UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO LABORAL

LIMITES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL

Trabajo Especial de Grado
para optar al Grado de Especialista
en Derecho Laboral.

Autor. Marjorie Acevedo Galindo
Asesor: Dr. Jesús Eduardo Cabrera

Caracas, Julio 2008

A3215

ACEPTACION DEL ASESOR

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"

DIRECION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

Por la presente hago constar, que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogado Marjorie Acevedo Galindo, para optar al grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo titulo es "LIMITES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL" y que le imparto la aprobación correspondiente.

En la ciudad de Caracas, a los veintiún días del mes de julio de dos mil ocho.

Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero

CI. 397.466

INDICE

CARTA DE ACEPTACION DEL ASESOR.....ii
DEDICATORIA.....iii
INDICE GENERAL.....iv

INTRODUCCION.....1-2

CAPITULO I .

Polémica Sobre Las Facultades Probatorias Oficiosas del Juez. Distintas Corrientes.....3

1.1. La Concepción Garantista del Proceso.....3-5

1.2. Concepción Publicista del Proceso.....5-7

CAPITULO II.

Las Facultades Probatorias Oficiosas en las Diversas Leyes de la Republica. Materias de Interés Social.....8-17

CAPITULO III.

Las Facultades Probatorias Oficiosas en Materia Laboral.....18-20

3.1. Norma que Regula la Actividad Oficiosa del Juez Laboral.....20

3.1.1. Facultad Prevista en el Artículo 71.....20-30

3.1.2. Facultad Prevista en el Artículo 156.....30-34

3.2. La Facultad Probatoria del Juez Laboral Frente Al Thema Decidendum.....34-39

CAPITULO IV

Medios De Pruebas Que Puede Proponer El Juez Laboral

4.1. La Actividad Probatoria del Juez de Juicio y Superior..40-46

4.2. Forma de Actuación del Juez Cuando Utiliza las Facultades Probatorias.....46-53

CONCLUSIONES.....54-55

BIBLIOGRAFIA.....56-58

INTRODUCCION

Las facultades probatorias del juez ha sido un tema polémico a nivel nacional e internacional, surgiendo posiciones a favor y en contra de la existencia de tal potestad atribuida a los jueces. Así, han surgido dos corriente principales quienes están por la limitación de los poderes jurisdiccionales se autodenominan "liberales" o "garantistas" y algunos que están por la amplitud de poderes jurisdiccionales se autodenominan "social demócratas" o "publicistas".

Sin embargo, la polémica ha quedado mas bien a nivel doctrinario ya que en los sistemas modernos se le atribuye facultad al juez para que practique pruebas que estime necesarias, a diferencia de los sistemas tradicionales, en el cual la actividad probatoria estaba limitada a las partes resultando el juez un simple espectador del proceso, "un juez de palo", quien veía frente a sí una realidad material que no se compadecía con la procesal, un juez atado de manos para la búsqueda de la verdad.

Estos sistemas modernos permiten que el juez, además de las pruebas pedidas por las partes pueda practicar pruebas de oficio lógicamente relacionados con los hechos controvertidos.

Los ordenamientos procesales modernos, reconocen los poderes del juez para decretar pruebas de oficio, países socialistas, Francia, Alemania, Austria, Portugal, Brasil, Argentina, México, Guatemala, Colombia incluyendo el nuevo Código Judicial Panameño sigue este sistema.

A través de este trabajo se pretende analizar los límites de esa actividad probatoria atribuida al juez laboral en el nuevo proceso contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, las pruebas que estos pueden utilizar para lograr hacer realidad el postulado contenido en el Articulo 5 del mencionado texto que consagra el deber del juez de tener por norte la verdad la cual están obligados a inquirir por todos los medios a su alcance.

De igual manera analizar como utiliza el Juez esta actividad probatoria y como actúa en consonancia o en colaboración con las partes para lograr los fines del proceso consagrados en el Articulo 257 de la Carta Magna.

A través de este estudio se aportarán ideas que lleven a clarificar ese mundo oscuro de las facultades probatorias del juez, tan importante en la actualidad, pero de tan poco uso por nuestro medio judicial.

CAPITULO I
POLEMICA SOBRE LAS FACULTADES PROBATORIAS OFICIOSAS DEL JUEZ. DISTINTAS CORRIENTES.

Las facultades probatorias del juez ha sido un tema polémico a nivel nacional e internacional, surgiendo posiciones a favor y en contra de la existencia de tal potestad atribuida a los jueces. Así, han surgido dos corrientes principales, a saber, quienes están por la limitación de los poderes jurisdiccionales, se autodenominan "liberales" o "garantistas" y algunos que están por la amplitud de poderes jurisdiccionales se autodenominan "socialdemócratas" o "publicistas".

