



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL

Trabajo presentado como requisito para optar al Título de Especialista en
Derecho Laboral

Autor: AUDY ARQUIMEDES LEON ZAMBRANO

San Cristóbal, 17 de Mayo de 2011



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL

Trabajo presentado como requisito para optar al Título de Especialista en
Derecho Laboral

Autor: AUDY ARQUIMEDES LEON ZAMBRANO

Tutor: DR. RODRIGO ANTONIO RIVERA MORALES.

San Cristóbal, 17 de Mayo de 2011

San Cristóbal, 17 de Mayo de 2011

Ciudadana:

Licenciada. Betzy Carolina Montilva.

Directora De Postgrado. De La Universidad Católica Del Táchira.

Presente.-

Formalmente presento el proyecto de trabajo de grado titulado: LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL. Para Optar al título de especialista en derecho laboral que otorga la Universidad Católica del Táchira.

Atentamente,

AUDY ARQUIMEDES LEON ZAMBRANO

C.I. V-13.350.648

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de Tutor del Trabajo de Grado presentado por el ciudadano: **AUDY ARQUIMEDES LEON ZAMBRANO**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Laboral, cuyo título es **LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL**, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, a los 17 días del mes de Mayo de 2011.

Rodrigo Antonio Rivera Morales
C. I. No V.- 1.705.230

INDICE GENERAL

	Pp.
Paginas preliminares	IX
Introducción	10
CAPITULO I: EL PROBLEMA	13
LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL	13
Antecedentes	16
Antecedentes Constitucionales	16
Legales	16
Doctrinales 18	
Jurisprudenciales	19
Términos Básicos	20
Marco Legal	21
ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LOS INDICIOS	23
Consideraciones Generales	23
Conceptos generales de Indicio	27
Naturaleza jurídica del Indicio	29
Regulación Legal	32
Elementos que Integran el Indicio	33
Hecho indicador	33
La operación lógico racional	34
Hecho Indicado	37
Clases de Indicios	37
Efectos del indicio en el proceso de valoración probatoria	40
Con relación a las partes	40
Función del Indicio	41
CAPÍTULO SEGUNDO: DISTINCIÓN ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN	43
Consideraciones Generales	43
El razonamiento deductivo en la elaboración de la Presunción	44
Normas sustantivas y procesales contentivas de la presunción	
En el ámbito laboral	46
Presunción de contrato indeterminado	48
Elementos que componen el indicio conforme al artículo 73 LOT	49
Elementos probatorios de la temporalidad	49
Presunción de contrato indeterminado por prorroga	50
Elementos que componen el indicio conforme al artículo 74 LOT	50
Elementos probatorios de la temporalidad	51
Presunción de contrato indeterminado por continuación	52
Elementos que componen el indicio conforme al artículo 75 LOT	53
Elementos probatorios de la temporalidad	54

Razonamiento inductivo en la elaboración del indicio	54
Distinciones entre presunción e indicio	55
CAPITULO TERCERO: LA INCORPORACIÓN DE LOS INDICIOS EN EL PROCESO LABORAL	57
Consideraciones generales	57
La aportación en el proceso laboral	58
CAPÍTULO CUARTO: REGLAS PARA APLICAR AL INDICIO COMO AUXILIO PROBATORIO EN EL PROCESO LABORAL	64
La determinación fáctica o silogismo factual en el proceso laboral	64
Los principios generales de la carga y distribución de la prueba	66
La aplicación de la carga de la prueba en el proceso laboral	70
El principio de protección al trabajador y la distribución de la carga	73
Dificultades probatorias y normas para la aplicación indiciaria	76
El indicio en la carga de la prueba laboral	78
CAPÍTULO V: LOS CRITERIOS QUE DEBE TOMAR EL JUEZ EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL INDICIO	80
El debido proceso: derecho de defensa y derecho de probar	80
El principio de igualdad y la favorabilidad del trabajador	83
Iniciativas probatorias del juez	84
Las reglas de la sana crítica respecto al indicio	86
Los criterios de aplicación del indicio en la valoración probatoria	93
Fase de decisión	98
CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFÍAS	106

INDICE DE ABREVIATURAS

CRBV	Constitución República Bolivariana de Venezuela
CC	Código Civil
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia (antigua Corte)
LOPT	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
LOT	Ley Orgánica del Trabajo
SC	Sala Constitucional
SCC	Sala Casación Civil
SCP	Sala Casación Penal
SCS	Sala Casación Social
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis de grado a DIOS TODO PODEROSO, para lograr mi meta que es ser especialista en derecho laboral.

A mi Familia, por ese apoyo, esa tolerancia, esa humildad, que incansablemente con su corazón, me han servido de guía para salir adelante ya que son estrellas brillantes que iluminaron mi vida, ángeles que me inspiran a seguir adelante, es por y para ustedes

.



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL

Trabajo presentado como requisito para optar al Título de Especialista en
Derecho Laboral

Autor: AUDY ARQUIMEDES LEON ZAMBRANO

Tutor: DR. RODRIGO ANTONIO RIVERA MORALES.

San Cristóbal, 17 de Mayo de 2011

RESUMEN

La presente investigación se realiza bajo modalidad descriptiva, cualitativa y documental aportando en forma detallada conceptos, elementos, la clasificación de los indicios, así como el alcance de esos conceptos en aplicación de las normas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en el proceso concreto. Para el análisis de la información se emplea el método interpretativo y comparativo. Sobre los conceptos se realizó un estudio morfológico. También se empleo el análisis directo en cuanto a las decisiones de los tribunales en su aplicación de la prueba indiciaria y el razonamiento para su valoración. Las fuentes utilizadas en el presente trabajo fueron de origen electrónico, libros tratantes del tema, jurisprudencias y leyes, así como la Constitución Bolivariana de Venezuela y el estudio comparado jurisprudencial con otros ordenamientos. El objetivo planteado se ubicaba en examinar la forma científica de la construcción indiciaria en el proceso para que se dé una correcta aplicación en el proceso laboral. Se concluye que el indicio es un medio de prueba indirecto que en su construcción deben aplicarse correctamente las reglas de la lógica, las reglas de las máximas de experiencia y el pensar reflexivo, pues se puede incurrir en errores que tergiversen los hechos indicantes y se tomen decisiones erróneas. La construcción indiciaria es de estructura compleja y responde a la idea de examinar todos los hechos que se den alrededor de una situación jurídica determinada. En el presente estudio se lograron los objetivos propuestos

Descriptor: Prueba indirecta, Prueba indirecta, Presunciones., Indicios, Valoración de prueba.

INTRODUCCIÓN

La crisis mundial de las economías de 2009 aun conmueve las estructuras sociales y jurídicas existentes, pues los efectos se han manifestado en la estructura ocupacional trayendo desajustes laborales innegables, en Venezuela hay que sumar la implementación de una nueva forma de producción que conduce al alejamiento de la inversión industrial privada y al cierre de innumerables fuentes de trabajo. Por los medios de comunicación (hecho notorio comunicacional) percibimos como efecto de la crisis el desarrollo de graves conflictos sociales por despidos masivos de trabajadores, reducción drástica del empleo en las empresas, cierre de múltiples empresas, oferta de los trabajos precarios (por horas, temporales, sin ningún tipo de arraigo), el aumento del horario laboral con mayor esfuerzo del trabajador y con reducción del salario; estrategias empresariales encaminadas a bajar costos, utilización de la contratación esporádica y externa a la empresa para enfrentar problemas o trabajos, que antes se resolvían con personal de la propia compañía, fusiones de empresas y alianzas estratégicas de corporaciones (que reducen el campo laboral) y, promoción de leyes con la finalidad de matizar la tutela del Estado, todo lo cual repercute negativamente en la estructura laboral y condiciones de trabajo. En Venezuela se presentan estas dificultades, pero además con el agregado que en la última década se han reducido las fuentes industriales de trabajo y ha decrecido la actividad en ciertas ramas altamente empleadoras¹.

Puede verse que el problema ha conllevado severos signos preocupantes en el orden social: el desempleo, el alto grado de pobreza en inmensas masas de la población, la carencia de mecanismos de seguridad social (por la disminución del empleo estable y adecuado), desencadenamiento de un alto índice delictivo en las sociedades y otras

¹ Informe anual de la CTV en Asamblea General. Revisado en FETRATACHIRA.

graves secuelas. Se observa, la creciente aparición del trabajo informal, (buhoneros, agentes de libre comercio, entre otros), así como la contratación de pasantes (personal en formación para bajar los costos y que al superar la etapa de aprendizaje, son despedidos y nuevamente se ingresan candidatos de ese rubro), los llamados trabajos “basura” (con trabajadores, regularmente ilegales, a quienes se les suele pagar por debajo del salario mínimo nacional, sin seguridad social, sin que gocen de días de descanso, con violación de la jornada laboral, o también aquellos realizadas por niños o ancianos), exceso de trabajadores contratados a tiempo determinado, todo lo cual viene a constituir un abierto atentado a las normativas laborales y de carácter social más elementales.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se plasma un reconocimiento amplio de los derechos fundamentales, como expresión del Estado Social de Derecho y de Justicia, se establecen garantías procesales y se le da rango constitucional al derecho de prueba; y en las leyes procesales postconstitucionales se acogen lo consagrado en la Constitución; específicamente, sobre los aspectos probatorios en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se establecen aspectos sustanciales de prueba novedosos, entre ellos se hace un reconocimiento específico a la prueba indiciaria como una herramienta técnica en auxilio de las partes para su defensa en el proceso, pero de que sirve tales consagraciones si no hay los instrumentos procesales que garanticen su efectiva tutela o si existieran, no se tienen los elementos a la mano para usar correctamente dichas herramientas lo que conlleva a un deficiente a uso de la prueba indiciaria en el proceso laboral.

Con este estudio, lo que se pretende es demostrar que a través de una correcta construcción de indicios se puede llegar a desvirtuar o develar la verdadera relación laboral, o su aplicación en los casos de ilícitos laborales, o también en la determinación de la responsabilidad del empleador en los casos de accidentes o enfermedades laborales. Por supuesto, tiene aplicación para desvirtuar la relación laboral o la

responsabilidad del empleador y verificar el hecho propio del trabajador. De suerte, que el objetivo del estudio es un examen de la construcción indiciaria y su aplicación en el proceso laboral, ello conlleva analizar sus elementos, su forma de aporte al proceso laboral, las reglas en su construcción y la valoración judicial en sentencia.

Para tratar el desarrollo del tema, en el primer capítulo se abarca a manera de marco teórico algunos antecedentes y definiciones básicas, así como los aspectos dogmáticos de los indicios, como son: concepto de indicio, naturaleza jurídica, elementos que lo integran, clases de indicio, efectos y función del indicio; en el segundo capítulo se toca lo relativo a la distinción entre indicio y presunción como: el razonamiento deductivo en la elaboración de la presunción, normas sustantivas y procesales contentivas de la presunción en el ámbito laboral, razonamiento inductivo en la elaboración del indicio, diferencias entre presunción e indicio; en el tercer capítulo se determinan los supuestos particulares de incorporación de los indicios en el proceso laboral; en el cuarto capítulo se explica lo referente a las reglas de la carga de la prueba, los principios generales de la carga y distribución de la prueba, dificultades probatorias y de juicio del indicio y proceso laboral, en el capítulo quinto se examinan los criterios que debe tomar el juez en la valoración probatoria, normas para la aplicación indiciaria, la reglas de la sana crítica y los criterios de aplicación del indicio, finalmente una parte de conclusiones.

La investigación utilizó el método sistemático e interpretativo, utilizando como fuentes textos que han tratado la teoría general de la prueba, así como la jurisprudencia, a fin de determinar los criterios preponderantes en la construcción indiciaria en el proceso laboral.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA EN EL PROCESO LABORAL

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002) establece una respuesta a la necesaria transformación de la administración de justicia en el país, en especial de la justicia laboral; con la promulgación de la misma, en nuestro país, fue introducido el Capítulo XII de los Indicios y presunciones en el título VI de las Pruebas, el cual no ha sido objeto de suficiente estudio en el campo procesal laboral por su reciente incorporación, aunado a la inexistencia de un tratamiento legal concreto anterior, de igual modo, ha sido abordado de manera superficial por el Ordenamiento Civil vigente. Sin embargo, el indicio en el campo procesal laboral ha tomado gran relevancia por su introducción como auxilio probatorio, que obliga a analizarlo profundamente, por cuanto el mismo, debido a una mala construcción, máxime su carácter de medio de prueba indirecto, puede ser causante de la comisión de grandes errores en búsqueda de la verdad.

El indicio se parte de un hecho probado para develar por vía de la inferencia lógico-racional un hecho desconocido; el problema es que, para esta tarea, comúnmente se tienen muy pocos elementos, ya que es un proceso de construcción lógico que nos demostrará ese hecho desconocido y el valor de convicción atribuible. En los indicios no hay nada seguro, salvo el hecho bruto inicial que es el hecho indicador; porque todo lo demás (incluyendo su carácter de indicio) lo alega quien pretende convencer de lo sucedido.

El uso de la prueba indiciaria para el esclarecimiento de los hechos dentro del proceso laboral, puede llevar a un sin número de situaciones, las cuales, sin duda, tendrán influencia en la falta de una correcta decisión del juez para el caso concreto, debido a que el indicio cumple una función

de relación lógica entre el hecho indicador y el hecho indicado que permite esclarecer otro desconocido. En este sentido se puede afirmar que el indicio es una herramienta probatoria técnica que tienen las partes, dentro del proceso, para llegar a una situación fáctica que ha estado oculta o simulada.

Por eso, la prueba indiciaria, netamente argumentativa, obliga en efecto a tener en cuenta no solamente la selección de datos, si no también la manera como se los interpreta, la significación que se escoge darles, es pues, una elección, más o menos consciente, entre varios modos de significación; tal elección para que tenga una mayor credibilidad, debe estar delineada dentro de un conjunto de requisitos que garanticen el debido proceso y cumplan con el derecho al mismo². Ante tal situación el individuo cuenta con una prueba para defender íntegramente sus derechos, la cual es la prueba indiciaria reconocida por lo demás en el Ordenamiento Jurídico Venezolano en la Ley Adjetiva del Trabajo, como un auxilio probatorio para complementar el valor de un medio probatorio aportado al proceso, acreditando certeza al hecho investigado y realizando el derecho al debido proceso establecido en la Carta Magna.

Hay situaciones en la relación laboral en las que no existen elementos de prueba directos, sino simplemente un conjunto de evidencias, hechos materiales, que pueden servir como indicadores de una relación laboral, por ello indiscutiblemente es necesaria la construcción de la prueba indiciaria. En este sentido el problema se formula así: ¿Cuáles son los elementos constitutivos del indicio? ¿Cuáles son los hechos indicantes que el juez debe valorar en su razonamiento lógico para dar como probado el indicio de contrato indeterminado en las situaciones de conflicto por contrato a tiempo determinado? ¿Cuáles son los supuestos de hecho que deben considerarse para develar un hecho desconocido? ¿Cuáles son los hechos indicadores que permiten formar

² RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, Barquisimeto: Editorial Jurídicas Rincón, p. 600.

certeza sobre un hecho controvertido? ¿Cuál es la forma de incorporar los hechos indicantes en relación al debido proceso en el proceso laboral? ¿Cuáles son los medios probatorios que acreditan suficientemente un hecho indicador? ¿Cuál debe ser el razonamiento que el juez debe realizar en la construcción indiciaria?

La presente investigación se realiza porque es evidente el aumento desproporcionado de la contratación de trabajadores sin contrato y expuestos a inestabilidad, utilizándose formas que ocultan la relación laboral o su temporalidad, por lo que evaluar la prueba indiciaria constituye una necesidad en el proceso laboral. De tal forma que los resultados obtenidos servirán para determinar las fuentes y los medios de prueba que pueden aportar los trabajadores en un proceso, a manera de hechos indirectos, que tengan potencialidad para la construcción indiciaria.

En el caso concreto, uno de los medios probatorios que revisten mayor atención, es el de los incidios, por ser la prueba auxiliar por excelencia, no obstante se ha presentado en el mundo jurídico gran discusión y confusión con respecto al tema; así pues un análisis e interpretación correcta de las instituciones procesales para lograr ese cometido, es indudablemente un objetivo deseable en la administración de justicia, por ello esta investigación se justifica en el plano institucional.

Todo lo anterior hace notar la relevancia de la presente investigación, la cual servirá para los trabajadores inmiscuidos en relaciones laborales de dudosa calificación; para las Inspectorías del Trabajo llamadas a realizar el reenganche respectivo del trabajador siempre y cuando se den los supuestos previstos en la ley; al Órgano Jurisdiccional, el cual en el ejercicio de su función está llamado a decidir; y finalmente a los doctrinarios, para comprender la gran importancia que tiene la prueba indiciaria no solo en el proceso laboral sino también en otros procesos especiales.

La investigación planteada, desde una perspectiva teórica, busca profundizar y actualizar la fundamentación doctrinal, jurisprudencial y legal desde el ámbito comparado del instituto de los indicios, con la finalidad de clarificar aspectos conceptuales y cuales son los mecanismos en el razonamiento lógico que debe emplear el juzgador en el momento de su apreciación. De igual manera se estudiarán los hechos indicadores y la forma de acreditarlos.

Antecedentes

Antecedentes Constitucionales

La Constitución, en su artículo 49, establece el debido proceso, allí se garantiza el principio de legalidad y el de ser informados de las acusaciones que obren en contra nuestra. Todo ciudadano, en cualquier procedimiento, tiene derecho a conocer la prueba que obra en su contra y disponer del tiempo necesario para preparar su defensa. La prueba indiciaria se ha establecido en el ordenamiento jurídico como elemento para formar convicción y como medio de prueba, lo que significa que la prueba indiciaria tiene que sojuzgarse al imperio de los principios constitucionales, por lo tanto debe concebirse que solo es aplicable la prueba indiciaria si se respeta el principio de legalidad, si se respeta el debido proceso, si los hechos bases o indicadores que son elementos de ella se ha obtenido lícitamente, y sobre todo si manifiesta seguridad jurídica.

Legales

Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1984. Reformada en 1993. Reformada en 2006.

En los artículos 68 y 145 se habla del indicio como aporte idóneo o medio de prueba para el esclarecimiento de la comisión del delito. Esto significa, que el legislador ha incorporado como medio de prueba el

indicio. Marca una serie de pautas sobre su construcción, estableciendo como hechos bases los indicadores que surjan como evidencia material.

Código de Procedimiento Civil de 1986

El artículo 510 da una regla de valoración para los jueces, en la cual incluye a los indicios como medios de prueba.

Obsérvese que el legislador ordinario dispone que los indicios deban ser apreciados, estableciendo unas líneas directrices, que se pueden resumir así: que sean plurales, concordantes, que tengan conexión entre sí y se desprendan de medios probatorios practicados y se relacionen con otros medios de convicción.

Código Orgánico Procesal Penal de 1999

El COPP no menciona el termino indicio, pero habla de la prueba directa y la prueba indirecta, así lo señala el artículo 198 al decir: “Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente al objeto de la investigación...”.

Es claro que la doctrina procesal penal y las disciplinas relacionadas con la investigación criminal han elaborado una amplia doctrina y práctica en torno al manejo de las evidencias y la construcción indiciaria. La prueba indiciaria ha sido clasificada como un medio indirecto en el conocimiento del hecho principal, tanto para el investigador como para el juzgador. Esto porque hay una intermediación y porque el resultado final se llega por conexión de los hechos indicantes a través de la inferencia, o sea, mediante una operación racional del investigador – en los actos de investigación- y del juez en el momento de valorar los medios y evidencias de convicción presentes en contradictorio en el proceso.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002

Se introdujo un capítulo referido a los indicios y presunciones en el título VI de las pruebas, de allí que se presenta la innegable relevancia del estudio de la institución, para lograr su eficiente aplicación que sirva para dilucidar cualquier incertidumbre que se genere a los abogados y jueces que pretenden lograr la consecución de la verdad.

Repárese que el legislador ordinario en el momento de la construcción de la Ley Procesal Laboral trata a los indicios como auxilios probatorios, saliéndose un poco de la doctrina procesal internacional. No obstante, cuando especifica el indicio lo toma como hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado, lo que significa que tiene una existencia material, independientemente de los procesos de inferencia que deba realizar el Juez. Obviamente, expresa que su significación cobra fuerza en su relación con el conjunto probatorio.

Doctrinales

El desarrollo de toda investigación debe ser respaldado por trabajos afines que sirvan como fundamento inicial y así obtener de ellos las conclusiones realizadas por cada investigador, a tal efecto se examinaron sobre el trabajo u objeto de estudio:

Alfonzo Guzmán, Rafael J (2005) Otras caras del prisma laboral "Las presunciones laborales". La investigación evalúa las presunciones laborales, las diferencias entre las civiles y laborales, las clases de presunciones y las falsas presunciones. Su aporte es el razonamiento probatorio y la forma de conectar el develamiento de un hecho desconocido.

Benjamín Klarh (2004). "Debate probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo" en obra colectiva Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Plantea el problema del debate probatorio y los aspectos fundamentales que se deben cumplir. Se expone la intermediación como la técnica de relación con la formación de la prueba y método de conexión de los medios probatorios para establecer

el juicio valorativo de prueba. Aporta la idea que el juez debe estar en contacto con la práctica de la prueba con el objeto de formarse un juicio valorativo sobre los alegatos de las partes y las pruebas evacuadas.

Uzcategui, Andrea (2007). "La insuficiencia de prueba en el proceso laboral". Formula el problema de la insuficiencia de prueba, tanto en el momento de admisión de la oferta probatoria como en el momento de la valoración de prueba para fundar sentencia. Su aporte se concreta en el establecimiento de la idea que el juez debe hacer una valoración exhaustiva y extraer hechos y circunstancias periféricos al hecho principal debatido de los medios de prueba practicados, para que en análisis conjunto pueda valorarse la pluralidad como indicio.

Chacón, Crisseloy (2007), "La construcción científica del indicio", investigación en Derecho Procesal dirigida por el Profesor Rodrigo Rivera, en la cual se hace énfasis en diferenciar los elementos constitutivos del indicio, resaltando los aspectos lógico-inferenciales. Su aporte fundamental es con relación al razonamiento probatorio del indicio en el establecimiento de la conexión entre los diversos hechos indicantes..

Jurisprudenciales

Sentencia del 28 de Mayo de 1991 de la extinta Corte Suprema de Justicia, referente al valor probatorio de los indicios.

La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido que investiga. En esta sentencia los indicios se fundamentan en la lógica apoyada en la experticia humana y en los conocimientos técnicos y científicos especializados según sean indicios ordinarios o técnicos.

Sentencia del 05 de Febrero de 2002 de la Sala de Casación Civil, referida a la formación de la prueba circunstancia (indicios).

En la formación de la prueba indiciaria, el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de la ley expresa. Estos principios son: a) que el hecho considerado como indicio sea comprobado; b) que esa comprobación conste en autos; c) que no debe atribuirse valor probatorio a un solo indicio.

