

El principio de la estabilidad laboral especial reforzada y la regla de la movilidad de la carga de la prueba en los casos de despido intempestivo por discriminación

Pedro Andrés Ulloa Quizhpi

Resumen

La naturaleza de la relación jurídica que existe entre empleador y trabajador, *per se*, es asimétrica, ya que contiene una parte débil, que es el trabajador, debido a su posición como subordinado. No obstante, si el trabajador se encuentra en una posición de vulnerabilidad como, por ejemplo, una persona embazada, discapacitada o que sufre enfermedades catastróficas, la Ley ha dotado al trabajador de la garantía de estabilidad laboral especial, otorgándole mayores indemnizaciones ante la ocurrencia de un despido intempestivo. A pesar de lo dicho, la Corte Constitucional del Ecuador ha previsto que estos grupos de personas en estado de vulnerabilidad, generalmente, son víctimas de discriminación, pues su condición, *per se*, los enmarca en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, siendo proclives a ser víctimas de discriminación. Por lo expuesto, ha creado la figura de la estabilidad laboral especial reforzada para que, con aplicación en conjunto con el principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba, sea el empleador quien debe probar con criterios lógicos, válidos y objetivos que el despido no fue con ocasión o motivo de una actuación discriminatoria; caso contrario se presumirá que sí, invirtiendo así la carga de la prueba en contra del empleador. Este estudio está enfocado a analizar la pertinencia de aplicar los precedentes constitucionales sobre la Movilidad de la Carga de la Prueba a las controversias de trabajadores sujetos al Código de Trabajo.

Abstract

The nature of the legal relationship that exists between employer and worker, *per se*, is asymmetric, there is a weak party in this case the worker due to his position as subordinate. However, if the worker is in a position of vulnerability, likewise a pregnant person, handicapped or a person who is suffering from catastrophic illnesses, the Law has dated the worker from the guarantee of special job stability, granting the person a greater compensation in the event of an untimely dismissal. Despite what has been said, the Constitutional Court of Ecuador has provided that these groups of people in a state of vulnerability are generally victims of discrimination, since their condition, *per se*, frames them in at least one of the suspicious categories of article 11 Numeral 2 of the Constitution of the Republic being prone to victims of discrimination, therefore, it has created the figure of special reinforced labor stability so that, with application in conjunction with the principle of the Mobility of the Burden of Proof, it is the employer who must prove with logical, valid and objective criteria that the dismissal was not due to a discriminatory action, otherwise it will be presumed that it was, thus inverting the burden of proof against the employer. This study is focused on analyzing the relevance of applying the constitutional precedents on the Mobility of the Burden of Proof to the worker's controversies subject to the Labor Code.

Palabras clave

Onus Probandi, Movilidad de la Carga de la Prueba, Despido Intempestivo, Discriminación, Categorías Sospechosas, Estabilidad Laboral Reforzada.

Keywords

Onus Probandi, Mobility of the Test Burden, Untimely dismissal, Discrimination, Suspicious Categories, Reinforced Labor Stability.

Introducción

Existe un consenso universal en la doctrina y la jurisprudencia de aceptar que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, y se debe principalmente al elemento normativo de la subordinación y dependencia. A más de esto, usualmente, el empleador es quien posee bajo su dominio: contrato de trabajo, registro de marcaciones, roles de pago, cartas, correspondencia y demás elementos de prueba que pueden ser utilizados en caso de una contienda judicial. Es decir, esta relación asimétrica entre empleador y trabajador también se traslada al campo jurisdiccional. En este sentido, pensar que en una contienda judicial existe igualdad material entre empleador y trabajador es crear una ficción jurídica. Por eso, el trabajador está aventajado por el empleador en una contienda judicial, más aún cuando el *Onus Probandi* es la regla general de la carga de la prueba.

