

LA “FICTA CONFESSIO” Y LA “FICTA PROBATIO” EN EL ORDENAMIENTO LABORAL.

THE “FICTA CONFESSIO” AND THE “FICTA PROBATIO” IN THE LABOR LAW.

Dr. Maximiliano Martín Barreiro.

Abogado. Docente en la Universidad Internacional de Valencia.
dr.maximilianobarreiro@gmail.com

Resumen.

Tanto la *ficta confessio* como la *ficta probatio* son figuras importadas del derecho civil que luego de un proceso adaptativo al fuero laboral, se incardinan entre las medidas con las que el juzgador podrá, de manera facultativa, interpretar ciertas falencias probatorias dando continuidad al proceso. Así entendidas, estas figuras refuerzan las prerrogativas del juzgador, concediéndoles incluso la posibilidad de fundar sus resoluciones en presunciones, dándole así el valor de auténticos medios de prueba. Ante esto se hace evidente que para evitar arbitrariedades la articulación práctica de la *ficta confessio* y de la *ficta probatio* deben estar condicionados a la verificación de ciertas circunstancias previas y quedar sujetas a determinados parámetros de actuación.

En última instancia, debe apreciarse el alto valor aplicativo que poseen estas figuras las cuales se transforman en verdaderos factores disuasorios ante la malas prácticas procesales y herramientas de gran valor puestas en manos de los jueces para garantizar el debido proceso ante eventuales conductas maliciosas.

Abstract.

Both the *ficta confessio* and the *ficta probatio* are figures imported from civil law and after an adaptative process to the labor jurisdiction, they are included among the measures with which the judge may, optionally, interpreted certain evidentiary shortcomings giving continuity to the process. Thus understood, these figures reinforce the prerogatives of the judge, even granting them the possibility of founding their decisions on presumptions, thus giving them the value of authentic means of proof. Given this, it becomes clear that in order to avoid arbitrariness the practical articulation of the *ficta confessio* and the *ficta probatio* must be conditioned to the verification of certain prior circumstances and be subject to certain parameters of action.

Ultimately, the high applicative value of these figures must be appreciated, which become true dissuasive factors in the face of poor procedural practices and valuable tools placed in the of the judges to guarantee due process in the event of malicious conduct.

Palabras claves.

Derecho Laboral, procedimiento Laboral, *ficta confessio*, *ficta probatio*, interpretación, prueba.

Keywords.

Labor Law, Labor Procedure, *ficta confessio*, *ficta probatio*, interpretation, proof.

Sumario.

Índice:

a) **Introducción..... 3**

b) **La “ficta confessio” y la “ficta probatio” en el ordenamiento laboral. La desigualdad de las partes..... 4**

 b.1) **Adaptación legislativa de la figura civil..... 5**

 b.2) **La “ficta confessio” y la “ficta probatio” en el proceso laboral..... 7**

 b.3) **Las presunciones en el ordenamiento laboral..... 9**

 b.4) **Necesidad de una regulación propia adaptada al fuero social..... 11**

 b.5) **La “ficta confessio” y la “ficta probatio”. Mecanismos alternativos..... 12**

c) **Error de técnica legislativa..... 14**

d) **Conclusiones..... 14**

Abreviaturas..... 16

a) Introducción.

De forma similar a lo que sucede en el ordenamiento civil, en el laboral la cuestión probatoria es de trascendental importancia para el buen desarrollo del proceso y, obviamente, las probabilidades de éxito dependerán en buena medida de ellas. La importancia de la *ficta confessio* y la *ficta probatio* en este contexto radica en que funcionarán como mecanismos legales que se harán operativos en aquellas situaciones en las que las falencias probatorias puedan devenir en un perjuicio procesal producido por la no aportación intencionada de determinados elementos probatorios. No serán entonces medios alternativos de prueba, sino mecanismos complementarios al servicio de la defensa de la buena marcha del procedimiento tendientes a evitar los perjuicios que pueden derivarse de la mala fe de los litigantes en la producción de la prueba. Resulta de esto una primera observación: que las deficiencias probatorias deberán ser intencionales, esto significa que no estamos ante un acto culpable o ante una mera imposibilidad, sino ante una acción deliberada. Por ello, tanto la actitud intencional de obstaculizar el proceso de producción probatoria como la reticencia colaborativa puede

suplirse empoderando al juzgador en la interpretación de los indicios y de las presunciones recurriendo a la *ficta confessio* y la *ficta probatio*.

