta Política). Para esta Sala es indispensable que la solución final que adopte el juez en el trámite de la tutela, sea ante todo consecuencia de un ejercicio analítico de los elementos probatorios



aportados en el marco del proceso. En caso de que se evidencie la ausencia de material probatorio el funcionario judicial deberá aplicar alguna de las siguientes fórmulas: (i) emplear sus poderes oficiosos con el fin de obtener la información necesaria para resolver la cuestión, (ii) recurrir a la carga dinámica de la prueba, (iii) en situaciones específicas, usar los criterios de flexibilización probatoria que la jurisprudencia constitucional autoriza y (iv) aplicar la lógica de lo razonable de conformidad con la experiencia y la sana crítica. Todo lo anterior con el fin de lograr que la solución final que adopte, sirva, ante todo, para proteger el derecho invocado". (Sentencia de Tutela, 2013)

Según lo reseña el Dr. Alberto Rojas en la obra citada (Rojas, 2013), la Corte Constitucional ha establecido unas líneas jurisprudenciales en cuanto a cargas probatorias, frente a determinados temas, así por ejemplo en lo que tiene que ver con desconocimiento del derecho a la igualdad, desde la sentencia T-422 de 1992, se comenzó a reconocer que si el actor acredita el haber recibido un trato diferente, es el accionado quien tiene la carga de probar que ese trato estaba objetiva y razonadamente justificado. Dice la Corte que, aplicándose las reglas tradicionales de la carga de la prueba, el accionante tendría que acreditar de un lado que: (i) fue objeto de un trato diferente; y (ii) que la entidad accionada dispensó ese trato diferenciado con la intención de generar una discriminación inadmisibles. Frente a esta doble exigencia, puede advertirse que el primer requisito es susceptible de ser acreditado fácilmente mediante testimonios, documentos u otros medios de prueba, pero el segundo hecho, esto es el ánimo discriminatorio de quien realiza la conducta, se vuelve de muy difícil probanza al ser un hecho que no puede observarse directamente sino apenas construirse indiciariamente.

La Corte Constitucional consideró que someter al actor a la carga de probar estos dos (2) elementos so pena de sucumbir en la sentencia, podría constituir fuente de injusticia al considerar la dificultad para probar el ánimo discriminatorio con el que actuaba la parte accionada. Por lo anterior, creó una presunción de discriminación siempre que, como en el caso fallado, una parte hubiere inferido a otra un trato diferente, en comparación con el que se les dispensa a otras personas. En tales casos, se invierte la carga de la prueba para que, en adelante sea la accionada quien deba acreditar la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferente, con lo que, implícitamente, el actor queda relevado de probar el elemento subjetivo, esto es la intencionalidad discriminatoria. Esta tesis se reiteró en la

sentencia T- 326 de 1995 y en las sentencias T- 314 de 2011 y T- 909 de 2011 y con el claro propósito de facilitar el ejercicio probatorio en el plano de la protección del derecho a la igualdad, se creó una presunción judicial en favor de los sujetos que tradicionalmente han sido objeto de discriminación por razón de su raza, orientación sexual y de contera, se generó con ello una variación a la carga de la prueba. En efecto, en razón a que determinados grupos de personas han venido siendo objeto de discriminación y segregación social, a través de la realización de diversas acciones y omisiones, como la prohibición de acceso a lugares públicos, la Corte Constitucional ha creado la presunción según la cual los tratos diferenciales prodigados a determinados sujetos que pertenecen a grupos tradicionalmente marginados, se presumen realizados con ánimo discriminatorio, por lo que, se desplaza la carga de la prueba hacia el sujeto particular o público para que pruebe que no lo hizo con ánimo discriminatorio.

Otro claro ejemplo de flexibilización probatoria se encuentra en un grupo de decisiones de la Corte Constitucional, en las que se tuvo en cuenta la situación de subordinación de quien obraba como accionante frente a la autoridad acusada de haber amenazado o lesionado un derecho fundamental. En la sentencia T-741 de 2004 se establece la necesidad de proveer un trato probatorio favorable: “En los casos de las personas que prestan servicio militar y que alegan la existencia de una determinada vulneración de sus derechos fundamentales por parte de sus superiores, en particular cuando se trata de afirmaciones relativas a tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Lo anterior, por cuanto, “la situación de subordinación de estos individuos frente a un aparato militar estructurado en forma jerárquica, hace virtualmente imposible para la persona que presta servicio militar obligatorio acceder a los materiales probatorios pertinentes. Después de que las supuestas víctimas hayan presentado una versión consistente y plausible de los hechos, aportando las pruebas que estén a su alcance, en estos casos, en virtud de la distribución de la carga de la prueba propia de la tutela, corresponde a los funcionarios superiores contra quienes se formula la alegación de maltrato aportar ante el juez o funcionario de conocimiento todas las pruebas necesarias para acreditar la legalidad de su proceder”.

Reiterando esta consideración, esta Corte dispuso en la sentencia T-835 de 2000 la necesidad de: “distribuir la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la

posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra”. La creación de presunciones por parte de la Corte Constitucional se erige entonces en importante herramienta para la modificación de la carga de la prueba en aquellos eventos de difícil acreditación de los hechos, con lo que -de paso- se contribuye con la protección de los derechos fundamentales como la igualdad, al facilitar la prueba de su vulneración o amenaza.

En cuanto a la doctrina, vemos que es el profesor Javier Tamayo Jaramillo, en su obra “Responsabilidad civil médica en los servicios de salud”, uno de los primeros que analiza el tema cuando indica que: “No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto”. En esta obra también hizo críticas en su momento al Consejo de Estado por la posición que éste asumía en torno al manejo de este concepto, indicando que se rompía la regla general según la cual la carga de la prueba la tiene el demandante, pues el demandado no tiene por qué acudir al proceso a probar (salvo cuando propone excepciones) y que la carga dinámica de la prueba se convertía en violatoria del derecho de defensa, del debido proceso, porque si la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba la realiza el juez, quien acude al proceso jurisdiccional, de antemano, no sabe cómo razonará este al momento de decidir, y perfectamente la parte demandada puede ser sorprendida con la declaración de que tenía la carga de la prueba y no probó. (Tamayo, 1993, pág. 91)

Por su parte el autor Colombiano Gabriel Aguilar, en su artículo “La Carga Probatoria Dinámica y su Fuerza Expansiva”, (Aguilar, 2014) indica que la noción de carga procesal fue introducida en un principio por Goldschmidt, quien concebía al proceso como un sistema dinámico de vínculos jurídicos y fenómenos procedimentales, que no es cierto que el concepto de carga procesal haya surgido en consideración a un entendimiento estático, que autores como Micheli demuestran cómo la regla clásica de la carga probatoria que partía de la noción de acción romana no se mantuvo incólume durante toda la época medieval, sino que por el contrario fue abolida por los germanos para después ser

retomada en la época justiniana. Que el problema de la carga procesal está enmarcado en la premisa menor del silogismo judicial, en particular aquella parte que se refiere a los hechos. El objeto de la misma dentro del proceso es llegar al conocimiento más aproximado de la realidad de las cosas, mediante el aporte del material probatorio. El concepto de carga difiere del deber y obligación.

Continúa indicando este autor, que una carga es un poder o una facultad, de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables. Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir dos aspectos de la noción: 1) por una parte es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba. 2) Por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones

Más adelante, indica el Dr. Aguilar, que a diferencia de lo que ocurre con los deberes y las obligaciones, el sujeto no está compelido a realizar determinada conducta para evitar una determinada sanción. Por el contrario, la noción de carga pone en cabeza del titular una facultad, que puede usar o no, pero cuya consecuencia antes que una sanción es la pérdida de una determinada ventaja que se hubiere podido tener. Las reglas de la carga de la prueba no sólo están dirigidas a las partes sino también a la actividad del juez. No sólo proporciona información respecto de cuál debe ser la labor de las partes en caso de que quieran hacer prosperar sus pretensiones, sino que también evita que el juez emita sentencias inhibitorias que no resuelvan el problema de fondo al proporcionarle una regla de juicio en casos de insuficiencia probatoria. Es así como se afirma, según las doctrinas clásicas del derecho probatorio, que los litigantes deben probar los presupuestos fácticos que invocan como fundamento de su pretensión, de manera tal que, si no lo hacen, el juez impondrá las consecuencias negativas de la insuficiencia probatoria o falta de certeza en quien tenía la carga de probar

Por ultimo precisa este autor, en su trabajo, que son muchas las teorías que se han esbozado en torno a cómo y bajo qué criterios debería repartirse la carga probatoria en un proceso. Las reglas de la carga fueron concebidas, desde un principio, bajo un entendido dinámico del fenómeno procesal. Sin embargo, con el correr de los años la regla clásica se petrificó y empezó a ser aplicada con carácter absoluto, al punto de convertirse en un dogma del derecho probatorio. Es así como aparece la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que propende por una flexibilización de la carga de la prueba, afirmando que en ciertos casos en los que la aplicación de las reglas tradicionales llevaría a una situación de imposibilidad probatoria, la carga pudiera recaer en ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre, por diversas razones, en mejores condiciones para producirla. La justificación de la teoría es defendida desde muchos puntos de vista que podrían resumirse de la siguiente manera: concreción de la equidad para un caso concreto, un nuevo entendimiento de la labor del derecho procesal, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas rígidas, criterio de equidad en la relación procesal, deberes de lealtad y buena fe procesal, deberes de las partes de colaborar con la administración justicia, y un nuevo entendimiento de la labor del juez en la dirección del proceso. (Aguilar, 2014, pág. 233 a 266)

### **3. Definición y Elementos:**

Al respecto vemos que el artículo 177 del derogado Código de Procedimiento Civil, establecía respecto a este tema de la carga de la prueba lo siguiente:

**Artículo 177. Carga de la prueba.** 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.

Por su parte el artículo 167 del nuevo Código General del Proceso dispone:

**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 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.

Así las cosas, para efectos de lograr una definición y poder identificar las características de la denominada carga dinámica de la prueba, debemos previamente analizar lo correspondiente a la institución del derecho probatorio denominada la carga de la prueba, antecedente inmediato de aquella.

Al respecto, entonces podemos afirmar que este principio de la carga de la prueba se condensa en las expresiones latinas: *Onus probando incumbit actori* y *Reus in excipiendo fit actori*, que significan respectivamente, que corresponde al actor probar y el demandado que excepciona, ocupa la posición del demandante o lo que en nuestro ordenamiento se expresa en el aforismo que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen.

Dentro de este contexto, vemos que, para Carnelutti, prueba, “es aquella que no solo sirve para el conocimiento del hecho, sino también como la certeza o convicción que aquella proporciona, siendo en sentido amplio, un equivalente sensible del hecho que habrá de valorarse. (...) en primer lugar, prohibir al juez la búsqueda por sí de la prueba no suministrada por las partes; y, en segundo lugar y de manera esencial, de obligar a éste a resolver la litis en todo caso. Al respecto, se configura la prohibición en el sentido de que la falta de prueba no puede conllevar a que el magistrado se abstenga de emitir una resolución, debiendo dictar sentencia con el conocimiento del derecho” (Carnelutti, 1995)

Por su parte para Chiovenda, consiste en crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, suministrando los medios para tal fin. (Chiovenda, 1954)

De otro lado el jurista alemán, Leo Rosenberg plantea en su teoría del estándar probatorio, que: “Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante, la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada (...) cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables, esto es, de las normas sin cuya aplicación la parte no puede tener éxito en el proceso”. (Rosenberg, 2012, pág. 7 y 198)

Para el tratadista italiano Gian Antonio Micheli, “La tradición romana, recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado (...) la noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para un fin jurídico alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observancia de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado (...) La regla de la carga de la prueba tiene (...) como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso. (Micheli, 1961, págs. 59,60,61 y 213)

En nuestro derecho nacional ha desarrollado una amplia teoría sobre la prueba el maestro Jairo Parra Quijano, para quien “es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen, para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que además le indican al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos (...) no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Es la distribución que el propio legislador hace del riesgo de la falta de prueba, de un hecho afirmado o incierto, de donde se concluye que el efecto de esa falta de prueba, ha de recaer en principio, sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo.