El legislador ecuatoriano ha consagrado la figura de la estabilidad laboral especial para aquellos trabajadores que sufren alguna condición de vulnerabilidad, utilizando criterios objetivos, por ejemplo: mujer embarazada, persona con discapacidad o persona con enfermedad catastrófica otorgándole, así, una mayor indemnización en caso de que el empleador quebrante el principio de estabilidad laboral. Por otra parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha observado que estos grupos son más propensos que otros a sufrir discriminación de la mano de sus empleadores, lo cual, sumado al estado de subordinación *a priori*, los enmarca en una posición más vulnerable e inequitativa frente al empleador en todo ámbito de la relación laboral.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha concluido¹ que aquellas actuaciones cometidas por empleadores en contra de trabajadores en estado de vulnerabilidad que violenten derechos, como la estabilidad laboral, inminentemente ocultan una actuación discriminatoria, observando un patrón de comportamiento encaminado a anular la participación o permanencia de estos grupos en el mercado laboral por ostentar dicha condición. En tal contexto, la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia No. 080-14-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2013, creó la garantía de la estabilidad laboral especial reforzada en conjunto con la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba a fin de equilibrar las desigualdades procesales entre trabajador y empleador, siendo este último, quien deba probar que el despido de una persona en estado de vulnerabilidad no es discriminatorio.

Indebida permanencia de la regla de *Onus Probandi* en la legislación laboral

La teoría del *Onus Probandi* como principio aplicado a la regla de la carga de la prueba en el Ecuador supone que: quien alega un hecho, debe probarlo; está contemplado en el artículo 169² del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo aplicable a todas las materias, excepto: constitucional, electoral y penal. Si bien, este principio ha sido la regla general para la prueba con ciertas excepciones establecidas en el mismo artículo, es una regla insuficiente e ineficaz, en material laboral, al momento de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, en casos de despido intempestivo de trabajadores en estado de vulnerabilidad víctimas de discriminación con motivo de categorías sospechosas.

El principio del *Onus Probandi* ha estado presente en el sistema jurídico ecuatoriano a lo largo de su historia legislativa, en un principio que responde a ideologías liberales propias de un Estado Liberal. Ha sido una regla necesaria para garantizar el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial, pues en una contienda judicial las partes procesales conocen anticipadamente sus cargas y obligaciones procesales; es decir, conocen quién debe probar los hechos con el objetivo de obtener un resultado favorable a través de una resolución judicial.

1. Ecuador, Corte Constitucional. "Sentencia No. 016-16-SEP-CC", Caso No. 2014-12-EP de fecha 13 de enero de 2016, que en su página 51 dice: "Razón por la que esta Corte estima indispensable precisar que en la "sentencia No. 080-13-SEP-CC" se estableció que las personas que sufren la enfermedad de VIH gozan de "estabilidad laboral reforzada", cuyo fin es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo de SIDA, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva prevista en la Constitución de la República, y que en materia laboral se traduce en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, cuando ello sea del caso".

2. Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, art. 169. - Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

A pesar de que la regla del *Onus Probandi* ha sido aplicada durante varias décadas en el Ecuador, y en el general en los sistemas Latinoamericanos de corte romano-germánico; en estos últimos años atraviesa una crisis filosófica de sus premisas, pues los principios bajo los cuales se forjó, han sido desplazados por un rechazo de teorías contemporáneas, ya que su aplicación implica una abstracción del ser humano de la realidad (Bordalí 2020). Para comprender esta crisis que atraviesa este principio es importante revisar la historia política y social bajo la cual se consolidó la regla del *Onus Probandi*.

Andrés Bordalí (2020), en su obra *La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas*, explica con claridad que durante la época post revolución francesa en la cual se codificaron las leyes del Derecho Moderno existía una fuerte incidencia liberal en todos los estratos políticos, sociales e, incluso, económicos, no siendo una excepción el campo jurídico, pues las leyes de aquella época mantenían un fuerte contenido ideológico privatista y liberal. El Estado francés de los siglos XVIII y XIX proclamó un Estado construido desde el lema: *Igualdad, Libertad y Fraternidad*. Para aquel entonces, el principio de igualdad se convertiría en el pilar ideológico para la codificación de las leyes, sin embargo, con el tiempo se evidenció que aquella igualdad no era más que una ficción que tuvo que ser creada por necesidad del derecho para calmar y pacificar el conflicto social de aquella época, pues las masas populares exigían gozar de derechos y no solo privilegios, ese sentimiento de igualdad debía transmitirse a todo el pueblo. Así fue entonces que, la ley proclamó la igualdad como un derecho de todos los ciudadanos. De igual manera, fue inevitable que esa ficción de igualdad se traslade al campo jurídico. Sin embargo, aquella ficción de igualdad no representaba sino una falsa visión de la realidad, pues el ser humano estaba siendo abstraído de su realidad, la sociedad no es un grupo homogéneo de ser humanos, sino por el contrario: heterogéneo.