No puede afirmarse indiscriminadamente que ante un deficiente aporte probatorio haya una actitud dolosa, y mucho menos una intención de dañar. Sin embargo, si de las circunstancias concretas el juzgador interpretara que, cuanto menos, existe una actitud reticente a la hora de colaborar con el buen término del procedimiento, se desatiende el principio de colaboración procesal, la probidad o la buena fe que obliga a los intervinientes a favorecer el buen desarrollo del proceso, el juzgador contará con estas herramientas que lo facultarán para establecer las consecuencias derivadas de tales actos.

b) La “ficta confessio” y la “ficta probatio” en el ordenamiento laboral. La desigualdad de las partes.

Para entender la interacción de la *ficta confessio* y la *ficta probatio* en el juego probatorio del proceso laboral debemos, de forma previa, referirnos al empoderamiento del juez en la dirección del proceso, especialmente, respecto a la producción y valoración de la prueba. La realidad fáctica nos obliga a partir de una premisa según la cual se produce una desigualdad entre los contratantes y los contratados, premisa que no puede pasar desapercibida para el proceso laboral y todo ello, sin descuidar algunas de las cuestiones estructurales básicas del debido proceso como son la igualdad de partes y la imparcialidad del juzgador. La pugna entre el respeto al debido proceso y la constatación de la realidad fáctica trasladada al proceso interactúan de forma diametralmente opuesta ejerciendo fuerzas contrapuestas que se resuelven a través de principios correctores. Esto no significa que el juez pierda imparcialidad respecto al criterio utilizado para resolver, sino que tendrá mayor injerencia en la producción de la prueba y en el control del procedimiento. Es en materia probatoria donde quizás más se evidencia la preponderancia del juzgador respecto a otros procedimientos, ya que dispondrá en todo momento de un poder con mayor carácter dispositivo.

Estas particularidades del proceso laboral involucran también a las partes, maximizando los deberes de probidad, buena fe y colaboración en el

desarrollo del procedimiento. La defensa de la posición de una parte no puede conllevar anular o dificultar la defensa de la otra y mucho menos, obstaculizar el normal desarrollo del procedimiento. En este contexto la *ficta confessio* y la *ficta probatio* serán de herramientas puestas en manos del juzgador para garantizar la buena sustanciación de la prueba y la buena marcha del proceso. Entonces, la *ficta confessio* solo se activará ante la imposibilidad injustificada de tomar declaración a aquella parte que hubiere intervenido personalmente en el hecho cuestionado y la *ficta probatio* cuando no se presenten los documentos requeridos “*Pues acudir al simple razonamiento de la carga probatoria de la parte, sin tomar en consideración la actuación procesal de quien es la parte prevalente en el proceso, que con su actuación omisiva impide la posibilidad de defender el derecho de la parte procesalmente más débil, no comporta en definitiva sino una denegación de tutela judicial, contraria al artículo 24,1 del texto constitucional, apoyando así con esta actuación a quien, precisamente, ha dificultado o impedido el cumplimiento de esa carga procesal, y es, en términos generales, la parte fuerte del proceso y detentadora de la mayoría de los medios de prueba, y más especialmente aún, en el caso concreto planteado, en el que la prueba de interrogatorio de la representación de la empresa constituye prueba esencial*”¹

Pesa sobre el juzgador un límite procesal infranqueable ya que el artículo 1.7 del C.C. en concordancia con el 11.3 de la LOPJ y cuyo reflejo en la legislación laboral es el artículo 97 de la LRJS, tomando como fundamento el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, le imponen el deber de resolver los asuntos en los que entiende. En este contexto, el juez podría dictar sentencia basándose en los elementos de prueba de menor importancia, inclusive valiéndose de la *ficta confessio* y la *ficta probatio*, aunque cabe dejar debida constancia que estos no son de obligado acatamiento para el juzgador. En caso de duda, la *ficta confessio* y la *ficta probatio* adquieren relevancia dado que determinarían al juez establecer un juicio interpretativo ante una ausencia probatoria intencional evitando de esta forma una situación de *non liquet*.