1.1. LA CONCEPCIÓN GARANTISTA DEL PROCESO.

Entre los doctrinarios que sostienen esta concepción del proceso se encuentra el profesor Juan Montero Aroca, siendo sus principales ideas en las cuales sustenta su posición las siguientes:

1.1.1.- El sistema procesal civil encuentra su sustento ideológico en la concepción liberal de la sociedad: Para Montero Aroca, su idea se basa en el estudio del sistema económico para distinguir entre los intereses públicos y los privados. Bajo tal distinción, se argumenta que estando el proceso civil inmerso en un interés privado, debe prevalecer la autonomía de la voluntad; lo cual lleva a concluir que el único titular del interés discutido al interior del proceso es el individuo y no la sociedad.

Montero Aroca, indica que haciendo esa distinción entre derecho público y privado se llega a la existencia de dos tipos de procesos: i) el proceso necesario y, ii) el proceso que responde a la pura autonomía de la voluntad

de las partes en conflicto. El primero de los nombrados está representado por el proceso penal (donde predomina el interés público) y el segundo por el proceso civil (donde predomina el interés privado).

1.1.2. Como segundo punto plantea la vinculación del proceso civil con el derecho de propiedad de la siguiente manera

> *"...puede afirmarse, con razón, que si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre la propiedad. El fundamento del derecho a la propiedad reside, aparte del goce de la cosa, en que el propietario pueda decidir libremente el destino económico que a la cosa quiera dar, lo que implica autonomía de la voluntad. El que hoy a este derecho no se le atribuya carácter absoluto, el que venga limitado su contenido por ley, atendida su función social, no puede suponer desvirtuación de su esencia".*

De la anterior cita se deduce es que si el proceso civil gira en torno al derecho de propiedad; el justiciable puede decidir, a su sola voluntad, el destino del proceso mismo, no pudiendo interferir el juez en tal decisión.

1.1.3. En cuanto a la atribución de poderes al Juez el mismo autor en su trabajo sostiene que la base ideológica o el sustento del incremento de los poderes del juez respecto del proceso, responde a ideologías totalitarias o reaccionarias.

Para tal efecto, realiza una importante cita del 16 de octubre de 1939 del ministro de justicia italiano Grandi, quien expresó lo siguiente:

> "El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales

> no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, imponente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas de juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora".

Mas adelante expresa en su trabajo:

> "Al principio de la verdad objetiva (llamada también verdad material para contraponerla a la verdad formal) como principio de la actuación procesal de los tribunales soviéticos se han referido los juristas rusos, los cuales han puesto de manifiesto que en la legislación comunista el juez debe "indagar" para el descubrimiento de esa verdad. Más aún, la independencia del Tribunal Soviético respecto de los hechos señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio y la dilucidación de las verdaderas relaciones mutuas entre las partes y por ello la defensa efectiva y real de las personas que participan en el litigio. En ese contexto la posibilidad de que el juez acuerde cualesquiera medios de prueba no es más que una consecuencia de la negación del principio dispositivo".

De acuerdo a tales citas vemos la posición en cuanto a la negación de las facultades probatoria para el Juez.

1.2. CONCEPCION PUBLICISTA DEL PROCESO

En cuanto a la concepción publicista, los poderes del Juez según Clemente Díaz son aquellos que el juez posee o tiene a su servicio para el cumplimiento de sus fines. Estos poderes se manifiestan dentro del proceso

a través del: a) Poder de Decisión; b) Poder de Ejecución; c) Poder de Coerción y d) Poder de Instrumentación.

Para este autor, no es suficiente que al juez se le confieran todos estos atributos regulares a través de la norma procesal sino que requiere que cuente con el ***poder-deberes del juez***, esto es *"...aquellos genéricos y constituyen predicados de la función misma*

"

Ahora bien el problema que se plantea es cómo apreciar dichos poderes genéricos bajo la óptica del juez director del proceso, y atender que el poder que se conceda al juez no invada el ámbito de la arbitrariedad o que se comprometa su necesaria e imprescindible imparcialidad.

A nuestra manera de ver esta inquietud del referido autor en nuestro proceso laboral venezolano, tendría relación directa con la etica del Juez, y la ponderación que este haga de sus facultades probatorias oficiosas, tal y como lo expondremos mas adelante.

Resulta importante traer igualmente a colación la interesante cita que realiza el profesor argentino Jorge W. Peyrano, cuando sale en defensa del principio de autoridad como una manifestación de la atenuación del principio dispositivo, expresa lo siguiente:

> "El principio dispositivo aplicado sin cortapisas convierte al órgano jurisdiccional en un mero espectador de la contienda, mudo, ciego y sordo, hasta tanto las partes le permitan, mediante sus peticiones, dictar alguna providencia, o la definitiva le posibilite se la boca de la ley.

> Dentro de ese esquema del juez-espectador que algún autor poco respetuoso, pero certero, calificó de juez-fantoche, el tribunal debe guardar, a toda costa, una total inercia, so pena de que su actividad sea sospechada de parcial y por ende vituperable" .

Esta cita nos permite apreciar a plenitud el transito y la evolución que se ha dado en los actuales momentos a las normas de procedimiento mediante las cuales se convierte al Juez de un juez meramente espectador a un juez director del proceso, lo cual implica ver al magistrado como una autoridad dentro del proceso, capaz de dirigirlo sin temores en el cumplimiento de un deber como lo es la búsqueda de la verdad, con un proceso que sea instrumento de la justicia y no como un proceso que tienda a desvirtuar el derecho material privilegiando las técnicas o formalismos procesales sobre el.