La codificación del Derecho Moderno no fue sino una construcción idealizada por principios liberales y privatistas propios de un Estado Liberal donde la igualdad no era más que una igualdad formal, una igualdad en el papel, en letra muerta, que, si bien en su momento histórico fue necesaria para superar los conflictos sociales y políticos de aquella época con el propósito de rechazar un sistema de privilegios como el que instauraron los sistemas monárquicos. En la actualidad, la construcción jurídica se nutre de la constitucionalización de los derechos fundamentales con ideologías sociales, tuitivas y modernas, avanzando de una igualdad formal hacia la igualdad material, inclusive sobre las reglas de la prueba, protegiendo a la parte procesal débil (trabajador) que muchas veces no puede probar su pretensión por no tener acceso o disponibilidad de la prueba (Bordalí 2020).

Sin embargo, a pesar de la incidencia de nuevas teorías sobre la carga de la prueba, en el Ecuador el sistema judicial aún mantiene al principio del *Onus Probandi* como su principal regla para la prueba de los hechos, siendo una construcción ideológica exclusivamente liberalista y privatista, forjada en razón de un principio de igualdad formal. No obstante, los tiempos y la historia han cambiado desde la Revolución Francesa, la historia comprendió que el derecho laboral requería una universalización y constitucionalización como un derecho fundamental, con una ideología proteccionista y garantista que busca incansablemente equilibrar el poder del capital con el trabajo, no solo limitándose a garantizar condiciones mínimas para la relación laboral como: el tiempo de la jornada de trabajo, días de trabajo o salario, sino también garantizando el respeto a la dignidad del trabajador como ser humano protegiendo bienes jurídicos como la vida, trabajo, igualdad y no discriminación, salud, integridad y otros derechos inherentes al ser humano (Bordalí 2020). Por lo tanto, la carga probatoria para este tipo de derechos no debería mantener la visión clásica y liberalista del *Onus Probandi*, por el contrario, debería reducir el esfuerzo probatorio para el trabajador. Para Ugarte (2009), por las siguientes razones: la primera por tratarse de conductas enmascaradas en, lícitas y la segunda por la proximidad y dominio de las fuentes de prueba del empleador sobre el trabajador.

La constitucionalización del derecho al trabajo surgió con la consolidación del Estado Social de Derecho, proclamando una ideología construida en base de un principio de justicia social, protección del más débil, garantías normativas para las minorías, bienestar común y otros similares. Bajo este modelo de Estado, varias legislaciones de Latinoamérica en las últimas décadas, con el propósito de garantizar una efectiva materialidad de los derechos sustantivos del trabajador han adop-

tado la teoría de la Carga de la Prueba Dinámica en sus sistemas probatorios, siendo conscientes de que el principio del *Onus Probandi* es insuficiente y vulnera el derecho al debido proceso en su garantía de igualdad de oportunidades en una contienda judicial, en virtud de la falta de acceso o dominio de las fuentes de prueba para el trabajador (Baylos Grau 1994).

Fernández Toledo (2020) indica que durante las últimas décadas, muchas legislaciones han visto la necesidad de superar el absolutismo del principio clásico y liberal del *Onus Probandi* con el propósito de democratizar el dominio y acceso a los medios probatorios en una contienda judicial, adoptando un rol más activo para el juez y con miras a buscar la verdad histórica de los hechos. Así el sistema judicial podrá superar y corregir las desigualdades técnicas, sociales, jurídicas y económicas entre los sujetos procesales.