¹ STSJ CLM 1214/2015 de 5 de mayo de 2015. REC. Nº 32/2015

b.1) Adaptación legislativa de la figura civil.

El artículo 4 de la LEC establece expresamente el carácter supletorio de la ley procesal civil en el fuero social al decir que “*En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos...laboral..., serán de aplicación a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*”, y en la LRJS encontramos el artículo 305 que expresamente establece que “*Las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil*”.

La primera observación que debemos hacer es que se aplica el mecanismo de remisión directa, lo cual no significa adaptación, ya que como se verá seguidamente la *ficta confessio* y la *ficta probatio* ha sido “trasladadas” desde la LEC a la LRJS sin prácticamente ningún cambio o adaptación y sin tener en cuenta las particularidades, las necesidades y los objetivos del procedimiento laboral. Simplemente el legislador laboral se ha ceñido al tratamiento que se les presta a estos mecanismos probatorios en el ámbito civil y por una cuestión práctica las ha trasladado, prácticamente sin más, al ámbito del procedimiento social. Bien puede afirmarse entonces que no estamos ante una adaptación de la figura civil al entorno laboral, sino ante una mera transferencia de conceptos que bien poco tiene en cuenta las particularidades del proceso laboral.

En cuanto a la *ficta confessio*, encuentran regulación en los artículos 304 y 307 LEC, los cuales contemplan tres situaciones, estas son la incomparecencia injustificada, la negativa a declarar o las respuestas evasivas. Casi literalmente la LRJS repite los extremos contemplados en la LEC al decir en el artículo 91.2 que “*Si el llamado al interrogatorio no compareciese sin justa causa a la primera citación, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrán considerarse reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte*”. La LEC se refiere en el artículo 304 al supuesto de incomparecencia injustificada

diciendo que “*Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial...*”, y respecto a la negativa a declarar o a las respuestas evasivas, el artículo 307 LEC dice que “*Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que ...puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiere intervenido personalmente en ellos y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte... Cuando las respuestas que diere el declarante fueren evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior*”.

En cuanto a la *ficta probatio* el artículo 329 LEC establece que ante la no presentación injustificada de los documentos requeridos podrá el juez otorgar valor probatorio a las copias aportadas por el requirente o bien al testimonio que este preste acerca del contenido de los documentos cuya exhibición se requiere. En la misma línea, aunque de forma más escueta, el artículo 94.2 de la LRJS establece que “*Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada*”.

b.2) La *ficta confessio* y la *ficta probatio* en el procedimiento laboral.

Se trata entonces de un trasvase casi literal de contenidos desde el derecho civil y no de un trabajo de adaptación que tenga en cuenta las características del derecho laboral y, sobre todo, el gran valor que poseen las pruebas documentales y las declaratorias en el procedimiento laboral. El principal error que se observa es de técnica legislativa, ya que el incluir la palabra “podrá” se condiciona a la *ficta confessio* y a la *ficta probatio* a ser mecanismos no vinculantes para el juez, con lo cual se limita su alcance y validez. En este contexto La *ficta confessio* y la *ficta probatio* funcionarán como mecanismos con los que el juez se opondrá a los intentos malintencionados de obstaculizar el normal desarrollo del proceso, llegando a conclusiones extraídas de indicios capaces de generar convicción. Resulta

entonces un empoderamiento de la presunción como mecanismo interpretativo en un ámbito de disputa en el que un parte acude a métodos ilegítimos.