Términos Básicos

CONTRATO DE TRABAJO: El contrato de trabajo es aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración.

CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO DETERMINADO: Es contrato celebrado por un tiempo específico y concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga.

EMPRESA: Es toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica.

EMPLEADOR: Es la parte que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia, a cambio del pago de una remuneración o salario.

ESTABILIDAD LABORAL: Es el derecho que tiene el trabajador a la permanencia en su trabajo.

EL HECHO INDICADOR: es la cosa u objeto, objetivo o subjetivo, acto o actividad, que tiene existencia real en el proceso porque ha sido demostrada mediante medio prueba directa.

HECHOS DESCONOCIDO: El hecho que existe y se devela mediante la conexión racional con el hecho indicante.

INDICIO: Es un hecho que señala una relación de causalidad psíquica entre el hecho que se averigua y su presunto autor y, por consiguiente, es apto para formar un razonamiento inductivo, que integra un juicio de causalidad, partiendo del hecho conocido a otro desconocido.

LÓGICA: La lógica es el método del pensar reflexivo que nos permite elaborar el discurso coherentemente, mediante la construcción argumentativa.

RELACIÓN: Conexión de una cosa con otra. Correspondencia, trato entre personas por razones de interés o de amistad.

SANA CRÍTICA: Es la operación intelectual realizada por el juez y destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales, realizada con métodos racionales.

SIMULACIÓN: Acción de fingir. Tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas.

TRABAJO: Tarea o esfuerzo humano susceptible de ser valorado económicamente y aplicado a la producción de riqueza.

Marco Legal

La presente investigación está sustentada en diferentes normas de rango constitucional, legal y reglamentario que atañen a la relación laboral el trabajo, en los contratos de trabajo y al tema de los indicios.

En la Constitución están los derechos y garantías de la tutela efectiva (art 26 CRBV) y el debido proceso (art 49 eiusdem) que establecen una administración de justicia idónea, imparcial, con fundamento en la verdad y la justicia y, con todas las garantías, y protección especial al trabajo (art 89 eiusdem). Esto significa que el juzgador debe buscar en su función la verdad aplicando los métodos propios de conocimiento judicial y los razonamientos lógicos probatorios que no sean contrarios a la lógica ni a las máximas de experiencia.

Entre los establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo se encuentran, los siguientes:

De la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

Artículo 10: Los jueces del trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica; en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador.

Artículo 117. El indicio como todo hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto, cuando conduce al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia.

Artículo 122. El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas. Por primera vez se incorpora en la legislación la conducta de las partes en el proceso como hecho a valorar, el problema es que no distingue si como indicio o presunción.

Estas normas citadas establecen con claridad la naturaleza jurídica que el legislador laboral ha conferido al indicio. Es decir, el indicio es un medio probatorio auxiliar que complementa el alcance de los medios probatorios ordinarios.

ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LOS INDICIOS

Consideraciones Generales

En una visión dinámica se ha apelado desde los primeros pasos de la humanidad a los indicios para saber algo o predecir algo, pero ha ido variando la forma de interpretarlos y aplicarlos. PARRA QUIJANO³ afirma que los indicios tienen su origen en la magia, esta era homeopática (ley

³ PARRA QUIJANO, Jairo (2001), *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá: Librería El Profesional, p. 9.

de la semejanza) y contaminante (ley de contacto). En la primera tenía como sustento que “lo semejante produce lo semejante”, por ello mucha gente para dañar a su adversario creaba una imagen de este y lo que hiciera a esa imagen era sufrido por el enemigo. La segunda, partía que las cosas que alguna vez estuvieron juntas, aunque se les separe, siguen, en alguna forma relacionadas y lo que se haga a alguna de ellas producirá efectos en la otra.

Posteriormente, en virtud del fenómeno del animismo los primitivos pensaban que la búsqueda del asesino la realizaba el propio muerto, quien perseguía y mataba; con posterioridad el muerto dejaba esa misión a sus parientes, indicándoles quien era el asesino mediante señales; la forma más común para hacer estas manifestaciones fue la ordalía del muerto. Más adelante aparece la magia de transferencia en virtud de la cual ya no era el muerto el que perseguía y tampoco indicaba a sus parientes quien lo había matado, sino que era la flor o las espinas de esta, que habían crecido cerca de su tumba, las que se encargaban de perseguir al asesino y darle muerte.

La prueba de indicios surge en un marco histórico, después que desaparecen las ordalías y luego de abolido el tormento como medio para obtener la confesión del sindicado, cuando se le permitió al juez la libertad de valorar la mayor parte de las pruebas, entre ellas el indicio, haciendo uso de las reglas de la experiencia, de la lógica, y de la psicología.⁴

Narra RIVERA MORALES⁵ que: “En la segunda mitad del siglo XIX, el crítico de arte italiano, GIOVANNI MORELLI, quien era médico, estableció un nuevo método para la identificación de las falsificaciones de las pinturas italianas célebres que se encontraban en la mayoría de las

⁴ GINZBURG, Carlo (1994), *Mitos, emblemas, Indicios. Morfología e historia*. Barcelona: Editorial Gedisa, pp. 38 a 164

⁵ RIVERA MORALES, Rodrigo (2007), “El indicio en la práctica judicial”, en obra colectiva XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, pp. 546 y ss.

pinacotecas europeas (LEONARDO DA VINCI, RAFAEL, PERUGINO, SANDRO BOTICELLI, TIZIANO, etcétera)".

Agrega que MORELLI "Sostenía que, el error de los críticos de arte pictórico consistía en tratar de atribuir las pinturas a cada pintor, analizando las características más evidentes y conocidas, como la sonrisa de los Leonardos, los ojos entornados al cielo como suplicantes de los personajes de Perugino, las mujeres como desvalidas de una belleza abandonada y como indecisas en las pinturas de Sandro Boticelli, como la Céfora o Judith. Pero por evidentes y conocidas, estas características, eran precisamente las más fáciles de imitar".

MORELLI creía, en cambio, que las falsificaciones debían detectarse observando los detalles menos trascendentes de cada pintura. Aquellos rasgos que cada pintor incorpora de manera casi inconsciente en su técnica (los lóbulos de las orejas, las uñas, los dedos de pies y manos, la comisura de los labios, las líneas de expresión, etcétera). Estos datos son reveladores porque constituyen los momentos en los que el control y la vigilancia del artista se relaja y cede a sus impulsos.

De esta manera, trabajando con estos "rasgos pictóricos", MORELLI descubrió cuáles eran las pinturas originales de estos artistas.

En la primera mitad del siglo XIX, EDGAR. ALLÁN POE, un inmenso escritor norteamericano, precursor de la novela policíaca a través de historias como: "La carta robada", "Los crímenes de la calle morgue" y el "El misterio de Marie Roget". Estas novelas tienen un personaje común llamado AUGUSTE DUPIN, un detective privado aficionado a resolver enigmas y acertijos, que es quien resuelve analítica y lógicamente problemas de gran complejidad.

En la segunda mitad del siglo XIX, el escritor inglés, ARTHUR CONAN DOYLE, (quien también era médico), creó el célebre personaje SHERLOCK HOLMES, quien es un inspector que llega a la escena del crimen y actúa como un cazador de aquellos primitivos, que rastrea y

husmea su presa. Este personaje de SERLOCK HOLMES fue inspirado en el personaje de AUGUSTE DUPIN de la obra de EDGAR ALLAN POE.

En su novela “La aventura de la caja de cartón”. A partir de dos orejas humanas conservadas en sal gruesa que fueron enviadas dentro de una caja de cartón SHERLOCK HOLMES estudia en detalle esas orejas, a la manera como lo hacía GIOVANNI MORELLI con sus pinturas, sobre la base de que las orejas presentan peculiaridades anatómicas respecto de los miembros de cada familia (en el lóbulo, el pabellón, el cartílago interno, etcétera) estableciendo a qué persona correspondía y descubriendo un crimen y a su autor.

El personaje de SHERLOCK HOLMES superó a su creador. La gente, en su tiempo (y aún hoy) llegó a creer que se trataba de un personaje de la vida real, al punto que le enviaban cartas. Paradójicamente, mientras EDGARD ALLAN POE murió en la miseria, CONAN DOYLE, que se inspiró en ALLAN POE fue inmensamente rico y famoso gracias a este personaje.

Con bases en “pistas”, que son inadvertidas, invisibles para las miradas inexpertas, utilizando la lógica, tanto el personaje AUGUSTE DUPIN de EDGAR ALLAN POE como el personaje SHERLOCK HOLMES de ARTHUR CONAN DOYLE reconstruyen admirablemente los hechos y determinan el crimen, cómo fue que se perpetró, al autor y el móvil.

A comienzos del siglo XX el célebre médico vienés SIGMUND FREUD, considerado el padre del psicoanálisis, producto de sus investigaciones decía que, desde el punto de vista psicológico a la persona había que estudiarla cuando se encontraba desprevenida, a través de los pequeños gestos inconscientes, que son los que revelan el carácter, la personalidad, porque es en ese estado cuando fluye la personalidad de modo natural⁶.

⁶ KAISER, N. (1979). *Criminología. Una introducción hacia sus fundamentos científicos*. Madrid: Alianza Editorial, p.132.

De modo que con base en la observación y el estudio de los “gestos inconscientes o inadvertidos”, FREUD determinaba el carácter de la persona.

En conclusión, estos eventos demostraron que los “detritus”, los “desperdicios” de nuestra observación, los detalles que pasan desapercibidos, inadvertidos, para la inmensa mayoría de las personas porque habitualmente se consideran como poco importantes o triviales y que por tanto permanecen invisibles a las miradas inexpertas, proporcionan la clave, para resolver complejos problemas de conocimiento en el proceso judicial⁷.

En este perfeccionamiento, se preparó, según RIVERA MORALES⁸, el camino para identificar al indicio como un hecho que muestra otro; actualmente la doctrina ha dicho que los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos, es decir, el indicio no comporta la subjetividad del intérprete, sino una situación concreta de donde se deduce otra situación determinada por medio de un proceso lógico o de enfoque mental. Agrega PARRA QUIJANO (2006) que “para que podamos con propiedad hablar de indicio, se requiere aprehender el hecho en su momento dinámico, es decir, cuando se relaciona con la pequeña historia del proceso y con una regla de la experiencia”⁹.

De lo expresado anteriormente entiende que hubo mucho tiempo en que se desconoció la importancia de la prueba indiciaria y en que se la

⁷ CAPPELLETTI, Mauro (1974), *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América., p. 8 dice que el derecho es reflejo de la sociedad, del sistema social, de la ideología, del estadio de la ciencia, de la cultura en general, porque es un producto cultural. “Uno de los temas de estudio que más deberían fascinar, me parece, a los filósofos y a los historiadores del derecho, es precisamente éste: la indagación de cómo, a través de una obra de siglos, muchos siglos, las nuevas concepciones culturales y del pensamiento, a partir de las grandes escuelas experimentales e inductivas que llevan nombres como los de un Francis Bacon o de un Galileo Galilei, han sabido penetrar, muy despacio, en una progresión extremadamente lenta pero necesariamente victoriosa en los institutos procesales. La observación directa y el análisis crítico de los datos concretos; el método inductivo y fenomenológico, la psicología experimental, están hoy en el centro de los más modernos sistemas probatorios y procesales.”

⁸ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 594.

⁹ PARRA QUIJANO, Jairo (2001), *Manual de Derecho Probatorio*, ob. cit., p. 9

consideraba como un atributo semidivino, como la más grande expresión de la sabiduría. Relegada, en lejanas épocas, a un papel sumamente secundario, se colocó al nivel de las pruebas naturales imperfectas como ser deposición de un testigo, confesión extrajudicial...Desde entonces hasta nuestros días la llamada “prueba indiciaria” ha recorrido un largo trayecto durante el cual su importancia ha ido creciendo cada vez más, así en la doctrina como en la legislación, su papel tiende a hacerse cada vez más considerable, en razón de los descubrimientos científicos.

Conceptos generales de Indicio

Desde los primeros pasos de la humanidad se ha apelado a los indicios para saber algo o predecir algo, pero ha ido variando la forma de interpretarlos y aplicarlos. *Indicium* es una derivación de *indicare* que significa indicar, mostrar, hacer saber; en una visión dinámica PARRA QUIJANO, prefiere usar la resultante de la contradicción de “*inde dicere*” que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probatorio que de él obtiene el interprete¹⁰, es decir, el indicio cumple una función de relación lógica entre el hecho indicador y el hecho indicado, sin usar ninguna forma de representación.

Se puede notar que el hecho indiciario o hecho indicador es el hecho que indica, que señala hacia un hecho desconocido. Se observan según RIVERA MORALES¹¹, diversas acepciones acerca del concepto de indicio, entre ellas presenta las siguientes:

- a) *el indicio es el hecho indiciario*: según esta visión se denomina indicio al hecho indicante e indicador o indiciario, por ejemplo: la huella, la mancha de sangre; b) *el indicio es la inferencia lógica*: el indicio no es el hecho indicador, sino el razonamiento, es decir, la operación mental de inferencia lógica que hace el juzgador; c) *el indicio es todo el proceso de aprehensión y razonamiento*: según esta concepción el indicio comprende tres elementos: el hecho indicador, el hecho indicado o

¹⁰ PARRA QUIJANO, Jairo (2001, *Manual de Derecho Probatorio*, ob cit., p. 25.

¹¹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 594.

desconocido y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos. La mayoría de los autores se pronuncia por sostener que el indicio es el hecho indiciario.

Por su parte, DEVIS ECHANDIA, define el indicio así: “Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”¹².

Para SILVA MELERO, el indicio “es circunstancia cierta, de la cual se puede obtener, por inducción lógica, una conclusión sobre el hecho desconocido cuyo esclarecimiento se intenta. El convencimiento indiciario se basa sobre un silogismo, cuya premisa mayor problemática tiene su fundamento en una presunción relativa”¹³.

Se encuentra además la definición dada por DELLEPIANE¹⁴, según el cual “el indicio es todo “rastros, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente probado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”; así es posible llegar a conocer otro hecho que ignoramos por medio de una operación de la mente, es decir, mediante una inferencia que para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas. De esta manera la doctrina se inclina por afirmar que el indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido, debe quedar suficientemente claro, que el indicio es, un hecho especialmente cualificado, porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro; por otra parte afirma PARRA QUIJANO¹⁵ que no es necesario incluir en la definición las reglas de experiencia, ya que son

¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, Medellín. Editorial Dike, tomo II, p. 600.

¹³ SILVA MELERO, V (1963), *La prueba procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 304.

¹⁴ DELLEPIANE, Antonio (2000), *Nueva Teoría de la Prueba*. Santa Fe de Bogotá- Colombia: Editorial Temis, p. 57.

¹⁵ PARRA QUIJANO, Jairo (2001), *Manual de Derecho Probatorio*, ob. cit., p. 22.

instrumentos que se utilizan para valorar absolutamente todos los medios probatorios.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo define en su artículo 117 al “indicio como todo hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto, cuando conduce al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia”. Puede observarse de la definición legal citada que ella recoge lo que la doctrina ha ido elaborando en torno a la figura del indicio.

Naturaleza jurídica del Indicio

La naturaleza jurídica de los indicios ha sido tema de discusión, debido a la existencia de dos posiciones contradictorias, una de las cuales afirma que no son medios probatorios y la que sostiene que son medios de prueba. Para los partidarios de la primera posición expresan que los indicios se trata de una operación mental, lógica, dirigida esencialmente por aspectos psíquicos, todo lo cual conduce que son simples apreciaciones de hechos más que pruebas¹⁶, argumentan además que en el fondo el indicio se reduce a una operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, además de que en el fondo, el indicio puede considerarse desde dos puntos de vista: por un lado se vincula al de objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta y por otro expresa el resultado de una operación mental, que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente a la valoración de la prueba, de la cual es uno de sus modos.

¹⁶ Por todos LEGUISAMÓN, Héctor E (2006), *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2ª Edición. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 45.

ROSENBERG¹⁷ expresa al referirse a la prueba inmediata (o directa) y mediata (o indirecta o de indicios), diciendo que la primera tiene por objeto afirmaciones sobre los hechos de los que directamente debe resultar la existencia o inexistencia de una característica típica de la norma; la segunda se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que solo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. Argumenta el mencionado autor que a ella pertenecen también los llamados “hechos auxiliares de prueba” que atañen a la admisibilidad o a la fuerza probatoria de un medio de prueba, tales hechos se llaman indicios los cuales son indicaciones, orientaciones, argumentos de prueba pero se llamara también de ese modo a toda la conclusión.

SCHÖNKE sostiene que “objeto de prueba pueden ser también indicios, esto es, hechos de los cuales se deduzcan los que inmediatamente interesen”¹⁸, es decir, los indicios son objeto de prueba, en el entendido que son realidades susceptibles de ser probadas, no medio de prueba. La afirmación anterior conduce a la idea que cabe siempre probar indicios en lugar de los hechos que inmediatamente interesen.

La segunda posición, asumida mayoritariamente por la doctrina¹⁹ en general considera que los indicios son medios de prueba²⁰, ya que sostener que el indicio es solo un objeto de prueba es quedarse en la mitad del camino, en otras palabras, los mismos son medios de prueba, solo que no son representativos ni muestran directamente el hecho sino que lo indican (el que interesa al proceso). Para el sector que considera que son verdaderos medios probatorios señalan que el hecho indiciario no

¹⁷ ROSENBERG, Leo (1989), *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 202.

¹⁸ SCHÖNKE, Adolfo (1968), *Derecho Procesal Civil*. 5ª Edición, Barcelona: Editorial Bosch, p. 201.

¹⁹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 597.

²⁰ Por todos DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, Medellín. Editorial Dike, tomo II, p. 601.

surge de la nada sino que tiene que probarse, es decir, tiene que estar mostrado en la causa, en otras palabras, no muestran directamente un hecho desconocido sino que lo indican, por ello es que uno de sus elementos aporta argumento probatorio.

Tal como puede advertirse, el indicio es una prueba indirecta, de carácter crítico, es decir, no es una prueba de carácter histórico ni representativa, ya que, siguiendo a CARNELUTTI, dice que: “ni el juez observa el hecho, lo que tiene es un hecho que le sirve de sustento o base para buscar el hecho a probar”²¹. Precizando los indicios son una prueba crítica, lógica, indirecta, podemos decir que cuando se habla de prueba directa el hecho lo presencia el juez; en la prueba histórica como por ejemplo el testimonio o el documento, se le representa al juez el hecho a probar; en la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni este está representado, lo que tiene es siguiendo las palabras de PARRA QUIJANO, “un hecho que le sirve de sustento o de base para buscar el hecho a probar”²².

Ahora bien, es evidente que el indicio ingresa al acervo probatorio a través de otros medios probatorios tales como el testimonio, la inspección judicial, experticia, documentos, lo cual supone que es objeto de prueba, tal como lo establece el artículo 117 del LOPT. Por eso la prueba de indicios ha sido denominada como “prueba circunstancial” o “prueba por el concurso de circunstancias”, es además una prueba abierta pero que con el avance de las innovaciones técnicas podrá convertirse en prueba fundamental.

No obstante, hay que expresar que el legislador incurre en error al hacer equivalente el hecho indicante con el indicio, porque conforme a la definición establecida en el artículo 117 LOPT lo que se acredita es el hecho, circunstancia o signo que indica o señala al hechos desconocido.

Regulación Legal

²¹ CARNELUTTI, Francesco (1979), *La Prueba Civil*, Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 86.

²² PARRA QUIJANO, Jairo (2001), *Manual de Derecho Probatorio*, ob. cit., p. 22.

En algunos casos la prueba indiciaria puede aparecer en contradicción con los principios constitucionales de presunción de inocencia, el in dubio pro reo, la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos. Es claro que la Constitución de la Republica Bolivariana (CRBV)²³ garantiza el principio de la legalidad y la de ser informados de las acusaciones que obren en contra de los ciudadanos, lo que significa que la aplicación de la prueba indiciaria tiene que someterse al imperio de tales principios. Por tal razón debe tenerse como regla que solo es aplicable la prueba indiciaria si se respeta el principio de legalidad, el debido proceso, no es contraria a la ley y brinda seguridad jurídica.

En el Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁴ se establece “Los Jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos”. En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en el capítulo XII (artículos 116 a 122) regula lo relativo a “Indicios y Presunciones” allí se establecen la diferencia entre estas figuras jurídicas, lo cual indica que es una prueba admitida por la ley, pero al igual que cualquier otro medio probatorio, requiere cumplir requisitos que brinden seguridad jurídica y garanticen el debido proceso.

La jurisprudencia nacional²⁵ y extranjera han expresado reiteradamente la absoluta licitud y constitucionalidad de la prueba de

²³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999.

²⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de 18 de Septiembre de 1990.

²⁵ JURISPRUDENCIA. TSJ- SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia N° 523, de fecha 8 de octubre de 2002, expediente N° 02-177. Magistrado ponente Alfonso Rafael Valbuena Cordero, caso Manuel Alberto Gómez Rodríguez contra Celestina del Valle Cardona Monserrate: “Así, el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que en la formación de la prueba circunstancial, como también se le llama a los indicios, el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación, no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de Ley Expresa, estos principios son: 1°) que el hecho considerado como indicio este comprobado. 2°) Que esa comprobación conste en autos y 3°) Que **≤** no debe atribuirse valor probatorio **≥** a **≤** un solo indicio **≥** “. En

indicios siempre que se cumplan con los requisitos que ordenan las normas relativas al debido proceso y, en general, sobre las garantías procesales. Se quiere expresar que si la prueba indiciaria no tiene una aplicación sometida a la legalidad y al debido proceso puede vulnerar el principio de presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo*. De igual forma pensamos que la prueba directa es mas segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria, aunado a ello se sostiene que en la medida que se incorpore al proceso la prueba científica, la prueba indiciaria adquirirá mayor confiabilidad.

Elementos que Integran el Indicio

Hecho indicador

El hecho indicador²⁶ es la cosa u objeto, objetivo o subjetivo, acto o actividad, que tiene existencia real en el proceso porque ha sido demostrada mediante medio prueba directa. El hecho indicante puede ser un rastro, huella, marca, una actividad, un signo, un comportamiento, señal o aptitud. Ese hecho no puede ser imaginario, sino real y concreto, debidamente probado, lo que significa que su obtención se lícita y en el debido proceso.

Debemos ratificar que el hecho base o indicante debe ser probado mediante prueba lícita y regular, esto es, que no tenga vicios de ilicitud o de ilegalidad, porque genera una nulidad absoluta o relativa. Tiene que

Jurisprudencia reiterada, Sentencia N° [481](#), de fecha 17 de julio de 2003, expediente N° 03-115, Magistrado ponente Alfonso Rafael Valbuena Cordero, caso Amabilis Lara Hernández contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.): “En un fallo relativamente reciente, Casación ha expresado lo siguiente: ‘en la aritmética procesal, los indicios son quebrados: aislados, poco o nada valen, pero sumados, forman y en ocasiones exceden, la unidad probatoria plena, pues la característica de los indicios es que ninguno por sí solo ofrece plena prueba; ellos deben apreciarse en conjunto; su eficacia probatoria debe contemplarse con la suma de todos los que den por probados los jueces y no con algunos aisladamente..’. (CFC. Memoria 1945. Tomo II. Pág. 107). (Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 5 de febrero de 2002. Exp. N° 99-973)”. Tomado www.tsj.gov.ve [2011, febrero 12].