Resulta por demás interesante traer a colación la visión que el profesor Alvaro de Oliveira propone del proceso como el constituido bajo una ***"visión cooperativa del proceso"*** teniendo como elemento activo de la relación procesal no sólo a las partes, sino también al juez; quienes interactúan de manera dinámica.

Esta polémica quizás en la actualidad carezca de importancia, ya que como lo expresaremos en el siguiente capitulo casi todos los modernos sistemas procesales han establecido el otorgamiento de las facultades probatorias al Juez, pero resulta importante tener conocimiento de la existencia de ambas tendencias y sus fundamentos.

CAPITULO II
LAS FACULTADES PROBATORIAS OFICIOSAS EN LAS DIVERSAS LEYES DE LA REPUBLICA.

En los sistemas modernos se le atribuye facultad al juez para que practique pruebas que estime necesarias, a diferencia de los sistemas tradicionales, en el cual la actividad probatoria estaba limitada a las partes resultando el juez un simple espectador del proceso, "un juez de palo", quien veía frente a sí una realidad material, que no se compadecía con la procesal, un juez atado de manos para la búsqueda de la verdad.

Estos sistemas modernos, permiten que el juez además de las pruebas pedidas por las partes, pueda practicar pruebas de oficio lógicamente relacionados con los hechos controvertidos. Fabrega nos comenta que de los ordenamientos procesales modernos, la mayoría reconoce los poderes del juez para decretar pruebas de oficio, países socialistas, como Francia, Alemania, Austria, Portugal, Brasil, Argentina, México, Guatemala, Colombia incluyendo el nuevo Código Judicial Panameño sigue este sistema.

Para el autor citado, la atribución de poderes al juez para decretar pruebas de oficio no es incompatible con un sistema dispositivo, ya que lo que hace que un sistema sea dispositivo o inquisitivo no son los poderes del juez sobre las relaciones procesales, sino la posición del juez respecto a las relaciones materiales, y añade, es inconcebible en la actualidad, ante la concepción dominante sobre los fines del Estado, que las partes tengan un control absoluto de las actividades del juez, resultando que ante estos nuevos sistemas la voluntad privada queda en un papel secundario, sabiendo como se sabe que en el proceso hay un interés social y que no obstante cada parte solo propone las pruebas que le son favorables y porque

en efecto es inconcebible el poder dispositivo de las partes en un ámbito en que la voluntad carece de relevancia.

En Venezuela, varias leyes, además de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, contemplan facultades probatorias al Juez, de las cuales podemos mencionar las siguientes:

1.- LEY ORGANICA PARA LA PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, publicada en la Gaceta Oficial N° 5859 Extraordinario de fecha 10 de diciembre de 2007, contempla en varios artículos la facultad probatoria oficiosa del Juez.

Artículo 450. Principios.

La normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes tiene como principios rectores, entre otros, los siguientes:....

...OMISSIS....

k) Libertad probatoria. En el proceso, las partes y el juez o jueza, pueden valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y el juez o jueza lo apreciará según las reglas de la libre convicción razonada."

"Artículo 476. Preparación de las pruebas.

Una vez resueltos los aspectos señalados en el artículo anterior, el juez o jueza debe revisar con las partes los medios de prueba indicados en los respectivos escritos, analizando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que cuenten para ese momento. El juez o jueza debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa y/o cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia o la necesidad de que sean promovidos otros.

El juez o jueza debe ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización previa a la audiencia de juicio, convocando a las partes para los actos que se señalen, solicitando las experticias correspondientes u oficiando a las oficinas públicas o privadas, o a terceros extraños a la causa, la remisión de las informaciones necesarias o datos requeridos. Excepcionalmente, también puede comisionarse a otros tribunales que deban presenciar determinadas actuaciones probatorias de conformidad con su competencia territorial, cuando éstas sean imprescindibles para decidir la controversia. El juez o jueza puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad..."

Artículo 484. Audiencia de juicio.

En el día y la hora señalados por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tendrá lugar la audiencia de juicio, previo anuncio de la misma. La audiencia de juicio es pública, salvo las excepciones previstas en la ley, y la presidirá y dirigirá el juez o jueza de juicio, quien explicará a las partes la finalidad de la misma. En los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, es obligatoria la presencia personal de las partes.

Las partes deben exponer oralmente sus alegatos contenidos en la demanda y en su contestación y no se admitirán nuevos alegatos, salvo aquellos que hayan surgido durante el proceso o, que a criterio del juez o jueza, sean anteriores al proceso pero no se tuvo conocimiento de ellos. No se permitirá a las partes la presentación o la lectura de escritos, salvo que se trate de alguna prueba existente en autos, a cuyo tenor deba referirse la exposición oral.