Continúa expresando el Dr. Parra Quijano, que posee un aspecto subjetivo, ya que contiene una norma de conducta para las partes, señalándoles que quien alega debe probar. Posee un aspecto concreto, pues determina en cada caso específico los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte. En cuanto al aspecto objetivo, éste implica una regla de juicio, conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio, el juez debe proferir una sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla. Desde la posición del juez, la carga de la prueba constituye aquella regla de juicio que permite al juez fallar cuando no existan pruebas de los hechos controvertidos; ya que de no existir ésta regla, no habrá posibilidad que el operador de justicia pudiera resolver el conflicto y generaría que las decisiones judiciales siempre fueran absolutorias de la instancia, non liquet, o inhibitorias. Desde la posición de las partes, le indica a estas qué hechos deben probar si pretenden salir victoriosos en el proceso, circunstancia ésta que igualmente constituye su importancia.

Más adelante indica: “La reacción contra la igualdad formal permitió acuñar la frase: “Tratar como iguales a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia. Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige como hemos visto que



realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de las veces, esa noción de carga sirve de celestina para legitimar el triunfo de un parte que administró la astucia a fin de que la otra le resultara imposible probar un hecho toral para el proceso”. (Parra, 2011)

Por su parte, para el profesor Hernando Devis Echandia, para saber qué se entiende por carga de la prueba es indispensable, distinguir los dos aspectos de la noción, a saber: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar (...), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. (Devis, Teoría General de la Prueba Judicial, 2002, pág. 405)

Según este autor la carga de la prueba es: “...una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte, esto es, a cada parte le incumbe demostrar lo que le atañe según sea el caso, pero lo anterior sin embargo no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso. Se exige que aparezca la prueba, más no importa quién la aduzca. De ahí que considera incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; sólo cuando no aparece ésta, corresponde determinar la parte que debía evitar su omisión. Es decir: indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él, pero si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta. Si es un hecho exento de prueba,

no existe carga de probarlo. (Devis, Compendio de la Prueba Judicial, 2007, pág. 197 y 198)

En conclusión podemos decir respecto al fundamento de la distribución de la carga probatoria, que se encuentra íntimamente vinculado con el tema en desarrollo, como lo es la carga dinámica de la prueba, pues conforme el principio dispositivo, que prevalece esencialmente en nuestro ordenamiento procesal, las partes son quienes tienen la libertad en determinar, en la demanda o en la contestación, los hechos que consideren de interés para que se les reconozca o desestime la pretensión y esas formulaciones de hechos sirven de base a la prueba y correlativamente a la sentencia, sin que una u otra pueda rebasar el ámbito trazado, salvo limitadas excepciones (normas de orden público). Lo esencial de la demanda lo constituye la suma de aquellos hechos, relaciones o situaciones o fenómenos que son necesarios y apropiados para hacer que aparezca como nacida la pretensión en la persona del actor, y al mismo tiempo como violada por el demandado

Podemos afirmar a manera de síntesis, que en materia de carga de la prueba, la regla general es que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, esto es, los hechos que sustentan sus pretensiones y los hechos que acreditan sus excepciones según sea el caso y que de manera excepcional y según las particularidades del caso, se podrá distribuir la carga de la prueba de manera diferente a aquella parte que este en mejores condiciones de acreditar la ocurrencia o no de determinado hecho, por la facilidad que pueda tener frente al acceso a la prueba, ya sea porque se encuentre en cercanía con el material probatorio; el que tenga en su poder el objeto de prueba o por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares, siendo esto último lo que se conoce como carga dinámica de la prueba. Esta facultad de distribuir la carga de la prueba está en cabeza del juez, quien puede hacerlo a petición de parte o de oficio, ya sea al decretar la prueba; durante la práctica de la misma; o en cualquier momento antes de fallar, debiendo esta parte a quien se le asigna dicho deber probatorio aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos mediante los medios probatorios que la legislación procesal consagra para ello, teniendo en cuenta que en nuestro medio rige el sistema de libertad probatoria.

Hechas estas precisiones y a manera de conclusión de este capítulo, podemos aproximarnos a una definición de la carga dinámica de la prueba, diciendo que ésta es *“una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla”*. (Bermudez, 1995). O también de una forma más concreta, también la podemos definir como la teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Se ha sostenido también que el concepto de carga dinámica de la prueba 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

Respecto a la posibilidad de interponer recursos que consagra esta disposición legal frente a la distribución de la carga de la prueba que hace el juez, consideramos que ante la no estipulación por la norma de qué tipo de recursos procede, el mismo debe corresponder al de reposición, que puede interponer la parte a quien se le asignó o negó la carga de la prueba con el fin de que el juez reconsidere dicha decisión, esto ya sea para que la asigne o la revoque, en este último caso por ejemplo porque no es cierto que a la parte que se le asignó la misma, se le facilite la consecución de la prueba.

Se hace esta consideración en la medida que se trata de una decisión interlocutoria y no esta enlistada dentro de los autos que taxativamente establecen los artículos 65 del Código Procesal del Trabajo y 321 del Código General del Proceso como susceptibles del recurso de apelación y en cambio sí encuadra dentro de las preceptivas legales para que sea procedente el recurso de reposición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 Código Procesal del Trabajo y 318 del Código General del Proceso.

Sobre esta posibilidad de interponer recurso se pronunció recientemente la Corte Constitucional en sentencia C – 086 de 2016, en donde en su aparte pertinente indico:

En este punto la Corte precisa que cuando la norma señala que la decisión del juez “será susceptible de recurso”, significa que podrá ser recurrida tanto la decisión que accede como la que niega la solicitud de distribución de la carga probatoria, y por supuesto aquella producto del ejercicio oficioso del juez. Esta hermenéutica es

coherente con la vocación de control a la actividad judicial que quiso imprimir el Legislador cuando hace uso oficioso de la carga dinámica de la prueba o cuando atiende o desestima la solicitud elevada por las partes.

Adicionalmente, la posibilidad de revisar dicha decisión permite a los sujetos procesales ejercer el derecho de contradicción y defensa e intervenir en condiciones de igualdad para debatir acerca de la razonabilidad o no de la distribución de cargas probatorias a las partes, de acuerdo con las especificidades de cada caso. (Sentencia de Constitucionalidad, 2016)

Es de anotar por último que esta posición que se asume, es igualmente compartida por el tratadista Dr. Jairo Parra Quijano, quien al hacer su exposición sobre este aspecto en su ponencia presentada ante en el Congreso Internacional de Derecho Procesal, consideró que el recurso procedente era el de reposición.

En lo que respecta a la situación que se puede presentar por el incumplimiento de la parte en aportar la prueba que le ha sido asignada por orden del juez, para el tratadista Marcel Silva Romero, dicha situación traerá como consecuencia que se tenga como probado el hecho que se pretendía demostrar con la prueba que se omite aportar sin causa que así lo justifique, esto atendiendo la regla probatoria general establecida en este mismo artículo en el sentido que incumbe a la parte que lo alega demostrar el presupuesto factico en que funda su pretensión y que determina que por regla general quien debe demostrar este hecho es la parte que lo expone, sin embargo ante la distribución de la carga de la prueba, se traslada esta carga probatoria a la contraparte, quien al no cumplir con su deber probatorio, determina que el hecho se tenga como probado.

Esta posición fue avalada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 34404 del 5 de mayo de 2009, en donde con ponencia del Dr. Camilo Tarquino Gallego, en donde consideró que el ISS al no cumplir la carga de la prueba en cuanto a demostrar que las fechas en que el actor efectuó unas cotizaciones de semanas eran las indicadas en la demanda, tomo como cierto este hecho y le sirvió de fundamento para proferir sentencia condenatoria, reconociendo el derecho pensional, así lo dijo en los apartes pertinentes:

“Esta postura tiene su apoyo en el principio denominado la carga dinámica de la prueba, desarrollada tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, el cual, con el fin de proteger a la parte débil de la relación procesal, se impone probar los hechos a la parte a quien le quede más fácil de hacerlo, en este caso, el Instituto de Seguros debió determinar las fechas en las cuales fueron cotizadas las 312 semanas, para saber si le es aplicable el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 al demandante (...). Para la Sala, el razonamiento inserto en la providencia atacada, según el cual es la parte demandada quien tiene la carga de demostrar las fechas en las que el actor sufragó las 312 semanas, para eventualmente desconocer el cumplimiento de las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no es violatorio de norma legal alguna de las denunciadas, porque en este caso el trabajador desde el inicio del proceso al haber acreditado ese número de semanas, era el ISS, el llamado a destruir o desvirtuar esa afirmación. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2009)

Por su parte el tratadista Luis Guillermo Acero Gallego considera que esta omisión puede configurar una presunción de hombre o presunción judicial, que son aquéllas en las que el nexo lógico entre hecho base y hecho consecuencia lo establece el juez, en este tipo de presunciones el razonamiento es de tipo inductivo, por lo que, antes que un medio probatorio, consiste en una actividad intelectual del juez frente a un caso particular, valiéndose de reglas de experiencia, es decir de conocimientos comunes. Para ello, practica un verdadero examen crítico de un hecho, cotejándolo con circunstancias, situaciones y efectos que en un orden normal ocurren de ordinario.

Esta otra postura ha sido asumida por la Corte Constitucional, en las sentencias T- 326 de 1995, T- 314 de 2011 y T- 909 de 2011, en donde con el claro propósito de facilitar el ejercicio probatorio en el plano de la protección del derecho a la igualdad, se creó una presunción judicial en favor de los sujetos que tradicionalmente han sido objeto de discriminación por razón de su raza, orientación sexual y de contera, se generó con ello una variación a la carga de la prueba. Indicó la Corte que en razón a que determinados grupos de personas han venido siendo objeto de discriminación y segregación social, a través de la realización de diversas acciones y omisiones, como la prohibición de acceso a lugares públicos, se crea la presunción judicial según la cual los tratos diferenciales prodigados a determinados sujetos que pertenecen a grupos tradicionalmente marginados,

se presumen realizados con ánimo discriminatorio, por lo que, se desplaza la carga de la prueba hacia el sujeto particular o público para que pruebe que no lo hizo con ánimo discriminatorio.

Revisada por su parte las actas del comité redactor del Código general del proceso, vemos que este artículo de la carga de la prueba se trató inicialmente en el acta No 27 del 21 de abril de 2004, sin embargo fue en la sesión correspondiente al acta No 28 del 28 de abril de 2004, donde se analizó a fondo el tema, en la cual entre otras intervenciones que se dieron sobre el tema, el secretario comento que el cuestionamiento que sufrió la sentencia del Consejo de Estado de julio 30 de 1992 consistió en haberle cambiado las reglas de juego al demandado en la sentencia sin existir disposición legal que lo permitiera. Pero que, si la ley establece la carga dinámica, las reglas de juego son claras para demandante y demandado desde el comienzo, y cada uno sabe que tiene la carga de demostrar los hechos que se le faciliten, sin necesidad de que el juez se lo diga. Añade que a partir de una disposición legal que contemple las cargas dinámicas, las partes se van a esmerar por colaborarle al juez a esclarecer los hechos sin esperar a que éste les haga requerimiento alguno.

El problema que presentan estas posiciones, es que ante el silencio de la norma frente a las consecuencias que acarrea el no acatar la orden del juez y dado el carácter sancionatorio de dichas consecuencias, en respeto del debido proceso no se podría aplicar en forma analógica sanciones consagradas en otras normas no previstas expresamente en este artículo.

Además de estas posibles consecuencias probatorias para la parte que incumple en cuanto a la asignación de la carga de la prueba hecha por el juez, consideramos que teniendo en cuenta la filosofía u objetivo de la figura, como por ejemplo una forma de lograr la equidad para un caso concreto, un nuevo entendimiento de la labor del derecho procesal, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas rígidas, criterio de equidad en la relación procesal, deberes de lealtad y buena fe procesal, deberes de las partes de colaborar con la administración justicia, y un nuevo entendimiento de la labor del juez en la dirección del proceso, puede adicionalmente el juez hacer uso de las facultades disciplinarias y correccionales que le otorga la ley como director del proceso, imponiendo las sanciones pecuniarias y demás que prevé el Código General del Proceso, ante el

incumplimiento de los sujetos procesales y los particulares de sus órdenes, así por ejemplo la prevista en el numeral 3 de su artículo 44, que le permite sancionar con multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a quienes sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.

De la misma manera se debe tener en cuenta en este aspecto, los deberes que tienen los apoderados y las partes con la administración de justicia, consagrados en el artículo 78 del Código General del Proceso, de acatar las órdenes del juez en las audiencias y diligencias y de prestar la colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.