²⁶ Llamado también hecho indicador o hecho base. La doctrina está conteste en usar esta expresión para denominar, por todos DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 628.

ser un medio probatorio directo, por lo que no es válido que se a través de conjeturas, sospechas, indicios o presunciones. Aun cuando hay una corriente de la doctrina que asume que el indicio puede ser probado por una pluralidad de indicios²⁷. Tiene que ser mediante experticia, testimonio, inspección judicial, confesión o prueba atípica capaz de materializarse. Así pues, el hecho indicador debe estar probado, con posibilidad cierta de ser controvertido y jurídicamente saneado. Por otra lado, hay que tener cuidado en la relación que indican, pues, hay algunos que son directos e indican la relación, por ejemplo, la amenaza, caso distinto es cuando la relación no es indicada y tiene que llegarse por medio de diversos hechos, lo que significa que la relación es indirecta y develada a través de varios hechos.

La operación lógico racional

Es el proceso en el caso concreto realizado por las partes o el juez, consistente en reproducir la realidad por vía del pensamiento para construir un *hecho concreto pensado*. Este hecho concreto pensado debe ser capaz de reflejar fielmente la realidad²⁸. RIVERA MORALES²⁹ señala que la operación lógico- inferencial es una manera de razonar que conduce al descubrimiento de propiedades o relaciones, partiendo de la determinación de hechos particulares y su combinación³⁰. No hay duda que los indicios refieren hechos. Dice CALVO³¹, que “*no se los conoce de*

²⁷ RIVERA MORALES, Rodrigo (2010), *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, Barquisimeto: Editorial Librería Jurídica Rincón, p. 600.

²⁸ Lo que llamamos realidad surge siempre surge siempre en la interacción entre un observador y un objeto de la observación. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1992), *La imaginación jurídica*, Madrid: Editorial Debate p. 26 “nuestra única realidad inmediata es nuestra representación de la realidad, y nuestra única realidad concebible es nuestra concepción de la realidad”.

²⁹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2010), *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, ob cit. p. 406.

³⁰ DE GORTARI, Eli (1972), *Lógica general*, 5ª Edición, México: Editorial Grijalbo, p. 195.

³¹ CALVO GONZÁLEZ, José (1998), *El discurso de los hechos*, 2ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos. p. 52.

forma inmediata o directa, acabada, in facto esse, sino, nunca mejor dicho, in fieri". Se requiere un proceso racional analítico que organice un discurso narrativo como relato confiable de la ocurrencia de unos determinados hechos.

Se trata de interpretar los signos, huellas, marcas, rastros o símbolos que hay en la realidad en el contexto del caso (escenario). Interpretar una impronta significa ponerla en correlación con una posible causa física. La experiencia nos puede indicar, si hay esos datos previos y han sido sistematizados –aun mentalmente- en una determinada forma-tipo, la clase de sus causas posibles (huellas digitales: clase: personas)³².

Debe aceptarse que los hechos indicantes son evidencias (de cualquier naturaleza) dejados por un agente exterior a la escena en donde sucedió algo, que se reconocen como vinculados físicamente a ese agente, de manera que, a partir de su presencia real o posible, puede deducirse la presencia pasada, real o posible, del agente, o, también, conectados al hecho sucedido por acto psíquico del agente –motivo-.

Obsérvese que en la inferencia del hecho desconocido se trata de formular una predicción de carácter hipotético, es decir, en adoptar una hipótesis, que propenda a explicar razonablemente, mediante análisis lógico, lo que determinados hechos indicantes representan en la ocurrencia de un hecho.

Así pues, que persigue construir una hipótesis presuntiva, a través de formulación de enunciados de modo separado y después reconstruir para determinar su validez lógica. Veamos un ejemplo, imaginemos que en la realidad nos encontramos un *resultado* Juan ha muerto, de allí hacemos un enunciado Juan es mortal; nos preguntamos ¿Qué es Juan? Nos respondemos: es una persona, así tenemos otro enunciado como *caso*: *Juan es una persona*. Finalmente, establecemos una *regla*: *Todas las personas son mortales*. Nótese que fuimos de atrás hacia la regla. Pero para demostrar su validez hacemos una reconstrucción lógica así:

³² ECO, Umberto (1992), *Los límites de la interpretación*, Barcelona: Editorial Lumen, p. 268.

Regla o *Premisa mayor*: Todas las personas son mortales; *Caso o premisa menor*: Juan es persona, en consecuencia tenemos un *resultado o conclusión*: Juan es mortal³³. Se trata en última de construir una regla que explique ese resultado como un caso de esa regla.

Aplicado a hechos laborales pudiera ser un ejemplo de la siguiente forma: un *resultado* Juan ha tenido un accidente en un sitio de trabajo de allí hacemos un enunciado Juan ha tenido accidente laboral; nos preguntamos ¿Qué es Juan? Nos respondemos: es una persona en una situación determinada, así tenemos otro enunciado como *caso*: *Juan es un obrero*. Finalmente, establecemos una *regla*: *Los accidentes laborales suceden a los obreros*. Nótese que fuimos de atrás hacia la regla. Pero para demostrar su validez hacemos una reconstrucción lógica así: Regla o *Premisa mayor*: Los accidentes laborales suceden a los obreros; *Caso o premisa menor*: Juan tuvo un accidente laboral, en consecuencia tenemos un *resultado o conclusión*: Juan es obrero.

Hecho Indicado

Es el develamiento de lo desconocido hacia lo conocido³⁴. Véase que es el resultado de la construcción por vía del pensamiento, que en un movimiento dialéctico de verificación y contrastación de hechos y

³³ GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo (2005), "La abducción en el campo jurídico", Revista Telemática de Filosofía del Derecho Nº 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382. p. 234. Vid. CONAN DOYLE, A (1998), *Estudio en escarlata*, Barcelona: Editorial Fontana, p. 150, en una charla Sherlock Holmes expresó su método "Ya le he explicado que todo aquello que se sale de lo vulgar no resulta un obstáculo, sino que es, más bien, una guía. El gran factor, cuando se trata de resolver un problema de esta clase, es la capacidad para razonar hacia atrás. Es una cualidad muy útil y fácil, pero la gente no se ejercita mucho en ella. En las tareas de la vida cotidiana resulta de mayor utilidad razonar hacia adelante y por eso se la desatiende. Veamos si puedo expresarlo de manera más clara. Son muchas las personas que, si se les describe una serie de hechos, anunciarán cuál va a ser el resultado. Son capaces de ordenar en su cerebro los hechos, y deducir que han de tener un efecto determinado. Sin embargo, son pocas las personas que, diciéndoles usted el resultado, son capaces de extraer de lo más profundo de su propia conciencia los pasos conducentes a ese resultado. A esta facultad me refiero cuando hablo de razonar hacia atrás; es decir, analíticamente.

³⁴ DELLEPIANE, Antonio (2000), *Nueva Teoría de la Prueba*, ob. cit. p. 58.

circunstancias pospone de manifiesto el hecho, que inicialmente era desconocido, pero ya por ese movimiento es revelado, es conocido. Ese hecho es incorporado al proceso mediante la argumentación fáctica que conecta, sin dudas ni ambigüedades, los diferentes hechos debidamente probados y que constituyen una unidad indisoluble con la conclusión.

Para concluir este aspecto de los elementos, manifiesta RIVERA MORALES³⁵ que ellos son inseparables, que no pueden verse en forma aislada, el indicio es el conjunto de los tres elementos examinados y que conforman una unidad de pensamiento como un concreto pensado, síntesis de muchas relaciones y verificaciones, por tanto es una unidad en la diversidad

Clases de Indicios

Dentro de las clases de indicios se puede hacer mención, a lo que la doctrina ha llamado haz de indicios de la subordinación, que son aquellos indicios a través de los cuales cuando aparece uno o más de ellos el juzgador debe reconocer una relación de trabajo. Se menciona el haz de indicios positivos y el haz de indicios negativos. Dentro de los primeros se menciona: la incorporación de la organización jerarquizada; la obligación de ajustar la prestación de servicios al criterio de la organización, es decir, el hecho de tener que realizar la actividad de acuerdo como lo manda la organización a la que se pertenece; es definidor el ejercicio del poder disciplinario y sancionatorio del patrono; la prestación de servicio con carácter de exclusividad; el carácter permanente y continuo de las prestaciones; la obligación de cumplir un horario; el uso de uniformes o ropas dadas por el empleador, las rutas asignadas por el empleador; la presencia en sitios de trabajo de la

³⁵ RIVERA MORALES, Rodrigo (2010), *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, ob. cit. p. 603.

empresa en forma permanente; la asignación de tareas laborales; depósitos de dinero en cuenta del trabajador, estos entre otros.

Por su parte el haz de indicios negativos nos muestra la exclusión de las relaciones de trabajo, entre los cuales sería preciso mencionar la existencia de medios de producción propios; la no sujeción a las órdenes de la otra parte³⁶; la ausencia de controles de prestación de servicios; la autoorganización del trabajo; la asunción de riesgos; la no exclusividad de la actividad para esa persona que se pretende tener una relación de trabajo; la explotación personal por interés y cuenta propia.

Existe diversas clases de indicios señaladas por distintos autores, sin embargo, resultaron interesantes dos de ellas. En primer lugar, la clasificación realizada por PASTOR ALCOY³⁷, es la siguiente: *Por su ámbito de aplicación*, pueden ser: a) Generales: Son los que pueden aparecer en todos los delitos; b) Particulares: Son los que pueden aparecer únicamente en determinadas situaciones. Por ejemplo: realización de labores de dominio del empleador. También se toma el siguiente criterio: *Por la intensidad de su conexión*, los cuales pueden ser: a) Próximos: Son los que guardan relación clara con el hecho, b) Remotos: Son meras posibilidades alejadas del hecho base, que indican hechos fácilmente engañosos. Otro criterio es *Por la prueba de la que procede*, en este sentido El hecho base puede proceder de cualquier medio probatorio válido (testifical, documental...), se estima que dicho hecho base debe quedar consignado en los hechos probados en la sentencia, pero dada la trascendencia que va a tener resulta necesario que en los fundamentos jurídicos de la sentencia se consigne cual ha sido en concreto el elemento probatorio que ha servido para acreditar el hecho base. Finalmente, establece una clasificación por el *hecho demostrado*, de la siguiente manera: a) Elementos subjetivos: Son las intenciones,

³⁶ Hay algunos contratos que no son de trabajo pero que llevan sujeción, como por ejemplo el contrato mandato.

³⁷ PASTOR ALCOY, Francisco (2003), *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 49.

conocimientos, sentimientos o datos que se encuentran en la psique de cada persona y que puede haberlos manifestado de forma expresa a otras personas, b) Elementos objetivos: Son hechos, actos y manifestaciones exteriores de la persona.

En segundo lugar, se encontró la clasificación de indicios realizada por RIVERA MORALES³⁸ así:

a) Indicios de oportunidad: Aquellos que se deducen de la mera oportunidad que se le presenta a un sujeto para cometer un hecho o para establecer una determinada relación, por ejemplo, la situación de la empresa en el mercado.

b) Indicio de presencia: Se destaca porque el hecho solo prueba que allí estuvo esa persona, por ejemplo, la presencia en el sitio de trabajo.

c) Indicio de contacto: Aparecen indicaciones de que la persona tuvo contacto con el trabajador o con objetos del lugar de trabajo.

d) Indicios de posesión: Se tienen objetos provenientes del delito o indicantes de relación, por ejemplo uso de uniforme de la empresa. .

Sin embargo, el autor Rivera señala que todos esos indicios por sí solos no prueban sino lo que indican: oportunidad, contacto, presencia, etc. Pero es posible que uno de ellos ligado al hecho principal y sin que existan relaciones de exclusión o contradicción contra otros elementos probatorios, pueda llegar a convertirse en necesario.

Efectos del indicio en el proceso de valoración probatoria

En la mayoría de las legislaciones, la valoración de los indicios la hace libremente el juez para saber si son necesarios o contingentes, graves, precisos, concurrentes y concordantes y cual es su merito que

³⁸ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 606.

debe reconocérseles para la formación de su convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos investigados. El juez debe tener una metódica y científica apreciación de esta prueba, siguiendo a DEVIS ECHANDIA³⁹, en la técnica para hacer la construcción de la inferencia, el juez debe: a) Contrastar los distintos indicios y verificar si hay contra indicios y su validez, b) someter los indicios y contra indicios a prueba con los demás elementos que existen en el proceso, es algo como contrastar en conjunto, c) elaboración lógico-racional y razonada de la inferencia y conclusión.

En el proceso de valoración probatoria, el indicio como prueba indirecta presenta la forma lógica del raciocinio, pues en esta prueba siempre esta presente la operación mental aplicando los métodos dialéctico e inductivo-deductivo. Para conocer la fuerza probatoria del indicio, es necesario, averiguar cual es la fuerza de la relación lógica que establece el vínculo entre el hecho conocido y el hecho desconocido.

Señala DEVIS ECHANDIA (ib.) que “la razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido que investiga”⁴⁰.

Con relación a las partes

La conducta desplegada por las partes en el proceso jurisdiccional puede ser considerada por el operador de justicia, como indicios o argumentos de prueba que pueden demostrar hechos controvertidos en el proceso o pueden demostrar hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia para defraudar a las partes o a un tercero en el proceso.

En relación a la conducta procesal de las partes, CAPELLETTI⁴¹ habla de un amplio género de conducta procesal de las partes, con un

³⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 627.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 629.

⁴¹ CAPELLETTI, Mauro (1994), *Proceso, Ideologías, sociedad*, Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), p. 74.

valor probatorio y propiamente indiciario, a cuyo efecto aceptando el deber de veracidad, advierte que no es incompatible con el principio tradicional *nemo testis in re sua intelligitur*, ni la falta del último es incompatible con la falta de aquel, otorgándose a la violación del deber de exponer los hechos conforme a la verdad, la eficacia probatoria de un indicio.

De esta manera, la conducta procesal de las partes desarrollada en el proceso jurisdiccional, puede servir como un indicio a su favor o en su contra, que pueden servir de prueba para demostrar incluso la verdadera voluntad que los motiva a incoar la acción y desarrollar el proceso.

Función del Indicio

Con la prueba indiciaria se prueba el hecho discutido y su relación con las partes sobre el tema controvertido, no en forma inmediata y próxima, sino en forma mediata, por eso se le llama indirecta para diferenciarla de aquellas que prueban en forma inmediata, próxima y directa; la función y uso de la prueba indiciaria es amplísimo e indispensable para la decisión final en el procesos laboral. En muchas ocasiones se ha tenido a los indicios como una prueba de menor categoría, pero no es así, los indicios cumplen con la misma eficacia probatoria que la que proporcionan otros medios probatorios.

En el proceso laboral, son muchos los casos en que no hay otra manera de llegar a establecer el hecho fundamental del proceso, sino mediante indicios, como es el caso de descubrir la simulación de contratos a tiempo determinado que a lo largo de los años han venido creando los patronos con sus empleados, para no cumplir con los beneficios que le pertenecen al trabajador.

DEVIS ECHANDIA⁴² decía que sin la prueba indiciaria la titularidad de los derechos subjetivos quedaría en el aire, no tendría solidez frente a sus semejantes o administración pública, quedando sujeto a la imposición por la fuerza o por espontáneo reconocimiento. La prueba indiciaria no solo esta vinculada al acto jurídico procesal sino que obra en el tráfico jurídico común.

El indicio tiene utilidad y valor en el proceso laboral. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo lo asume como un auxilio probatorio, allí se faculta al juez para apreciar los indicios estableciendo una orientación general. Puede apreciarse que es indudable su aplicación práctica en el proceso laboral, habiéndose establecido en la Ley como refuerzo probatorio que junto a la presunción le sirven al juez del trabajo para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de éstos.

CAPÍTULO SEGUNDO

DISTINCIÓN ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN

⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 632.

Consideraciones Generales

Se encuentran distintas posiciones en la doctrina, algunos autores colombianos consideran que son conceptos idénticos, tales como ROCHA ALVIRA (1999), para quien “el indicio es una presunción no establecida en la ley, sino por el juez”⁴³. Otros autores de la ilustre doctrina colombiana por el contrario diferencian los indicios de las presunciones, al respecto dice el profesor DEVIS ECHANDIA:

El indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial o de hombre consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados, que le permiten al juez darle valor probatorio a aquel, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata. La presunción judicial sirve de razón para calificar o valorar el merito probatorio de los indicios y, por tanto, no puede confundirse con éstos⁴⁴.

Tal como puede notarse muchas legislaciones identifican los indicios con las presunciones *hominis* (de hombre) o judiciales, tenemos pues que, la doctrina esta dividida en torno a esta problemática, indudablemente es una confusión inadecuada, en razón de que la presunción se basa en un hecho general, por tanto en el razonamiento se aplica el método deductivo, de lo general a lo particular, por ejemplo en la presunción de paternidad nótese que se parte de una generalidad mas no del caso particular. Se dice que la presunción es una conjetura que se deduce, ya del modo como los hombres se conducen generalmente, ya de las leyes de la naturaleza. Puede verse que ha sido construida con base de la experiencia humana sobre la base de la repetición constante de unos hechos que nos permite establecer una hipótesis de verosimilitud sobre una situación general.

⁴³ ROCHA A., A. (1990). De la Prueba en Derecho. Medellín, Colombia: Edit. DIKE, p. 86.

⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 628.

Por ello siempre una presunción establece “salvo prueba en contrario”. Por el contrario el indicio parte del hecho particular: la huella, el rastro de sangre, de semen, etc., y de allí se construye mediante razonamiento dialéctico otro hecho particular desconocido, no es un hecho general, es específico y propio de cada caso en particular. Por su parte CARNELUTTI admite que la presunción y el indicio se diferencian, y expresa que el indicio es la fuente de la presunción, es decir, mediante la presunción se deduce el hecho por probar, por lo que esta requiere del indicio (hecho probado, al cual le aplica las reglas de la experiencia) también, GIANTURCO citado por Rivera Morales dice que “el indicio es el punto de partida de la conjetura misma”⁴⁵. ALCALÁ ZAMORA citado por Rivera Morales⁴⁶ mantiene el criterio de que el termino presunción se utiliza en un doble significado, uno que considera como correcto, que se conecta con la carga de la prueba mientras que el otro se asocia con los indicios y se vincula con la fuerza probatoria.

El razonamiento deductivo en la elaboración de la Presunción

El término presunción, en principio se deriva de la voz latina *praesumere*, que significa resolver de antemano, anticipar, tomar una cosa cierta sin que esté probada. También la palabra *praesumere* fue utilizada por los clásicos romanos en el sentido de “opinión”, “suposición” o “creencia”⁴⁷. Su evolución llevó a considerarla en el Digesto como forma de prueba y se decía: “*praesumptio iuris et de iure non admittit probationem in contrarium*”, o sea, la presunción fuerte no admite prueba en contrario. No obstante, se verificó otro tipo de presunciones y se aminoró su valoración, diciéndose: “*praesumptioni standum nisi contrarium probetur*”, que significa que la presunción ha de mantenerse hasta prueba

⁴⁵ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 599.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 601.

⁴⁷ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo (2006), *Las presunciones judiciales y los indicios*, ob. cit., p. 9

en contrario; más tarde se estableció unos principios que decían “*probatio vincit praesumptionem* (la prueba vence a la presunción) y *praesumptio cedit veritati* (la presunción cede a la verdad). Con la re-aparición del derecho romano (con los glosadores) y su integración con el derecho canónico se incorporaron diversos tipos de presunciones: *praesumptiones iuris et de iure, praesumptiones iuris tantum* y *praesumptiones facti*⁴⁸.

No hay duda que en los aspectos dogmáticos de la presunción hay un verdadero conflicto, no hay incluso univocidad terminológica. Tan así es que muchas veces se superpone el concepto de indicio. El maestro SENTIS MELENDO, dice: “son la acción y el efecto de conjeturar el Juez, mediante razonamiento de analogía o inductivo-deductivo, la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos”⁴⁹. Como se observa hay una confusión entre indicios y presunciones. Analíticamente tenemos que concluir que son dos conceptos distintos y poseen funciones, también, distintas. Se ha dicho que es una regla más de la carga de la prueba, pero que en ella se invierte la carga de la prueba, pues, contra quien obre una presunción debe probar lo contrario. No obstante, estas observaciones no afectan la naturaleza de la presunción, pues son más bien efectos que apareja.

La presunción se determina sobre la base de una generalidad de hechos que se han reproducido permanentemente y del que se infiere un hecho material, por eso la presunción se elabora de la general a lo particular, es fundamentalmente inductiva. El indicio parte de lo particular, es el hecho concreto, específico que se da en el caso, por ejemplo, hay sangre en la camisa del trabajador, ese es un hecho específico, que solo se podrá confrontar si esa sangre pertenece a la víctima y si contrastado por análisis de laboratorio coinciden, podemos construir un hecho, el cual es: “el trabajador tuvo momento sangrante.

⁴⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 120.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 641.

Normas sustantivas y procesales contentivas de la presunción en el ámbito laboral

Las presunciones en materia laboral, se orienta sobre el postulado de favor o de beneficio del trabajador⁵⁰, por lo tanto las presunciones laborales no pueden desligarse de tal principio. Por definición general, sabemos conforme al artículo 1.397 del Código Civil, que las presunciones legales dispensan de la carga de la prueba a quien la tiene a su favor, esto juega papel fundamental, como especie de nivelador entre la desigualdad de trabajador y patrono, en el derecho laboral. Todas las presunciones laborales adquieren carácter irrefragable, a menos que el propio texto de la norma permita la prueba para desvirtuarla, explícita o implícitamente. Todas las presunciones de naturaleza laboral entrañan, por tanto, el propósito de sustituir una situación jurídica, individual o colectiva, creada con ocasión del trabajo dependiente, por otra, que el legislador estima ajustada a su criterio moral social.

Entre las normas de la Ley Orgánica del Trabajo que contienen presunciones tenemos: artículo 3° (primer aparte) presunción de patrono; artículo 21, presunción de existencia de grupo de empresas; artículo 43, presunción de extensión de patrono; artículo 51 presunción de representación; artículos 55 y 57 presunción de inherencia o conexidad; artículo 65 presunción de existencia de contrato de trabajo; artículos 74 y 75 presunción de contrato por tiempo indeterminado; artículos 291 y 293 presunción de patrono en actos jurídicos complejos. En la Ley Orgánica procesal del Trabajo en el artículo 72 respecto a la carga probatoria, se establece una presunción a favor del trabajador y el empleador tendrá que probar siempre las causas del despido y el pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo.