De igual forma a lo que sucede en el ámbito civil, el tratamiento legislativo que se dispensa a la *ficta confessio* y a la *ficta probatio* los ubica en la categoría de mecanismos probatorios de carácter supletorio, alternativo, o de segundo grado ya que carecen de valor vinculante para el juzgador, siendo una mera orientación. Así el artículo 90.7 de la LRJS establece respecto a la particular valoración que puede hacerse ante una negativa injustificada de la persona afectada a la realización de una actuación acordada por el juez que *“En caso de negativa injustificada de la persona afectada a la realización de las actuaciones acordadas por el órgano jurisdiccional, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas que fueran procedentes, pudiendo igualmente valorarse en la sentencia dicha conducta para tener por probados los hechos que se pretendía acreditar a través de la práctica de dichas pruebas, así como a efectos de apreciar temeridad o mala fe procesal”*, o ante la reticencia a comparecer de forma injustificada, de la negativa a responder o de las respuestas evasivas que *“Si el llamado al interrogatorio no compareciese sin justa causa a la primera citación, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrán considerarse reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultase perjudicial en todo o en parte”*. Por su parte, respecto a la *ficta probatio*, el artículo 94.2 de la LRJS establece que *“Los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez o tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada”*.

Serán los pronunciamientos jurisprudenciales y a la doctrina judicial, los que reflejan con acabada solidez la dinámica funcional de estas

herramientas interpretativas, reforzando el carácter restrictivo que les imprime el legislador ciñéndolas al ámbito de la decisión potestativa del juzgador, alejándola completamente de cualquier vínculo obligacional, con lo cual limitan a gran escala la finalidad práctica para la que fueron traídas al ordenamiento laboral. En este sentido, a modo de ejemplo, dice la jurisprudencia que *«es potestativo y no obligatorio para el Juez de Instancia el tener reconocidos o confesados de contrario hechos constitutivos de la demanda, mediante la instrumentación procesal de la ficta confessio...»*². Esto no generará conflicto en caso de que las demás pruebas producidas sean suficientes para formar convicción, como bien continúa diciendo el fallo referido. *“Si el Juez, en uso de la facultad que le incumbe de valorar en conciencia el conjunto probatorio, estima no acreditada una determinada base fáctica de la pretensión, difícilmente se puede invocar con éxito, en vía casacional, un error jurídico de la Sentencia recurrida, con el único apoyo en los preceptos procesales sobre la confesión que se señalan como infringidos”*. El problema surgirá, evidentemente, en el supuesto contrario, esto es, en aquellos casos en los que la prueba es, cuanto menos, escasa ya que al respecto ni la legislación de referencia, ni la jurisprudencia aplicable arrojan claridad sobre el asunto quedando todo en manos de la voluntad del juez.

Así mismo debe observarse que el objetivo de estos mecanismos probatorios no es suplir las obligaciones probatorias de las partes, ni siquiera de la parte actora. Se trata de facultar al juez para valorar las conductas maliciosas de quienes obstruyen o dificultan la producción de la prueba, facultad que no es vinculante y que, por lo tanto, podrá ser inaplicada sin necesidad de justificación alguna. Al respecto aclara la doctrina judicial que *“Debe considerarse, en consecuencia, como ajustada a derecho la decisión jurisdiccional de no aplicar la presunción de ficta confessio en las presentes actuaciones, en torno a los elementos concurrentes en las mismas, sin que ello suponga la producción de indefensión alguna a la parte, que ha dispuesto de la posibilidad de aportar al proceso la totalidad de los elementos que ha considerado suficientes para justificar la razonabilidad de su pretensión, la cual no puede venir a fundamentarse de la manera*

² STS 497/1991 de 30 de enero de 1991

exclusiva que propone, en la falta de comparecencia de la contraparte a virtud de causas y circunstancias que se desconocen”³.

b.3) Las presunciones en el procedimiento laboral.

En el ámbito laboral la jurisprudencia ha establecido un criterio meridiano: *“La ficta confessio es una facultad y no una obligación para el juzgador...”*⁴, y esto es así porque se parte del principio de que la prueba *ficta* es una presunción de prueba⁵.

El juego de las presunciones como elementos probatorios en el marco del procedimiento laboral también es una adaptación de los principios contenidos en la legislación civil. A falta de un articulado propio, en la LRJS serán de referencia los artículos 385 y 386 de la LEC. Será en torno a los principios operativos contenidos en estos dos artículos que se estructurarán los mencionados artículos 90.7 y 94.2 de la LRJS. Así el artículo 385.1 establece que *“Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba”*. Tanto la *ficta confessio* como la *ficta probatio* en el ámbito laboral son presunciones que, una vez admitidas por el juzgador, hacen prueba del hecho presunto.