## **II. LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA FRENTE A ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL LABORAL**

Para efectos de dar respuesta a la pregunta, de si el principio de la carga dinámica de la prueba en la forma ya definida, se contrapone o no a los principios del derecho procesal laboral, debemos efectuar previamente una aproximación a los conceptos de principios, reglas y valores, identificando las diferencias que hay entre estos conceptos.

Al respecto debemos indicar, que en los denominados estados constitucionales como lo es el nuestro, existe un orden jurídico estructurado a partir de una norma de normas denominada Constitución, que ejerce básicamente tres funciones: limitar el ejercicio del poder (función legitimadora), consagrar los presupuestos éticos mínimos definidos por una sociedad a través de los principios morales y los valores hacia los cuales se debe dirigir la actividad del Estado (función axiológica) y fijar parámetros de validez de las restantes normas del ordenamiento (función jurídica).

En la actualidad parece claro que la Constitución Política no se puede asumir solamente como la norma de normas, en atención a que en ella hacen presencia elementos morales (valores), políticos (directrices) y, principalmente, jurídicos (principios), respecto a los cuales podemos indicar, conforme los define el profesor Robert Alexi, en su obra "Tres

escritos sobre los derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios”, cuya traducción hiciera el profesor Carlos Bernal Pulido:

De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces esta ordenando exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos. Esto significa que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado. Toda norma es una regla o es un principio. Un conflicto entre dos reglas solo puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la invalidez de una de ellas.

(...) La ley de la colisión, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituye el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad. La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada. La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta. Como quiera que, según la ley de colisión establecer una relación de precedencia condicionada es siempre establecer una regla construida con ocasión del caso concreto, debe concluirse que el nivel de los principios y el nivel de las reglas de ningún modo están separados. Resolver un caso mediante una ponderación significa decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en sentido contrario, En esta medida los principios son razones necesarias para las reglas.



La teoría de los principios, expresada en forma de la tesis de la optimización, ha adquirido un lugar propio en la doctrina, sobre todo al postular su equivalencia con el principio de la proporcionalidad. La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y este implica aquella. Que la teoría de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que sus tres subprincipios es decir los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se siguen lógicamente ella, ósea, son deducibles de ella en un sentido estricto. (Alexi, 2003)

Por su parte señala el profesor Martínez Sospedra, en su Manual de Derecho Constitucional, que, a diferencia de los principios y reglas, que son normas jurídicas, que son derecho en el sentido fuerte de la expresión, los valores no reúnen esa condición. Los valores orientan al legislador, inspira institutos y normas, postulan reglas concretas, pero no son normas y de ellos no se puede predicar la estructura, propiedades y eficacia de aquellas (p. 193). (Martinez, 2007)

Por su parte la Corte Constitucional, en la sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, empezó a ocuparse de estos conceptos cuando indico:

La doctrina coincide en considerar que las normas que reconocen valores son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen valores al igual que las que consagran principios, determinan el contenido de otras normas, y aquéllas sólo se diferencian de éstas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Lo cierto es que en todas las anteriores formulaciones subyace la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento. Los principios serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa.

La distinción entre principios y valores, sería una diferencia de grado de abstracción y de apertura normativa. Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia. En lo que concierne a las reglas, tales serían las disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social” Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos. Es clara la existencia de normas que reconocen valores y de normas de principios dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda acerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado.

Luego en Sentencia SU-1122 de 2002, con ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynett, reitero:

“La diferencia conceptual entre reglas y principios sugiere varios problemas interpretativos. El carácter preciso de las reglas obliga a preferirlas a la hora de enfrentar conflictos con los principios. Empero, una interpretación razonable de las reglas puede llevar a situaciones abiertamente incompatibles con principios, aunque no sean ilegales o ilícitas. Se trata de eventos en los cuales existe la posibilidad legítima de interpretar una regla que puede conducir, entre muchos, a un resultado determinado, el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento, pero resulta incompatible con los principios que sustentan la regla.”

Y en sentencia C – 818 de 9 de agosto de 2005, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, nuevamente manifestó que:

En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde

un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento. La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen. Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica.

Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico. Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley

para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social.

Todo lo anterior significa que entre reglas y principios existen diferencias, pero también vínculos estrechos y, sobre todo, una jerarquía normativa. Las diferencias residen en que las reglas son normas que se aplican en la forma de “todo o nada”, mientras los principios son normas que se aplican, en mayor o menor grado, según el resultado de la ponderación construida por el intérprete. En palabras de Dworkin las reglas son aplicables a manera de disyuntivas, mientras que los principios son más bien razones para decidir. Los vínculos entre unas y otros expresan el sentido integrador que tiene la interpretación en los tiempos de la Constitucionalización del derecho y el sentido de relación jerárquica evita que las reglas se interpreten en contra de los principios del sistema jurídico. Los principios y las reglas siempre se deben conectar entre sí y, en caso de contradicción, el intérprete debe hacer prevalecer los principios sobre las reglas, a fin de garantizar el funcionamiento del derecho como un sistema coherente.

Por su parte, entre principio y valor puede haber más identidades que diferencias, Robert Alexy, lo pone de presente apelando al supuesto de la colisión, indicando que toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y viceversa. Sin embargo, en las colisiones de principios se trata de establecer lo debido, mientras que en las de valores se trata de establecer lo mejor. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico. En ese sentido resulta que el principio es derecho y el valor es filosofía. Además, valores y principios no vinculan de la misma manera a las distintas ramas del poder, ni están sujetos a los mismos criterios de interpretación. Los valores tienen “una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Por lo tanto, es muy difícil para el intérprete derivar reglas jurídicas de los valores. De los principios sí, porque son derecho. El desarrollo de los valores corresponde al legislador, el de los principios al juez. (Alexi, 2003)

Los valores son un catálogo axiológico de carácter fundante. Sobre ellos se construyen el sentido y la finalidad de la organización política. Su sentido no define lo preferente sino lo preferible. Los valores tienen que ver con las formas ideales y se mueven en función de una cultura social, de una ética pública, de unos elementos a partir de los cuales se

construyen las instituciones. El ámbito de los valores, manejados por la vía de la política, conecta el mundo de la ética con el mundo del derecho.

Conforme lo anterior entraremos a estudiar algunos de los principios que rigen el derecho laboral y su relación con la utilización de la carga dinámica de la prueba, como herramienta que permita su realización, de acuerdo a su regulación o consagración en la legislación colombiana en la Constitución Política, que en su artículo 53 dispone:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

## **1. Respeto al de la protección de la parte más débil de la relación laboral o búsqueda de equilibrio entre las mismas.**

Es uno de los principios pilares del procedimiento laboral y que lo distingue de los demás procedimientos, pues es el reconocimiento legal de que se presenta una desigualdad entre las partes que concurren a un juicio laboral, que hasta hace unos pocos años era inconcebible su aceptación pues se partía del criterio civilista de que el juez debería darle

a las partes las mismas garantías y oportunidades procesales, sin discriminación o favoritismo alguno.

Este principio, se ha venido analizando por la doctrina desde tres aspectos como son el económico, el probatorio y el subjetivo. El primer aspecto hace referencia al valor diferente que en materia patrimonial implica para el trabajador y el empleador, el objeto económico del litigio, pues mientras para aquel puede significar un gran valor en cuanto a la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia, para este en cambio puede significar un mínimo compromiso de su capital que a lo más lo puede llevar a disminuir el margen de utilidad, pero sin que esté en juego su subsistencia como si puede ocurrir con el trabajador. Igualmente está relacionado con este aspecto económico el desequilibrio derivado de la situación académica y respaldo económico para acudir al proceso, pues mientras el empleador a través de sus representantes tiene un alto nivel académico y económico que le permite contratar prestigiosas firmas de abogados que defienden sus intereses, el trabajador generalmente es de bajo nivel académico y no cuenta con recursos económicos para asumir una adecuada defensa de sus intereses, teniendo que recurrir en no pocas veces a la defensoría pública.

Un segundo aspecto es el subjetivo que hace referencia al desnivel, la distinta potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto laboral. Es evidente que mientras el patrono tiene libertad subjetiva plena para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del conflicto, la voluntad del trabajador en cambio está limitada por las condiciones de la relación del trabajo cuando ella está vigente, y después, por la urgencia de las reclamaciones y su naturaleza alimentaria en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el patrono.

Por último tenemos lo concerniente al desequilibrio o desigualdad probatoria y que hace relación a la facilidad con que cuenta el empleador para obtener las pruebas necesarias para su defensa o de ocultar las que no le favorecen, frente a la dificultad que presenta el trabajador para obtener las mismas y que es donde precisamente el operador judicial cobra relevancia, pues mediante la herramienta de la carga dinámica de la prueba debe tratar de contrarrestar o por lo menos disminuir sus efectos en cuanto a la garantía de los derechos del trabajador, fijando el deber de probar en aquella parte a la cual se le facilite la consecución de la prueba. (Sarhou, 2008)

Este principio lo ha concebido el legislador y así lo ha interpretado tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de justicia, bajo la preceptiva de una protección especial al trabajador, frente al poder económico y social, del empleador y como una medida de lograr en cierta manera compensar o igualar, esta desigualdad evidente, que existe entre los sujetos de las relaciones laborales, brindándole herramientas jurídicas y procesales para suplir esta desigualdad, tales como otorgarle una estabilidad relativa frente a situaciones especiales, estableciendo unas presunciones de orden legal y unas cargas probatorias determinadas, que le permitan compensar dicha desigualdad evidente.

Así por ejemplo lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C- 665 de 1998, cuando afirmó:

La Carta Política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del Estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. Por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual. Se declarará la inexecutable del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que dicha norma es violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo, lo que deberá ser examinado y decidido por el juez laboral en el correspondiente juicio.

Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin

que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.

La presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario. El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción. (Sentencia de Constitucionalidad, 1998)

Lo cual reiteró en sentencia T- 832A de 2013, en donde la Corte expresó:

El artículo 53 de la Constitución Política contiene los principios protectores mínimos del derecho constitucional al trabajo, los que se dirigen a brindar amparo a la parte más débil de la relación laboral o de la seguridad social, corrigiendo la desigualdad fáctica o el desequilibrio económico que se presenta en dichos escenarios (Art. 13 C.P.). La Constitución garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho a través de dos principios hermenéuticos íntimamente relacionados entre sí: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) in dubio pro operario. A su turno, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores (Art. 53 y 215 C.P.) se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de



la seguridad social. Estos postulados orientan la aplicación e interpretación de los derechos al trabajo y la seguridad social al momento de resolver casos concretos". (Sentencia de Tutela, 2013)

En lo que tiene que ver con esta desigualdad de las partes en el procedimiento laboral y la carga dinámica de la prueba, debe el operador judicial conforme la facultad de director del proceso que le otorga el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo, ya sea de oficio o a petición, de parte, tomar las medidas correspondientes en materia probatoria para contrarrestar esta desigualdad en la consecución de las mismas.

## **2. Primacía de la realidad sobre las formas**

Como ya lo dijimos, es el artículo 53 de la Constitución Política, el que enuncia el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Aunque este principio no se haya formulado como tal en la legislación laboral preexistente a la nueva Constitución, su presencia es ostensible en algunas normas, como el artículo 23 del Código Sustantivo que, en su ordinal 2, dispone que una vez reunidos los elementos del contrato de trabajo, se presume que existe este y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Se trata de un postulado que mira más el aspecto fáctico o probatorio que el puramente legal. (Escobar, 1991, pág. 18). Este principio puede enunciarse diciendo que, en materia laboral, deben preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquéllos que figuren formalmente en acuerdos o documentos. Además, el principio de primacía de la realidad indica que al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica contrato de trabajo, prevalecen los hechos, la práctica.