El surgimiento de la constitucionalización del derecho al trabajo trajo consigo un cambio en el paradigma judicial en el ámbito probatorio de este derecho; pues la aplicación de la teoría del *Onus Probandi* se vuelve insuficiente e incrementa las desigualdades procesales entre trabajador (accionante) y empleador (accionado), en lugar de disminuirlas (Baylos Grau 1994). Por lo dicho, se debe tener presente que la propia naturaleza de la relación entre trabajador y empleador es asimétrica, debido a su elemento de subordinación y dependencia, a más de que el empleador será la persona que posee en su poder la prueba, como: contrato de trabajo, roles de pago, permisos, registro de asistencia, actas, correspondencia, herramientas de trabajo y demás. Sin contar que, el empleador ostenta la potestad reglamentaria y sancionatoria en contra de sus trabajadores, lo que efectivamente, genera un desequilibrio en las relaciones. Sin embargo, y lo que motiva este artículo, es concientizar y aportar al mundo académico que, esta brecha de desigualdad entre empleador y trabajador aumenta exponencialmente cuando el empleador vulnera el principio de estabilidad laboral con motivo de una actuación inconstitucional como lo es la discriminación, maquillando esta conducta como lícita, a una persona en estado de vulnerabilidad o debilidad que requiere de una protección especial (Ugarte Cataldo, 2009).

Sobre el problema jurídico que trae consigo este estudio, existen dos conceptos indeterminados que provocan una cierta complejidad al momento de la práctica judicial. Los jueces de la actual Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que fueron entrevistados, consideran los siguientes obstáculos en la práctica tanto judicial como profesional del abogado litigante, relacionado con la Carga de la Movilidad de la Prueba: (dicen los juzgadores entrevistados que, a pesar de la indeterminación del concepto, la Corte Constitucional del Ecuador ha superado este problema, a través de sus sentencias, estableciendo parámetros y lineamientos sobre qué es y cuando se está ante esta situación)³; y la vulnerabilidad (no existe una definición clara y concreta sobre qué se debe entender por esta). No obstante, la Corte Constitucional del Ecuador (*Sentencia No. 016-16-SEP-CC*, 2016) utiliza en forma ejemplificada quienes pueden estar dentro de un grupo de atención prioritaria para definir cuándo una persona está en estado de vulnerabilidad. Es decir: mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, asimilando a estas personas como aquellas que por su condición enfrentan barreras sociales, económicas o culturales que afectan su desarrollo y participación en la sociedad.

Por lo analizado, es oportuno plantearse las siguientes interrogantes: ¿qué sucede con aquellas categorías sospechosas como edad, orientación sexual, género o raza, que también pueden enmarcar una situación de vulnerabilidad y, a su vez, un despido por discriminación cuando, a diferencia de las analizadas, contienen una alta carga subjetiva para su prueba y análisis?

Estabilidad laboral especial reforzada como garantía del debido proceso

El principio de estabilidad laboral no está contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano expresamente en el artículo 326 de la Constitución de la República, toda vez que el sistema jurídico laboral permite la interrupción unilateral de la relación laboral sin necesidad de exponer una justa causa, sin embargo, sí, está previsto, únicamente, para casos puntuales como el de la mujer embarazada o en periodo de lactancia y dirigentes sindicales, a través de la figura del despido ineficaz.

3. Ecuador, Corte Constitucional. "Sentencia No. 11-18-CN/19" (matrimonio igualitario). Juez Ponente: Dr. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, 12 de junio de 2019.

En estos casos taxativos, el principio de estabilidad laboral representa una protección y garantía jurídica especial impuesta a través de vía legislativa. No obstante, la Ley no es la única fuente de protección para trabajadores en estado de vulnerabilidad, con la constitucionalización de los derechos y, en especial, de garantizar el derecho al trabajo como un derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional ha creado la figura de la estabilidad laboral especial reforzada.

La Corte Constitucional del Ecuador exige la concurrencia de los siguientes elementos para decretar la garantía de la estabilidad laboral reforzada de un trabajador: 1) existencia de un trabajador bajo relación de dependencia, 2) terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador sin justa causa y 3) trabajador en estado de vulnerabilidad. De estos tres elementos, como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucionalidad del Ecuador ha aceptado que quienes se encuentren en estado de vulnerabilidad sean trabajadores con enfermedades catastróficas, trabajadores con discapacidad o en calidad de sustitutos y trabajadoras en periodo de maternidad o en embarazo; adoptando criterios objetivos para definir el estado de vulnerabilidad. Así ha quedado definido en sentencias de la Corte Constitucional como: sentencia No. 080-13-SEP-CC, sentencia No. 016-16-SEP-CC; sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados; sentencia No. 689-19-EP/20; sentencia No 375-17-SEP-CC y otras.