Seguidamente se evacuarán las pruebas, comenzando con las de la demandante, en la forma y oportunidad que determine el juez o jueza. Evacuada la prueba, se concederá a la parte contraria un tiempo breve, para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas. Las partes deben presentar los testigos que hubieren promovido en la audiencia preliminar, con su identificación correspondiente, los cuales deben comparecer sin necesidad de notificación, a fin que declaren oralmente ante el juez o jueza. Los dictámenes periciales se incorporarán previa lectura, la cual se limitará a las conclusiones de aquellos, estando los y las peritos obligados y obligadas a comparecer para cualquier aclaración que deba hacerse en relación con los mismos, pudiendo las partes y el juez o jueza interrogarlos. La prueba documental se incorporará mediante lectura total o parcial de los mismos por las partes o el juez o jueza. El juez o jueza debe conducir la prueba en búsqueda de la verdad, tendrá los poderes de conducción, corrección a las partes y podrá admitir o rechazar las preguntas si estimare que son inconducentes o impertinentes. Asimismo, 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.

2) **CODIGO DE COMERCIO**, publicado en la Gaceta Nº 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955

Artículo 1.104.- El juez podrá acordar aun de oficio la comparecencia personal de las partes para promover su conciliación, o para ser interrogadas en cualquier estado de la causa, y en caso de impedimento que considerare legítimo, dar comisión a un juez para que haga las interrogaciones y extienda a continuación del despacho librado las contestaciones dadas. También podrá acordar la comparecencia de testigos, la presentación de libros o documentos y cualquiera otra diligencia probatoria para el mayor esclarecimiento de los hechos.

3) **LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO** publicada en la Gaceta Oficial No. 37.323 de fecha 13 de noviembre de 2001

Artículo 186. La prueba de experticia podrá acordarse de oficio o a instancia de parte, por un único experto designado por el Juez de la causa, quien le fijará un lapso prudencial para que rinda su dictamen.

4) **CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL** publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

Artículo 401.- Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias:

1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u obscuro.

2° Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso que se juzgue necesario.

3° La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes.

4° Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

5° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de Informes.

Artículo 472.- El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.

Artículo 487.- El Juez podrá hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio.

Artículo 514.- Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el Tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar:

1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro.

2° La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario.

3° Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

4° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oirá recurso alguno; cumplido que sea, las partes

podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas.

Los gastos que ocasionen estas actuaciones serán a cargo de las partes de por mitad, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

Artículo 515.- Presentados los informes, o cumplido que sea el auto para mejor proveer, o pasado el término señalado para su cumplimiento.

5) **En Materia de Amparo**

A pesar de que la Ley de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, publicada en la Gaceta Oficial Nº 34.060 del 27 de septiembre de 1988, esto es, antes de promulgarse la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 1999, la Sala Constitucional reguló el procedimiento de Amparo mediante decisión del 1° de febrero de 2000 (caso: José A. Mejía) con lo cual la Sala, adaptò el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a la vigente Constitución, sobre todo a los principios del proceso oral, contemplados en los artículos 26 y 27 constitucionales, y en particular al principio de inmediación que rige los procesos orales, señaló que la parte actora en el proceso de amparo debía promover sus pruebas con la solicitud de amparo, y que la querellada o los terceros lo haría en la audiencia oral, sin embargo posteriormente advirtió la Sala que el Juez puede utilizar de manera oficiosa sus facultades probatorios, señalando en tal sentido lo siguiente:

"...Si el juez del amparo considerase que hay hecho que probar abrirá la causa a pruebas, y en audiencias públicas sucesivas y orales, recibirá las pruebas admitidas, hasta que se agoten y proceda a sentenciar.

En decisiones de fechas 1° de febrero de 2000 y 8 de junio de 2000 (casos: José A. Mejía y Marante Oviedo), la Sala advirtió cómo **el juez del amparo tiene a**

su orden facultades probatorias oficiosas, las cuales puede ordenar aún antes de la admisión del amparo, debido a la naturaleza de orden público de ese proceso.

Incluso, esta actividad oficiosa antes de la audiencia constitucional no constituyen autos para mejor proveer. Por ello, en el fallo del 8 de junio de 2000, la Sala apuntó:

> *"Pero la estructura del amparo, con la urgencia antes de que la amenaza se concrete o se haga irreparable el daño, lo que limita necesariamente el aporte de pruebas por la celeridad de la actuación que pesa sobre el actor, obliga al juez, al igual que en otros procesos que no producen cosa juzgada material o que están regidos por la celeridad en su admisión, a actuar con conocimiento de causa, lo que lo autoriza a ordenar al actor, ampliaciones de pruebas sobre algunos hechos, o a solicitar complemente algunas sin perjuicio- por la naturaleza de orden público del proceso- que el juez pueda ordenar de oficio pruebas, aun ante la admisión del amparo.*
>
> *No se trata de autos para mejor proveer, sino de dos tipos de iniciativas probatorias en cabeza del juez del amparo:*
>
> *1) Ordenar a las partes ampliaciones o complemento de pruebas.*
>
> *2) Hacer uso de iniciativas probatorias oficiosas, lo que lo autoriza la naturaleza de orden público de este proceso.*
>
> *De allí que el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuando reza "el juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar, siempre que no signifique perjuicio irreparable para el actor, la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros", no se está refiriendo a pruebas promovidas por el actor, sino a ampliaciones o verificaciones que ordena el juez de oficio.*
>
> *Esta facultad del juez, muchas veces –y esta Sala lo ha resuelto así- las funda en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que es una norma destinada a la corrección de la solicitud de amparo, aunque de ello no se trata; y ha aplicado el citado artículo 19 sobre todo por el término para corregir que él establece; pero tratándose de pruebas necesarias para admitir o decidir el amparo, el juez pudiera otorgar un término mayor fundado en el artículo 17 citado "...siempre que no signifique un perjuicio irreparable para el actor...".*
>
> *...Omissis...*