La jurisprudencia ha desarrollado este principio, entre otras, en Sentencia 8291 del 22 de agosto de 1996, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 1996) en donde indicó que es un principio fundamental del derecho laboral consagrado en el ordinal segundo del artículo 23 del C. S. del T., el de la primacía del contrato realidad sobre los medios formales usados por las partes para vincularse entre

sí, de suerte que sobre las condiciones aparentes en cuanto a modalidad, lugar de servicio, funciones, remuneración y otras, prima la situación objetiva del trabajador y los hechos que hayan rodeado la prestación del servicio.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T- 018 del 29 de enero de 2016, manifestó:

**El derecho al trabajo y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades**

52. El artículo 53 de la Constitución consagra los postulados mínimos del derecho fundamental al trabajo. De esta manera, por disposición superior el Estado debe garantizar las siguientes dimensiones: i) La igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) Remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; iii) Estabilidad en el empleo; iv) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; vii) Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; viii) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario y ix) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

53. Esa misma disposición señala que los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; y que la ley, los contratos, los acuerdos y convenciones de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Además, el artículo 215 consagra una cláusula de inmunidad de los derechos de los trabajadores, al precisar que el Gobierno no podrá desmejorar dichas garantías al amparo de los decretos dictados bajo un estado de excepción. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, estos principios son postulados fundamentales que dan vida al libre desempeño de la actividad personal en condiciones dignas y justas, y guardan íntima relación con el funcionamiento mismo del Estado. En efecto, “cuando el constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con

ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la nueva legalidad”, y que, junto con las otras piedras angulares de nuestro sistema económico, a saber, la empresa y la propiedad, el trabajo "cumple una función social". Es más: son principios esenciales que también se relacionan con la organización política del Estado Social de Derecho, empeñado en “combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población [v.g. los trabajadores], prestándoles asistencia y protección”; todo esto, a través de herramientas (como las del artículo 53 C.P.), dirigidas a la construcción de las condiciones indispensables “para asegurar a todos los habitantes del país una vida justa dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”

54. En un sentido semejante el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorporado al bloque de constitucionalidad por medio de la Ley 74 de 1968, establece que los Estados Parte “en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

55. A su turno, el artículo 7º del PIDESC señala que el derecho al trabajo comprende i) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; y condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del Pacto; ii) la seguridad y la higiene en el trabajo; iii) igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad y iv) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

56. Aunque la Constitución resguarda ampliamente todas las modalidades de trabajo, esta corporación ha resaltado que existe “una mayor protección constitucional de

carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado”. Para la Corte, este cuidado reforzado “genera un menor margen de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia”.

57. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, la “relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada «el empleado» o «el asalariado» (o, a menudo, «el trabajador»), y otra persona, denominada el «empleador», a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se la haya definido, como se crean derechos y obligaciones recíprocas entre el empleado y el empleador. La relación de trabajo fue, y continúa siendo, el principal medio de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. Es el punto de referencia fundamental para determinar la naturaleza y la extensión de los derechos de los empleadores, como también de sus obligaciones respecto de los trabajadores”.

58. Al amparo del contrato o relación laboral la legislación colombiana resguarda distintas dimensiones contenidas en el derecho fundamental al trabajo, como los derechos al salario mínimo vital y móvil, las vacaciones remuneradas, las primas legales o extralegales por servicios prestados, el auxilio de cesantía, la afiliación a seguridad social contributiva en salud, pensiones y riesgos profesionales, la afiliación a una Caja de Compensación Familiar, entre otras prestaciones sociales y garantías laborales.

59. Pese a lo anterior, existen distintos eventos en que los empleadores particulares u oficiales pueden desconocer los derechos y beneficios derivados de la relación de trabajo, otorgando a los vínculos la apariencia de un contrato civil, comercial o de otra índole. Para la oficina de la OIT, “disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir

o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta [...]. El encubrimiento más radical consiste en hacer aparecer una relación de trabajo con el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativa, de base familiar o cualquier otra. Algunos de los arreglos contractuales de uso más frecuente para disfrazar la relación de trabajo incluyen una amplia variedad de contratos civiles y comerciales que hacen creer que se está realizando un trabajo en forma independiente”.

60. Esta clase de prácticas sustrae al trabajador de la protección y beneficios propios del derecho fundamental al trabajo y acarrea efectos perjudiciales sobre su plan de vida, las familias, las empresas y la sociedad. De acuerdo con el citado informe de la OIT. La falta de protección laboral tiene consecuencias adversas sobre todo para los trabajadores y sus familias. Al mismo tiempo, la inexistencia de derechos y garantías puede tener efectos contraproducentes en las empresas y acarrear resultados negativos para la sociedad en general. Además, algunos indicios sugieren que los cambios afectan más a las mujeres que a los hombres. Los trabajadores perjudicados no sólo pierden los derechos que les conferían las leyes de trabajo, sino que también tropiezan con dificultades para conseguir que los inspectores del trabajo intervengan en su favor o tener acceso a los tribunales de trabajo.

En muchos países, esos trabajadores quedan relegados al margen del sistema de seguridad social o reciben prestaciones mucho menos favorables que las que pueden obtener los trabajadores a quienes se reconoce la condición de empleados. Que los trabajadores carezcan de protección laboral también puede acarrear consecuencias para los empleadores, en la medida en que ello socava la productividad y distorsiona la competencia entre las empresas, tanto a nivel nacional o sectorial como en el ámbito internacional, a menudo en detrimento de aquellas empresas que cumplen la ley. La falta de seguridad jurídica puede redundar en la adopción de decisiones judiciales en virtud de las cuales se dé la calificación de asalariados a trabajadores contratados como independientes, con considerables consecuencias económicas imprevistas para las empresas.

61. Para afrontar esta circunstancia la Constitución consagró el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 C.P.). De acuerdo con este postulado, para establecer si entre las partes existe o no una relación laboral es pertinente orientarse por la situación fáctica concreta en que se desarrolla la labor y no por la regulación o denominación formal que estas le hayan otorgado al vínculo. En la misma línea, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que la regulación por parte del legislador debe en todo caso respetar los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por tanto “no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales”.

62. En desarrollo de este principio el legislador definió el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. Los elementos esenciales del contrato de trabajo fueron precisados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo de esta manera: “Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este 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 y c) un salario como retribución del servicio”.

63. La misma legislación establece que “una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”, mientras que el artículo 24 de ese código señala que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

64. Por último, sobre este punto la Recomendación 198 de 2006 de la OIT (recomendación sobre la relación de trabajo) exhorta a los Estados a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones

que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”. El documento también establece que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”. (Sentencia de Tutela , 2016)

Frente a este principio podemos concluir que se enmarca dentro de la perspectiva de lograr una justicia real y material y no solamente formal, permitiendo al operador judicial con base a las pruebas aportadas al proceso desentrañar la verdadera naturaleza de la relación contractual del trabajador y garantizar los derechos que a este corresponden, si efectivamente se trataba de una simulación o de una aparente relación de otra naturaleza, distinta a la laboral.

Igualmente, frente a este principio, cobra gran relevancia la carga dinámica de la prueba, pues es deber del operador judicial ya sea de oficio o por petición de alguna de las partes, disponer las medidas pertinentes en cuanto a cargas probatorias, para efectos de establecer la verdad real, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, reales y no solo formales y aparentes en que se desarrolló la relación laboral.

### **3. Irrenunciabilidad a Derechos Mínimos:**

Es uno de los principios enunciados por el citado artículo 53 de la Constitución y que impide al trabajador por su carácter de orden público de las normas laborales, el renunciar a unos derechos mínimos establecidos en la ley, es decir es un tope de garantías mínimas establecidas en la ley, que no puede el trabajador fruto de su voluntad, desbordar hacia un rango inferior.

Se ha dicho que la filosofía de la irrenunciabilidad tiene desarrollo legal suficiente, con fundamento en el carácter de orden público que se reconoce a las normas del trabajo, vale decir, que el cumplimiento de ellas es estimado como esencial para la conservación del orden social. Así mismo podemos afirmar que este principio es de la esencia del derecho del trabajo, en cuanto: La legislación laboral tiene su origen y pretende por medio de la protección del trabajador evitar que la igualdad formal se convierta en una justificación de la desigualdad real existente, el reconocimiento de la desigualdad de las condiciones reales, la excepción al principio del derecho romano de igualdad contractual en beneficio de la protección especial de los intereses de los trabajadores. Precisamente el carácter protector del derecho del trabajo es de naturaleza compensatoria para tratar de ajustar en beneficio del trabajador, que es la parte débil en la relación laboral, mediante la limitación a la autonomía de la voluntad o contractualismo, la igualdad formal, dada la desigualdad real. (Barona, 2010, pág. 252 a 264)

La Corte Constitucional afirma, en sentencia T – 462 del 13 de julio de 1992, que no se concibe que el trabajador pueda contratar en igualdad de condiciones con su empleador, así que deben dictarse normas que amparan al trabajador y estén por encima de la voluntad de trabajador y patrono. Por eso se da por reconocida la inferioridad negocial de parte del trabajador y por el carácter alimentario de la retribución derivada del trabajo se afirma el estado de necesidad y cuánto más en una situación como la colombiana en la cual la oferta de empleo es mayor que la demanda. (Sentencia de Tutela, 1992)

Por su parte en Sentencia T-149 de 1995, indicó que el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en la búsqueda del mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana. (Sentencia de Tutela, 1995)

En sentencia C-070 de 10 de febrero de 2010 y al referirse a lo ya decidido en sentencia C- 968 de 2003, precisó:



La Corte puntualizó que el examen del superior no se limita a los asuntos desfavorables del fallo de primera instancia sobre los cuales versa la impugnación, sino que debe comprender todos aquellos aspectos desfavorables al trabajador que involucran beneficios mínimos irrenunciables” y por ello declaró la exequibilidad de la disposición en lo relativo a la apelación de la sentencia, pero bajo el entendido de que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. Además, la Corporación precisó que el entendimiento prolijado “no desarticula el diseño legal de la apelación y la consulta, y tampoco desconoce los derechos fundamentales de defensa y contradicción de quienes intervienen en el proceso, ya que en dicha hipótesis el juez de grado superior que resuelve la apelación al quedar habilitado para pronunciarse sobre derechos mínimos irrenunciables que no fueron concedidos en primera instancia, debe hacerlo bajo el supuesto de que los hechos que le sirven de soporte hayan sido debatidos y probados en el proceso de acuerdo con los preceptos legales respectivos

La facultad de reconocimiento de beneficios mínimos irrenunciables del trabajador no concedidos en primera instancia no puede ser una facultad exclusiva de la consulta”, por cuya virtud “el superior adquiere plena competencia para revisar íntegramente la actuación con el fin de reparar los posibles yerros en los que ha incurrido el a quo, y por lo tanto debe emitir un pronunciamiento como si fuese el juez de primera instancia. El juez laboral, en cualquiera de las instancias y, desde luego, al resolver la apelación, ha de estar siempre dispuesto a otorgarle primacía a los contenidos constitucionales y a reconocer los derechos fundamentales del apelante, aun oficiosamente, cuando encuentre plenamente demostrada su vulneración, máxime si existe un reconocimiento constitucional expreso sobre su irrenunciabilidad. (Sentencia de Constitucionalidad, 2010)

En síntesis, mediando desigualdad real, económica y social y, en consecuencia, desigualdad entre trabajador y patrono, la constitución restringe y proscribela igualdad formal en los sujetos de la relación laboral cuando ésta afecta los derechos mínimos del trabajador. Dentro de este principio de irrenunciabilidad de beneficios, se proscribela transigir y conciliar, o disponer por renuncia de derechos ciertos e indiscutibles. La irrenunciabilidad también se consagra a nivel legal en el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo cuando nos

indica: Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

Desde el ámbito de la carga dinámica de la prueba y en cuanto a la valoración de las pruebas, debe el operador judicial, tener en cuenta este principio, para efectos de la valoración del material probatorio allegado al proceso, a efectos de determinar si en el mismo se evidencia, una renuncia a estos derechos mínimos, que hagan inválida dicha prueba.

### **III. LA UTILIZACION DEL PRINCIPIO DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL.**

La consagración en el Código General del proceso de la Carga Dinámica de la Prueba, es un gran avance que tendrá amplia aplicación en el procedimiento laboral, dada la realidad procesal de desigualdad que se presenta en este, en el cual con el sistema tradicional en que a cada parte le incumbía probar los supuestos de hecho en que fundaba sus suplicas, se presentaba una gran dificultad para el trabajador en demostrar dichos presupuestos de hecho, pues no contaba con el material probatorio, en razón a que los mismos se encontraban en muchas ocasiones en poder o bajo el control del empleador.

Así, por ejemplo, pasaba con las documentales tales como nóminas, planillas de horas extras y contrato de trabajo, entre otras, en especial este último que es la base de cualquier reclamación laboral, dado que, en la práctica al trabajador, a su firma, nunca se le facilita copia del mismo, aunque legalmente es un contrato bilateral. Y ya en el juicio laboral, el apoderado del empleador mediante maniobras engañosas y de estrategia procesal y en tanto la carga de la prueba del contrato de trabajo estaba en el trabajador, ocultaba dichos documentales, logrando así el propósito de desconocer los derechos laborales. Igual situación se presentaba con la prueba testimonial, que normalmente corresponde a

excompañeros del trabajador reclamante, que, por encontrarse aún bajo la subordinación del empleador, son sometidos a diferentes tipos de presiones y chantajes, para que no declaren o lo hagan de manera parcializada a favor de su empleador.