La garantía de la estabilidad laboral especial reforzada creada por la Corte Constitucional del Ecuador (*Sentencia No. 375-17-SEP-CC*, 2017) reafirma y garantiza un derecho fundamental para estos grupos de poder: (re)ingresar y permanecer en el mercado laboral sin sufrir actos de discriminación o segregación. Estos grupos no pueden ser tratados como iguales al resto de universo de trabajadores. No se puede mirarlos a través de los lentes del principio de igualdad formal, deben estar protegidos por un principio de igualdad material y, a su vez, por la aplicación de acciones afirmativas con el propósito de reivindicar sus derechos.

En este hilo de ideas, la Corte Constitucional del Ecuador reconoce que la interrupción unilateral de la relación laboral de estos grupos de personas, que, por su condición están en un estado de vulneración, el quebrantamiento del principio de estabilidad laboral, no solo se afecta al derecho al trabajo, sino vulnera o menoscaba otros derechos fundamentales como vida digna, trabajo digno, salud e integridad, igualdad y no discriminación, que en su conjunto, afectan a un bien jurídico mayor que es la dignidad del hombre⁴.

Al revisar los precedentes emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con respecto al despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, si bien estuvo desde un inicio expresamente prevista en el Código de Trabajo, no fue sino a través de la Corte Constitucional que este principio tuvo un amplio desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, la mayoría de los casos que han sido objeto de análisis corresponden a aquellos que han tenido lugar en el derecho laboral público, trabajadores que han estado sometidos a figuras contractuales como: contratos de servicios ocasionales, nombramiento provisional o de libre remoción, los cuales *per se* son modalidades contractuales que permiten el quebrantamiento del principio de estabilidad laboral, sin prever ningún tipo de indemnización a favor del trabajador. En este escenario, trabajadores que por su condición gozaban del principio de estabilidad laboral especial, que estaban bajo este tipo de modalidades contractuales, al ser despedidos ven sus derechos vulnerados al no estar garantizado su derecho constitucional de la estabilidad laboral especial. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador ponderó correctamente el principio de estabilidad laboral especial para estos grupos de trabajadores por encima del principio de eficiencia y necesidad de la administración pública. No obstante, en el derecho laboral privado, no ha existido mayor intervención de la Corte Constitucional del Ecuador sobre estos casos, toda vez que el Código de Trabajo no presenta este conflicto, pues están muy bien reconocidos los casos de estabilidad laboral con sus respectivas indemnizaciones. Sin embargo, esto no impide que los argumentos, fundamentos y motivación de los casos resueltos en el derecho laboral público no puedan ser utilizados para los casos del derecho laboral privado.

4. Leer sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador: "sentencia No. 016-16-SEP-CC"; "sentencia No. 2-19-JP/20 y acumulados, párrafo 184; "sentencia No. 080-13-SEP-CC".

A pesar de lo expuesto en el párrafo que antecede, a través de entrevistas personales realizadas a los jueces de la actual Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Enma Tapia, Katerine Muñoz (2022) y Dr. Alejandro Arteaga (2022), a la vista del criterio de estos magistrados existe una desigualdad de facultades jurisdiccionales de los jueces que resuelven controversias de trabajadores sujetos al Código de Trabajo y aquellos que no. Estos últimos pueden solicitar el reintegro a sus puestos de trabajo, el pago de remuneraciones percibidas e, incluso, exigir una indemnización y disculpas públicas, gozando de una verdadera garantía de estabilidad laboral reforzada. Mientras que los trabajadores sujetos al Código de Trabajo están limitados a poder exigir el pago de las indemnizaciones contempladas en la Ley y nada más. Lo cual demuestra una verdadera inequidad entre aquellos trabajadores del sector privado y del sector público; claramente, existe una real garantía de este principio para estos últimos.