⁵⁰ ALFONSO GUZMÁN, Rafael J. (2002), "Las presunciones Laborales", en obra colectiva *Doctrina comentada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, pp. 232 y ss.

Señala RIVERA MORALES⁵¹ que es conveniente advertir acerca de unas conclusiones que formula el profesor ALFONSO GUZMÁN que es necesario tener en cuenta para un análisis en momento probatorio. Estas son:

- a) Existen en el texto de la legislación venezolana presunciones verdaderas, pero disimuladas o encubiertas (por ejemplo el artículo 51); y, también, presunciones presentadas como verdaderas, pero jurídicamente falsas (por ejemplo los artículos. 55, 57 y 116).
- b) Que si la mayoría de las presunciones se encuentran influidas por un principio de aboengo ético, como es el de favor, su objeto no puede ser desvirtuado sin perder su propósito evidente.
- c) Las presunciones laborales revelan una intención protectora del legislador.
- d) Las presunciones laborales son desvirtuables, pero si no hay prueba grave en contra la pretensión laboral está irremisiblemente condenada a ser declarada con lugar. Lo que sucede es que el trabajador no está obligado a probar en esos casos.

A manera de ejemplo, para ver el tipo de presunciones y los análisis con el indicio se examinan las presunciones contenidas en los artículos 73, 74 y 75 de la Ley Orgánica del Trabajo, en las cuales se establece la presunción de contratación indefinida. El método sistemático a emplear es de exponer la norma, de seguidas los elementos que integran el indicio y la prueba de la temporalidad.

Presunción de contrato indeterminado

⁵¹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 642.

En el ordenamiento jurídico venezolano rige el principio de libertad de forma en la contratación, siguiendo la orientación liberal que marca los códigos civil y mercantil. Manifestación de esa libertad de actuar es lo contenido en el artículo 1159 del Código Civil, conforme al cual “Los contratos tiene fuerza de Ley entre las partes...”, por supuesto, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales de validez.

Fijadas estas ideas generales se pasa a examinar lo que dispone el artículo 73 LOT:

El contrato de trabajo se considerará celebrado por tiempo indeterminado cuando no aparezca expresada la voluntad de las partes, en forma inequívoca, de vincularse sólo con ocasión de una obra determinada o por tiempo determinado.
(subrayado nuestro)

Expresa NAPOLEÓN GOIZUETA⁵², que la disposición del artículo 73 es semejante a la contemplada a la del artículo 35 del Reglamento de la LOT del año 1973, con la variante que en esta disposición se exigía la forma escrita para manifestar inequívocamente la voluntad de obligarse en una forma distinta a la del contrato por tiempo indeterminado; en cambio, en la presente no se requirió expresamente esta formalidad para la manifestación de la misma, lo cual podría originar una serie de controversias al respecto por lo que a fin de obviarlas, lo mas aconsejable es la utilización de dichas formas.

La norma expresa que de aparecer en forma inequívoca la voluntad de las partes de vincularse a una obra determinada o por tiempo determinado, es decir, que es un contrato sometido a temporalidad. La norma exige la formalidad expresa de establecer que la relación laboral es temporal, pues, de lo contrario se entenderá que es indefinida. Pareciera que es una sanción por no haberse señalado la voluntad de la temporalidad de la relación laboral. Entender que la ausencia de esa manifestación de voluntad de temporalidad, equivale a haber celebrado

⁵² GOIZUETA HERRERA, Napoleón (1992). “De la relación de trabajo”, en obra coordinada por Oscar Hernández Álvarez *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos de Lara, p. 78.

un contrato por tiempo definido, pues no existe una base fáctica, ni siquiera de máxima de experiencia que conduzca a entender que lo que existe es una relación laboral indeterminada.

Elementos que componen el indicio conforme al artículo 73 LOT

En el caso del artículo 73, el hecho indicador sería la existencia de relación laboral con la inobservancia de plasmar en forma inequívoca la temporalidad de la relación laboral vinculada a una obra determinada o por tiempo determinado. Se parte de la realidad concreta de la existencia de la relación laboral. El hecho indicado viene dado por el contenido del propio precepto al determinar que se entenderá celebrado por tiempo indeterminado de no aparecer la voluntad de la temporalidad.

Sin embargo, resulta difícil precisar la indeterminación del contrato, pues puede suceder que hay razones para no haberse hecho la manifestación e incluso por error, que no desvirtúan sino afianzan la naturaleza original del contrato, por lo tanto excluyen la intención de contrato indefinido.

La conexión viene primordialmente prevista en la norma por la imperatividad de la ley, pues de ninguna manera pudiera inferirse con base a la existencia de la relación laboral que la voluntad es de una relación indefinida. Así que los efectos de esta norma hay que averiguarlos en la política de seguridad social, en la protección de la estabilidad laboral y en las políticas de empleo.

Elementos probatorios de la temporalidad

Es obvio que corresponde al empleador la prueba de la temporalidad. En este caso se tienen dos opciones, por un lado, podrá contraprobar el hecho indicador demostrando que no hay relación laboral o que se plasmó en una forma la voluntad de vincularse por obra determinada o por tiempo determinado; y por otro, que se acreditará la naturaleza temporal del contrato.

Presunción de contrato indeterminado por prórroga

Como se indicó con carácter general rige en nuestro ordenamiento jurídico el principio de libertad de forma en la contratación siguiendo la orientación liberal que marca los códigos civil y mercantil.

Fijadas estas ideas generales se pasa a examinar lo que dispone el artículo 74 LOT:

El contrato celebrado por tiempo determinado concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga.

En caso de dos (2) o más prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación.

Las previsiones de este artículo se aplicarán también cuando, **vencido el término e interrumpida la prestación del servicio, se celebre un nuevo contrato entre las partes dentro del mes siguiente al vencimiento del anterior**, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación. (negrillas y subrayado nuestro).

Puede inferirse de la norma trascrita que la intención del legislador es la estabilidad del trabajo, y de alguna forma ratificar la disposición general de presunción contenida en el artículo 65 LOT sobre la existencia de la relación de trabajo. En este sentido la duplicación o prórroga de la contratación por tiempo determinado obra como una intencionalidad de contrato a tiempo indefinido.

Elementos que integran el indicio en el artículo 74 LOT

El hecho indicador es aquel hecho que lleva a creer que se ha realizado la segunda prórroga del contrato a tiempo determinado. Cualquier elemento que indique continuidad. Dado que los indicios son prueba, al existir hechos indicadores que conformen la segunda prórroga se está comprobando la existencia del contrato inicial, puesto que este feneció al término del mismo y si continuo la relación laboral se debe a la prórroga.

El hecho indicador, vendría dado por una ocurrencia fáctica, la cual nos lleva al hecho presunto de la presunción y por consiguiente a la consecuencia jurídica que consistirá en presumir que el contrato de trabajo indefinido cuando ocurren dos o más prórrogas del contrato a tiempo determinado.

Obsérvese que el vínculo o conexión se presenta *a priori* más difícil de determinar ya que la admisión o prueba del hecho indiciario no tiene por que llevar obligatoriamente a la certeza de el hecho base de la presunción. Pues pudiera tratarse que haya razones especiales para el indicio de la prórroga, que no desvirtúan sino refuerzan la naturaleza original del contrato, por tanto excluyen la intención de contrato indefinido.

En el último aparte de la norma *in comento* el hecho indicador igualmente viene a ser aquella circunstancia fáctica que nos puede llevar a creer que se ha celebrado un contrato entre las partes dentro del mes siguiente al vencimiento del anterior, pero tal indicio no precisamente nos transporta al hecho base de la presunción inmersa en tal aparte, ya que la propia norma prevé “salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación”.

Elementos probatorios de la temporalidad

En razón que la propia norma admite la prueba en contrario, la presunción del artículo 74 se conceptúa como *iuris tantum*, es decir, puede el patrono presentar hechos indicadores que lleven a entender que han existido razones especiales que han justificado dichas prórrogas y que descarten la intención presunta de continuar la relación laboral.

En este mismo orden y dirección incumbe al empleador la prueba de la temporalidad, pues los hechos indicadores que pueden llevar a ambas hipótesis son a favor del trabajador. En realidad el empleador puede usar los siguientes indicios: En la primera hipótesis: a) que no hay prestación de servicios personales que hagan presumir que hubo la

segunda prórroga, o b) que en razón de la misma naturaleza del contrato a tiempo determinado se han justificado las prórrogas. En la segunda hipótesis: a) Que el trabajador sigue prestando los servicios personales, lo cual lleva a el hecho que no se ha celebrado un nuevo contrato sino que es el mismo, b) El día en que se celebró el contrato no es dentro del mes siguiente, y, c) Que el trabajador ha asumido los riesgos del trabajo y no hay controles de prestación de servicios.

Presunción de contrato indeterminado por continuación

En los contratos por obra determinada se toma en cuenta el resultado del trabajo, y su término, que es el de construcción de la obra, es con frecuencia incierto⁵³. Se entiende que este contrato es temporal, por lo que durará todo el tiempo requerido para la ejecución de la obra y finiquitada la misma, a menos que se haya estipulado una parte concreta de obra para el trabajador, terminando la relación laboral cuando haya concluido la parte que corresponde al trabajador. En el artículo 75 LOT:

El contrato para una obra determinada deberá expresar con toda precisión la obra a ejecutarse por el trabajador.

El contrato durará por todo el tiempo requerido para la ejecución de la obra y terminará con la conclusión de la misma.

Se considerará que la obra ha concluido cuando ha finalizado la parte que corresponde al trabajador dentro de la totalidad proyectada por el patrono.

Si en el mes siguiente a la terminación de un contrato de trabajo para una obra determinada, las partes celebraren un nuevo contrato para la ejecución de otra obra, se entenderá que han querido obligarse, desde el inicio de la relación, por tiempo indeterminado.

En la industria de la construcción, la naturaleza de los contratos para una obra determinada no se desvirtúa, sea cual fuere el número sucesivo de ellos. (Negrillas y subrayado nuestro).

⁵³ ALFONZO GUZMÁN, Rafael. (1967). *Estudio analítico de la Ley de Trabajo Venezolana*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, tomo I, p. 422. Vid. GOIZUETA HERRERA, Napoleón (1992). "De la relación de trabajo", en obra coordinada por Oscar Hernández Álvarez *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, ob. cit., p. 63.

El artículo transcrito muestra una característica particular al prescindir el legislador ordinario del vocablo presunción. Ello no ha impedido, no obstante que los intérpretes académicos concedan que el artículo *in comento* contiene una norma presuntiva. Se trata de una norma que conecta la continuidad en períodos cortos de tiempo calificando ese *continuum* como indefinición temporal del contrato de trabajo.

Elementos que integran el indicio en el artículo 75 LOT

El hecho base previsto en la presente norma se compone de dos elementos: a) un contrato de obra determinada concluido, y b) nuevo contrato dentro de un plazo establecido de otra obra –dentro del mes siguiente- necesario para activar la presunción. El hecho presunto viene dado por el propio precepto, “se entenderá que han querido obligarse, desde el inicio de la relación por tiempo indeterminado”.

Al primer hecho base, del cual se pueden deducir indicadores, previsto en el párrafo anterior se puede haber llegado por medio de los siguientes indicios: el carácter continuo y permanente de las prestaciones; la obligación de cumplir horario; la obligación de disponibilidad y uso de uniformes o ropas dadas por el empleador; la duración del vínculo y rutas asignadas por el empleador y otras.

La norma prevista en la LOT es una sencilla protección a la estabilidad laboral, pues el legislador ha pensado que si hay nuevo contrato para nueva obra el empleador se encuentra satisfecho de la actividad laboral del trabajador. En todo caso la aplicación del razonamiento indiciario conduce al hecho base que constituye presupuesto del hecho presumido.

Elementos probatorios de la temporalidad

Es preciso tener presente que los indicios han sido establecidos en la LOPT como auxilios probatorios asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios. Además lo dispuesto en el artículo 122 de la mencionada ley, que en caso de presunción absoluta no cabe prueba en contrario, lo que significa que la presunción contenida en el artículo 75 LOT, dados los supuestos de hecho se produce inexorablemente la consecuencia jurídica, esto es, la presunción y por tanto, no cabe en ésta la prueba en contrario. Es decir no hay la salvedad del artículo 74 que admite demostrar otra intencionalidad.

No obstante el empleador lo que tiene que demostrar es que no existe el indicio que puede llevar al hecho base. Se pueden analizar varios indicios; a) que la obra está incompleta, es decir, no se ha terminado y se trate de una prórroga, y que es la misma obra que se estipuló en el contrato, o b) hay un nuevo contrato escrito que se ha dado no en el plazo establecido en la ley, sino en uno superior, por ejemplo en los 60 días siguientes.

Razonamiento inductivo en la elaboración del indicio

El indicio parte de lo particular, es el hecho concreto, específico que se da en el caso, por ejemplo, en un caso concreto se dan varios indicios positivos de la subordinación, ese es un hecho específico, que sólo se podrá confrontar si efectivamente existe la relación de trabajo entre ambos sujetos, podemos construir un hecho, cual es: “el trabajador presta sus servicios a la empresa”. Véase que se parte de lo particular para construir, también, un hecho particular-indicado. Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, tiene que vincularse a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento probatorio lógico-crítico.

Lo que se quiere hacer notar es que en el razonamiento indiciario se parte de hechos particulares (hecho base) que la ley exige que sean probados, para llegar a hechos generales, los cuales son los supuestos

de hecho que prevé la norma jurídica laboral para poder exigir su consecuencia jurídica. Este razonamiento inductivo es un proceso mental que mecánicamente realiza el ente juzgador para llegar al hecho desconocido, partiendo de lo particular y concreto para ir a lo general⁵⁴.

Distinciones entre presunción e indicio

Hay autores que identifican el indicio con la presunción judicial, sin embargo, otros autores los diferencian, entre estos encontramos a MUÑOZ SABATÉ⁵⁵ quien afirma que: “Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego”. De igual modo, existen muchos autores venezolanos que opinan lo mismo. De manera que, se pudo entender que la presunción es la conclusión a la que se llega después que se ha hecho el razonamiento lógico-crítico, habiendo partido de un hecho conocido, debidamente probado y que por inducción-deducción, aplicando las reglas de la experiencia, de los conocimientos científicos y de la lógica, se ha estructurado en un indicio y se llega a un hecho desconocido⁵⁶. Se parte del hecho indicador probado, se llega al indicio y se concluye presumiendo (presunción) que ocurrió el hecho determinado. Se concluye que el indicio es la prueba indirecta, a partir de la cual se estructura, con certeza, una presunción judicial.

La presunción se basa en un hecho general, por tanto, en el razonamiento se aplica el método deductivo, de lo general a lo particular, por ejemplo, la presunción de paternidad. Por el contrario, el indicio parte del hecho particular: la huella, el rastro de sangre, y de allí se construye mediante el razonamiento dialéctico otro hecho particular desconocido. CARNELUTTI⁵⁷ admite que la presunción y el indicio se diferencian y expresa que el indicio es la fuente de la presunción, es decir, mediante la

⁵⁴ DELLEPIANE, Antonio (2000), *Nueva Teoría de la Prueba*, ob. cit. p. 58.

⁵⁵ MUÑOZ, SABATÉ, Luis (1974), *Técnica probatoria*, Bogotá: Editorial Temis, p. 776.

⁵⁶ SALCEDO CÁRDENAS, Juvenal (2004), *Los indicios son prueba*, Caracas: Edita Universidad Central de Venezuela, p. 42.

⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco (1979), *La Prueba Civil*, ob. cit. p. 54.

presunción se deduce el hecho por probar, por lo que ésta requiere del indicio.

Al respecto, hay una jurisprudencia de Casación de la extinta Corte Suprema de Justicia⁵⁸, que expresa que las presunciones difieren de los indicios en éstos son hechos demostrados en el proceso, y aquellas son las consecuencias que de tales hechos se deducen respecto de otros hechos no demostrados directamente, y ello con mayor o menor grado de incertidumbre y cuando se aprecia la gravedad de los indicios, los jueces ejercen una atribución donde son soberanos, siempre que no saquen elementos de convicción fuera de los autos.

Expresa PALACIO⁵⁹ que las presunciones legales no configuran un medio de prueba, ni tampoco las presunciones simples o judiciales, las cuales son meras operaciones valorativas e intelectuales que el juez realiza en la oportunidad de dictar sentencia. En primer momento, sobre las presunciones legales hay que decir que constituyen reglas lógicas que impone el legislador en situaciones determinadas para evitar el vacío probatorio; y en el segundo caso, se trata de razonamiento probatorio.

El indicio tiene un elemento que está probado, el del cual se parte, el cual es el hecho indicador. Una vez que concurre con una pluralidad de hechos indicantes de puede establecer una conexión para conjeturar un hecho desconocido. Ese hecho desconocido tendrá una grado mayor o menos de confirmación conforme concurren más o menos hechos indicantes.

CAPITULO TERCERO

LA INCORPORACIÓN DE LOS INDICIOS EN EL PROCESO LABORAL

⁵⁸ Tomado de RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en El Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 604.

⁵⁹ PALACIO, Lino (2003) *Derecho procesal Civil*, 17ª Edición. Buenos Aires, editorial Lexis Noxis, p. 506.

Consideraciones generales

De lo expuesto en anteriores epígrafes se desprende que la prueba de indicios es una *prueba secundaria*, porque ha de ser utilizada cuando no haya sido posible probar un determinado hecho a través de los medios probatorios primarios, o cuando la prueba suministrada por éstos no es convincente, y además es una *prueba indirecta*, porque emplea un mecanismo probatorio que no incide directamente sobre el objeto a probar, sino que da un rodeo a través de otro hecho racionalmente conectado con el que se pretende probar.

La eficacia probatoria de un indicio exige, antes que nada, que deba hacer las correspondientes alegaciones, a fin de posibilitar que el juzgador y las demás conozcan que un indicio constituye uno de los fundamentos probatorios de la pretensión ejercitada.

El problema surge al tener que determinar qué es lo que ha de ser alegado o, por mejor decir, qué es lo que ocurre si se omite la alegación de la indicio, o de algún elemento integrante de la misma. A tal efecto se pueden distinguir varios supuestos: la alegación, o falta de alegación del indicio; la alegación del hecho básico, pero no del hecho desconocido; la alegación del hecho desconocido, pero no del hecho básico; y la falta de alegación conjunta del hecho básico y del hecho desconocido.

La alegación del hecho básico o de los hechos básicos es tan importante como la alegación del hecho desconocido. Esta afirmación no siempre ha sido entendida así, pero la alegación de los hechos básicos de cualquier indicio es una exigencia impuesta por los principios de contradicción y de defensa, pues de lo contrario podría resultar perjudicada la parte contraria al ver cómo son utilizados hechos no alegados por ninguna parte para fundamentar una determinada prueba indiciaria⁶⁰.

⁶⁰ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en El Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 608.

Asimismo, el objeto del veredicto, que está constituido por las preguntas o cuestiones que se formulan al tribunal, se ha de confeccionar sobre la base de los hechos alegados por las partes en sus escritos de demanda/contestación y en las conclusiones definitivas. Por lo que a las partes interesará describir detalladamente cada uno de los hechos indiciarios o básicos sobre los que apoyar cualquier posible indicio, procurando describirlos con el mayor detalle a fin de que cada uno de los elementos fácticos que fundamentan la pretensión procesal quede suficientemente definido, o bien cualquier contraindicio desvirtuador de uno de los elementos alegados por la parte contraria.

En definitiva, la parte a la que interese la apreciación de una prueba de indicio ha de aludir expresamente a los hechos indiciarios o hechos básicos, sobre los cuales habrá de versar la prueba directa que se practicará durante el juicio oral, y que servirán de fundamento probatorio del hecho desconocido, asimismo alegado por aquella parte.

La aportación en el proceso laboral

A la vista de cuanto se ha dicho hasta ahora, es claro que si no se alega el hecho básico ni el hecho desconocido, será de inaceptable aplicación del indicio pretendido, porque se incurriría así en una patente incongruencia.

En primer lugar hay que resaltar que conforme a lo dispuesto en el artículo 123 numeral 4 LOPT, la demanda debe contener “una narrativa de los hechos en que se fundamente”, a su vez que exige así en el artículo 135 eiusdem el demandado debe determinar que hechos invocados en la demanda admite y cuales niega o rechaza. Esta norma requiere un rechazo expreso, de suerte, que atribuye a la parte demanda la carga de hacer sus propias alegaciones y de rechazar las invocadas por la parte demandante.

Los hechos básicos de la prueba indiciaria deben ser incluidos en el relato de hechos que ha de narrarse en la demanda, no siendo

suficiente que tal escrito se limite a concretar el hecho consecuencia. Habrá de incluir en tal relato, por ejemplo, en caso de enfermedad laboral señalarse los hechos antecedentes (los exámenes médicos anteriores que descartaban la enfermedad); los momentos de manifestación; los hechos relativos a su actividad laboral, si hay antecedentes de otros obreros sobre esa enfermedad y si realizaban las mismas labores; todos aquellos que pueden servir de indicios para inferir la relación causal.

Ya ha quedado apuntado que la indicio es un medio probatorio secundario que aporta al juicio sus propias afirmaciones instrumentales, al lado de las afirmaciones instrumentales aportadas por los medios probatorios primarios (confesión, testimonios, documentos, inspección ocular).

Antes de que cualquier indicio tenga eficacia probatoria es preciso atravesar un procedimiento probatorio de una cierta complejidad, cuyos pasos fundamentales son, según se verá más adelante, la *alegación del hecho básico* por la parte interesada en la aplicación de la indicio, sobre el cual habrá de realizar la correspondiente actividad probatoria directa, y también la *alegación del hecho desconocido*, que habrá de quedar fijado como probado en la sentencia como parte integrante del supuesto de hecho típico de la norma aplicable; la *práctica de la prueba referida al hecho básico*, que se realizará valiéndose de cualquiera de los medios probatorios directos (confesión, testifical, documental o inspección ocular), y también la correspondiente *contraprueba* a cargo de la parte posiblemente perjudicada por la aplicación de la indicio; por último, el resultado de las pruebas así practicadas, escribe MUÑOZ SABATÉ “habrá de ser objeto de *valoración judicial*, a fin de comprobar si existe un enlace racional entre el hecho o los hechos básicos y el hecho desconocido, y a fin de verificar también si concurre cualquier otra concreta circunstancia que convierte en dudoso el hecho desconocido”⁶¹.

⁶¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis (2008), *Summa de probática civil: Como probar los hechos en el proceso civil*, Madrid: Editorial La Ley, p. 132.

Sostiene RIVERA MORALES⁶², que el indicio entra al proceso de dos maneras: la primera, por medio de la alegación de las partes, indicando el carácter indirecto del hecho y su relación con el hecho principal; la segunda, hechos fijados en los medios de prueba practicados que son pertinentes con el hecho principal debatido. Esto último significa que entran por cualquier medio probatorio: documental, testimonial, experticia, informes, inspección judicial o declaración de parte.