El artículo 385.3 LEC establece que *“Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”*, en todo caso, si la parte perjudicada entiende que ha habido error en la aplicación de la presunción podrá plantear la cuestión por la vía del error de derecho (STS 2417/1991 de 09/05/1991.). El artículo 386.1 LEC establece que *“La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción”*, al respecto la jurisprudencia establece que *“por cuanto que -como ha manifestado en diversas ocasiones esta Sala- la*

³ STSJ GAL 3458/2020 de 17 de junio de 2020. REC. Nº 520/2020

⁴ STS 8496/2009 de 14 de diciembre de 2009. Rec. Nº 1221/2009

⁵ STS 4396/2000 de 30 de mayo de 2000. Rec. Nº 2433/1999

posibilidad de adoptar la «ficta confessio» ha de ser entendida en el sentido de que ello no constituye una obligación para el Juez, sino una facultad cuya utilización habrá de ponderar y ejercitar motivadamente” (STS632/2017 de 30/01/2017. Rec. N° 52/2016).

Estos principios mencionados son los que marcan los límites operativos fundamentales de las presunciones en el procedimiento laboral. Así, la *ficta confessio* y la *ficta probatio* serán mecanismos que habilitan la interpretación de las presunciones en un sentido determinado, cuya aplicación no es obligatoria para el juez que, en todo caso, podrá apoyar en ellas sus resoluciones, pero que, en todo caso, deberá fundamentar suficientemente lo resuelto en base la interpretación presunta.

“No es una obligación del órgano judicial sentenciador, el que por el mero hecho de la incomparecencia o negativa injustificada a responder del demandado llamado a interrogatorio judicial, previo requerimiento (“ Si el llamado al interrogatorio no compareciese sin justa causa a la primera citación, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho ... ”), deba tener por acreditados los hechos esenciales de la demanda fundamento de la pretensión actora en los que hubiere intervenido y le resultaren perjudiciales (“... reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte ”), sino que la norma procesal (art. 91.2 LRJS) otorga al Juez o Tribunal sentenciador una facultad (“... podrán considerarse reconocidos como ciertos en la sentencia ”) que podrá utilizar en todo o en parte (“... y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte ”), en especial siempre que tales hechos sean verdaderos datos fácticos concretos y precisos, pero no cuando consistan en interpretaciones jurídicas o aparezcan desvirtuados por otros hechos o cuando sea racionalmente exigible una mayor actividad probatoria para “ probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones ...” (ex art. 217.2 LEC), lo que deberá motivarse, en uno u otro sentido, en la sentencia que se dicte (art. 97.2 LRJS: “... La sentencia ... apreciando los

*elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza ")*⁶.

b.4) Necesidad de una regulación propia adaptada al fuero social.

Una diferencia fundamental entre el tratamiento legislativo que se le presta a las presunciones en la normativa civil y en la laboral parte del hecho de que las primeras son presunciones que tratan de paliar la imposibilidad probatoria mientras que en el ámbito social tienen el objetivo de paliar una falencia intencional. De esta manera, se caracteriza a la *ficta confessio* y a la *ficta probatio* con un contenido cuasi sancionador ante una actitud intencionadamente reticente a colaborar con la buena marcha del proceso. No se trata meramente de suplir la mera imposibilidad, sino de implementar un mecanismo que permita al juzgador suplir la mala fe de quien estando en posición de colaborar con el procedimiento, decide intentar obstaculizarlo. *Ciertamente que esa posibilidad de aplicar la "ficta confessio" es una facultad del órgano judicial de instancia, pero como ocurre con el ejercicio de todas las facultades discrecionales, no por ello se pueden ejercitar de modo arbitrario, pues no debe confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad, de tal modo que cabe un control sobre la razonabilidad del ejercicio de tal facultad. Quiere ello decir que, analizando el caso, si el medio de prueba idóneo para poder cumplir con la carga probatoria derivada del artículo 217 LEC es el interrogatorio de la parte demandada, y esta injustificadamente decide no comparecer a la práctica de dicha prueba, pese a esta citada en forma, se está con ello impidiendo, por parte de quien puede hacer que se practique el medio de prueba idóneo, la posibilidad de acceder a la acreditación del extremo fáctico requerido, haciendo entonces así imposible la prueba de ello, con la consiguiente denegación de tutela judicial, si se le da cobijo a esa postura obstruccionista, que se ve así beneficiada... ”*⁷.