Introducción del principio de la movilidad de la carga de la prueba en el sistema probatorio ecuatoriano

El principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba contempla una ideología proteccionista con miras a una efectiva equidad de armas y oportunidad probatoria de los sujetos procesales; contrario a lo que postula el principio del *Onus Probandi*, pues aquel principio se apega a la realidad material de los sujetos procesales y reconoce las desigualdades que existen entre ellos pretendiendo, a través del juez, suprimir estas inequidades y diferencias sociales y culturales. Como se dijo, en la rama del derecho laboral *per se* existe una relación asimétrica entre empleador y trabajador, que incrementa exponencialmente cuando el trabajador es una persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad. Es en este escenario donde el principio de Movilidad de la Carga de la Prueba cobra vital importancia y se vuelve una herramienta útil y eficaz para garantizar el derecho de la estabilidad laboral especial reforzada y, en general, los derechos fundamentales de los trabajadores como la igualdad y no discriminación, hacerlo a través del principio del *Onus Probandi* sería desproteger estos derechos (Ugarte Cataldo 2009).

Como ya se dijo, en el sistema jurídico ecuatoriano el estado de vulnerabilidad está asociado con criterios objetivos y subjetivos como el estado de embarazo o periodo de lactancia, personas con discapacidad o sustitutos, gerentes sindicales, personas mayores, personas con enfermedades catastróficas; si se observa con detenimiento estos criterios están enmarcados en lo que se ha denominado como categorías sospechosas, establecidas en el artículo 11 numeral 2^o de la Constitución de la República. Es decir, en otras palabras, las personas en estado de vulnerabilidad son proclives a ser víctimas de discriminación, pues así lo han sido social e históricamente en los diferentes escenarios donde desarrollan sus actividades, siendo segregados del mercado laboral y anulando su participación⁶.

En el Ecuador, como garantía de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, se introdujo la figura del despido por discriminación con la publicación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 438 en fecha 20 de abril de 2015. Sin embargo, el principio del *Onus Probandi* prima como regla de la prueba, una regla que mira a las partes procesales como simétricas, a pesar de que la verdad material de una actuación discriminatoria de un trabajador vulnerable, *prima facie*, es asimétrica.

5. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador 2018, art.11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2). Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. Asamblea Constituyente del Ecuador, 2018.

6. Leer la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 292-16-SEP-CC" de fecha 7 de septiembre de 2016, página No. 31.

Este estudio hace una crítica, y un especial y atento llamado a los legisladores, con respecto a la falta que han cometido cuando introdujeron la figura del despido por discriminación en el Código de Trabajo. Pensar que un acto como la discriminación debe estar guiado por la regla del *Onus Probandi* es imponer una carga desproporcional y exigir una actuación heroica al trabajador. Para Ugarte Cataldo (2009) los actos de discriminación por parte del empleador generalmente quedan ocultos, enmascarados o encubiertos, dejando en la impunidad y sin responsabilidad al empleador. Si se dirige la mirada hacia la justicia constitucional se observa que el legislador incluyó el principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba cuando se debe probar la discriminación. Muy acertadamente se dotó de las herramientas correctas a la parte procesal para que un acto inconstitucional como la discriminación no quede en la impunidad, así lo prevé el artículo 16⁷ de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Como se conoce, esta regla sobre la carga de la prueba está exclusivamente prevista para la justicia constitucional, no corresponde su aplicación en la justicia ordinaria. Entonces, ¿por qué el Código de Trabajo que prevé el despido por discriminación, debe aplicar la regla del *Onus Probandi*? Es claro que existe una inequidad de armas y desigualdad de oportunidades para probar la discriminación en la justicia ordinaria, como se ha dicho, más aún cuando el trabajador se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