De suerte que puede ocurrir que durante el juicio oral resulte probado un determinado hecho indiciario que no fue originariamente alegado por ninguna de las partes, como consecuencia de la declaración de un testigo o del contenido de un documento aportado al proceso. Se produce, por tanto, una situación novedosa que sólo podrá ser resuelta mediante la incorporación del hecho nuevo, siempre que sea pertinente, a las conclusiones definitivas.

Es preciso, naturalmente, que el indicio conste en el proceso porque ha sido introducido en él por la parte. Esta debe alegar también la afirmación del hecho desconocido, es decir, la consecuencia que ella cree que debe producirse partiendo de aquel indicio.

Según ha quedado dicho al analizar los requisitos propios de los indicios, es preciso que se haga una prueba plena sobre cada uno de los indicios que sirven de apoyo a una prueba indiciaria o de indicio, valiéndose para esto de cualquier medio probatorio. Así por ejemplo, en el caso de la enfermedad laboral citado arriba, para probar los antecedentes médicos se apelará a la prueba de informes, a la citación del médico para que en la audiencia oral ratifique testimonialmente su diagnóstico; el hecho de actividad laboral se probará con testigos, con inspección judicial para ubicar el sitio, exhibición de documentos del manual de cargos, entre otros.

Con relación a la parte contraria esta deberá hacer su fórmula

⁶² RIVERA MORALES, Rodrigo (2010), *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, ob. cit. p. 608.

probática con el fin de verificar los hechos afirmados por ella y destruir, en caso de ser empleador, los alegados por la contraria, más no el trabajador puesto que éste basta que induzca incertidumbre o duda en la prueba del empleador y la duda le favorecerá (*in dubio pro operario*).

Con respecto a los indicios lo que realiza la parte contraria frente a una prueba concreta de su adversario se denomina contraprueba. Dentro de la contraprueba se distingue entre una *contraprueba directa*, mediante la cual se pretende refutar inmediatamente el hecho indiciario, cuestionando su eficacia probatoria, bien por defectos de índole procesal, bien por falta de entidad probatoria, y una *contraprueba indirecta*, a través de la cual se persigue la prueba directa de otros hechos que, por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la indicio, hace decaer la fuerza probatoria de éstos, consiguiendo así que la indicio correspondiente no tenga ninguna eficacia probatoria⁶³.

La contraprueba indirecta se traduce en la prueba de los *contraindicios*, entendidos como la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria. Estos contraindicios penetran al proceso, bien a través de oferta probatoria concreta con medios probatorios con la finalidad de probarlos expresando su carácter indirecto, o bien como resultado de prueba practicada en la audiencia oral.

La jurisprudencia venezolana, en especial la Casación, es pacífica en expresar que los hechos indicantes pueden alegados por las partes en su demanda o contestación, y ser probados por cualquier medio probatorio, o pueden desprenderse de los resultados de la práctica probatoria. En específico una sentencia que figura como referencia fue la dictada por la Sala de Casación Social, el 13 de mayo de 2005, sentencia N° 538, expediente N° 04-1740, Magistrado ponente Alfonso Valbuena Cordero, que dice:

⁶³ *Ibidem*, p. 610.

Ahora, abundando en la metodología precedentemente expuesta, esta Sala incorpora otros elementos que a continuación se exponen: a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono, b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc., c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio, d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar, y e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena. (omissis).....

En orientación al marco referencial anteriormente expuesto, así como lo alegado por el apoderado de la parte demandada en la audiencia oral y pública, podemos inferir en el presente asunto lo siguiente: que el objeto del servicio encomendado en el presente caso se ubicó en la realización de una actividad particular y no general, a saber, la intermediación en la venta de los boletos distribuidos por la empresa demandada; que hubo flexibilidad en las condiciones para prestar el servicio, pues la parte actora no se encontraba obligada a cumplir con una jornada habitual de trabajo; que la parte actora nunca estuvo limitada por un contrato de exclusividad para con la recepcionista del servicio, puesto que no se observa la imperiosidad de que la misma la desarrollara únicamente para con la demandada; que la contraprestación por la naturaleza del servicio que prestaba la demandada, era significativamente superior a la remuneración que pudiera percibir un trabajador bajo el esquema laboral que dice el actor desempeñó en la empresa. Tal afirmación permite establecer que lo percibido por la parte actora como contraprestación a su servicio, no puede catalogarse como salario.

Obsérvese que conforme a la metodología señalada por la sala Social los hechos indicantes e indicios pueden inferirse de la existencia de medios probatorios: documentales (libros de comercio, estatutos sociales, nómina, etc.). Es obvio, que estos medios deben ser ofertados y aportados regularmente en el proceso y constar en el acervo probatorio.

En los tribunales de instancia siguiendo la doctrina de la Sala de Casación Social, en diversas sentencias se manifiesta que los indicios surgen de los medios probatorios o que pueden ser alegados por las

partes y, probados a través de diversos medios probatorios⁶⁴.

En cualquiera de las hipótesis que se han estudiado, sea la prueba de la temporalidad por parte del empleador, o la prueba del hecho base por parte del trabajador, o prueba de la relación de trabajo, o de abandono, se pueden promover medios probatorios con el fin de probar circunstancias, marcas, indicadores, etc. que señalen el hecho a probar.

Debe recordarse que se trata de una prueba indirecta y por tanto se puede llegar al hecho desconocido a través de otras formas. Por ejemplo, un recibo a nombre del trabajador de dotación es obvio que indica una relación. También puede ocurrir que si el empleador no tiene más contrataciones y está dedicado a una sola obra, por ejemplo, quien construye su propia casa y no tiene constructora es claro que los contratos de obreros de la construcción son por la obra determinada. Véase que el artículo 122 de LOPT autoriza, incluso al juez para extraer conclusiones de la conducta procesal de las partes, por ejemplo de sus actividades oclusivas o dilatorias.

Pueden igualmente ser promovidos como parte integrante de un medio probatorio directo. En ciertos casos puede aparecer combinada con una prueba directa y de ellas establecerse elementos indicadores independientes de los que dicha prueba indica. Por ejemplo, un contrato de trabajo notariado prueba la relación de trabajo, pero de allí se pueden inferir otros hechos

CAPÍTULO CUARTO

⁶⁴ JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. A manera de ejemplo se citan las siguientes: [Sentencia nº 306-06002 de Guárico, Valle de la Pascua, Laboral, Ninguno, Juzgado Segundo de 1ª Instancia de Juicio del Trabajo, Valle de la Pascua, 13 de Marzo de 2006 \(caso RAMÓN DE JESÚS YELAMO / LUIS CAMPAGNA RUBÍN\)](#); [Sentencia nº GC012005-000910 de Carabobo, Ninguno, Tribunal Superior Segundo del Trabajo, 2 de Diciembre de 2005 \(caso OSCAR GARCIA, CONTRA LA SOCIEDAD DE COMERCIO\)](#); [Sentencia nº 20763 de Carabobo, Extensión Valencia, Laborales, Ninguno, Tribunal Segundo de 1ª Instancia de Juicio del Trabajo, 28 de Abril de 2005 \(caso HILDA ROSA CASTILLO DE GIL EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS MENORES HIJOS \(BETZAIDA ELIZABETH RICHARD MANUEL: REBECA LISETT GIL CASTILLO\) VS CONSTRUCCIONES HERMANOS PALLADINO, C.A.\)](#); [Sentencia de Anzoátegui, Extensión El Tigre, Laborales, Ninguno, Tribunal Séptimo de 1ª Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, 7 de Abril de 2005 \(caso OSWALDO ENRIQUE HIDALGO GIL & CLÍNICA SANTA ROSA, C.A.\)](#). Tomado de <http://vlex.com.ve/tags/indicios-de-existencia-de-relacion-laboral-1048015> [2011, Abril 6]

REGLAS PARA APLICAR AL INDICIO COMO AUXILIO PROBATORIO EN EL PROCESO LABORAL

La determinación fáctica o silogismo factual en el proceso laboral

El hecho revelado por cualquiera de los medios de prueba practicados que se acabó de exponer en el anterior capítulo no siempre es el hecho histórico que se pretende demostrar, de manera que si en estos casos la actividad probática se agotará en aquél, la prueba no llegaría a ninguna parte. En los ejemplos, tratados, si en los libros de la empresa aparece un pago a una persona duradero en unos lapsos y después un vacío y posteriormente aparecen otros pagos a la misma persona, eso indica algo que hay que conectar con otros elementos para develar un hecho desconocido.

El profesor CARBALLO MENA⁶⁵, siguiendo la teoría de Muñoz Sabaté⁶⁶, desarrolla la idea de establecer una especie de semiótica indiciaria en materia de trabajo. Concretamente CARBALLO MENA, trata el tema de la simulación de contrato laboral señalando los siguientes elementos indiciarios:

- a) *Causa simulandi*: La intención del empleador de evadir la legislación laboral.
- b) *Necitas*: se refiere a la motivación del negocio jurídico derivada de la necesidad de ocultar para alguno de los contratantes, por ejemplo, imponer al trabajador la constitución de una persona jurídica para realizar contrato de obra con ella.
- c) *Interpositio*: la aparición de personas interpuestas para complejizar la relación.

⁶⁵ CARBALLO MENA, César Augusto (2008), *Derecho Laboral Venezolano*, 1era. Reimpresión, Caracas: UCAB, p. 179 y ss.

⁶⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis (2008), *Summa de probática civil*, ob. cit., pp. 51 y ss.

- d) *Afectio*: por lo general el *interpositio* es un familiar o persona del afecto del empleador, el cual usa para ocultar la verdadera relación.
- e) *La subfortuna*: Se refiere a la escasa fortuna del trabajador para tener un empresa para desarrollar un trabajo u obra de esa naturaleza.
- f) *La dominancia*: el carácter de autoridad y dominio que ejerce el empleador oculto sobre el trabajador.

En fin pueden encontrarse dependiendo de la relación laboral y la situación entre las personas y lo que se quiera ocultar, muchos otros elementos indicantes, los cuales con una efectiva construcción de pueden transformar en indicios de certeza.

Hay que examinar indudablemente el supuesto fáctico de la norma alegada como fundamento de la pretensión, para determinar que hechos pueden subsumirse en aquél. A manera de ejemplo, tomemos el caso que un empleador que alegue abandono del trabajo del trabajador (art. 102, literal J, de LOT), pueden considerarse como hechos indicantes: recoger sus efectos personales, no haber dirigido comunicación a la empresa por su falta, haber aceptado otro empleo, sumado a esto la ausencia injustificada en su puesto de trabajo. En el caso examinado la ley en el artículo citado en su párrafo único señala algunos hechos como equivalente al abandono. Pero nótese, que por ejemplo, el establecido en el literal a del párrafo único “La salida intempestiva e injustificada del trabajador durante las horas de trabajo del sitio de la faena, sin permiso del patrono o de quien a éste represente”, puede deberse a una reacción del trabajador (*impulsus*) frente a una agresión del empleador o su jefe inmediato, que a lo mejor configurar una causa justificada de retiro (art. 103, literal “c” o “d” LOT).

Así pues, para poder realizar el silogismo factual hay que determinar los hechos, sean principales o periféricos, que fueron narrados por las partes y que se corresponden con la realidad, para determinar si

pueden ser o no subsumidos en la hipótesis fáctica de la norma de la cual se pretende se aplique la consecuencia jurídica.

Los principios generales de la carga y distribución de la prueba

La carga de la prueba cumple una función con relación a la actividad probatoria de las partes indicando que deben probar cada una de las partes según su posición en el proceso, no obstante en la doctrina moderna se posicionan criterios en torno a lo que se denomina carga dinámica de la prueba, atendiendo a criterios de facilidad y disponibilidad probatoria. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece en el artículo 72 lo relativo a la carga de la prueba, en los siguientes términos:

Salvo disposición legal e contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal. (negrillas, subrayado y cursivas nuestro).

La doctrina tradicional de la regla de la carga de la prueba resulta inadecuada al proceso laboral, pues, en la relación laboral hay circunstancias de difícil prueba para el trabajador, además que el derecho laboral sustancial contiene un conjunto de normas que protegen al trabajador, lo cual incide en materia probatoria. Por ello, hay un desplazamiento claro de carga de la prueba al empleador, en ciertas circunstancias, esto es, desde la norma sustantiva se le grava esa carga; generando como consecuencia en la aplicación procesal que la ausencia de prueba por parte del empleador conduce a dar como cierto lo afirmado por el trabajador; pero además hay un conjunto de presunciones que favorecen al trabajador que son mandatos para el juez y éste está en la obligación de aplicar.

Este tema de la carga de la prueba ha sido ampliamente debatido y no existen criterios uniformes. MICHELI⁶⁷ la define como “el comportamiento necesario del sujeto para que un fin jurídico sea alcanzado”. Para el autor citado que el concepto de carga de la prueba se apoya en la necesidad práctica de cada una de las partes de alegar y probar en el proceso aquellos hechos en los cuales la norma jurídica reúne el efecto que ampara su pretensión. El tratadista venezolano BELLO TABARES⁶⁸ partiendo de esa definición dice que la carga procesal “es una noción procesal que consagra un poder de las partes y una regla de juicio de carácter subjetivo y concreto, que indica a las partes qué pruebas deben aportar para demostrar los hechos afirmados”. Obviamente, detrás está el principio dispositivo con relación a la libertad de las partes de organizar su conducta en función de los fines perseguidos. Por ello, algunos autores lo explican como un poder disponible de las partes, quizá un poco acercándose a la idea de la carga como un derecho subjetivo de aquellas. Pero parece adecuado afirmar que es una relación jurídica que surge en el proceso, que si bien contiene una pauta de conducta para las partes, puesto, que en defensa de sus pretensiones deben probar los hechos que alegan; no es menos cierto que forma parte de las reglas de juicio para el juzgador, lo que le imprime determinado sello objetivo. No hay que olvidar que el legislador ha establecido algunas normas de juicio para el juzgador cuando en determinadas situaciones hay duda o hechos inciertos, tal como se establece en el artículo 10 LOPT, en la cual se consagra la favorabilidad del trabajador.

CARNELUTTI⁶⁹ señala que la carga de la prueba afecta directamente a la búsqueda de los hechos, pues son estos el sustento de la decisión judicial, en el proceso concreto, de la verdad y la justicia. En

⁶⁷ MICHELLI, Gian Antonio (2004), *La carga de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, p. 188.

⁶⁸ BELLO TABARES, Humberto E.T. (2007). *Tratado de Derecho probatorio*, Caracas: Ediciones Paredes, tomo I, p. 312

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco (1979), *La Prueba Civil*, ob. cit. p. 124.

tesis moderna se habla de la probática, definiéndola como la disciplina que tiene por objeto el estudio y delimitación de los hechos estableciendo su identidad⁷⁰.

En el derecho moderno el rigor tradicional de la regla de la carga de la prueba en el proceso, se ve matizada por el principio de la adquisición procesal y comunidad de la prueba, también por la atribución de facultades probatorias al juez. Sobre esa base se sostiene que las pruebas al ser presentadas en el proceso ya no pertenecen a los sujetos procesales, sino que forman parte de la comunidad de la prueba y caen bajo la potestad del juez para someterlas a su apreciación y análisis y deducir de ellas los elementos de su convicción. De manera que lo crucial o crítico para las partes es la búsqueda de la prueba de los hechos y su presentación al proceso. Allí es donde se pueden involucrar la desigualdad, la deslealtad, la indefensión, por ello, siendo tan sensible este momento, el juez debe actuar en resguardo de la igualdad real – igualdad material procesal- de las partes, la lealtad y probidad debida en el proceso y la garantía en general del derecho de defensa.

Es incuestionable que la regla de la carga de la prueba facultad al juez a decidir en contra de quien correspondía la carga, cuando frente al hecho controvertido que le correspondía probar hay insuficiencia de prueba; es decir, la parte que no prueba suficientemente el hecho alegado tendrá un resultado adverso. No obstante, basados en los valores de la justicia y la verdad, y más dentro del proceso laboral, el juez debe procurar, con las facultades otorgadas por la ley procesal consistentes en decretar oficiosamente la producción de pruebas (artículos 71 y 156 LOPT), investigar los hechos y llegar a la verdad. El rol del juez es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga; vigila, orienta, explora y gestiona prueba. Con base a los principios establecidos en la Constitución Nacional de 1999 existen condiciones

⁷⁰ MUÑOZ, SABATÉ, Luis (1974), *Técnica probatoria*, ob. cit. p. 648.

supremas que deben estimular a los jueces a ejercitar en concreto los poderes que les son atribuidos en la ley procesal.

La dificultad y complejidad del problema de la carga de la prueba ha conducido que diversos autores traten hacer diversas clasificaciones, hablándose, entonces, de carga objetiva y subjetiva, concreta y abstracta, formal y material⁷¹. Expresaba ROSENBERG⁷² el concepto de la carga subjetiva de la prueba fue quizá el único concepto conocido y reconocido hasta el año 1883, el cual se basaba en la “necesidad jurídica” de la prueba, por supuesto se basaba en la necesidad jurídica de las partes, que respondía a la pregunta ¿Quién debe probar en el proceso? o ¿Quién está obligado a probar en una controversia judicial? Con el surgimiento de la carga objetiva (material) o de la certeza sólo interesaba saber cuales los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada del proceso. La actividad de las partes está dirigida hacia la certeza. Vale expresar que la carga objetiva de la prueba es soportada por la parte que busca la certeza. Se observa que el contenido que le han impuesto a esas explicaciones es de carácter teórico, propio de la teoría general del derecho. En la doctrina alemana de una manera práctica se ha preferido en este punto considerar las cuatro grandes clases de hechos con relación a la prueba, a saber: constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos, puesto que los hechos producen sus efectos sobre las relaciones jurídicas, no por sí mismos, sino en virtud de las normas jurídicas. Se comparte el criterio que más que contemplar los hechos se trata de apreciar los hechos inscrito en la norma jurídica, por lo que se toma en cuenta es la posición de las partes respecto a los efectos jurídicos que las normas jurídicas aplicables consagran⁷³.

Así pues, con relación a las partes, la doctrina de la carga de la prueba se proyecta sobre la fase probatoria determinando quién debe probar un hecho concreto para evitar las consecuencias desfavorables

⁷¹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 178.

⁷² ROSENBERG, Leo (1989), *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ob. cit. p. 11.

⁷³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 478.

que acontecen en la fase de decisión. Por ello, conforme a la distinción doctrinal que clasifica los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos, corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos que fundamentan su pretensión y al demandado los hechos que la impidan, extingan o modifiquen. En todo caso, como criterio uniforme, la jurisprudencia ha dicho que cada quién debe demostrar los hechos que fundamentan su pretensión.

No obstante, debe advertirse que también rige el principio de comunidad de la prueba, que consagra que una vez aportada la prueba al proceso no pertenece a las partes sino a todo el acervo probatorio⁷⁴, de suerte que una insuficiencia de prueba tiene que examinarse en forma conjunta.

La aplicación de la carga de la prueba en el proceso laboral

La regulación de la carga de la prueba en el proceso laboral venezolano se encuentra contenida en el artículo 72 de LOPT, una norma que a juicio de la doctrina procesalista recoge principios y criterios elaborados en los últimos veinte años en el Estado social de Derecho, apartándose de los razonamientos liberales individualistas⁷⁵.

Examinando el artículo 72 de LOPT puede decirse que hay una doble dirección en la misma, así: a) De un lado se erige en regla de juicio para el juzgador para el momento de sentencia, pues se deberá preguntar frente a lo dudoso a quién correspondía probar, b) De otro lado, distribuye la carga de la prueba entre el demandante y demandado, “la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos” y según sean ciertos hechos porque establece presunciones.

⁷⁴ JURISPRUDENCIA, Sala Social del TSJ, Sentencia N° 1453 de fecha 25 de noviembre de 2004, Expediente N° 04-1112, Magistrado ponente Juan Rafael Perdomo; Sentencia N°1487, de fecha 06 de octubre de 2009, Magistrado ponente 09-696 Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez.

⁷⁵ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 185.

El fundamento de la carga de la prueba debe analizarse tomando en cuenta los dos aspectos que conforman la noción de carga; esto es, como regla de juicio para la toma de decisión del juez, y la distribución de la no probanza entre las partes, para que se aplique como sucedáneo de la prueba⁷⁶. Sin olvidar que el fin del proceso es la verdad y la justicia, y las circunstancias concretas de cada caso. En el proceso laboral, independientemente de esta noción de carga de la prueba y el contenido del artículo 72, con base a los principios consagrados constitucionalmente, el juez debe, con fundamento en la finalidad del proceso: la justicia, aplicar los criterios de “disponibilidad y facilidad probatoria”, en situaciones acordes con el Estado social de Derecho y de Justicia.

La Constitución, las leyes procesales y los discursos políticos hablan de “la igualdad ante la ley”, esto no deja de ser sino una mera enunciación formal que se debe hacer efectiva en el caso concreto. Por ello, con justa razón en reacción contra la igualdad formal se acuñó la siguiente frase: “*Tratar como “iguales” a personas que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia*”⁷⁷. En el proceso puede darse, de hecho, la desigualdad cuando se impone la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla.

Si bien las partes tienen que aportar las pruebas de los hechos por ellas alegados, bien en la demanda, bien en la contestación, no obstante, hay litigios en que alguna de las partes no tiene la posibilidad de acceder a la prueba, bien porque no tiene recursos o porque carece de los elementos técnicos o científicos para interpretar datos o códigos en los que está oculta la prueba que le favorece. A pesar de esa situación el juez debe decidir en todos los casos, él no puede negarse a pronunciar, emitiendo un simple *non liquet*. De ello viene la inevitable consecuencia,

⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 451.

⁷⁷ Tratar como iguales a los desiguales es una injusticia mayor.

como lo expresa LIEBMAN⁷⁸, que deba sucumbir aquella de las dos partes que *habría debido probar* el hecho que ha quedado incierto. ¿Cuál es, pues, respecto de cada hecho la parte gravada con la carga de la prueba? ¿A quién le corresponde probar los hechos que están en controversia?

El autor MORELLO⁷⁹ siguiendo la teoría de JEREMÍAS BENTHAM, plantea la tesis de la “*visión solidarista de la carga de la prueba*” que consiste que las partes tienen el deber de cooperación con el órgano, sin refugiarse en el solo interés de ellas; pero agrega que el principio de solidaridad obliga –como carga técnica de un más acentuado rigor – a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba⁸⁰. Indudablemente que estos criterios tienen plena vigencia en el proceso laboral.

La jurisprudencia del Tribunal Suprema de Justicia en diversas salas ha asumido la tesis de la carga dinámica de la prueba, bajo el criterio de la facilidad y disponibilidad, no obstante hay decisiones que mediatizan tales criterios. A manera de ejemplo citamos de Casación Social la sentencia N° 1546, expediente N° 07-284, de fecha 17 de julio de 2007, Magistrada ponente Carmen E. Porras, que dice:

En este sentido, debe advertirse que la legislación adjetiva especial del trabajo, tomando en cuenta precisamente, la “máxima de experiencia” señalada por la formalizante, en cuanto a que muchos de los hechos controvertidos en un litigio sobre una relación de trabajo resultan de difícil comprobación para el trabajador, por ser el patrono el que dispone de los medios de

⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. (1980), *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Editorial Ediar. p. 273.