Dentro de estas iniciativas probatorias del juez, se encuentra la de pedir informaciones, sin necesidad de fundarse en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero destinadas a resolver con justicia la causa, y por ello esta Sala decide recabar la información del juez que dictó el fallo que en definitiva se impugnó".

Si el juez del amparo puede desplegar esas iniciativas probatorias, de las cuales también hace uso en la audiencia oral, no hay razón que le impida dictar un auto para mejor proveer, y por ello en la sentencia del 1° de febrero de 2000 la Sala señaló que concluido el debate oral o recibidas las pruebas, el tribunal decidirá inmediatamente, pero podrá diferir la audiencia para sentenciar *"por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público".*

En cuanto a estas últimas iniciativas oficiosas del tribunal de amparo, se está ante un auto para mejor proveer, previo a la decisión, el cual tiene una amplitud mayor que el contemplado en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, ya que en él puede presentarse o evacuarse alguna prueba (cualquier prueba) legal o libre.

Consecuencia de los razonamientos expuestos es que en materia de amparo, el juez puede decretar pruebas de oficio después de la audiencia oral, y si ellas atienden a la necesidad de aclarar dudas –razón típica de los autos para mejor proveer- incluso pueden llevarse a cabo sin aceptar la intervención de las partes, ya que las dudas las tiene el sentenciador y es de él la iniciativa.

Ello fue lo que se realizó en el caso de autos. El juez de la primera instancia, ciñéndose a lo señalado en el fallo de esta Sala del 1° de febrero de 2000, no sentenció en la audiencia y procedió a decretar la inspección judicial.

Los fallos comentados (1° de febrero de 2000 y 8 de junio de 2000) no contemplaron las pruebas de la segunda instancia, pero la Sala las considera posibles antes que se emita el fallo definitivo de esa instancia, bien porque se decreten de oficio o a solicitud de parte, quedando a criterio del juez, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales proveerlas o no. Si se trata de recibir declaraciones de partes, de terceros, de peritos, etc., será necesario que se evacuen en audiencias orales.

Dentro de ese orden de ideas, con motivo de la apelación, las partes podrán promover inspecciones judiciales y el tribunal podrá admitirlas, fijando su oportunidad si están a derecho, o notificándole a los no promoventes la fecha de la práctica, si es que se ha roto la constitución a derecho. Ello no excluye que el juez de

la causa en la segunda instancia y hasta conociendo en consulta, puedan dictar diligencias para mejor proveer.

En el caso de autos, encuentra la Sala, que en la alzada una parte solicitó una inspección judicial y que ella fue admitida, estando las partes a derecho, por lo que mal podía existir por ello infracción del derecho de defensa del no promovente.

Constata esta Sala que el Tribunal Superior con fecha 17 de marzo de 2000, practicó en el procedimiento de alzada, y a solicitud de la parte querellante, inspección judicial en la casa de habitación donde funciona el establecimiento "Sargento Pimienta", dejando constancia de los hechos que recoge dicha inspección, la cual como inspección judicial que es de naturaleza sensorial y no ocular, consignó de lo percibido por el sentido del oído.

Dicha inspección de la segunda instancia no fue dictada dentro de un auto para mejor proveer, sino a petición de parte, y si bien es cierto que en el procedimiento de amparo expresamente no se prevén pruebas para la segunda instancia, en aras de la aplicación del derecho de defensa previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando existe un recurso de apelación para ser decidido por la alzada, las partes pueden promover pruebas, siempre que las mismas se tramiten conforme el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En consecuencia, el juez de la segunda instancia obró correctamente, cuando antes de dictar sentencia y dentro del plazo para ello, decretó y practicó la inspección judicial, estando a derecho ambas partes, ya que ellas apelaron. Por lo tanto, la práctica de las inspecciones judiciales, no constituye, en esta causa, ninguna transgresión al derecho al debido proceso...." (Resaltado nuestro. Sentencia Nº 341, del 26 de marzo de 2001, Ponencia del Magistrado Jesus Eduardo Cabrera)[1]

---

[1] Esta Sentencia ratifica el criterio expuesto en decisiones de fecha 1° de febrero de 2000 y 8 de junio de 2000 en los casos: José A. Mejía y Marante Oviedo. En el fallo Nº 914 del 25/04/2003, la Sala precisó que el juez del amparo, en defensa del orden público, sí puede decretar pruebas oficiosas, sustituyendo la actividad de la parte, ya que el amparo no es un proceso regido totalmente por el principio dispositivo, y es más la inspección judicial oficiosa puede decretarla el juez en procesos dispositivos, tal como lo prevé el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, aunque en estas causas la prueba de oficio debe ceñirse a la imparcialidad del juez y respetar la igualdad de las partes. Tales límites pueden ceder para precaver el orden público.