⁶ STS 1927/2015 de 21/04/2015. Rec. N° 296/2014

⁷ STSJ CLM 1214/2015 de 5 de mayo de 2015. REC. N° 32/2015

Por ello en los sistemas judiciales modernos, la prueba no es solo un aspecto del procedimiento que involucra a las partes sino, y quizás más estrechamente, a los juzgadores, ya que la correcta aplicación del derecho girará en torno a la prueba aportada. El juez, haciendo uso de su poder de dirección, quedará de esta forma dotado de una herramienta con la que suplir esta mala fe, garantizando el buen desarrollo del proceso.

b.5) La “*ficta confessio*” y la “*ficta probatio*”. Mecanismos alternativos.

Como paso previo a la aplicación directa de la *ficta confessio*, se podría dar lugar a una nueva citación o a un nuevo interrogatorio en la etapa procesal de diligencias finales contempladas en el artículo 88.1 de la LRJS, lo cual puede ser llevado hasta el momento previo a dictar sentencia. Cabe tener en cuenta que las diligencias finales son de naturaleza potestativa pero una vez acordadas devienen en obligatorias y su incumplimiento puede derivar en nulidad de las actuaciones. Podría suceder entonces que la no comparecencia injustificada de un testigo, además de obstaculizar el normal desarrollo del proceso, pudiera dar lugar a la nulidad de lo actuado. Posponer entonces el interrogatorio de un testigo a través de la vía de las diligencias para mejor proveer debería ser en todo caso una medida excepcional y limitada solo a aquellos testigos cuya incomparecencia quede debidamente justificada o bien para aquellos que haya solicitado un aplazamiento de la citación.

Otra solución para esto último podría ser trasladar al ámbito laboral la solución implementada por la Ley de Enjuiciamiento Civil en las que solo serán admisibles a través de este mecanismo las pruebas propuestas y admitidas que no hubieran podido producirse por causas ajenas a la parte que la hubiera interesado. En este punto cabe observar que la *ficta confessio* vendría a suplir una eventual situación de indefensión en el caso de que el juez no cuente con otros instrumentos probatorios que valorar y la testifical se haya presentado como de imposible cumplimiento por hechos imputables al testigo.

Por otro lado, el hecho de que la *ficta confessio* sea una facultad del juez y no una obligación refuerza el principio de libre valoración de la prueba a través de la sana crítica e íntima convicción. Esto faculta al juez a no aplicar la *ficta confessio* en caso de que pueda apoyar su resolución en otros elementos probatorios, incluso si entiende que la parte que ha propuesto la prueba testifical que no haya podido practicarse actuó reticentemente no aportando otros medios probatorios que pudieran, eventualmente, aportar mayor convicción. Pero no se establece ninguna vía alternativa de acción para el supuesto de que no pueda proponerse ningún otro medio probatorio, siendo la única posibilidad la testifical y esta no haya podido producirse por causas imputables al interrogado. Entonces, haciendo una interpretación a contrario sensu, en este supuesto particular, debería la *ficta confessio* transformarse en obligatoria dándosele la fuerza de elemento de convicción suficiente.