⁷⁹ MORELLO, A. (2001). *La Prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Librería Editora Plantense, p. 83.

⁸⁰ CS Argentina. Julio, 2–1985. “El principio dispositivo que impera en la materia... no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva ni en el adecuado y deseado resultado de la justicia”. C. Nac. Civil Sala D. Mayo 17 de 1991, fallo N° 89.411. “¿no está suficientemente consolidado el criterio conforme al cual el demandado por simulación no puede hacerse “*el desentendido*” cobijándose en que como regla es *sobre el actor* que pesa esa tarea “*olvidándose*” que tiene le deber moral (colaboración) de aportar los elementos tendientes a *demostrar la seriedad del acto*? ¿No hay acaso responsabilidad probatoria compartida que no depende sólo de la condición de ser actor o demandado? Tomado de MORELLO, A. (2001). *La Prueba: tendencias modernas*, ob. cit. p. 86.

prueba idóneos, ha consagrado una reglamentación especial sobre la distribución de la carga de la prueba, que coloca sobre el patrono el deber de suministrar las probanzas conducentes para demostrar ciertos hechos que, en principio, deberían haber sido probados por el trabajador. En el caso de autos, el ad quem determinó la carga probatoria que incumbía a cada una de las partes, aplicando lo dispuesto en el artículo 68 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo – vigente para el primer grado de jurisdicción-, de acuerdo con el cual, la prueba de que se verificó el accidente laboral corresponde al demandante, y además estableció que la verificación de los elementos de la responsabilidad subjetiva – culpa, daño y relación de causalidad- incumben también a la parte que lo alega, con lo cual actuó ajustado a Derecho y conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de , por lo que no se constata infracción alguna en el establecimiento de la carga probatoria de las partes.

No hay duda que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 72 establece una distribución de la carga de la prueba, y que debe entenderse en correspondencia con el artículo 135 *eiusdem*, porque no sólo se trata de probarlos sino también de alegarlos. Pero el caso es que hay algunos que le son difíciles de probar al trabajador, por ejemplo, lo relativo a enfermedad causal laboral, o también en casos de hechos que no tienen elementos de prueba directos, por lo que tendrá que apelar a los indicios y presunciones. En este sentido, corresponderá al trabajador la prueba de los hechos indicantes o circunstanciales que fundamenten su pretensión, o los hechos bases en casos de presunciones.

El principio de protección al trabajador y la distribución de la carga

La posición que ocupa el trabajador en la relación laboral es de subordinación o de dependencia, lo que fundamenta la consideración del trabajador como parte débil o, cuando menos, desfavorecida en la relación de trabajo. Son muchas circunstancias que indican esta condición, entre otras: la contraprestación económica que recibe por los servicios que presta, su inserción en el régimen organizativo, la dirección del titular de la empresa o la misma naturaleza temporal del contrato, todo lo cual se traduce en un estado acatamiento. El constituyente y el legislador han estado conscientes de esta situación por lo que se ha

llegado a asumir, según doctrina constitucional, que el ordenamiento jurídico arroge un carácter de “ordenamiento compensador e igualador”⁸¹.

La “protección” de la parte débil de la relación laboral en el contexto procesal cobra especial relevancia en materia probatoria motivando una tendencia calificada en el campo laboralista como “suavización” o “aligeramiento” o matización” de la carga de la prueba del trabajador, consistente en evitar la imposición de una “carga rigurosa y desorbitada de prueba” de los hechos afirmados en la demanda que podría hacerlo vulnerable a actividades meramente especulativas. Es obvio que el empleador tiene preponderancia en el seno del contrato de trabajo que le proporciona el acceso a un conjunto de datos e informaciones a los que difícilmente puede tener acceso el trabajador. Por ende, las posibilidades probatorias de los hechos alegados en el proceso resultan en términos generales reducidas para el trabajador, convirtiéndose en algunos casos en las denominadas pruebas diabólicas. Es indiscutible que la situación de las partes de la relación laboral reflejan la desigualdad social y económica, por lo que el ordenamiento jurídico debe reaccionar ante previsible situaciones de inferioridad. De suerte, que en el legislador en el ámbito procesal debe establecer mecanismos que compense esa desigualdad material real y subyacente en el proceso con la necesaria e ineludible igualdad procesal de las partes.

No se trata de una igualdad formal, en el sentido de igualdad de posibilidades y cargas, de la asistencia técnica y uso de medios de defensa adecuados. Es obvio que debe aplicarse al proceso laboral, pero algunos de sus elementos deben someterse a ciertas matizaciones. Así que el proceso laboral tiene la necesidad de adaptar la mecánica procesal a la desigualdad material existente entre trabajadores y empresarios.

⁸¹ PLA RODRÍGUEZ, Américo (1978), *Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Debate, p. 47.

Estas adaptaciones procesales a esa realidad de desigualdad se manifiestan entre otras formas en las reglas de la distribución de la carga de la prueba. Así, en efecto, por ejemplo vistas las presunciones en materia de contratación se reputa mejor situado al empleador, por tanto, corresponde la carga de probar la temporalidad del contrato. Véase también en caso de despido que corresponde al empleador probar las cargas del despido (art. 72 LOPT). En este sentido, dada la situación de la categoría de sujetos calificados como trabajadores, los indicios, conforme los conceptúa la ley procesal laboral, se constituyen en un medio probatorio de singular importancia, pues, permite llevar hechos desconocidos a través de residuos, huellas, marcas, circunstancias, huellas o signos dándole una significación en su conjunto.

De cualquier modo, la potencial y real supremacía del empresario en el contrato de trabajo y su correlativo procesal de mayor facilidad para aportar los elementos de prueba, debe ser interpretada con base a los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Estas normas le indican al juez que en caso de duda la inclinación debe ser a favor del trabajador –son reglas de juicio-, esto en fundamento del carácter tutelar del derecho sustantivo y adjetivo del Derecho del trabajo. Es más el juez debe velar siempre que en caso de aplicación de ley por analogía no contraríe principios fundamentales establecido en la propia Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Conforme al análisis acerca de las situaciones planteadas en la Ley Orgánica de Trabajo en los artículos 73, 74 y 75 de LOT, que contienen presunciones, pero que los hechos base deben ser probados, debe advertirse que ellos no están plasmados en prueba directa, por lo que tiene que acudir a la prueba indirecta indiciaria. La situación fáctica planteada en tales normas es acerca de la temporalidad de la relación laboral.

En principio, en el sentido técnico estricto no puede sostenerse que las normas comentadas –artículos 73, 74 y 75 LOT- son auténticas

normas presuntivas. Así las cosas y llegados a este punto, interesa su examen desde el punto de vista procesal con relación a la determinación de la carga de la prueba de la temporalidad del contrato de trabajo y todo ello bajo la apariencia de la presunción, y si es posible para la demostración del hecho base la prueba indiciaria.

Se sabe con relación a los efectos generales de la presunción que se tendrá como cierta si no se desvirtúa el hecho base o si es viable se prueba en contrario. Esto facilita la prueba a la parte a quién protege, pues, bastaría probar el hecho base.

Debe verse, independientemente de la deficiente construcción técnica de la presunción en dichas normas, el contenido que es el que instaura la presunción e instituye la prueba contraria al hecho presumido. En efecto, frente a esa atenuación o alivio de la carga probatoria al trabajador que antes se indicó, se carga al empresario con la prueba de la temporalidad del contrato forzándole con ello al cumplimiento de las exigencias previstas en la norma para la contratación temporal.

Dificultades probatorias y normas para la aplicación indiciaria

Del razonamiento hasta aquí seguido resulta la necesaria aplicación de la regla sobre la carga de la prueba cuando se compruebe por el juez de juicio la existencia de un dato fáctico insuficiente o incierto que determinará quien ha de soportar las consecuencias desfavorables de esa falta de prueba. En la concreta situación que se ha venido examinando a lo largo de esta tesis, se puede observar una doble hipótesis partiendo de qué es el empleador el obligado a acreditar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la válida celebración del contrato que articula la relación laboral –el trabajador tiene presunción de existencia artículo 72 LOPT-, así como de la modalidad de contratación temporal acogida, en las situaciones previstas en los artículos 73,74 y 75 de LOT, se deberá tomar lo siguiente

a) El empleador debe demostrar en juicio los extremos requeridos – desde le punto de vista fáctico la manifestación de voluntad en forma inequívoca de relación laboral temporal, lo concreto de obra determinada o tiempo determinado-, así como que la contratación temporal tiene causa reales y existentes de temporalidad; en la hipótesis del artículo 73 que hay una forma de voluntad temporalidad de la relación laboral con prueba concreta; que no hay intención de continuar la relación laboral en caso de artículo 74 LOT, son elementos fácticos con relación a la voluntad; o en la hipótesis del artículo 75 *ejusdem*, deberá probar que no se está en esos supuestos de hecho, o bien porque se trata de la misma obra, o bien porque el contrato novado se hizo fuera de un lapso superior al mes siguiente de concluida la obra.

b) Si no queda demostrado por ningún medio la naturaleza temporal de la actividad o ejercicio, lo que significa que no hay prueba suficiente, el juez deberá estimar indefinida la relación laboral aplicando las normas citadas.

Y es que asumiendo una función esencialmente interpretadora de la regla sobre la carga de la prueba, en correspondencia con las presunciones o mandatos imperativos del legislador en los artículos 73, 74 y 75 LOT, el telón que subyace en la exigencia de la prueba de la temporalidad o excepciones a los supuestos de hecho de tales artículos son los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria.

En esas condiciones, fueron las dificultades probatorias que aquejaban al trabajador como parte débil que han venido justificando la utilización de presunciones y de los indicios como medios probatorios. En concreto, el instituto del medio indiciario y el presuntivo son mecanismos para eludir dificultades probatorias para el trabajador, y por tanto, fundamentados en el carácter tuitivo del Derecho laboral.

El problema para el trabajador es que evidentemente no está exento de actividad probatoria en las hipótesis de los artículos 73, 74 y 75, pues, deberá probar el hecho base conforme lo dispone el artículo 119 LOPT,

dado que no se puede probar una presunción con otra presunción, por lo que juega papel importante el medio indiciario. Así el trabajador tendrá que probar las prórrogas o que la novación es para otra obra dentro del lapso del mes consiguiente de haberse concluido la obra anterior de su contrato. Esto podrá probarlo con cualquiera de los medios, por ejemplo, cotización del seguro social, recibos de pago, etc., los cuales son hechos indicadores.

El indicio en la carga de la prueba laboral

Al tratar los efectos de la presunción se puso de manifiesto la tendencia a considerar su proyección en el ámbito de la carga de la prueba y, en ese orden, entender que la dispensa de la prueba del hecho presunto a la parte favorecida por éste se traduce en una inversión o desplazamiento del *onus probandi*, independientemente que se acredite el hecho base de los supuestos de hecho de las normas comentadas – artículos 73, 74 y 75 LOPT. Si la parte que alega la norma presuntiva o esos hechos contenidos en ella no consigue probar el hecho base sólo a ella corresponderá soportar las consecuencias negativas de esa falta de probar. Ahora bien, como se trata de demostrar un elemento fáctico son admisibles todo medio probatorio, pero es el caso que normalmente en las relaciones laborales la costumbre es no dejar elementos documentales, por lo que resulta muy importante el manejo de la prueba indiciaria, bien aportando los hechos indicantes o señalándolos si surgen en la práctica probatoria en el proceso.

Es indudable que la presunción como tal encierra una importante función probatoria facilitando o flexibilizando la actividad de la parte gravada con el *onus probandi*, por ello es determinante su incidencia en la carga de la prueba. No obstante, debe discriminarse si se trata de una presunción de carácter absoluto o *iuris tantum*⁸². En el primer caso, por mandato de la ley no hay prueba en contrario, pero eso no excluye que

⁸² RIVERA MORALES, Rodrigo (2010) Actividad probatoria y valoración racional de la prueba, ob. cit. p. 609.

no se desvirtuó el hecho base, el cual debe estar acreditado en autos, lo cual puede hacerse con la prueba de indicios. Pero establecido el hecho base no se puede probar en contra el hecho presunto. En el segundo caso, si hay prueba en contrario, puede establecerse el hecho base, e incluso no discutirse, pero puede refutarse el hecho presunto, caso específico lo previsto en el artículo 74 LOT. Y esto pudiera hacerse perfectamente con los indicios, requiriéndose la pluralidad de los mismos conforme lo dispone el artículo 116 LOPT.

Interesa determinar el alcance de esa influencia para lo cual se impone una vez más recurrir a los criterios legales de reparto de carga probatoria y, en base a los mismos, examinar el estado de la cuestión planteada en dos momentos diferentes.

CAPÍTULO V

LOS CRITERIOS QUE DEBE TOMAR EL JUEZ EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL INDICIO

Es preciso señalar que el juez al momento de tomar la decisión lo primero que debe realizar es un examen de la regularidad del proceso, esto es que se haya realizado *iter procesal* conforme a las garantías constitucionales y se haya respetado el debido proceso, pues de lo contrario pudiera verse afectado de nulidad.

El debido proceso: derecho de defensa y derecho de probar

No hay duda que con la ola de constitucionalización mundial se ha instaurado en los ordenamientos nacionales el debido proceso⁸³. Hoy día el proceso no se concibe sin las garantías individuales. En el Estado democrático constitucional se consagra el debido proceso⁸⁴, que tiene un significado humano, garantista y democrático. Es un derecho

⁸³ En la doctrina moderna el proceso se define como la tutela efectiva de los derechos del justiciable; por ello, algunos autores y legislaciones expresan que el proceso es un instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales.

⁸⁴ JURISPRUDENCIA. Nótese que antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999 nuestra jurisprudencia había asimilado la idea del debido proceso. La CSJ. en sentencia del 17-03-93 (caso Inversiones Barquin C. A.) y de Agosto de 1995 admitía el concepto debido proceso. Dijo “La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22-11-69 y ratificada por nuestro país el 09-08-77 ha difundido el principio universal el “debido proceso”, al establecer en el ordinal 1° del artículo 8° “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro del plazo razonable por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Principio que ha acogido nuestra doctrina y sobre el cual esta Sala ha tenido que pronunciarse en numerosos fallos... (omissis...). TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia Nro. 419 del 30/06/2005, expediente N° C04-0121, Magistrado ponente Alejandro Ángulo Fontiveros: “El debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios necesarios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado se materialice. Así, todos los actos que los jueces y las partes ejecutan en el desarrollo de un proceso tienen carácter jurídico pues están previamente establecidos en la ley.”. SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia N° 1737, de 9 de agosto de 2007, expediente N° 06-2264, Magistrado ponente Omar Alfredo Mora Díaz, “Ante esta situación, el Juez de Alzada, erradamente declaró desistida la apelación, debiendo éste como rector del proceso y en resguardo al derecho a la defensa del trabajador, agotar todos las vías necesarias y existentes para corroborar la identificación de la parte o bien ofrecerle la oportunidad de identificarse debidamente, actuación que hubiese estado apegada a los principios rectores del nuevo proceso laboral, los cuales buscan no sacrificar la justicia por formalismos excesivos, que lejos de ajustarse a derecho, quebrantan el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes”. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones. [2011, marzo 17]

constitucional (de rango supranacional) con carácter de fundamental, de aplicación inmediata en todos los órdenes, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Nacional.

El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción de administración de justicia del Estado no resulte arbitraria. En la tendencia actual de la constitucionalización del derecho, las constituciones han recogido, en sus disposiciones, principios procesales para garantizar el proceso justo; así, en la Constitución Nacional en el artículo 257 se concibe el *proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia*, lo que es una ratificación de las normas procesales establecidas en el artículo 49 de la misma. El debido proceso tiene aplicación en toda actuación judicial o administrativa, incluso entre particulares en donde exista controversia referente a derechos; específicamente, con relación a la materia probatoria los ordinales 1º, 2º, 5º y 8º establecen garantías muy claras.

En la Constitución nacional se aborda de diversas maneras el derecho a un debido proceso en la prueba. En el artículo 26 se establece el derecho a acceder a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ello significa el ser oído, lo cual conlleva la probanza. La Constitución de 1999 consagra indefectiblemente el *principio del debido proceso en la prueba*. Es un verdadero principio, pues, se halla, conectado íntimamente con derechos de rango fundamental. Es más expresa la nulidad de la prueba obtenida sin el debido proceso (artículo 49 numeral 1 CRBV).

¿Qué es el debido proceso en la prueba? Allí están involucradas todas las garantías individuales en el proceso: contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, publicidad, control de la prueba, acceso, imparcialidad y lealtad procesal⁸⁵. La pregunta supone que existe el

⁸⁵ VILLAMIL P., E. (1999), *Teoría Constitucional del Proceso*, Bogotá: Edic Doctrina y Ley, p. 61.

derecho de probar. No es una perogrullada, pues, si a la persona se le niega el derecho a probar es como si le fuera negado el derecho al proceso mismo, que equivale a lo que decían los romanos y que anteriormente se citó: *"idem est non esse aut non probari"*. Es obvio, de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica, si en caso que nos sea desconocida no podemos probar.

Sobre esa base se pueden definir un conjunto de principios generales. Estos son, en general, comunes a los procesos civiles y penales, por supuesto, también a las diversas modalidades como el laboral, administrativo, agrario, administrativo, etc. La mayoría de estos principios coinciden con las disposiciones básicas del derecho procesal, esto se debe, por un lado, a que el probatorio está inserto en el mismo proceso, le sirve de apoyo para la decisión del conflicto; por otro lado, la base de ambos es común, ya que arrancan del Derecho Constitucional. Es decir, parten de la concepción de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que se establece como norma y de las garantías individuales que en ella se definen.

En fin los valores constitucionales están en la base de los principios aplicables con carácter general al derecho procesal; puede recordarse que los derechos a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, o a un proceso con todas las garantías, reconocidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución, son reflejo del valor superior justicia y deben interpretarse de acuerdo con el mismo. Es claro que la influencia de los valores constitucionales en el derecho procesal, y en sus aspectos específicos (derecho probatorio) debe reflejarse, en la normativa que los regula; pero ésta ha de ser interpretada en todo caso conforme al sistema constitucional de valores, y especialmente conforme a los valores superiores⁸⁶.

⁸⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo (1993) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª Edic. Madrid: Edit. Civitas, p. 97.

Específicamente, con relación al indicio, cuando este no se promueve en los alegatos y no es objeto de practica probatoria por haber sido admitidos los medios que lo trasladan, algunos críticos, entre otros MONTERO⁸⁷, expresan que el indicio no promovido y extraído de otros elementos de prueba quebrantan el debido proceso porque no se dio el contradictorio. Se asume la idea que es falsa esta postura, puesto que esos indicios surgen en una práctica probatoria contradictoria, si no lo fuera si se estaría violando el debido proceso. Pero que surja, por ejemplo, de un interrogatorio de testigos un hecho o circunstancia en práctica contradictoria y no fuese atacado en esa oportunidad, lo que ha habido es negligencia de la parte y deberá entenderse como convalidación.

El principio de igualdad y la favorabilidad del trabajador

La Constitución Nacional establece como valor la igualdad. A tal efecto en forma normativa expresa mandatos claros para predicar la igualdad. El constituyente es consciente que el trabajador es un reflejo de la situación estructural socio-económica del país, que genera desigualdades materiales en el campo de la producción, dependiendo del lugar que ocupe en el proceso productivo, por ello concibió mecanismos para propender a establecer la ansiada igualdad material.

Ya se dicho en páginas anteriores que la posición que ocupa el trabajador en la relación laboral es de subordinación o de dependencia, lo cual fundamenta que se estime al trabajador como parte débil o, cuando menos, desfavorecida en la relación de trabajo. Por estas circunstancias y atendiendo el mandato constitucional de justicia social, el legislador en la elaboración de las leyes sociales ha tomado criterios con la finalidad de establecer equilibrio social y fomentar la ordenación social⁸⁸.

⁸⁷ Por todos MONTERO A., J. (2005). La prueba en el proceso civil. 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid, p. 175.

⁸⁸ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA SOCIAL, Sentencia 514, de fecha 08 de octubre de 2002, expediente N° 02-064, magistrado ponente Juan Rafael Perdomo: "En conformidad con el artículo 4º del Código Civil, a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del

No es aventurado decir que el trabajador, normalmente, presionado por la escasez de oferta de empleo y salarios dignos, tiene muchas veces que sucumbir en las controversias por las actuaciones abusivas y de mala fe de la parte procesal contraria. Por ello, en materia probatoria se hace imprescindible esa flexibilización probatoria y darle una mayor significado a la prueba indiciaria⁸⁹.

Iniciativas probatorias del juez.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece en su artículo 71 la facultad que en caso de no existir elementos probatorios o medios probatorios promovidos que sean suficientes para producir convicción necesaria para dictar sentencia, el juez se encuentra facultado para promover medios probatorios auxiliares, encaminados a complementar la actividad probatoria realizada por las partes del proceso.

significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador, y de la interpretación gramatical del artículo 49 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, resulta que dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso, activa o pasivamente, siempre que sus pretensiones sean conexas, o cuando la sentencia a dictar pudiera afectar a la otra. Además, también establece el artículo que varios trabajadores pueden demandar sus derechos y prestaciones sociales, en un mismo libelo y a un mismo patrono, porque la Ley -acogiendo la solución jurisprudencial- expresamente lo autoriza y la intención del legislador, conforme con el sentido de justicia de la Constitución, es garantizar el acceso a la justicia del trabajador como << débil jurídico >> en la relación obrero-patronal. En este sentido hay que precisar que el régimen sobre conexión de pretensiones en la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo es diferente al de Derecho común y ahora se permite expresamente que varios trabajadores puedan demandar sus derechos y prestaciones sociales, en un mismo libelo y a un mismo patrono, lo que sin duda alguna es una norma especial y cuando la Ley especial tiene una previsión legal concreta para regular el supuesto de hecho examinado, esa es la norma jurídica aplicable. Sólo ante la ausencia absoluta de previsión legal en la legislación especial sobre un supuesto concreto, se puede aplicar el Derecho común que está excluido en este caso por las normas especiales del proceso laboral. Además son principios generales relativos a la aplicación de la ley que la ley especial excluye a la ley general, que la ley posterior excluye a la anterior, que la ley orgánica excluye a la ordinaria y, en materia procesal laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es especial, posterior y orgánica, de forma tal que la existencia de una norma jurídica concreta en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo sobre conexión de pretensiones, excluye la aplicación de la norma general sobre conexión de pretensiones contenida en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones. [2011, marzo 22].