CAPITULO III

LAS FACULTADES PROBATORIAS OFICIOSAS EN MATERIA LABORAL

Para analizar las facultades probatorias oficiosas en materia laboral es necesario tener bien claro el concepto de prueba.

Muchos son los conceptos de prueba que se han presentado a través de la doctrina patria e internacional; ellas van desde la concepción como la averiguación en juicio de una cosa dudosa, o la producción de un estado de certidumbre, o la demostración de la verdad, o la investigación que realiza el tribunal con la colaboración de las partes; o el establecimiento por los medios legales del hecho que sirve en juicio de fundamento al derecho que se reclama, hasta la aceptación lógica que nos da Alsina, en el sentido de que probar "es demostrar la verdad de una proporción" .

Para *Carnelutti* se manifiesta sobre la prueba de la siguiente manera: "Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones. Prueba como sustantivo de probar, es pues, el procedimiento dirigido a la verificación".

Couture, sostiene que "En general dícese de todo aquello que sirve para la averiguación de un hecho, de lo conocido a lo desconocido; Es una forma de verificación de la exactitud o error de una proporción; Es un conjunto de actividades realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la

verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo; Son medios de evidencia, tales como: documentos, testimonios etc. que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en juicio".El pensamiento de Couture es completo, puesto que abarca las distintas acepciones que se suelen dar a cerca de la prueba: acto probatorio, forma, conjunto de pruebas o sea de diligencias probatorias.

La prueba es, pues, una actividad que se propone demostrar la verdad de una afirmación. Es el sistema de que disponen las personas para demostrar la existencia, la verdad y las características de los hechos y actos jurídicos que deben tomar en cuenta los jueces y tribunales, para resolver una controversia sometida a su conocimiento. Cabe resaltar que la prueba no puede establecer una verdad absoluta de un hecho, cada persona tiene su propia versión, su propia verdad. En todo caso la prueba demuestra la verosimilitud de los hechos y puede tener los elementos de convicción la verdad absoluta es lo que es; única definición discutible e indiscutida. La similitud es la apariencia visible, palpable. Para *Inhering*, le prueba es la razón de ser de los derechos, porque ellos nacen de la vida procesal, solamente cuando son demostrados. Por otra parte, Domat sostiene: la prueba es todo aquello que persuade al espíritu de la existencia de una verdad. Más precisamente, es el elemento de convicción, gracias al cual, se establece la justa existencia de algo. Cuando el hecho subjetivo de que se pretende ser titular debe establecerse, el interesado, ha demostrado la existencia de hechos, actos, acontecimientos, de los que derive el derecho.

Esta actividad probatoria le corresponde a las partes pero esta también puede ser desplegada por el Juez. En materia laboral existen dos

importantísimas normas que regulan esta actividad probatoria del Juez la cual analizamos de seguidas:

3.1. Norma que regula la facultad probatoria oficiosa del Juez Laboral.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece en el 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".

Y el Artículo 156 del mismo texto procesal prevé:

> "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".

De estas normas se desprende la diversa facultad probatoria que se le ha conferido al Juez Laboral.

3.1.1. Facultad prevista en el Artículo 71

Robert Wynes Millan y Eduardo Couture sostienen que cada rama del Derecho sustantivo está dotada de su correspondiente tipo de proceso y de esta manera habría un proceso civil, otro mercantil, uno laboral, y así sucesivamente y llegaron al convencimiento de que varias de de estas disciplinas están relacionadas de manera muy estrecha pero se encuentran

reguladas por principios formativos similares y dentro de una misma rama existen principios diversos.

En la doctrina comparada se han delineado tres clases de procesos con fundamentos en el objeto que persiguen como nos indica González Escorche, así existen a) Proceso de interés individual en el cual predomina el principio dispositivo con iniciativa de parte y disponibilidad del objeto del proceso; b) Proceso de interés colectivo: en el cual impera el principio inquisitivo con iniciativa de oficio e indisponibilidad del objeto del proceso y c) el Proceso de interés social de carácter intermedio entre los otros dos y en el que generalmente se presenta la iniciativa de parte , pero indisponibilidad del objeto del proceso.

Cuando se habla del derecho procesal social, se esta haciendo referencia a un principio que lo caracteriza, como lo es, la protección de la parte débil, lo que implica una modificación sustancial del principio de igualdad procesal o de bilateralidad procesal por el principio de la igualdad por compensación que representa un desequilibrio de la igualdad procesal para poder llegar a la igualdad social de las partes por encima de la simple igualdad formal. En el fondo este principio que sería consecuencia del principio protector que informa el derecho laboral, se traduce en una equiparación verdadera con el objeto de cumplir con los principios básicos de todo proceso que se traduce en la igualdad procesal de las partes.