Entonces esta nueva herramienta consagrada en el CGP y que parte del supuesto de que la prueba no debe ser aportada por quien invoca el fundamento factico, sino por la parte a quien se le facilita su consecución, que conforme lo analizamos normalmente es el empleador, permitirá al administrador de justicia contar con una nueva herramienta jurídico procesal, que garantice la protección efectiva de los derechos laborales del trabajador y por ende, hacer justicia social con uno de los sectores más desfavorecidos de nuestra sociedad.

El profesor Marcel Silva Romero, en su Modulo Sobre integración del Código General del Proceso al proceso del Trabajo y la Seguridad Social, elaborado para la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, al referirse a la trascendencia que tendrá en el ámbito del derecho procesal laboral este principio de la carga dinámica de la prueba, precisa:

“Justo es reconocer la presencia de una serie de innovaciones progresivas en el Código General del Proceso cuya aplicación por analogía o remisión a los procesos del trabajo y la seguridad social lo harán avanzar en la realización de los derechos sociales. Es más aún, algunos avances del CGP colombiano van más adelante que muchas posturas teóricas de los tratadistas ius laboristas de Iberoamérica. La institución sobresaliente dentro de las innovaciones progresistas es la carga dinámica de la prueba que dará un fuerte jalonamiento al derecho probatorio, así haya dejado algunas zonas grises en su redacción. La consagración de la carga dinámica de la prueba es el gran avance del Código General del Proceso que recoge experiencias internacionales y nacionales, pues ya en algunos Tribunales se venía acoplando, en medio de grandes incertidumbres”. (Silva, 2013)

# **1. El acceso efectivo a la administración de justicia y la garantía de una justicia material y no solo formal**

El derecho fundamental al debido proceso, originariamente concebido como la prohibición de sufrir prisión, confiscación o destierro, salvo celebración de un juicio previo, ha venido extendiéndose como una de las mayores garantías contra la arbitrariedad estatal en la formación de las decisiones jurisdiccionales, administrativas y legales. Es actualmente un derecho de participación que confiere a los individuos o grupos contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la posibilidad de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso. El debate procesal representa un valor de interacción humana en la cual la persona afectada experimenta al menos la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente le concierne y la expectativa de recibir una explicación de las razones sobre la decisión que la afecta.

A pesar de su cercanía con el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, es conveniente enfatizar su distinción, por cuanto su origen y desarrollo es diverso, aun cuando en los tiempos que corren estas nociones conviven en las constituciones de los países occidentales. La explicación más plausible para dar cuenta de la relación entre el derecho al acceso a la administración de justicia y el debido proceso es considerar que aquel es presupuesto de este, pues para qué hablar de debido proceso si antes no se garantiza el acceso a las Cortes y Tribunales. Recálquese también que el debido proceso tiene mayor amplitud al aplicarse a todo tipo de procesos administrativos, legales y judiciales (con especial trascendencia en el proceso penal), en tanto el de acceso a la administración de justicia se aplica solo para el proceso judicial. Desde el ámbito constitucional, vemos que el debido proceso se erige en el artículo 29 de la Constitución Política como derecho fundamental, mientras que tímidamente en el artículo 229 ibídem, aparece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, que por vía de interpretación doctrinal y jurisprudencial se erige en genuino derecho fundamental.

Este derecho de acceso a la administración de justicia, tiene dos connotaciones, una de carácter subjetivo, enmarcada como la posibilidad que tiene toda persona nacional o extranjera, física o jurídica, sean privadas o públicas, de ejercer este derecho, es decir el

estado da al individuo la facultad de pedir protección jurídica para amparar sus derechos, que puede comprender, para un mismo hecho generador, la instrucción de diversos procesos, tendientes a asegurar el derecho (acción cautelar o de prevención), a restablecer en procedimiento sumario (interdictos, juicios ejecutivos) o en procedimiento ordinario, lo cual a su vez impone al legislativo crear procesos judiciales idóneos y regular eficazmente los procedimientos que rigen el desenvolvimiento de tales procesos, mientras al poder judicial lo obliga a interpretar y aplicar las normas procesales en forma que la acción y la contradicción transcurran libres de obstáculos no justificados.

Por su parte desde el punto de vista objetivo y en una concepción más amplia y a partir de los criterios tradicionales de clasificación de los derechos fundamentales, por su evolución (derechos civiles, políticos o sociales) y estructura (derechos de defensa, de participación o de prestación), se define como un derecho político que asegura la gestión democrática de un asunto público, como es la justicia, y también es un derecho prestacional, por cuanto faculta a su titular a utilizar una herramienta colectiva o servicio público”, a la vez que se trataría de un derecho de defensa, pues implica un hacer y una obligación de abstención por parte del Estado. En esta concepción se presentan cuatro componentes: El operador jurídico encargado de aplicar este derecho; el sujeto activo, es decir toda persona titular de esta garantía; el Estado preponderantemente, en sus poderes legislativo y judicial; y el contenido prestacional de este derecho que tiene lugar antes, durante y después del proceso. Igualmente, este derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, puede ser entendido en forma restringida como la obligación del Estado de proveer un medio, y en forma más amplia como la garantía de un resultado concreto. Ello equivale a entenderlo en un sentido restringido, cuando se limita a garantizar el acceso al proceso y a los recursos o en sentido amplio, si además de lo anterior comprende el derecho a obtener una decisión judicial de fondo y a que esta sea ejecutada, es decir permitir al que se considera con algún derecho, acudir a un órgano imparcial del Estado, que le atienda, verifique su razón y, si procede, se le haga efectivo.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ha optado por un concepto de acceso efectivo a la administración de justicia en sentido amplio que permite acudir a la administración de justicia para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico, poniendo de relieve que las decisiones que se tomen en ejercicio de éste deber constitucional, deben ser igualmente eficaces, es decir, que las mismas deben contener una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que

generaron su expedición. Lo anterior, a pesar de que la Constitución de 1991 erigió solamente el derecho a acceder al proceso judicial en su artículo 229, siendo el intérprete constitucional el encargado de dotarlo de contenido, hasta el punto de que hoy se concibe como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Toscano, 2013)

Así lo ha reiterado la Corte Constitucional, entre otras en sentencia C – 279 de 2003, en donde expuso:

El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

En virtud de la cláusula general de competencia (Art. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para regular y fijar en forma exclusiva los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos, al igual que deberes y cargas procesales, limitado tan solo por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales. Para establecer si la norma demandada vulnera los derechos a la administración de justicia o si simplemente es un desarrollo de la libertad de configuración del legislador en materia procesal civil, es necesario analizar cuatro criterios, a saber: “i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que la carga vele por la vigencia de los derechos

fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) que la carga permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas; y iv) es necesario que la disposición obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas.

La Corte ha señalado que la legitimidad de las normas procesales está dada en función de su proporcionalidad y razonabilidad “pues sólo la coherencia y equilibrio del engranaje procesal permite la efectiva aplicación del concepto de justicia y, por contera, hace posible el amparo de los intereses en conflicto”. Así las cosas, la violación del debido proceso ocurriría no sólo en el supuesto de la omisión de la respectiva regla procesal o de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el cual fue diseñada, sino especialmente en el evento de que ésta aparezca excesiva y desproporcionada frente al resultado que se pretende obtener con su utilización.

La jurisprudencia ha distinguido de manera clara entre deberes, obligaciones y cargas procesales, así: “Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez, otras a las partes y aun a los terceros, y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido; se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento. Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas. En tanto las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso; las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que

sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables”. No obstante, por el solo hecho de ser pertinente para un proceso no toda carga puede considerarse a priori ajustada a la Constitución, pues las consecuencias derivadas de una carga impuesta por el legislador, no deben ser desproporcionadas o irrazonables. (Sentencia de Constitucionalidad, 2013)

Por su parte sobre el logro de la justicia material y real y no solo formal, como uno de los objetivos fundamentales del derecho del siglo XXI, se expresó el profesor Marcel Silva, en la obra citada en los siguientes términos:

“El gran avance de nuestra centuria es colocar en el centro de las sociedades y de las instituciones a los seres humanos, de carne y hueso, con sus virtudes, cualidades y defectos, no como abstracciones del derecho tales como individuos o ‘personas’ (titular de derechos y obligaciones), con una gama de derechos básicos necesarios para el desarrollo de su humanidad, definidos en tratados internacionales, leyes, principios y costumbres. El derecho a la existencia en condiciones dignas de todos los hombres y las mujeres del mundo es la regla reina de nuestra supervivencia. No puede haber controversia sobre la obligación para el juez laboral de hacer efectivos los derechos fundamentales de quienes acuden su despacho para que se les brinde justicia, pues así se lo exige expresamente el artículo 7 de la ley 1149 de 2007” (Silva, 2013)

Así las cosas, podemos afirmar que le cabe una gran responsabilidad al juez, (aún más tratándose de derechos sociales) de adoptar medidas concretas para asegurar a las partes la efectividad de sus derechos y especialmente en cuanto a la variación judicial de las rígidas reglas de la carga de la prueba en situaciones de dificultad probatoria, esto bajo el imperativo de la prevalencia de los derechos sustanciales sobre las formas, acorde igualmente con nuestro modelo constitucional de estado social de derecho, lo cual evita que perezca el derecho sustancial en manos de la excesiva formalidad.

Pero no recae dicha responsabilidad únicamente en el juez sino también en el legislativo, quien debe propender por la configuración de normas legales que prevean la posible inversión de la carga de la prueba con fundamento en la situación de vulnerabilidad manifiesta de una de las partes, la sujeción de ella respecto de la contraparte u otro



elemento que pueda romper la simetría de las partes en relación con los medios de prueba, esto teniendo en cuenta el paradigma constitucional, del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que aparece como una de las garantías básicas del proceso y que en nuestro medio abre paso a considerar que el derecho a la prueba se erige en garantía de protección de los derechos fundamentales sustanciales, a punto de que el Juez tiene el poder de variar las reglas de la carga de la prueba en procura de la efectividad de los derechos sustanciales.

Es que no debemos olvidar que el objetivo principal de un proceso judicial, independientemente del tipo de proceso, es lograr garantizar el derecho de quien acude al aparato judicial en busca de su protección, con mayor razón se cumple dicho presupuesto en el ámbito de la garantía de derechos sociales de carácter fundamental, de quienes acuden a la jurisdicción del trabajo, pues la mayoría de las veces no solo van involucrados derechos o prerrogativas económicas, sino adicionalmente aquellas que afectan el mínimo vital, por ejemplo derechos pensionales de personas de especial protección constitucional, como son las de la tercera edad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha planteado algunas reglas sobre la carga dinámica en materia de protección de los derechos fundamentales, de los grupos o personas en situación de desventaja, marginalidad o debilidad manifiesta, tales como los niños (Constitución Política Artículo 44), los ancianos, los minusválidos (C.P artículo 47), las minorías étnicas (C.P artículo 7) y los consumidores. De esta forma se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad.

Así por ejemplo lo dijo en un aparte de la Sentencia T – 427 de 1992:

La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (Sentencia de Tutela, 1992)

Sin embargo, dicha regla no es absoluta y no significa que el trabajador nada deba probar, así lo dijo en sentencia T- 1040 de 2001, en donde expuso:

En estos casos, por lo tanto, opera una presunción a favor del trabajador, que, en todo caso, no lo exime de la carga de allegar una prueba sumaria, que le proporcione al juez los suficientes elementos de juicio para concluir que el despido se efectuó por razón de la condición de especial protección. (Sentencia de Tutela, 2001)

Respecto a la población LGBTI, indicó respecto a este tema de la carga de la prueba, en sentencia T – 314 del 4 de mayo de 2011, lo siguiente:

Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger a las personas o colectividades señaladas anteriormente. Es claro que ante la complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, es la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. Aunque lo anterior no riñe con que la persona afectada aporte las pruebas en el evento que pueda hacerlo. Así, el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que, en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo. Es muy importante subrayar que el juez constitucional tiene la obligación de valorar con especial detenimiento el acervo probatorio que obra en el expediente para establecer si la tutela de los derechos es procedente como mecanismo para que la igualdad sea real y efectiva respecto de personas o grupos discriminados. En cumplimiento de tal propósito, al operador judicial le asiste la responsabilidad de dilucidar la existencia o no de la discriminación desplegando las herramientas posibles para ello, por supuesto dentro de supuestos razonablemente posibles y en armonía con el ordenamiento jurídico. (Sentencia de Tutela, 2011)

Podemos concluir en este tema de acceso a la justicia, que la teoría que debemos acoger, es aquella que considera que se garantiza este derecho cuando el juzgador valiéndose de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico pone a su alcance (pruebas, carga dinámica de la prueba, presunciones legales, principios constitucionales, entre otras) logra solucionar el conflicto y más que esto logra garantizar el derecho social al cual se acude en su amparo, en un término razonable.