Lo mismo debería suceder con la *ficta probatio o ficta documentatio*, según expresiones jurisprudenciales (“*Con independencia de que en puridad procesal no estamos en presencia de una ficta confessio, sino de una ficta documentatio...*” STS 285/2020 de 13 de enero de 2020. REC N° 1301/2017) En este sentido, la falta de aportación de la prueba documental propuesta y aceptada no genera un mecanismo automático de interpretación, sino solo una mera facultad para el juzgador. “*En otro aspecto, es de señalar que conforme al art. 94.2 LPL, norma que se denuncia como infringida, en relación a la prueba documental propuesta y admitida por el juez o Tribunal, señala que: "si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba practicada. La falta de aportación de la prueba solicitada constituye un defecto procesal que puede determinar la nulidad si se reitera su práctica en el acto de juicio haciendo constar la protesta en el acta; pero de no ser así, queda al arbitrio judicial -por ser facultativo- la valoración de la conducta de la parte incumplidora a los efectos de que se tengan por probados o no los hechos correspondientes; es decir, el precepto faculta al juzgador, pero no le obliga a una afirmación por ficta documentatio"*. (STS 5169/2009 de 12 de mayo de 2009. REC N° 4/2008).

C) Error de técnica legislativa.

Cabe hacer una observación respecto a los supuestos contemplados en el artículo 91.2 LRJS y al sentido que debe darse a la interpretación a través de la *ficta confessio*. Para el caso de negativa a responder o de respuestas evasivas el propio artículo establece la solución diciendo que debe interpretarse en el sentido de tener por ciertos los hechos a los que se refieren las preguntas, pero surge la duda para el caso de incomparecencia del testigo dado que el apartado 1 del mismo artículo establece que no se admitirán pliegos de preguntas. En este caso la determinación del sentido que debe darse a la interpretación a través de la *ficta confessio* surgirá de la justificación de la citación aportada por la parte proponente.

El hecho de transformar en obligatoria la aplicación de la *ficta confessio*, teniendo en cuenta que surge de una incomparecencia injustificada, no debe llevarnos a considerarla como un castigo ya que la verificación de los márgenes de seguridad mencionados aleja esta posibilidad y la acercan a un verdadero instrumento de “facilitación” procesal.

D) Conclusiones.

Dada la importancia que la *ficta confessio* y la *ficta probatio* tienen en el ámbito del proceso laboral debería ampliarse su radio de actuación, potenciándose y extendiéndose hacia otros medios de prueba más allá del interrogatorio de partes o la presentación de documentos. Al mismo tiempo esto reforzaría el cumplimiento de los principios procesales a los que responde siempre respetando los márgenes de seguridad establecidos por la jurisprudencia. En esta línea interpretativa se propone que la *ficta confessio* y la *ficta probatio* dejen de ser facultativas para el juzgador y pasen a ser vinculantes.

Por otro lado, los errores de técnica legislativa hacen que la interpretación jurisprudencial sea demasiado restrictiva, lo cual prácticamente las vacía de contenido. Aquí sostendremos la necesidad de elevar el rango legislativo a la categoría de medios de prueba directos, transformándolos en una herramienta de control del fraude procesal. En todo

caso, la seguridad jurídica acerca del grado de convicción que las presunciones generan en el juzgador queda a salvo a través de la motivación de los fallos judiciales lo cual podrá ser atacado por la parte perjudicada en una posterior etapa recursiva. Cuando se menciona un error de técnica legislativa debería decirse mejor un error de intenciones legislativas, ya que la principal crítica es dejar a la *ficta confessio* y a la *ficta probatio* en un rango meramente facultativo. Tanto la *ficta confessio* como la *ficta probatio* están incluidas en cuerpos legislativos de carácter procesal y no de fondo, con lo cual queda claro que estamos hablando de cuestiones que tiene trascendencia práctica y no meramente teórica. Pero esto no debe resumirse en una simple adaptación del artículo 386 LEC al ámbito laboral dado que el proceso social responde a presupuestos diferentes a los del proceso civil. Cabe apreciar que el artículo 386 LEC impone como presupuesto a la aplicabilidad de las presunciones el partir de “hechos admitidos o probados”. Esto, así trasladado al ámbito laboral, vacía de contenido a la presunción probatoria dado que partimos de una obstrucción dolosa de las responsabilidades probatorias, siempre teniendo en cuenta las particularidades mencionadas del procedimiento laboral.

En este contexto serán los tribunales quienes deben hacer que la *ficta confessio* y la *ficta probatio* dejen de ser mecanismos de prueba para ser verdaderos medios probatorios con la suficiente fuerza operativa.

Abreviaturas:

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.