En tal sentido, el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo representa a plenitud en nuestro ordenamiento jurídico ese principio de igualdad por compensación y además representa el principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba.

Otros procesos contemplan el principio de adquisición procesal que abarca solo a la prueba ya evacuada, en el proceso laboral el principio

atrapa a la prueba promovida, admitida, pero aún no evacuada, como nos apunta Cabrera Romero.

Por ello el Juez del Trabajo podrá ordenar de oficio la evacuación de las pruebas promovidas por las partes, que no hubieren sido evacuadas en la oportunidad de la audiencia de juicio. Esta facultad, tal como lo consagra el Artículo 71 mencionado, se extiende a cualquier medio de prueba tácitamente renunciado por las partes y en cuya práctica no se haga necesaria la presencia o el concurso del promovente de la prueba.

El artículo 71 faculta al Juez para ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes para formar convicción, lo que creemos incluye hasta el testimonio admitido y renunciado expresamente, pero siempre y cuando la parte promovente haya señalado el objeto de dicho medio o se infieren los extremos de los hechos que pretendía probar a través del testimonio, ya que de otra manera el Juez no podría ordenar la evacuación, sin conocer la pertinencia del testimonio o el conocimiento que el testigo tiene sobre los hechos, lo que le impediría hacer de manera correcta cualquier interrogatorio.

Este artículo 71 además permite la evacuación de cualquier otro medio adicional, así no haya sido promovido por las partes, que considere convenientes a la resolución del conflicto, tal como expresa Echandia "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".

La facultad conferida al Juez laboral, resulta ser una de las mas amplias conferidas a cualquier otro Juez (Mercantil, de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Agrarios etc.), requiriéndole una intervención mas activa, cónsona con los principios que rigen el proceso laboral y en especial con el consagrado en el articulo 5: principio de la verdad procesal, porque mal podrían administrar justicia y ejecutar lo justo si su decisión no se basa en la verdad. Lógicamente la verdad es inalcanzable, por ello el fallo debe basarse en una verdad judicial, en una verdad que dentro del proceso convenza al Juez, ya que la certeza es un estado subjetivo del Juez.

Cobra vivencia, a través de estas normas la tesis de la Socialización del Derecho con la del Derecho social las cuales hacen prevalecer la actuación humana de los jueces en la intervención de los conflictos judiciales, alejándose así de la idea del juez mercenario, de piedra, que aplica el silogismo jurídico, n juez pasivo, que desecha la intermediación procesal y toma sus conclusiones desde un punto de vista meramente formal, hipotético, exegético, para defender la actuación inductiva, argumentativa, rectora, activa y vivencial, de ese nuevo juez que es necesario en este siglo.

Para José Escobedo González Alberu, la socialización del Derecho representa una modernización donde se impregna de las ideas de solidaridad y se minimiza el factor predominante del sistema liberal, donde el factor individual lo era todo, para que prevalezca el factor social lo que tiene que interpretarse no como la simple suma de personas físicas y morales sino como una realidad viva que emerge al convivir aquellas.

De esa socialización del derecho, nace lo que el procesalista Uruguayo Eduardo Couture denominó el derecho procesal social, en el cual se encuentra el derecho laboral, en el que su principio mas elemental se caracteriza por la protección del débil, lo que implica una modificación

sustancial del principio de igualdad procesal o de bilateralidad procesal , cuyo fin superior era el de lograr una protección del débil jurídico a través del principio de la "igualdad por compensación", que representaba un desequilibrio de la igualdad procesal para poder llegar a la igualdad social de las partes, por encima de la simple igualdad formal.

Ese principio enunciado, protege a la parte mas débil a través de ciertos privilegios que implican una cierta desproporción formal, pero que en el fondo se traduce en la equiparación verdadera, con el objeto de cumplir eficazmente uno de los principios básicos de todo tipo de proceso la bilateralidad o igualdad procesal de las partes

En la actualidad, este principio cobra plena vigencia al consagrarse el estado, como un estado social de derecho y de justicia y reflejado de manera especifica en la Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de enero de 2002 donde se conceptúa el estado social como el que persigue la armonía de clases, evitando que la clase dominante por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otra clase o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiendo a la pobreza y a la ignorancia a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

Añade la Sala, que los fines del estado social en primer lugar, es tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del estado de Derecho Liberal de igualdad ante la Ley; el cual en la práctica no resuelve nada ya que situaciones desiguales no pueden tratarse como soluciones iguales. En segundo lugar es reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico económica o social de debilidad y va a aminorar la

protección de los fuertes y por ultimo trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones desprovistas de poder se convierten en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social.

Por ello, esta actividad probatoria oficiosa mas bien tiende a equilibrar a las partes en conflicto y que en la vida extraprocesal se encuentran en una situación desigual, los trabajadores que se encuentran frente al patrono en una situación desfavorable, por lo que la ley los protege en el ámbito sustantivo y por ella esa protección debe trasladarse al ámbito adjetivo.