⁸⁹ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA SOCIAL, Sentencia N° 1042, de fecha 24 de mayo de 2007, expediente 06- 2252, Magistrado ponente Alfredo Omar Mora Díaz: “El ordenamiento jurídico laboral está concebido precisamente con un carácter tuitivo, es decir, protector del trabajador frente al empresario, precisamente por considerar que el trabajador está sujeto a contratar, y por tanto aceptar las condiciones que para la contratación le imponga el patrono, aunque sean abusivas”. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones. [2011, marzo 22].

Esta institución, hace factible la posibilidad de formar en los jueces una verdadera convicción en cuanto a la existencia de los hechos controvertidos, por otro lado auxilia en aquellos casos en que la actividad probatoria desplegada por las partes resulta insuficiente. Esta iniciativa consagrada en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo denota, la intención del legislador de que el órgano jurisdiccional en laboral y los jueces en general no asuman una posición pasiva frente al desenvolvimiento de la actividad probatoria sino que debe erigirse como un verdadero director material del proceso haciendo uso del conjunto de facultades de iniciativa probatoria para poder llegar a la verdad material, y dejando a un lado la figura del juez que actúa como un mero director formal del proceso.

De igual manera en el artículo 156 *ejusdem* se consagran facultades probatorias del juez. Estas facultades tienen correspondencia con lo dispuesto el artículo 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que estipulan que el norte de la actuación de los jueces es la verdad y están obligados a inquirirla por todos los medios a su alcance⁹⁰.

Uno de los aspectos que debe valorarse frente a la iniciativa probatoria del juez, es la posible afectación que esto signifique al principio dispositivo y al principio de aportación de las partes, en este sentido, debe

⁹⁰ JURISPRUDENCIA. TSJ-SALA SOCIAL, Sentencia N° 0812, de fecha 12 de junio de 2008, expediente N° 07-1581, magistrado ponente Omar Alfredo Mora Díaz: “La normativa jurídica, delatada como infringida, establece lo siguiente: Artículo 156. El Juez de Juicio podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad; también podrá dar por terminados los actos de examen de testigos, cuando lo considere inoficioso o impertinente. El Artículo 156 antes transcrito, debe analizarse conjuntamente con el artículo 71 de la misma ley, que establece: Artículo 71. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. Estas dos últimas disposiciones legales, facultan a los jueces para ordenar o instar la evacuación de alguna prueba adicional o no promovida por las partes, que a su juicio sea conveniente, para juzgar según la verdad real, ya que es importante para la justicia, que ésta quede determinada en el juicio. Al respecto, “el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus pruebas”. (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial. Víctor de Zavalía Editor. Bogotá, Tomo I). Esta regla, contemplada en la ley adjetiva laboral, pretende evitar sentencias apartadas de la realidad por ausencia de pruebas esenciales, deja incólume el principio de la carga de la prueba y reafirma el carácter instrumental del proceso, previsto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

tenerse en cuenta en primer termino que la iniciativa probatoria no supone una suplantación de la actividad probatoria de las partes por el juez, todo lo contrario el juez simplemente complementa la actividad probatoria que se ha desarrollado en forma deficiente por las partes, el juez en ningún momento puede hacer uso de estas facultades frente a un supuesto de ausencia absoluta de medios propuestos, así como tampoco podría incurrir en prejuzgamiento de fallo y quebrantamiento de la actitud imparcial que lo debe caracterizar⁹¹.

Las reglas de la sana crítica respecto al indicio

Ordena el artículo 10 de LOPT que los jueces en la valoración de las pruebas deberán hacerlo conforme las reglas de la sana crítica.

Dentro de los sistemas de convicción racional, que se aparta del sistema de libre convicción, dándole preeminencia a la justificación racional, aparece el sistema de sana crítica. Dice SENTIS MELENDO⁹² refiriéndose al concepto de *sana crítica* “que es la conjunción de las reglas de experiencia con el método lógico de la ciencia”, lo que significa que el juez y, en general los abogados, deben manejar el arte de la argumentación como corolario de la aplicación de métodos lógicos para la elaboración de los juicios⁹³.

⁹¹ JURISPRUDENCIA. TSA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia N° [323](#), de fecha 29 de noviembre de 2001, expediente N° 01-435, Magistrado ponente Omar Alfredo Mora Díaz, caso: Ligia del Carmen Rodríguez contra Juan Carlos Vásquez Peña: “(...) Estas diligencias probatorias (...), significan una verdadera actividad probatoria inquisitiva del juez, más que un proveimiento para sentenciar, y por esta razón equivalen a la actividad de las partes. Por otro lado, tales diligencias representan una prórroga del lapso de evacuación en beneficio del juez y no de las partes (...)” (Resaltado de la Sala). Atendiendo al hecho de que el artículo bajo estudio, le otorga al juez la potestad de dictar de oficio, en el ejercicio de sus facultades discrecionales cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, la orden de comparecencia de un testigo una vez que ha vencido el lapso probatorio, la omisión de pronunciamiento respecto a una solicitud de esta naturaleza realizada por las partes (en el presente caso por la actora), en ningún sentido viola el artículo denunciado, pues, entenderlo de esta manera sería tanto como considerar que estas facultades dejen de ser discrecionales y privativas del juez, para convertirse en un derecho de las partes, en consecuencia, no estaba obligado el sentenciador a la aplicación de la norma y así se decide”. Tomado [www.tsj.gov.ve/decisiones. \[2001](http://www.tsj.gov.ve/decisiones. [2001), marzo 22]

⁹² SENTIS MELENDO, S. (1990), *La prueba*, ob. cit. p. 48.

⁹³ CSJ. Sentencia 18-12-90: “Se infringe la sana crítica cuando la sentencia se limita a describir los elementos de autos sin analizarlo en absoluto en su virtualidad probatoria o cuando su valoración de las pruebas está en franca contradicción con las pautas lógicas

Ahora bien ¿qué es la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. SENTIS MELENDO⁹⁴ dice:

Se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean.

Por su parte COUTURE define las reglas de la sana crítica como *"las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"*.

Las reglas de la sana crítica son, para él, ante todo:

"las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana), con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"⁹⁵.

La sana crítica supone métodos, reglas de lógica, reglas de experiencia, e incluso reglas sociales, costumbres, etc., que permitan al juez valorar y apreciar una realidad jurídica determinada. Esa realidad

que rigen la investigación de la verdad, o cuando se hacen aseveraciones apodícticas para el establecimiento de los hechos, de forma que revela una prematura o irreflexiva formación de la convicción del juez". PIERRE TAPIA. O. Ob. cit. Año 1990, N° 12, p. 290.

⁹⁴ SENTIS MELENDO, S. (1990), *La prueba*, ob. cit. p. 52.

⁹⁵ COUTURE, E. (1978), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ob. cit. p. 270.

deviene de una situación histórica concreta que produce muchas determinaciones, por ello el juez tiene que hacer una apreciación integral, en la cual estén presentes los métodos del pensamiento, todo el acervo probatorio y las determinaciones sociales, psicológicas e históricas⁹⁶.

Los principios de la lógica y de las reglas de la experiencia tienen papel preponderante en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya⁹⁷.

⁹⁶ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA SOCIAL, sentencia N° 447, de fecha 26 de abril de 2011: "En materia laboral, la valoración y apreciación de las pruebas corresponde hacerla al juez de conformidad con las reglas de << la sana crítica >>, debiendo analizar y juzgar todas las pruebas que hayan sido promovidas y evacuadas en la oportunidad legal prevista para ello, aun aquellas que, a su juicio, no aporten ningún elemento de convicción sobre los hechos controvertidos en el proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 5° y 10 de Procesal del Trabajo y el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil. En el caso concreto, aprecia que, el Tribunal de alzada examinó y analizó, en forma expresa y detallada todo el material probatorio producido por las partes; señaló los motivos y razones por las cuales fueron apreciados, así como también los hechos que se desprenden de cada una de ellas, conforme a las reglas de << la sana crítica >>, lo cual llevó a concluir que en el presente caso no se encontraba evidenciado la comisión por parte del patrono de un hecho ilícito o acto antijurídico en contra del trabajador, por no haber sido demostrada la veracidad de los hechos imputados en el procedimiento de calificación de falta incoado en su contra, toda vez que tales imputaciones fueron esgrimidas por la empresa en estricta sujeción a las facultades que le confiere el artículo 453 de del Trabajo que se traduce en una manifestación de hacer efectivo el ejercicio de un derecho establecido en , criterio éste que encuentra esta Sala ajustado a derecho. Tomado [www.tsj.gov.ve/decisiones. \[2011](http://www.tsj.gov.ve/decisiones. [2011), abril 26].

⁹⁷ Idem

Indiscutiblemente que en la valoración propiamente de lo sucedido y que es controvertido, se pueden distinguir tres funciones de las máximas de experiencia⁹⁸: a) Heurística: es un instrumento ideal para fabricar hipótesis, las cuales permiten construir *narraciones* hipotéticas referidas a los hechos del proceso; b) Epistémica: en cuanto son instrumentos de conocimiento, pues, su aplicación al caso concreto como premisa –*criterio cognoscitivo*– posibilita implementar inferencias; c) Justificativa: se manifiesta en el contexto de la motivación de la decisión sobre los hechos del proceso⁹⁹.

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

No obstante, hay que señalar que las máximas de experiencia no se agotan ni en las reglas de sobrevivencia, ni en el conjunto de nociones que constituyen un patrimonio cultural en un determinado lugar y

⁹⁸ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), *Las pruebas en el Derecho Venezolano*, ob. cit. p. 606.

⁹⁹ TARUFFO, Michelle (2008), “*Considerazioni sulle massime d’esperienza*”, en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, ob. cit. pp. 176-182.

en un determinado momento histórico. Tampoco debe hacerse equivalente el concepto de sentido común con las máximas de experiencia. En el primero hay más raciocinio y aplicación de formas lógicas, por lo que hay menos generalizaciones, aun cuando se valga de estereotipos para interpretar la realidad. Las segundas, se basan fundamentalmente en generalizaciones y por tanto vienen enunciadas en forma de *reglas*¹⁰⁰.

Aclara TARUFFO que las reglas de experiencia no deben confundirse con las reglas de la lógica y de la argumentación racional. Estas reglas no se refieren a un pretendido *conocimiento* sobre hechos y comportamientos, sino que *fijan* los criterios que deben seguirse para construir un razonamiento lógicamente correcto.

Por otra parte, es importante señalar que no todas las máximas de experiencia pueden tener el mismo valor de conocimiento – epistemológico-para fundar un razonamiento. Algunas reglas de la experiencia se basan en generalizaciones que pueden considerarse como *válidas* porque se corresponden a la forma en la que un cierto acontecimiento se produce efectivamente en la realidad¹⁰¹. Hay que tener en cuenta que el fundamento cognoscitivo en esos casos no está en la experiencia perceptiva de los fenómenos que describe, sino en las leyes científicas o naturales que explican estos fenómenos. Sin embargo, algunas de ellas pueden derivar de la experiencia directa de estos fenómenos, pero si la persona no está al tanto del conocimiento científico sólo formulará su experiencia repetida.

¹⁰⁰ TARUFFO, Michelle (2008), “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Universidad Libre de Colombia, p. 169. Vid. NIEVA FENOLL, Jordi (2010), *La valoración de la prueba*, ob cit. pp. 210-212. Este autor entre otras críticas dice “Y cuando se mencionan, no significan otra cosa que una referencia a una especie de imaginario colectivo que se toma como ejemplo de consenso social o científico de cuál es el *id quod plerumpque accidit*”. Y agrega: “ en realidad, se está haciendo referencia en ocasiones [...], a simples convenciones sociales que, por cierto, están llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico”.

¹⁰¹ IBÍDEM, p. 170.

La jurisprudencia ha venido evolucionando en cuanto a la definición y a la aceptación de diversos tipos de máximas de experiencia con diverso valor epistemológico¹⁰².

Debe advertirse que un mal uso de las reglas de experiencia puede conducir a error, por ello deben tenerse presentes algunas reglas para evitar el error: a) No darle valor de regla general a una máxima cuando esta la tenga por no estar fundada en conocimiento científico válido; b) si una regla está formulada en términos generales, basta un solo caso negativo para demostrar su falsedad; c) no puede pretenderse validez a una máxima de experiencia si contradice una regla de conocimiento

¹⁰² JURISPRUDENCIA. JURISPRUDENCIA. VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia N° RC.00073, de fecha 8 de marzo de 2007, expediente N° 06-820, Magistrado ponente Luis Antonio Ortiz Hernández, caso Olga María Angelino Manzo contra Lina Romelia González de Angelino y otros: *En este mismo orden de ideas, tenemos que el concepto de máximas de experiencia y su técnica para denunciarla, quedo plasmado en sentencia emanada de la Sala signada con el N° 017 del 25 de enero de 2006, expediente No 04-029. Reitera sentencia N° 324 de fecha 15 de octubre de 1997, caso: Régulo Antonio Tineo Arismendi c/ Jesús Fermín, establece lo siguiente: Son juicios hipotéticos de contenido general, sacados de la experiencia; sean luego leyes, tomadas de las distintas ramas de la ciencia, o aun simples observaciones de la vida cotidiana. (Stein). ...Omissis... (...) El principio que desarrolla el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, permite al juez tomar en cuenta en su decisión aquellos conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común.... 'Las argumentaciones de derecho y de lógica que el fallo contiene no pueden ser calificadas de elementos extraños a los autos, ya que ellas son de uso corriente y permitido en la elaboración de los fallos para lo cual también se puede acudir a las << máximas >> de << experiencia >>, como lo hizo en este caso el sentenciador, pues tales máximas responden al saber o conocimiento normal o general que todo hombre de cierta cultura tiene el mundo y de sus cosas en el estado actual de información que poseemos (...)* (...) Algunos ejemplos de máximas de experiencia serían los siguientes: El sol sale por el este; un cuerpo abandonado en el vacío, cae; los frutos maduran en el verano; en Venezuela se conduce por la derecha; las personas ancianas caminan con lentitud; las aves emigran en el invierno (...) (...)'...Ahora bien, aun cuando la decisión del juzgador no esté fundamentada o apuntalada en una máxima de experiencia, puede suceder que en su sentencia éste emita pronunciamientos o criterios que estén reñidos con elementales máximas de experiencia, situación en la cual éstas se estarían violando por omisión, al dar por cierto el juzgador un criterio contrario al conocimiento común, lo que denota una conducta que debe ser impugnabile o controlable por la Sala...'
'...De manera que, desde la fecha en que se publique la presente decisión, la violación de las máximas de experiencia se configurará en los casos siguientes: a) cuando el juez base su decisión en una máxima de experiencia y la viole o infrinja; y, b) cuando el juez no aplique en su decisión una máxima de experiencia y, sin embargo, emite pronunciamientos o criterios que están reñidos con ella, todo lo cual se traduce en que el quebrantamiento de las máximas de experiencia se puede producir por acción u por omisión, respectivamente...'
'...Sobre la determinación de la imposibilidad de un hecho, que corresponde a una de las funciones de las máximas de experiencia, autorizada doctrina ha señalado lo siguiente:...'. *'...Una tercera e independiente función de las máximas de la experiencia, que por un lado todavía se refiere al derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto de hecho material, es la determinación de la imposibilidad de un hecho...'* (*'...omissis...'*) *'...La imposibilidad en el sentido del proceso y en el de la prueba histórica procesal no tiene nada que ver con la imposibilidad lógica: no se trata de la contradicción conceptual de unos enunciados, sino de la exclusión apriorística de la realidad de unos hechos o, más precisamente, de la verdad de unos juicios narrativos. ...'*
(Subrayado nuestro). www.tsj.gov.ve [22-03-2011]

científico disponible, y d) una máxima de experiencia que sea contradicha por otras no puede aplicarse como fundamento de decisión¹⁰³.

A manera de conclusión, puede decirse que el concepto mismo de sana crítica se ha ido ponderando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que fundamentalmente los elementos que la componen son: 1) *la lógica* con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), 2) *las máximas de experiencia* o "reglas de la vida", a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya examinadas, 3) *los conocimientos científicamente aceptados socialmente* (según exigen los cánones de la comunidad científica mundial legales nacionales citados), y 4) *la obligación de fundamentar la sentencia*, exponiendo las razones de justificación de la decisión¹⁰⁴.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón. Por último, la adopción de un sistema de sana crítica tiene una relación primordial con la fundamentación de la sentencia, afectando la

¹⁰³ TARUFFO, Michelle (2008), "Considerazioni sulle massime d'esperienza", en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, ob. cit. pp. 183-185.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2005), "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Pontificia Universidad Católica de Chile, Tomado de <http://www.derechoinforma.net>. [2011, Marzo 22]

forma en que ella debe desarrollarse y que se enmarca en una visión de sistema que se relaciona con una visión democrática del poder judicial. Así la fundamentación cumpliría una triple función: Permitir un control extraprocesal por la comunidad, ser una garantía para la parte al permitir a ésta conocer las razones de la decisión y facilitar un control endo procesal que respete las garantía de las partes a una revisión de la sentencia por los tribunales superiores de justicia¹⁰⁵.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en forma racional no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador aquellas exigencias de la sana crítica que se han expuesto y que asume la jurisprudencia nacional¹⁰⁶. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes.

Los criterios de aplicación del indicio en la valoración probatoria

Los indicios son una prueba indirecta, de carácter crítico y lógico. No es una prueba histórica ni representativa del hecho indicado (desconocido), pues carece de las características que son propias a

¹⁰⁵ JURISPRUDENCIA. TSJ. SALA SOCIAL, sentencia N° 447, de fecha 26 de abril de 2011: “La Sala ha explicado en múltiples oportunidades que el Tribunal Supremo de Justicia y en especial la Sala de Casación Social no es un tribunal de instancia; y, que los jueces son soberanos en la apreciación y valoración de las pruebas, de conformidad con los principios de concentración, inmediación y oralidad del nuevo proceso laboral y aplicando las reglas de << la sana crítica >> como lo establece el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por esta razón la Sala no puede controlar la disconformidad de los recurrentes con la apreciación y valoración de las pruebas realizadas por los jueces de instancia. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones. [2011, abril 26].

¹⁰⁶ JURISPRUDENCIA-VENEZUELA. TSJ. SALA DE CASACIÓN SOCIAL, sentencia N° 1988, expediente N° 06-504, de fecha 20 de noviembre de 2006, Magistrado ponente Luis E. Franceschi, dice: En el caso sub examine, la impugnante expone que la sentencia recurrida violó los artículos 3, 5, 69, 70, 71 y 78 de Procesal del Trabajo; los artículos 12, 15, 477, 506, 520 y 514 del Código de Procedimiento Civil, y los artículos 26 y 49 de de de Venezuela, así como la jurisprudencia establecida por en sentencia N° 1037 de fecha 07 de septiembre de 2004, en relación con la prohibición a los jueces de suplir las faltas, excepciones, defensas y/o cargas probatorias que tienen cada una de las partes del proceso, así como el quebrantamiento del principio de igualdad, al no decidir conforme a lo alegado y probado en autos, supliendo con la valoración de las pruebas realizada, la carga de la prueba que correspondía a el accionante, pues a su decir, dio por demostrada la relación laboral al valorar como indicio y luego como plena prueba, la constancia de trabajo opuesta por el accionante en copia fotostática simple e impugnada por la demandada, pese haber afirmado en su fallo que la misma carecía de valor probatorio, conclusión a la cual arribó luego de haber valorado las testimoniales evacuadas en juicio, por la sana crítica, obviando, en su análisis, lo afirmado por los testigos, respecto a que el actor no prestaba servicios para la demandada, ni se le pagaba salario, ni recibía órdenes de la demandada, que los chóferes de avance no los contrata la asociación, sino los dueños de busetas y son éstos quienes les cancelan el salario, éstos, entre otros motivos”. Tomado www.tsj.gov.ve [2011, abril 07].

aquellas. Pero el concreto pensado, como unidad de pensamiento, permite reproducir la realidad argumentativamente.

El indicio es quizá el elemento probatorio de mayor presencia en un proceso, sea penal o civil (se incluye el lo laboral). En el primer caso, no es común que el delito se cometa dejando facilidades de prueba, sea testimonial o documental, por lo general lo relevante son hechos aislados que pacientemente investigados e inteligentemente procesados conducen a develar al autor. En el segundo caso, en el cual lo apreciable es dejar pruebas testimoniales o documentales, de ellos pueden brotar hechos que revelan la verdad, o también pueden ser hechos aislados que permiten discurrir en la reconstrucción del hecho característico que configuran el rol del negocio o jurídico que se debate. Por eso, manejar la técnica de la prueba indiciaria, tanto el litigante como el juzgador, resulta de una importa vital para la solución del conflicto.

No hay duda que la prueba indiciaria es de gran importancia en el proceso laboral. Es verdad que, normalmente, la mayoría de actos o negocios jurídicos se hacen documentados o frente a testigos, pero algunos por confianza, por fingimiento, o por preparación de un delito, se procuran hacer sin dejar rastros, de suerte que para encontrar la “verdad” se debe apelar a la prueba indiciaria, la cual permitirá localizar circunstancias, hechos, modos o signos que concurran a mostrar o indicar algo. En todo caso, normalmente, en caso judicial nos encontramos con un conjunto de hechos probados, que con relación al hecho principal, son indicantes de algo o de otro hecho.

La legislación extranjera habla desde de diversas ópticas sobre los indicios, por ejemplo: la ley de enjuiciamiento civil española (artículo 385, literal 1° segundo aparte) dice: “Las presunciones sólo serán admisibles cuando **la certeza del hecho indicio** (negrillas nuestro) del que parte la presunción haya quedado establecida mediante la admisión o prueba”. Obsérvese que la base de la presunción es el indicio, el cual tiene que ser ciertamente probado.

Los autores que tratan el problema de la prueba de indicios, especialmente en el caso de los contratos simulados, es decir, en dónde no existe la verdad real, citan una jurisprudencia relativa a la prueba indiciaria en casos de simulación contractual¹⁰⁷, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de la Sala de Casación Civil, sentencia de 26 Marzo de 1985, que dice:

“2°. El saludable principio de la libertad probatoria en lo tocante con la simulación tiene su razón de ser y justificación en que generalmente los simulantes asumen una conducta sigilosa en su celebración, puesto que toman previsiones para no dejar huella de su fingimiento y, por el contrario, en el recorrido de tal propósito, procuran revestirlo de ciertos hechos que exteriorizan una aparente realidad. Porque como en la concertación de un acto simulado generalmente las partes persiguen soslayar la ley o los derechos de terceros, los simulantes preparan el terreno y conciben urdirlo dentro del marco de la más severa cautela, sin dejar trazas de su insinceridad. De suerte que enseñoorea, para tal efecto, la astucia, el ardid, la conducta mañosa y soterrada.