## **2. Las herramientas probatorias y los poderes del juez como director del proceso**

Al respecto podemos indicar, que es la autoridad judicial, quien conforme a las facultades que tiene como director del proceso, el que, en cada caso particular, debe cambiar o invertir las reglas tradicionales de la carga de la prueba y conforme al deber procesal que les incumbe a las partes de colaborar con la administración de justicia, exigirle a esta a quien le quede más fácil su obtención, que allegue el material probatorio para decidir en forma real y material el conflicto.

Es que, en este aspecto, acorde con los postulados establecidos entre otros en el artículo 53 de la Constitución Política, la interpretación de la ley que se debe preferir es aquella que efectivice los derechos sociales, procurando desechar aquellas comprensiones que nieguen tales efectos. Este principio de la carga dinámica de la prueba no puede ser entendido e interpretado sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y que establece que: El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite, pues en tal condición debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite, permitiéndole igualmente que en dicha condición tome todas las medidas necesarias para garantizar que el proceso más que formal, se convierta en un medio real y efectivo de garantizar los derechos reclamados, es decir buscando bajo la primacía de la realidad sobre las formas establecer la verdad real de lo acontecido en el asunto sometido a su estudio, más que la verdad formal o procesal.

Es bueno tener en cuenta que esta facultad que tiene el operador jurídico como director del proceso de garantizar los derechos a las partes y en especial a la parte más débil, es decir el trabajador, no es facultativa, sino que es un deber que como operador judicial le impone la ley, pudiendo incluso acudir a la facultad oficiosa para el decreto de pruebas consagrada en el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo, para garantizar el cometido último que tiene todo procedimiento judicial, como es resolver el conflicto y hacer efectivo el goce del derecho reclamado si a él se tiene derecho.

Esta problemática fue expuesta por el profesor Juan Guillermo Herrera Gaviria, en el año 2012 en la ciudad de Cúcuta, en el Congreso Internacional de Derecho Procesal, en su ponencia sobre el derecho laboral y los derechos fundamentales, en estos términos:

“De ello debe resultar la solución a un problema del que nos hemos dolido social y judicialmente y es que el juez laboral (hoy director del proceso) es constitucional y juez laboral, las dos cosas al tiempo, y hoy la herramienta legal le permite hacer la simbiosis de ambas funciones, que de hecho no excluyentes sino complementarias, pues lo que se determina explícito del análisis sumario de la 1149, es que hay en ella un propio concepto de debido proceso que está retomado en la modificación a la prescripción frente al Juez director de proceso de revisar siempre el asunto constitucional, pues la norma está retomando como procesal lo que está constitucionalizado, lo cual genera una doble protección, una doble barrera contra el concepto de formalismo y contra el concepto violatorio de ese debido proceso, que en este caso es proteccionista y garantista. Para concluir, es menester entonces afirmar que el concepto de fundamentalidad constitucional debe impregnar el actuar judicial y por ende el proceso laboral y de la seguridad social debe propender por desarrollar los derechos fundamentales, el debido proceso y los derechos sustanciales de las partes que se consideran débiles en la relación sustancial y procesal y por ende ir en búsqueda de la armonía laboral y la paz social.” (Herrera, 2012)

Dice la Corte Constitucional, que el legislador optó por dotar al juez de amplísimos poderes como director del proceso y complementariamente estatuir la figura de la contumacia con un triple efecto: (i) evitar la paralización del proceso en unos casos, (ii) proceder al archivo del proceso en otros, (iii) continuar con el trámite de la demanda principal; y (iv) asegurar

que la protección de los derechos de los trabajadores no se postergue indefinidamente por la falta de actuación del empleador demandado. Y esto es así porque el legislador se encuentra investido de amplias facultades para configurar los procedimientos judiciales, siempre y cuando al hacerlo respete los principios y valores constitucionales y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia de Constitucionalidad, 2010)

Como conclusión de este capítulo, debemos indicar que el juez laboral como director del proceso, debe cumplir un rol más activo y de compromiso con el logro de justicia material, que los demás jueces, debiendo tomar todas las medidas que estén a su alcance para tramitar el proceso, en forma tal que garantice, la protección de derechos fundamentales, que logre una efectiva y real administración de justicia y que desarrolle los principios de economía y celeridad procesal, entre otros.

### **3. Casos prácticos de utilización del principio de la carga dinámica de la prueba**

Sobre la carga probatoria que corresponde a diferentes eventos que se ventilan ante la jurisdicción laboral, expresa el Dr. Jorge Enrique Botero Zuluaga lo siguiente:

“En materia laboral existen eventos en donde o bien la misma ley nos indica a cuál de las partes corresponde probar determinado supuesto de hecho o la carga de la prueba se encuentra repartida entre ambas partes. Es así como el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que es el empleador quien debe demostrar el capital de la empresa, cuando alega que en razón de ello no está obligado a pagar una prestación en su integridad, en casación debe presumirse que la sentencia está ajustada a derecho y estrictamente ceñida a los hechos que el fallador tiene por establecidos, por lo que con insistencia, la Corte ha dicho que es una carga que debe cumplir quien pretende la nulidad de un fallo, destruir todos sus soportes, so pena de que su intento resulte vano; se presume por regla general que quienes prestan sus servicios a una empresa industrial y comercial del Estado, tienen la condición de trabajadores oficiales y por tanto recae en quien invoca un status jurídico distinto, la carga probatoria de desvirtuar esa presunción legal mediante los estatutos de la entidad que precisan las actividades o los cargos de dirección o

confianza susceptibles de ser desempeñados por empleados públicos, que es la excepción contenida en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968; si la compañera permanente afirma en un juicio, como presupuesto de su pretensión, que tuvo esa condición respecto del pensionado con quien dice haber hecho vida marital hasta la fecha del fallecimiento del causante, y solo ella acude a reclamar o a demandar judicialmente la sustitución de la pensión, ni el obligado a pagarla ni el juez pueden exigirle que acredite un hecho que no le corresponde demostrar y que incluso puede ignorar totalmente, pues sería tanto como decir que el titular de un derecho debe probar, además de su existencia, que no se ha producido su extinción o modificación, o que no ha ocurrido algún hecho impeditivo de su nacimiento; probado el despido por el trabajador, es al empleador a quien incumbe la carga de la prueba de su justificación, quien invoca una fuerza mayor que le impide cumplir la obligación demandada a la que está obligado tiene la carga de probar tal hecho. (Botero, 2013)

En este aspecto de la aplicación práctica del principio de la carga dinámica de la prueba, debemos indicar que está íntimamente relacionado con el principio de la inversión de la carga de la prueba, sin embargo, no deben confundirse estos dos conceptos, pues lo que ocurre es que el juez en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, puede variar las cargas probatorias que jurisprudencial o legalmente se han establecido frente a determinados asuntos a cada una de las partes, disponiendo en un caso particular que sea la otra parte la que deba demostrar determinado hecho, por la facilidad en la consecución de la prueba, logrando así materializar la justicia, pues se logra establecer la verdad real y no solo formal que en muchas ocasiones se presentaba, por la imposibilidad probatoria de algunas de las partes.

Así las cosas y frente a cada uno de los tres temas que se desarrollan en este capítulo tales como la indemnización plena de perjuicios por accidente laboral y enfermedad profesional, el contrato realidad y la terminación unilateral del contrato de trabajo, referenciamos tres casos en los cuales se considera por este investigador que los jueces laborales de circuito, los Magistrados de Tribunal Superior y de la Corte Suprema de justicia, pueden haber dado aplicación práctica al principio de la carga dinámica de la prueba, precisando eso sí que dicha aplicación se dio bajo un contexto y un fundamento distinto, pues como ya se analizó, es solo a partir de la expedición del Código General del Proceso, que se consagra expresamente en nuestra legislación el principio de la carga dinámica de la prueba.

### **3.1 En la indemnización plena de perjuicios por accidente laboral y enfermedad profesional**

En relación con la carga probatoria en casos de accidentes de trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, una vez el trabajador indique que la causa eficiente del accidente de trabajo se da con ocasión de la falta de previsión por parte del encargado de prevenir el riesgo, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica se configura en cabeza del empleador, de conformidad con el artículo 216 del C.S.T, en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual. De esta forma sí el trabajador afectado alega la responsabilidad de la empresa, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, a la empresa se le impone el deber de probar que cumplió de manera satisfactoria con la obligación de evitar el riesgo en la ejecución laboral. (Peña, 2008)

Al respecto expondremos algunos casos en los cuales los jueces del trabajo ya sea de manera individual o como colegiado, han aplicado la carga dinámica de la prueba en un tema de culpa patronal:

1. **Referencia:** Sentencia de 10 de marzo de 2005, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, con ponencia de los Dres. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López, dentro del Expediente No 23656, seguido por **Martha Luz Ballesteros Galván y Francia Elena Valencia Avería** contra **Central Tumaco S.A.**

**Hechos:** Las demandantes reclamaban en nombre propio y en representación de sus menores hijos el pago de los perjuicios económicos por lucro cesante y daño emergente, al igual que los perjuicios morales, ocasionados por la muerte de su compañero permanente, Luis Daniel Obando Ospina, quien murió al servicio de la demandada cuando se encontraba montando un disco de corte en una cosechadora de caña y el mecánico lubricador, avisó al encargado de operar el equipo que podía encender la máquina, sin advertir las riesgosas condiciones en que se encontraba el causante.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular la Corte, no obstante que la jurisprudencia a establecido que la carga de la prueba en cuanto a demostrar suficientemente la culpa del empleador está en cabeza del trabajador, consideró

que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil y el sentido común, le quedaba muy difícil probatoriamente al trabajador disponer de los medios de prueba para comprobar esta, por lo tanto traslado la carga probatoria de desvirtuar dicha culpa afirmada por el trabajador, al empleador dado que este tenía más facilidad para acceder a los medios probatorios, esto igualmente en aplicación del principio del derecho laboral de la protección de la parte más débil de la relación laboral, aquí representada por sus cónyuges. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2005)

2. **Referencia:** Sentencia de 19 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, con ponencia de la Dra. Carmen Elisa Gneco Mendoza, dentro del Expediente No 814 de 2011, seguido por **Maribel Larrota Parra** contra **CI Colombia Carnations Ltda.**

**Hechos:** Solicitaba la demandante el pago de la indemnización plena de perjuicios por parte del empleador, en razón de la enfermedad profesional de maguito rotador que adquirió en desarrollo de su trabajo y que atribuía a la falta de entrega por parte del empleador de los elementos de protección y la realización de una labor constante de cerca de quince años de corte de flores a una altura que superaba su alcance.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular el Tribunal, no obstante que la jurisprudencia a establecido que la carga de la prueba en cuanto a demostrar que brindo todas las medida de protección y de entrega de la dotación al trabajador recae en el empleador, dada la situación particular del caso, en que era la propia demandante la encargada de manejar el registro de entrega de estos elementos de protección a los trabajadores de la empresa y no aparecer los mismos en los registros de la empresa, le impuso la carga de la prueba de allegar los mismos, conforme copia de dichos registros de entrega que ella guardaba en sus archivos personales y que le facilitaba su consecución. Esto en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y en aras de establecer la verdad real.