A pesar de lo dicho, en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador, se pueden encontrar los siguientes elementos: 1) trabajador despedido intempestivamente, 2) trabajador en estado de vulnerabilidad, 3) trabajador víctima de discriminación y 4) existencia de categorías sospechosas. De esta manera, se ha podido observar que, a más de activar la garantía de la estabilidad laboral especial reforzada, ha complementado esta con la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba, precautelando el principio de igualdad material, de igualdad de oportunidades y de igualdad de armas. La Corte Constitucional ha puesto en responsabilidad del empleador demostrar que el despido intempestivo de un trabajador en estado de vulnerabilidad no responde a causas o motivos de discriminación, sino por el contrario que dicha decisión se funda en una causa objetiva, con razones y criterios válidos y lógicos, argumentado y probado en derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador complementa la garantía de la estabilidad laboral reforzada con el principio de la Movilidad de la Carga Dinámica de la Prueba. Esta última, debe ser considerada como una garantía del debido proceso, siendo una herramienta útil y eficaz para el derecho laboral, alcanzando una efectiva tutela judicial para aquellos trabajadores en estado de vulnerabilidad víctimas de despidos discriminatorios. Sin embargo, a pensar que existe este precedente constitucional y ha sido decretada con efecto *erga omnes*; en el derecho laboral privado, es decir trabajadores regulados bajo el Código de Trabajo que acuden a la justicia ordinaria, existe una fuerte resistencia para su aplicación, por falta de conocimiento de esta figura y sus precedentes, según los magistrados de la Sala de la Corte Nacional de Justicia que fueron entrevistados⁸.

Pareciera ser que esta garantía de la Movilidad de la Carga de la Prueba estuviese reservada para la justicia constitucional o para la justicia ordinaria, pero de aquellos trabajadores regulados por la Ley Orgánica de Servicios Públicos, debido a la naturaleza del conflicto del cual surgieron estos precedentes constitucionales, relaciones laborales del servicio público. No obstante, en las entrevistas realizadas a los 3 jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, coinciden en que estas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador (sentencia No. 016-16-SEP-CC; sentencia No. 080-13-SEP-CC; sentencia No 375-17-SEP-CC) pueden ser aplicables a la justicia ordinaria, trabajadores regulados por el Código de Trabajo, en casos de despido por discriminación.

7. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 22 de octubre de 2009, Registro Oficial Suplemento 52. Art. 16. – Pruebas. - Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

8. Entrevistas realizadas a los actuales jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador: Dra. Enma Tapia, Katherine Muñoz y Dr. Alejandro Arteaga. Estos magistrados fueron entrevistados el día 9 de junio de 2022 acerca del tema: "Inversión de la carga de la prueba, obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de despido a personas vulnerables".

Basta con que se trate de casos análogos o el juzgador encuentre el punto de derecho en común entre los casos. Sin embargo, la falta de conocimiento o una incompleta lectura del caso en concreto permite ver que existe discriminación en el despido. Por ejemplo, la Dra. Enma Tapia (Tapia Rivera 2022), mientras era jueza de instancia durante la pandemia del COVID-19, observó que los abogados no presentaban demandas de despido por discriminación a pesar de que “coincidentalmente” aquellos trabajadores a quienes se les aplicó la fuerza mayor y caso fortuito eran personas mayores, mujeres embarazadas o personas discapacitadas.

Entonces, el abogado al momento de estudiar un caso, deberá analizar si el despido fue con motivos de discriminación y si el trabajador se encontraba en estado de vulnerabilidad, para así definir su estrategia, pues los tres magistrados entrevistados, coinciden con que el trabajador deberá aportar los suficientes indicios para convencer de que existió discriminación hacia el trabajador que estaba en estado de vulnerabilidad cuando fue despedido, para así aplicar la inversión de la carga de la prueba y el empleador deberá descartar la discriminación como motivo del despido⁹. En el mismo sentido, el empleador deberá analizar su estrategia sabiendo qué deberá contestar para descartar la discriminación con argumentos y pruebas razonables, validas y lógicas, pues contestar con la negativa y pura, puede ser perjudicial, pues no tendrá otro momento de aportar elementos de prueba en caso de que se revierta la prueba.