“4°. Es entonces explicable que desde antaño, la doctrina haya expresado que “el que celebra un acto simulado rehúye el rastro que lo denuncia; extrema la apariencia engañosa, elude la prueba que lo descubre y lo rodea con todas las precauciones que su cautela y cálculo le sugieren”. “Ante esta situación, la prueba de la simulación se torna tortuosa, por la índole de la reserva en que se han colocado las partes, *lo que explica que quien combate el acto fingido, en determinadas circunstancias, sólo pueda acudir a los indicios.*

Y si bien en la labor de la ponderación de la prueba indiciaria el juez se encuentra asistido de cierta autonomía o poder discrecional, no puede desentenderse, cuando se trata de litigios de esta naturaleza del deber en que se encuentra, como lo advierte Héctor Cámara en su obra de sondear con esmero hasta los más insignificantes detalles que rodean el hecho, porque un indicio que a *prima facie* parezca insignificante, puede darle el hilo conductor de la investigación.

“5°. Atendida la circunstancia de ser la prueba indirecta de indicios la que se ofrece con mayor facilidad en el establecimiento de la simulación, la doctrina, con apoyo en

¹⁰⁷ SUÁREZ MARTÍNEZ, Ernesto (1993), *Simulación*, Bogotá. Editorial Doctrina y Ley, p. 319 y ss.

los antecedentes o prácticas de que se valen los simulantes, tradicionalmente ha afirmado como indicios reveladores de tal fenómeno: el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición del todo o de buena parte de sus bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, etc.. “Más como acontece que la habilidad de los contratantes ha originado nuevas formas y matices de simular, esto ha dado lugar para sostener que en materia indiciaria, respecto de tal fenómeno, es imposible formular un catálogo de indicios, porque a medida que se avanza en el ocultamiento de la simulación, paralelamente van tomando cuerpo otros indicios. Es por ello que hoy se suma al cortejo de tal prueba indirecta, el móvil para simular (*causa simulandi*), los intentos de arreglo amistoso (*transatio*), el tiempo sospechoso del negocio (*tempus*), la ausencia de movimiento de las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente (*pretium confessus*), el lugar sospechoso del negocio (*locus*), la documentación sospechosa (*preconstitucio*), las preocupaciones sospechosas (*provisio*) la no justificación dada al precio recibido (inversión), la falta de examen por el comprador del objeto adquirido especialmente cuando se trate de un bien raíz, etc.¹⁰⁸.

Puede apreciarse que es indudable la aplicación práctica de los elementos indiciarios y en especial de hechos indicantes de carácter abstractos, más a manera de elementos de experiencia; por ello se considera que en el proceso laboral es relevante, porque normalmente el empleador impone condiciones materiales y hace contratos simulados y deja poca evidencia documental, de suerte que hay que resaltar los hechos indicantes para que el juez en su examen establezca las conexiones inferenciales.

¹⁰⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de Prueba Judicial. Indicios y Presunciones*, ob. cit. p. 17-18.

Se comparte el criterio de DELLEPIANE¹⁰⁹, que la tendencia de las leyes o códigos procesales consistentes en determinar las condiciones para que cada medio de prueba produzca la certeza, por sí solo, es un procedimiento en cierto modo artificial. Por lo general, los procesos se sentencian con el análisis de múltiples hechos incorporados a ellos a través de diferentes medios probatorios. En el ordenamiento procesal se establece al principio de la exhaustividad que implica el examen total de las pruebas producidas y practicadas en juicio¹¹⁰. El autor *in comento* vislumbra que la prueba indiciaria ocupará un lugar prominente y se convertirá en la prueba por excelencia, en la reina de las pruebas (*probatio probatissima*, como se ha dicho de la confesión).

Hay que tener presente que los indicios no sólo son aportados directamente por las partes como argumento o con relación a medios probatorios, sino que pueden brotar de la comunidad de pruebas y el juez en su función debe estar atento de los hechos indicadores que emanan de los resultados probatorios y leer que indican y cuáles son los hechos que están señalando¹¹¹.

¹⁰⁹ DELLEPIANE, Antonio (2000), *Nueva Teoría de la Prueba*, ob. cit. p. 143.

¹¹⁰ JURISPRUDENCIA. TSJ-SCC- Sentencia N° 0006, de 12 de noviembre de 2002, expediente N° 00-0985, "...El referido art. 509 es una regla de establecimiento de los hechos, pues el legislador controla la facultad de juzgamiento del sentenciador y le indica que para fijar los hechos debe examinar toda prueba que se hubiese incorporado al proceso..." Vid en el mismo sentido varias sentencias sobre el silencio de pruebas. TSJ-SCS, sentencia N° 0016, de 24/02/2002, expediente N° 99-0614; TSJ-SCC, sentencia N° 0062, de 5 de abril de 2001, expediente N° 99-0889; TSJ-SCC, sentencia N° 0088, de fecha 25 de febrero de 2004, expediente N° 01-0464. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones. [2011, abril 8]

¹¹¹ JURISPRUDENCIA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia N° 481, de fecha 17 de julio de 2003, expediente N° 03-115, Magistrado ponente Alfonso Rafael Valbuena Cordero, caso Amabilis Lara Hernández contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.): "La prueba por indicios se refiere a aquellos hechos que sin estar vinculados con la cuestión sustantiva controvertida, sin embargo el Juez extrae de ellos, una presunción de otros hechos que si importan al debate; de lo cual se exige que ese hecho base (indicio) sea demostrado cabalmente, mediante prueba regular, pertinente y conducente. Ahora, el Juez no dijo cuales son esos indicios, con lo que se da el vicio de inmotivación sobre ese especial y particular considerando de la recurrida que le sirvió de apoyo para diseñar su dispositivo". Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones [2001, abril 8].

Fase de decisión

Siguiendo a DEVIS ECHANDÍA¹¹² se puede decir que un indicio tendrá valor probatorio si cumple con los siguientes requisitos:

a) En cuanto a la existencia jurídica

1º) debe estar plenamente probado el hecho indicador. Resulta obvio, pues, si la base de la operación lógica del juez para obtener el hecho desconocido, es un hecho conocido, éste debe estar completa y suficientemente probado de manera que brinde plena seguridad sobre la existencia del hecho indicador o indiciario. En la causa debe estar claramente acreditado, que no haya lugar a dudas de su existencia; 2º) Que el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga, por existir alguna conexión lógica entre ellos. Por definición, un indicio es aquel que muestra otro hecho, es decir, el debe conducir a la aparición del hecho desconocido.

b) En cuanto a la validez de la prueba

1º) Que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas en forma legal. Recordemos que la prueba debe estar sometida a reglas que garanticen el control y el contradictorio de las partes. El indicio es una prueba que requiere estar probada y por lo tanto los medios que se usen no debe adolecer de nulidad, de manera que la forma como llegue al proceso debe ser conforme a la ley sin menoscabo del derecho de defensa y con garantía del debido proceso; 2º) Que no se hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas para probar el hecho indicador; 3º) Que no exista nulidad que vicie las pruebas del indicio. Puede suceder que las pruebas que demuestra el indicio de hayan hecho conforme a la ley, pero el procedimiento sea nulo y afecte de nulidad a las pruebas; 4º) Que la ley no prohíba investigar el hecho indicador (ejemplo: que un tercero reclame

¹¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 628.

contra la legitimidad de un hijo de mujer casada). Sí se trae a juicio un hecho de esa naturaleza, así esté plenamente probado, no puede ser considerado por el juez y debe desecharlo.

c) En cuanto a la eficacia probatoria

En este aspecto el significado de eficacia se relaciona su impacto en la valoración de hechos probados que declara el juez. Es decir, la eficacia de un medio esta en relación con la sustentabilidad y aceptación que le otorgue a los hechos afirmados por las partes. La prueba indiciaria para que tenga eficacia se le exigen los siguientes requisitos:

1º) El hecho indicador debe ser conducente para probar el hecho investigado. Cuando se trata de probar simples hechos jurídicos no hay tanto problema, pero si los hay con relación a actos jurídicos. Por ejemplo, no es válido para la hipoteca, ni para probar el matrimonio. No obstante, debe expresarse que aún cuando no son válidos para sustituir formalidades, son pruebas aptas, en caso de imposibilidad física o moral para obtener el instrumento, para establecer su cumplimiento, por ejemplo, posesión de estado;

2º) Que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o el azar;

3º) Que se haya descartado la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o las partes. Esto tiene que ver con la simulación de huellas, despistaje, alteración de mojonos, falsificaciones, etc.

4º) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado. La relación de causalidad debe ser fuerte, segura, que no de lugar a dudas, pues si es vaga e incierta no habrá convencimiento en el juez;

5º) Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes; pero además que sean graves, concurrentes y concordantes. La

doctrina y las legislaciones le niegan el valor de plena prueba al indicio contingente, porque apenas dan un argumento de probabilidad y hay, pues, el peligro del azar. *Sólo se le da valor pleno al indicio necesario*. Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado, es decir, el da la certeza por sí sólo. Por ejemplo, las leyes físicas (gravedad, velocidad, etc.), leyes químicas (de gases, de destilación, etc.), biológicas (período de gestación, digestión, etc.); de máximas de experiencia (sólo los seres humanos construyen edificios); es decir, los indicios necesarios tiene como característica fundamental que son constantes. El tratadista ELLERO citado por PARRA QUIJANO escribía que indicio necesario “es aquel que posee una fuerza tal que pruebe por sí solo el hecho”¹¹³. Las leyes morales, psíquicas, de conducta, no pueden producir indicios necesarios. Los indicios contingentes se basan, tomados por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación de certeza; pero varios de ellos pueden otorgar pleno convencimiento;

6°) Que no existan contra indicios que no puedan descartarse razonadamente. Los indicios a favor o en contra deben manejarse con imparcialidad. En la investigación el juez debe buscar la verdad, tanto los indicios que favorecen al actor como los que favorecen al demandado. Si no hay posibilidad de desecharlos razonablemente es indudable que quedan desarticulados y pierden su eficacia probatoria;

7°) Que no existan pruebas de otras clase que contradigan los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos.

La valoración de los indicios, en casi todas las legislaciones, la hace libremente el juez para saber si son necesarios o contingentes graves, precisos, concurrentes y concordantes, y cual es su mérito que

¹¹³ PARRA QUIJANO, Jairo (2001), *Manual de Derecho Probatorio*, ob. cit., p. 38.

debe reconocérseles para la formación de su convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos investigados¹¹⁴. Excepcionalmente un solo indicio tendrá fuerza suficiente para probar la imputación. Normalmente, cada indicio es un fragmento de prueba que debe ser complementado con otros elementos¹¹⁵. Esta prueba necesita generalmente estar compuesta por una pluralidad razonable de indicios. Su idoneidad, concordancia, pluralidad y convergencia podrá obtenerse la prueba necesaria. El juez debe tener una minuciosa, científica, metódica y concienzuda apreciación de esta prueba. Siguiendo a DEVIS ECHANDÍA¹¹⁶ en la técnica para hacer la construcción de la inferencia, el juez debe: a) Contrastar los distintos indicios y verificar si hay contraindicios y su validez, cuando más hechos concuerden, menos deben ser atribuidos esas relaciones al azar, el grado de probabilidad estará dado por la convergencia de distintos indicios que permitan la inferencia de lo desconocido y su develamiento; b) someter los indicios y contraindicios a prueba con los demás elementos que existen en el proceso, es algo como contrastar en conjunto; es una forma de complementar para reforzar e integrar armónicamente las inferencias; c) elaboración lógico-racional y razonada de la inferencia y conclusión, es propiamente la fase de motivación en la cual se expone la tesis, pero descubriendo las múltiples determinaciones que se dieron en el proceso expresándolo como argumentación fáctica.

¹¹⁴ JURISPRUDENCIA. CSJ. Sentencia 28-5-91: “La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido que investiga. En el caso de autos, si bien desecha la prueba de experticia; sin embargo, acoge de ella el dicho especializado de dos médicos, para inferir de sus declaraciones precisas y concordantes, la condición física, y sobre todo, el deterioro mental de la ciudadana Carmen... este poder del Juez en materia de indicios, se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experticia humana y en los conocimientos técnicos y científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos; en el primer caso, se trata de esas máximas o reglas generales de la experiencia, que le sirven al juez para la valoración de pruebas; y en el segundo caso, también aplicará las máximas de experiencia, pero unidas al conocimiento especial que le han suministrado los expertos, para obtener con la ayuda de la lógica su conclusión acerca de si de aquellos se induce o deduce el hecho por verificar”. Tomado de Pierre Tapia, O. JCSJ. Año 1991, N° 5, p. 410.

¹¹⁵ GORPHE, François, (1999) *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá: Editorial Temis, p. 283.

¹¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993), *Tratado de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 632.

En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo existen normas indicadoras de regla de juicio para que el juez examine y de eficacia probatoria a los indicios. Es pues, efectivamente el indicio, conforme lo estatuye el artículo 116, un auxiliar de prueba.

Efectivamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social ha establecido una unidad de criterios acerca de la valoración del indicio, que se compagina con la doctrina académica y extranjera. Esta ha sido reiterada en diversas decisiones del más alto Tribunal de Justicia, maneta de ejemplo, transcribimos los criterios que se han establecido. Véase la Sentencia N° 481, expediente N° 03-115, de fecha 17 de marzo de 2003, Magistrado ponente Alfonso Rafael Valbuena Cordero, en caso Amabilis Lara Hernández contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.), que fijó:

Por otra parte, la Sala de Casación Civil de este alto Tribunal en sentencia de fecha 5 de febrero del año 2002 (expediente nro. 99-973), retomó algunos principios jurídicos establecidos por la antigua Corte Federal y de Casación, de los cuales debe guiarse el juzgador, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de la ley expresa, lo cual es acogido por esta Sala de Casación Social y que para mayor abundamiento se transcribe a continuación: “Cabén otras consideraciones adicionales. Así, Casación ha establecido que en la formación de la prueba circunstancial –como también se le llama a la de indicios – el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de ley expresa. Estos principios son tres: a) que el hecho considerado como indicio esté comprobado; b) que esa comprobación conste de autos; y, c) que no debe atribuirse valor probatorio a un solo indicio (CFC Memoria 1946. Tomo II. Pág. 285). En un fallo relativamente reciente, Casación ha expresado lo siguiente: ‘en la aritmética procesal, los indicios son quebrados: aislados, poco o nada valen, pero sumados, forman y en ocasiones exceden, la unidad probatoria plena, pues la característica de los indicios es que ninguno por sí solo ofrece plena prueba; ellos deben apreciarse en conjunto; su eficacia probatoria debe contemplarse con la suma de todos los que den por probados los jueces y no con algunos aisladamente..’. (CFC. Memoria 1945. Tomo II. Pág. 107).

(Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 5 de febrero de 2002. Exp. N° 99-973).

De la sentencia, en parte reproducida, se ven claramente los principios generales que deben tomarse en cuenta para la consideración de los indicios: a) que los hechos indicantes estén probados en el proceso mediante prueba regular y lícita; b) que se desprenda y conste efectivamente en el proceso, y c) que haya pluralidad de indicios. Agregaríamos que el juez debe en su conexión verificar su grado de demostración y su incidencia en el hecho principal.

Finalmente, ha expresado la doctrina¹¹⁷ y jurisprudencia nacional¹¹⁸ que la motivación en la apreciación del indicio debe tener un plus, por un lado debe motivar la valoración de los medios probatorios en los cuales se consideran probados los hechos indicantes; por otro lado, motivar la conexión que establece, es decir cuáles son las inferencias que desarrolla para dar por probado un hecho desconocido con fundamento en los hechos indicantes probados.

¹¹⁷ Por todos RIVERA MORALES, Rodrigo (2010) Actividad probatoria y valoración racional de la prueba. Ob. cit. p.604.

¹¹⁸ JURISPRUDENCIA-VENEZUELA-TSJ. SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia N° 251, expediente N° 07-1575, de fecha 28 de febrero de 2008, Magistrado ponente Jesús E. Cabrera, dice: Que en el caso bajo estudio, “la falta de apreciación de la prueba indiciaria por parte del Tribunal querellado, tal como lo obliga el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, generó sin lugar a dudas una lesión al derecho al debido proceso a mi representado, por cuanto los elementos probatorios, antes descritos, que constituyen indicios probatorios contundentes fueron inmotivadamente desechados en forma individual y no se les apreció de forma concatenada como es menester según la norma indicada, situación que obviamente resulta significativamente decisiva para la determinación del presente fallo en sede constitucional”.Ahora bien, de una detallada revisión de la sentencia recurrida, y los términos en que fue decidida la controversia, observa que efectivamente pudieren verse afectadas en el presente asunto, disposiciones investidas con carácter de orden público”. Tomado www.tsj.gov.ve/decisiones [2011, abril 8].

CONCLUSIONES

PRIMERO: El indicio está constituido por tres elementos: el hecho indicante que es el equivalente a la evidencia material y debe ser debidamente probado; la operación racional inferencial que realiza el juez con base a la lógica y las máximas de experiencia, y el elemento desconocido que es el hecho develado.

SEGUNDO: En el proceso de valoración probatoria, el indicio como prueba indirecta presenta la forma lógica del raciocinio, pues en esta prueba siempre está presente la operación mental, aplicando los métodos de reflexión inductiva-deductiva. Para conocer la fuerza probatoria del indicio, es necesario, averiguar cual es la fuerza de la relación lógica que establece el vínculo entre el hecho conocido y el hecho desconocido.

TERCERO: Los indicios son elementos diferentes a las presunciones, el primero es un medio de prueba indirecto, mientras que las segundas son propiamente auxiliares de razonamiento lógico en el momento de decisión.

CUARTO: La regulación de la carga de la prueba en el proceso laboral venezolano recoge la doctrina elaborada en los últimos veinte años en el Estado Social de Derecho que se ha ido apartando de los criterios liberales individualistas según la cual la carga de la prueba corresponde a quien demanda, estableciéndose una forma especial de distribución de la carga de la prueba.

QUINTA: La prueba indiciaria ha resultado ser un instrumento auxiliar de prueba para las partes en el proceso laboral, ya que a través de ella se puede comprobar elementos circunstanciales y periféricos en relaciones laborales. Esta prueba se incorpora por medio de elementos probatorios específicos o a través de los medios probatorios practicados en el debate

oral, pues a través de ellos se aportan los hechos indicantes que son el elemento base para el razonamiento judicial en la construcción indiciaria.

SEXTA: El juzgado en el momento de la decisión en la valoración indiciaria tiene que aplicar las reglas de la sana crítica y la congruencia material y la exhaustividad de los medios de prueba para conectar los diversos hechos indicantes y así formar certeza sobre el hecho desconocido que dará como probado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO GUZMÁN, Rafael J. (2002), "Las presunciones Laborales", en obra colectiva *Doctrina comentada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social*, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- BELLO TABARES, Humberto E.T. (2007). Tratado de Derecho probatorio, Caracas: Ediciones Paredes.
- BREWER CARIÁS, A (2001) La Constitución de 1999, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana
- BUNGE, Mario. (1972) La investigación Científica, Buenos Aires: Editorial Ariel.
- CALVO GONZÁLEZ, José (1998), El discurso de los hechos, 2ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- CARBALLO MENA, César Augusto (2008), Derecho Laboral Venezolano, 1era. Re-impresión, Caracas: UCAB
- CARNELUTTI, F. (1979). La prueba Civil, Buenos Aires: Ediciones DEPALMA.
- (1981) Sistema de Derecho Procesal, Buenos Aires: Editorial EDIAR
- CAPPELLETTI, Mauro. (1974), Proceso, Ideologías, sociedad, Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.).
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (1984). (Copia de Gaceta Oficial) Caracas: Edit. La Torre.
- CONAN DOYLE, A (1998), Estudio en escarlata, Barcelona: Editorial Fontana.
- DELLEPIANE, Antonio (2000), Nueva Teoría de la Prueba. Santa Fe de Bogotá- Colombia: Editorial Temis.
- DE GORTARI, Eli (1972), Lógica general, 5ª Edición, México: Editorial Grijalbo
- DEVIS ECHANDÍA (1993); Teoría General de la prueba Judicial, Editorial Dike, Medellín, Colombia.
- (1994) Compendio de Derecho Procesal, 8ª edición, Tomo I y II, Medellín: Editorial DIKE.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier. (1997) Los valores superiores e interpretación constitucional, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ECO, Umberto (1992), Los límites de la interpretación, Barcelona: Editorial Lumen

FLORIAN, Eugenio. (1968). De las Pruebas Penales. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, (1993) La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª Edic. Madrid: Edit. Civitas.

GOIZUETA HERRERA, Napoleón. (2004). Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento. Tercera Edición, editorial Jurídicas Rincón. Barquisimeto.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2005), La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Pontificia Universidad Católica de Chile.

GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo (2005), “La abducción en el campo jurídico”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho N° 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382. p. 234.

GORPHE, François, (1999) Apreciación judicial de las pruebas, Bogotá: Editorial Temis

KAISER, N. (1979). Criminología. Una introducción hacia sus fundamentos científicos. Madrid: Alianza Editorial.

KLARH, Benjamín (2004). “Debate probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”, en obra colectiva Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen I.

LARENZ, Karl (1979), Metodología de la Ciencia del derecho, Barcelona: Editorial Ariel.

LEGUISAMÓN, Héctor E (2006), Las presunciones judiciales y los indicios, 2ª Edición. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni.

LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, G. O. N° 5.152 de 19 de junio de 1997.

LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO, G. O. N° 37.504 de 13 de agosto de 2002.

LIEBMAN, T. E. (1980) Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires: Editorial EJE

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1992), La imaginación jurídica, Madrid: Editorial Debate.

MONTERO A., J. (2005). La prueba en el proceso civil. 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid.

MORELLO, Augusto. (2001), La prueba; tendencia modernas, Buenos Aires: Librería Editorial Platense.

MUNOZ SABATÉ, Luis (1974), Técnica probatoria, Bogotá: Editorial Temis.

----- (2008), Summa de probática civil: Como probar los hechos en el proceso civil, Madrid: Editorial La Ley.

PALACIO, Lino (2003) Derecho procesal Civil, 17ª Edición. Buenos Aires, editorial Lexis Noxis.

- PARRA Q., J. (2001). Manual de Derecho Probatorio, Bogotá: Edic. Librería del Profesional.
- PASTOR ALCOY, Francisco (2003), Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- PECES-BARBA; G., (1980), Los valores superiores de la constitución española de 1978, Madrid: Consejo Judicial.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo (1978), Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires: Editorial Debate
- RIVERA MORALES, Rodrigo (2006). Las pruebas en el derecho venezolano, Barquisimeto: Editorial Jurídica Rincón.
- (2010), Actividad probatoria y valoración racional de la prueba, Barquisimeto: Editorial Librería Jurídica Rincón
- ROCHA A., A. (1990). De la Prueba en Derecho. Medellín, Colombia: Edit. DIKE.
- ROSEMBERG, Leo (1989), Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- SALCEDO CÁRDENAS, Juvenal (2004), Los indicios son prueba, Caracas: Edita Universidad Central de Venezuela.
- SCHÖNKE, Adolfo (1968) Derecho Procesal Civil. 5ª Edición, Barcelona: Editorial Bosh.
- SILVA MELERO, V (1963), La prueba procesal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- VILLAMIL PORTILLA, Edgardo (1999), Teoría Constitucional del proceso, Bogotá; Editorial Librería del Profesional.