3. **Referencia:** Sentencia de 28 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Catorce Laboral de Descongestión de Bogotá, Juez Cesar Ernesto Humbarila Rojas, dentro del Expediente No 2009-432, seguido por **William Fernando Arias González** contra **William Roberto Ospina y Amarilo S.A.**



**Hechos:** El demandante reclamaba el pago de la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal, con ocasión del accidente de trabajo sufrido, al caerse por deterioro y oxidación del cable de sostenimiento, el andamio donde estaba trabajando junto con otros cuatro compañeros, de los cuales fallecieron dos y tres quedaron heridos, entre estos él, que sufrió una pérdida de más del 50% de la capacidad laboral del brazo derecho, con lo cual considera se le dificultara conseguir trabajo y por ende su sostenimiento, pues es diestro y el único trabajo que sabe hacer es el de la construcción que desarrollaba con este brazo derecho.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular el juez, no obstante que la jurisprudencia ha establecido que la carga de la prueba en cuanto a demostrar suficientemente la culpa del empleador está en cabeza del trabajador, considero que ante la dificultad del accionante para lograr la comparecencia al proceso de los testigos con los cuales pretendía demostrar la culpa patronal, pues algunos seguían aun vinculados al empleador y se negaban a rendir su declaración por miedo a perder su empleo, otros se desconocía su paradero y otros habían fallecido, traslado la carga probatoria de desvirtuar dicha culpa afirmada por el trabajador al empleador, disponiendo que fuera este conforme las hojas de vida y direcciones con las que contaba, el que lograra la comparecencia de los testigos directos del accidente sufrido por el actor. Esto en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en aras de establecer la verdad real y de la protección de la parte más débil de la relación laboral.

### **3.2 En el contrato de realidad**

Indican los Doctores Oscar Andres Blanco Rivera y Maria Lucia Barrera Tavera, luego de analizar varias jurisprudencias de la Corte que “Lo anterior significa que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar esta presunción con la que quedo beneficiado el servidor. (Blanco & Barrera, 2013)

En términos muy similares el Dr. German Isaza Cadavid, así se refiere a este tema de la carga de la prueba en el contrato realidad: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo (...) Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal de

que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado dependiente y remunerado. En consecuencia, la presunción legal referida no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. En conclusión, la presunción aquí consagrada es simplemente legal y puede ser desvirtuado con la demostración del hecho contrario al presumido, ósea que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral, pues quien lo ejecutó no lo hizo con el ánimo de que le fuera retribuido, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación. (Isaza, 2009)

Conforme lo anteriormente reseñado, desde el punto de vista jurisprudencial y legal, la carga de la prueba, en cuanto a desvirtuar la presunción de la relación laboral una vez demostrada la prestación personal del servicio, estaría en cabeza del empleador, sin embargo como lo analizaremos a continuación, en algunas ocasiones los jueces en virtud de la carga dinámica de la prueba y por facilitársele la consecución de la pruebas, no trasladan esta carga probatoria al empleador sino que le imponen al trabajador la carga probatoria de demostrar los otros dos elementos del contrato de trabajo como lo es la subordinación y la remuneración. Es decir, bajo las reglas probatorias tradicionales, el trabajador demuestra la prestación personal del servicio y se presume la subordinación y la remuneración, siendo de carga del empleador desvirtuar estos dos últimos elementos configurativos de un contrato de trabajo, sin embargo, excepcionalmente también se puede imponer por el juez al trabajador, por su facilidad en la consecución de las pruebas, el deber de demostrar también estos dos elementos adicionales.

1. **Referencia:** Sentencia SL16404 de 5 de noviembre de 2014, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, con ponencia del Dr. Gustavo Hernando López Algarra, dentro del Expediente No 43090, seguido por **Hernando Rodríguez Herrera** contra **Banco Central Hipotecario en liquidación y EST Servicios Profesionales Ltda.**

**Hechos:** El señor Jorge Hernando Rodríguez Herrera demandó a la sociedad Servicios Profesionales Ltda y al Banco Central Hipotecario en Liquidación, para que en virtud del principio de la primacía de la realidad se declarara la existencia de un contrato laboral con

la demandada Servicios Profesionales Ltda. a partir del 28 de febrero de 2000 y con el Banco Central Hipotecario a partir del 23 de marzo de 2000, en que fue nombrado por su Junta Directiva como su Vicepresidente Jurídico –Secretario General, ordenándose pagar a las demandadas la diferencia salarial entre lo por el percibido de \$4.680.975, y el que percibían los niveles o categorías correspondientes a Vicepresidentes del Banco, con representación legal, correspondiente a un valor de \$10.800.000, pagando las mismas con los correspondientes intereses moratorios y la indexación desde su exigibilidad y hasta su pago efectivo.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular la Corte, no obstante que la jurisprudencia a establecido que la carga de la prueba en cuanto a demostrar el trato discriminatorio que recibió respecto a otros trabajadores recae en el trabajador demandante, teniendo en cuenta que el empleador se encuentra en una situación más favorable para aportar las pruebas que permitan desvirtuar este trato discriminatorio alegado por el actor, considero que frente a la afirmación del actor de haber recibido este trato discriminatorio la carga de la prueba en cuanto a demostrar que no fue así, le corresponde al empleador dada su mayor facilidad para obtener o acreditar las pruebas que así lo desvirtúen, esto igualmente en aplicación del principio del derecho laboral de la protección de la parte más débil de la relación laboral, aquí representada por el actor. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2014)

2. **Referencia:** Sentencia de 14 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral con ponencia de la Dra. Lucy Stella Vásquez Sarmiento, dentro del Expediente No 622 - 2013, seguido por **Edwin Ruiz Trejos** contra **Agrícola el Encanto**

**Hechos:** El demandante persona de 24 años prestaba sus servicios a la demandada desempeñando labores de oficios varios propios de la siembra y cultivo de palma. En desarrollo de su labor al ser enviado por su empleador a recoger un material agrícola a otra finca de su propiedad y dado el estado de la vía rural, se cayó al ir sentado en la llanta del tractor, pasándole por encima de su cuerpo el equipo agrícola que jalaba el tractor, dejándole cuadripléjico, con una pérdida de capacidad laboral superior al 80%. El empleador niega la relación laboral, no le paga ningún tipo de acreencia laboral, ni lo tenía afiliado a la seguridad social, por considerar que es un jornalero ocasional, no regido por un contrato de trabajo. El demandante solicita se declare la existencia de la relación laboral, el pago de acreencias laborales, la pensión de invalidez a cargo del empleador y

el pago de los perjuicios morales y materiales causados con ocasión del accidente de trabajo.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular se aplica este principio, respecto a una documental correspondiente a un acta de transacción celebrada entre las partes y que alegaba la demandada tenía efectos de cosa juzgada y la liberaba de cualquier responsabilidad, frente a la cual conforme el principio tradicional de la carga de la prueba estaba en la obligación de allegar al plenario el empleador. Sin embargo, por una situación de fuerza mayor no le fue posible allegarla, disponiendo entonces el Tribunal, invertir la carga de la prueba y requerir al actor para que la allegará pues se le facilitaba a él su consecución. Una vez allegado el documento y según lo allí plasmado sirvió al tribunal como un indicio grave para demostrar la existencia de la relación laboral e igualmente consideró que el acuerdo allí plasmado desconocía el principio de irrenunciabilidad a derechos mínimos, pues tranzaba derechos ciertos e indiscutibles del trabajador e igualmente con esta inversión de la carga de la prueba se realizaba el principio de primacía de la realidad sobre las formas y lograba establecer la verdad real.

3. **Referencia:** Sentencia de 28 de agosto de 2014, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, Juez Ariel Arias Nuñez, dentro del Expediente No 384 - 2013, seguido por **Darío Ramírez Echeverry** contra **Instituto de los Seguros Sociales en Liquidación**.

**Hechos:** El demandante quien prestó sus servicios al demandado, como contratista de prestación de servicios, reclama en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se declare un contrato de trabajo entre él y el instituto demandado, condenándole al pago de todas sus acreencias laborales, tanto legales como convencionales, el reintegro de los aportes a la seguridad social que tuvo que hacer de su propio peculio, la indemnización por despido unilateral y la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y salarios al momento de la terminación de la relación laboral.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular el Juez, no obstante que se ha establecido jurisprudencialmente que la carga de la prueba en cuanto a la demostración de los extremos laborales y el salario, está en cabeza del trabajador, en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba y como al demandante nunca le

hicieron entrega de copia de los contratos de prestación de servicios que suscribió con el Instituto, con los cuales se demostraban estos elementos y los mismos eran de más fácil consecución para la demandada, traslado la carga de la prueba y a esta y la requirió para que allegara los mismos, esto en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y en aras de establecer la verdad real y no solo formal.

### **3.3 En la terminación unilateral del Contrato**

Se ha establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en materia de terminación del contrato de trabajo la carga de la prueba está en quien alega la justa causa, el demostrar esta justa causa, así por ejemplo si es el trabajador el que pone fin a la relación laboral por una justa causa imputable al empleador en lo que se conoce doctrinalmente como despido indirecto, debe demostrar esta justa causa u omisión en sus deberes en que incurrió el empleador y que lo lleva a la determinación de poner fin a la relación laboral. Y si es el empleador quien alega esta justa causa imputable al trabajador y que invoca como fundamento para poner fin a la relación laboral, en lo que se conoce como despido directo, es su deber procesal demostrar dicha justa causa endilgada al trabajador.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia así por ejemplo en sentencia del 22 de octubre de 2014 indico:

En la terminación del contrato de trabajo por justa causa corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2014)

No obstante lo anterior y como lo analizaremos en los casos que se exponen a continuación, el juez en ejercicio de su condición de director del proceso y dada las circunstancias particulares del caso, pueda invertir la carga de la prueba y disponer que en un caso de despido indirecto, sea el empleador el que deba acreditar las pruebas que demuestran la justa causa invocada por el trabajador para poner fin a la relación laboral, esto ya sea porque él tenga la prueba que así lo acredita o se le facilite su consecución, así por ejemplo si la causal alegada es falta de pago o pago en forma incompleta de salarios y prestaciones sociales, quien más que el empleador con los comprobantes de pago de estos, es el que tiene la facilidad de acreditar el pago.

1. **Referencia:** Sentencia de 28 de julio de 2009, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas, dentro del Expediente No 35428, seguido por **Adolfo León Reyes Corrales** contra **Arango V y Cía. SCA Asociados**

**Hechos:** El demandante solicitaba, entre otras pretensiones, que fuera condenada la demandada al reconocimiento debidamente indexado de la indemnización por terminación unilateral del contrato, frente a lo cual esta manifiesta que el mismo terminó por el cumplimiento del plazo pactado y con el preaviso respectivo.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular la Corte indica que el trabajador cumplió con su carga probatoria en demostrar el salario suplementario y que de acuerdo con el principio de la carga dinámica de la prueba aplicado al procedimiento laboral la demandada estaba obligada a probar o a desvirtuar el valor de la “bonificación” acreditada por el actor con los medios probatorios a su alcance, por cuanto es ésta quien realmente sabía cuánto había facturado a sus clientes por la máquina operada por parte del trabajador. Nadie más que la demandada, tenía el conocimiento de dichos hechos, por lo que no se justifica que se excuse en su propia omisión para buscar exonerarse de las pretensiones de la demanda, máxime cuando: a) Estos pagos o valores no se registraban en la nómina de pagos, ni en la liquidación final de prestaciones sociales, como se constata en los documentos aportados al proceso; y b) En la contestación de la demanda no se negó el pago de los mismos, sino su naturaleza salarial. Esto en aplicación del principio del derecho laboral de la protección de la parte más débil de la relación laboral y de la primacía de la realidad sobre las formas. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2009)

2. **Referencia:** Sentencia de 22 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Superior - Sala Laboral, con ponencia del Dr. Luis Agustín Vega Carvajal, dentro del Expediente No 596 – 2013, seguido por **Colfondos** contra **Omar Alexander Sánchez**

**Hechos: Mediante** esta acción especial de fuero sindical permiso para despedir, la demandante alegaba que el demandado había incurrido en unas presuntas faltas de respeto en contra de sus superiores, lo cual configuraba una justa causa de despido y por ende la autorización por parte del juez del levantamiento del fuero sindical

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular el Tribunal, no obstante que la jurisprudencia a establecido que la carga de la prueba en cuanto a demostrar la justa causa invocada esta en cabeza de quien la invoca en este caso el empleador, dispuso que fuera el trabajador el que aportara los avisos o pasquines que había publicado en las carteleras de la empresa para acusar públicamente y desprestigiar a su jefe inmediata, como acosadora, esto en la medida que le quedaba más fácil su obtención, pues era el que los había elaborado y unos vez supo de una queja en su contra por este asunto, los retiro. Esto en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y establecer la verdad real.