A pesar de que los tres magistrados entrevistados han indicado que a casación no han llegado casos sobre el despido por discriminación, donde se deba analizar la carga de la prueba sobre la discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad despedidos; analizando un caso en concreto se puede observar que la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay conoció el proceso No. 01371-2016-00458, en donde una trabajadora con una enfermedad catastrófica, como lo es el cáncer, demandó a su empleadora el pago de la indemnización contemplada en el artículo 195.3 párrafo 4 del Código de Trabajo, por la existencia del despido con discriminación. Tanto la Corte Provincial de Justicia del Azuay como la Corte Nacional de Justicia reconocieron la aplicación del precedente jurisprudencial establecido en la sentencia No. 080-13-SEP-CC Caso No.0445-11-EP y obligaron al empleador a demostrar con argumentos y pruebas en derecho que el motivo del despido a una persona en estado de vulnerabilidad, como lo sería una mujer embarazada o en estado de gestación, personas con discapacidad o sustitutos o con enfermedad catastrófica, responde a una causa objetiva con criterios razonables, lógicos y válidos, caso contrario se presume que el despido es discriminatorio.

En este sentido, resulta lógico que la Corte Constitucional del Ecuador en aplicación de su facultad de máximo intérprete de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, a través de sus sentencias, haya dotado a aquellos trabajadores en estado de vulnerabilidad la facultad de poder exigir la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba para invertir la carga de la prueba en contra del empleador quien deberá demostrar que el despido intempestivo en contra del trabajador, no responde una actuación discriminatoria discriminación oculta en al menos una de las categorías sospechosas que contempla el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

9. *Ibid.*

Conclusiones

En definitiva, es pertinente observar que la aplicación del principio del *Onus Probandi* para la aplicación de la carga de la prueba es insuficiente e ineficaz para tutelar los derechos de trabajadores en estado de vulnerabilidad que son despedidos discriminatoriamente. El *Onus Probandi* responde a una ideología privatista e individualista fundada en un principio de igualdad formal, creando una ficción de que todos los seres humanos somos iguales, cuando no es cierto. Mientras que, con la aparición del Estado Social de Derechos, se instauró una ideología socialista, protectora y garantista de los derechos, precautelando el bien común de las minorías, lo cual superó el principio de igualdad formal para reconocer el principio de igualdad material. Este principio descansa en la premisa de que los iguales se tratan por iguales y los desiguales se tratan de modo diferente. En este ambiente surge la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba, como un principio que mira las inequidades distribuye la carga de la prueba entre las partes procesales, bajo la premisa de que: quien puede probar un hecho, debe hacerlo. No obstante, esta nueva teoría no pretende restar la importancia al principio del *Onus Probandi*, si no por el contrario complementarla y perfeccionarla.

Por tanto, la Corte Constitucional del Ecuador ha decretado mediante sentencia con efectos *erga omnes*, es decir, aplicable tanto para el derecho laboral público como privado que, ante la ocurrencia de despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad por presuntas actuaciones discriminatorias ocultas en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República se debe aplicar la garantía de la estabilidad laboral especial reforzada en conjunto con la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba, en donde el empleador debe ser la parte procesal que soporte la carga de descartar que la causa o motivo de la terminación de la relación laboral, esconde u oculta una actuación discriminatoria fundada en alguna de las categorías sospechosas.

Finalmente, es importante analizar la fundamentación que la Corte Constitucional del Ecuador ha realizado sobre los argumentos y pruebas que deberá aportar el empleador para descartar la discriminación como motivo del despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad, es decir, la Corte ha dicho que no basta con que el empleador justifique, que el despido se debe a: (1) restructuración de personal, (2) pérdida de confianza, incumplimiento de obligaciones y funciones laborales, (3) disminución o pérdida de la capacidades o aptitudes para el trabajo, (4) bajo rendimiento físico o psicológico, y otros similares. Sino deberá aportar argumentos y pruebas lógicas, razonables y objetivas que descarten la discriminación como causa del despido.

Bibliografía

Baylos Grau, Antonio Pedro. "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva". *Derecho privado y constitucional*. Nro. 4 (1994): 107-129.

Bordalí, Andrés. "La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas". *Estudios de derecho*. Nro. 170. (2020): 170-201. DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a08>

Fernández Toledo, Raúl. *La prueba en el proceso laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Ugarte Cataldo, José Luis. "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba". *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Nro. 33 (2009): 215-228. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200005>.