3. **Referencia:** Sentencia de 24 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, Juez Ariel Arias Nuñez, dentro del Expediente No 689 - 2015, seguido por **Maria Olga Rodríguez Gil** contra **Teucali Flowers S.A en Liquidación**.

**Hechos:** La demandante reclamaba el pago de la indemnización por despido indirecto, en razón que dio por terminado el contrato de trabajo con el empleador, dado su constante retardo en el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

**Aplicación de la carga dinámica de la prueba:** En este caso particular el juez, no obstante que la jurisprudencia a establecido que la carga de la prueba en cuanto a demostrar el despido en razón de causas imputables al empleador, está en cabeza del trabajador, en razón que el trabajador había perdido esta carta de retiro motivado, dispuso que fuera el empleador que la allegara, pues le quedaba más fácil a él su obtención, en los archivos de la empresa, esto en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y protección de la parte más débil de la relación.

## IV. Conclusiones

1. En el ámbito internacional, la carga dinámica de la prueba es una teoría probatoria que surge del conocimiento por parte del derecho argentino de causas relacionadas con la responsabilidad médica, en la cual se consideró necesario, contrario a la costumbre que determina que quien afirma un hecho esta en el deber de probarlo, trasladar la carga de la prueba al médico demandado, quien dado sus conocimientos técnicos, que no tenía el paciente demandante, debía demostrar que su actuar se ciñó a los procedimientos médicos establecidos científicamente.
2. En cuanto al derecho nacional, surge con la aplicación que de dicho principio hace el Consejo de Estado, en diferentes providencias que igualmente resolvieron casos de responsabilidad médica y en las cuales, aunque inicialmente traslado la carga de la prueba al médico en todos los casos, luego modifico y estableció que estaría a cargo de quien tuviera más facilidad en su consecución. Luego tuvo desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia tanto en su sala laboral, como en su sala civil, sin embargo, fue ya la Corte Constitucional, la que, a través de sus diferentes providencias tanto de orden constitucional como por vía de tutela, ha desarrollado ya en una forma más amplia y profunda esta figura.
3. En materia de carga de la prueba, la regla general es que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, esto es, los hechos que sustentan sus pretensiones y los hechos que acreditan sus excepciones según sea el caso, sin embargo de manera excepcional y según las particularidades del caso, en desarrollo de la carga dinámica de la prueba se podrá por parte del juez en forma oficiosa o a petición de parte, ya sea al decretar la prueba, durante la práctica de la misma o en cualquier momento antes de fallar, distribuir la carga de la prueba de manera diferente, asignándola a aquella parte que esté en mejores condiciones de acreditar la ocurrencia o no de determinado hecho, por la facilidad que pueda tener frente al acceso a la prueba, ya sea porque se encuentre en cercanía con el material probatorio, el que tenga 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 el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares

4. La diferencia entre reglas, valores y principios, parte de la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento, por su parte los principios serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa. El principio es derecho y el valor es filosofía. Por su parte las reglas son normas que se aplican en la forma de “todo o nada”, mientras los principios son normas que se aplican, en mayor o menor grado, según el resultado de la ponderación construida por el intérprete. Las reglas son aplicables a manera de disyuntivas, mientras que los principios son más bien razones para decidir. Los principios y las reglas siempre se deben conectar entre si y, en caso de contradicción, el intérprete debe hacer prevalecer los principios sobre las reglas, a fin de garantizar el funcionamiento del derecho como un sistema coherente.

5. Respecto a los tres principios analizados en el presente trabajo, debemos decir que el de la protección de la parte más débil de la relación laboral, se ha entendido bajo la preceptiva de una protección especial al trabajador, frente al poder económico y social del empleador y como una medida de lograr en cierta manera compensar o igualar, esta desigualdad evidente, que existe entre los sujetos de las relaciones laborales, brindándole a esta parte débil herramientas jurídicas y procesales para suplirla, tales como otorgarle una estabilidad relativa frente a situaciones especiales, estableciendo unas presunciones de orden legal y unas cargas probatorias determinadas. En lo que tiene que ver con la carga dinámica de la prueba, debe el operador judicial conforme la facultad de director del proceso que le otorga el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo, ya sea de oficio o a petición de parte, tomar las medidas correspondientes en materia probatoria para contrarrestar esta desigualdad en la consecución de las mismas.

En cuanto al de la primacía de la realidad sobre las formas se enmarca dentro de la perspectiva de lograr una justicia real y material y no solamente formal, permitiendo al operador judicial con base a las pruebas aportadas al proceso y si es el caso con la

utilización de la carga dinámica de la prueba desentrañar la verdadera naturaleza de la relación contractual del trabajador y garantizar los derechos que a este corresponden.

Por último respecto al de irrenunciabilidad de derechos mínimos, debemos decir que, al establecerse una desigualdad entre los sujetos de la relación laboral, no puede la parte más débil disponer en forma voluntaria de algunos derechos ciertos e indiscutibles que el legislador les ha brindado una especial protección, por el carácter de orden público del derecho laboral. En lo que respecta a la carga dinámica de la prueba y en general de la valoración de la misma, debe el juez determinar si en las mismas se evidencia, una renuncia a estos derechos mínimos, que hagan inválida dicha prueba.

**6.** Teniendo en cuenta los ya citados principios del derecho laboral de desigualdad de la partes, primacía de la realidad sobre la forma y de irrenunciabilidad a los derechos mínimos y los cuales no se oponen al principio de la carga dinámica de la prueba, debe el operador judicial como juez director del proceso, en garantía del acceso efectivo a la administración de justicia y en desarrollo de dichos principios, utilizar todas las herramientas que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, tales como pruebas, carga de la prueba, presunciones legales, principios constitucionales, entre otras para lograr solucionar el conflicto y más que esto lograr garantizar el derecho social al cual se acude en su amparo, en un término razonable.

**7.** En virtud de la herramienta probatoria de la carga dinámica de la prueba y en aras de lograr justicia material, puede el operador judicial, invertir la carga de la prueba que tradicionalmente se ha establecido en casos de culpa patronal, contrato realidad, terminación unilateral del contrato, de tal forma que se logre establecer la verdad real y no solo formal, así como se logró establecer con los casos referenciados y conforme lo ha venido haciendo, tanto la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores, como los jueces de la república todos de la jurisdicción laboral, quienes no obstante que para el momento de la promulgación de las providencias aún no se hallaba vigente el artículo 167 del C.G.P, que la consagro expresamente, en aplicación de principios constituciones y legales lograron aplicarla y seguramente lo van a seguir haciendo aún más con la consagración legal en forma expresa de la carga dinámica de la prueba, en la norma citada

**8.** Queda como labor complementaria al presente trabajo de investigación llevar este análisis a otros tópicos o principios del derecho laboral y actualizarlo con las nuevas decisiones jurisprudenciales que se proferirán ya en vigencia del Código General del proceso y que seguramente ampliarán y profundizarán en la utilización de dicha herramienta probatoria, en aras de ir mejorando y perfeccionando nuestro aparato judicial, de tal forma que permita una pronta y real justicia

# BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. H. (2014). La Carga Probatoria Dinamica y su Fuerza Expansiva - Ponencia presentada al Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Impósturas Intelectuales*, 233-263. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Alexi, R. (10 de 2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (C. B. Pulido, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Barberio, S. J. (2009). Principios y Reglas Técnicas del Proceso en el Anteproyecto del Código Procesal Chileno. *Entheos, Unico*.
- Barona, B. R. (2010). Principios del Derecho Laboral en el Sistema Jurídico Colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 252-264.
- Bermudez, M. M. (1995). El Futuro de la Carga de la Prueba en Materia de Responsabilidad. (C. M. Rosario, Ed.) *Temas Jurídicos*(11), 16-38.
- Blanco, R. O., & Barrera, T. M. (2013). Contrato Individual de Trabajo Definición y Normas Generales. En P. C. Alvarez, *Compendio Teórico Práctico del Derecho del Trabajo* (págs. 44-48). Bogotá: Colegio de Abogados del Trabajo - Legis Información & Soluciones.
- Botero, Z. J. (2013). *Guía Teórica Práctica del Derecho Procesal del Trabajo y la Seguridad Social*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Carnelutti, F. (1995). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Arayu.
- Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal*. Madrid: Revisat de Derecho Privado.
- Devis, E. H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.
- Devis, E. H. (2007). *Compendio de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Escobar, E. F. (1991). Los Principios del Derecho Laboral en la Nueva Constitución Nacional. *Actualidad Laboral*, 18.
- Herrera, G. J. (09 de 2012). El Proceso Laboral y los Derechos Fundamentales. En V. Autores, *Derecho Procesal Laboral* (pág. 795 a 802). Cucuta. Recuperado el 06 de 10 de 2015, de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/33juan-guillermo-herrera-g.pdf>
- Isaza, C. G. (2009). *Derecho Laboral Aplicado*. Bogotá: Leyer.

- Martinez, S. M. (2007). *Manual de Derecho Constitucional Parte General*. Valencia - España: TIRANT LO BLANCH.
- Micheli, G. A. (1961). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Juridicas Europa - America.
- Parra, Q. J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio* (Decima Octava ed.). Bogota: Libreria Ediciones del Profesional Ltda.
- Peña, A. J. (2008). *Prueba Judicial Analisis y Valoracion*. Bogota: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Perez, R. J. (2011). La Carga Dinamica de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa. *Estudios de Derecho*, LXVIII(152).
- Peyrano, J. W. (2004). *Cargas Probatorias Dinamicas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Rojas, R. A. (2013). *La Carga Dinamica de la Prueba en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Recuperado el 06 de 10 de 2015, de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf>
- Rosenberg, L. (2012). *La Carga de la Prueba*. Montevideo: B de F.
- Ruiz, J. L., & Garcia, A. O. (21 de 10 de 2010). *La Relacion de Causalidad en la valoracion de la Prueba en la Responsabilidad Medica, Estudio de la Jurisprudencia del Consejo de Estado*. Recuperado el 06 de 10 de 2015, de <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>
- Sarthou, H. (2008). Las Facultades Judiciales Inquisitivas en el Proceso Laboral Uruguayo. *Derecho Laboral* , 113.
- Sentencia Consejo de Estado, 14170 (Consejo de Estado - Seccion Tercera 24 de Febrero de 2005).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, 8291 (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral 22 de agosto de 1996).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, 23656 (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral 10 de 03 de 2005).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, 34404 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Laboral 05 de 05 de 2009).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, 35428 (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral 28 de 07 de 2009).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, SL16404-2014 Radicacion 43090 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Laboral 05 de 11 de 2014).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, SL 14618 de 2014 (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral 22 de 10 de 2014).

Sentencia de Constitucionalidad, C- 665 de 1998 (Corte Constitucional 12 de 11 de 1998).

Sentencia de Constitucionalidad, C- 868 de 2010 (Corte Constitucional 3 de 11 de 2010).

Sentencia de Constitucionalidad, C-070 de 2010 (Corte Constitucional 10 de 02 de 2010).

Sentencia de Constitucionalidad, C- 279 de 2013 (Corte Constitucional 15 de 05 de 2013).

Sentencia de Constitucionalidad, C-086 de 2016 (Corte Constitucional 24 de 02 de 2016).

Sentencia de Tutela , T-018 de 2016 (Corte Constitucional 29 de 01 de 2016).

Sentencia de Tutela, T - 427 de 1992 (Corte Constitucional 24 de 06 de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-427-92.htm>

Sentencia de Tutela, T - 462 de 1992 (Corte Constitucional 13 de julio de 1992).

Sentencia de Tutela, T-149 de 1995 (Corte Constitucional 4 de abril de 1995).

Sentencia de Tutela, T - 1040 DE 2001 (Corte Constitucional 27 de 09 de 2001).

Sentencia de Tutela, T-314 de 2011 (Corte Constitucional 4 de 05 de 2011).

Sentencia de Tutela, T-174 (Corte Constitucional 1 de 04 de 2013).

Sentencia de Tutela, T - 832A de 2013 (Corte Constitucional 14 de 11 de 2013).

Silva, R. M. (2013). *Modulo Sobre Integracion del Codigo General del Proceso al Proceso del Trabajo y la Seguridad Social*. Bogota: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Tamayo, J. J. (1993). *Responsabilidad Civil Medica en los Servicios de Salud*. Medellin: Biblioteca Juridica Dike.

Toscano, L. F. (2013). Aproximación conceptual al acceso efectivo a la administración de justicia a partir de la teoría de la acción procesal. *De Derecho Privado Universidad Externado*(24).