El que el Juez haya evacuado las pruebas de la parte negligente, no constituye en estos procesos una muestra de parcialidad, ni una ruptura de la igualdad procesal, es mas una manera de lograr esa igualdad, dada también su obligación legal de buscar la verdad contemplada en el Artículo 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En conclusión, esta facultad se le ha otorgado al Juez Laboral para que equilibre el proceso. Por lo tanto, pensamos al igual que Cabrera, el Juez no podrá mandar a evacuar las pruebas renunciadas por una sola de las partes y no hacer evacuar las que la otra también tácita o expresamente renunció. De hacer uso de esas facultades lo hará para las *pruebas de ambas partes ya que su norte será la búsqueda de la verdad.*

Lo que sí podrá hacer el Juez Laboral, es ordenar la práctica de la prueba renunciada antes de su evacuación por el proponente de ella, ya que él podrá ordenar cualesquiera prueba adicional que considere conveniente

para formar convicción, lo que le da un amplísimo campo de acción, con el cual hasta puede controlar la deslealtad procesal y lograr así la igualdad entre las partes; además de la posibilidad de utilizar casi todos los medios de prueba, salvo los de exclusiva proposición por las partes, los cuales exigen el necesario concurso del promovente.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha siete (7) del mes de septiembre de dos mil cuatro, con ponencia del Magistrado OMAR ALFREDO MORA DÍAZ, en cuanto a las facultades probatorias del Juez laboral estableció lo siguiente:

"...Para decidir, la Sala observa:

Al analizarse la sentencia y luego las actas que conforman el expediente, se pone en evidencia que fue un elemento de discusión en la presente controversia, la forma de terminación de la relación de trabajo, por cuanto, la demandante señaló que fue despedido por la empresa y que por lo tanto debió ser indemnizado, y por otra parte la demandada alegó y luego aportó como prueba en el proceso, una documental consistente en carta de renuncia del trabajador.

Es así que al decidir sobre el punto en discusión y sometido a la consideración del Superior, éste pronunció lo siguiente:

"**En cuanto a la causa de terminación de la relación laboral**, tomando en consideración las pruebas aportadas y en pro de garantizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, con el objeto satisfacer la necesidad de justicia que tienen las partes intervinientes en el presente proceso, partiendo de principios que rigen el hecho social trabajo y de las máximas de

> experiencia, **este Juzgador se trasladó a la sede de la accionada, Ferretería Epa, C.A., ubicada en el Centro Comercial Las Trinitarias de Barquisimeto y procedió a interrogar in situ y de manera personal a siete trabajadores activos de la empresa, convencido por la sana crítica y escudriñando la verdad por el principio de la realidad de los hechos, con fundamento en el artículo 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En efecto, al evacuar dichos testigos, todos fueron contestes en afirmar que el ciudadano Rafael Mujica, Gerente de Seguridad de la accionada, constriñe regularmente a los trabajadores a firmar renuncias a cambio de pagar beneficios laborales o en su defecto de no interponer denuncias ante organismos de seguridad. Así las cosas, considera quien suscribe, que la demandada debe indemnizar al trabajador por el despido al que fue sometido bajo falsa premisa de la renuncia**. Así se decide."(Negrillas de la Sala).

Sobre la diligencia desplegada por el Juez, cabe mencionar que si bien los artículos 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, otorgan a los jueces laborales la potestad para que estos, conforme al principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las apariencias, indaguen y establezcan la verdad material y no la verdad formal, no es menos cierto que esta facultad debe hacerse dentro de las atribuciones y lineamientos que la misma ley adjetiva laboral señala.

En efecto, de conformidad con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el Juez debe orientar su actividad jurisdiccional dándole prioridad a la realidad de los hechos (artículo 2), para ello, está obligado a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, debiendo intervenir en forma activa en el

proceso, dándole el impulso y dirección de una manera adecuada a la ley (artículo 5).

También ha dispuesto el cuerpo normativo de naturaleza adjetiva en materia laboral, el que los jueces del trabajo (en la búsqueda de esa verdad material) puedan ordenar evacuar otros medios probatorios adicionales a los aportados por las partes, sólo cuando estos sean insuficientes para que el Juez pueda formarse una convicción. Tal enunciado se haya soportado en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que reza textualmente:

"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.**

El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.".(Negrillas de la Sala).

Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de la realidad de los hechos, el Juez puede hacer uso de la facultad contenida en la norma anteriormente transcrita, en la medida en que las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para generarle convicción respecto al asunto sometido a decisión, pero nunca para suplir las faltas, excepciones, defensas y/o cargas probatorias que tienen cada una de las partes del proceso, pues, por otro lado el artículo 72 de la misma Ley ha dispuesto lo siguiente:

"Artículo 72: Salvo disposición legal en contrario, **la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos**....".

*En este sentido, se evidencia que la diligencia desplegada por el Juez ad-*quem en la búsqueda de la verdad, en el presente caso, estuvo apartada de los parámetros señalados en la Ley, ello en virtud de que habiendo aportado la parte demandada como prueba a su favor una carta de renuncia suscrita por la actora, con lo cual lógicamente pretendía demostrar que no hubo el despido alegado, no debió entonces suplir el Juez de la alzada, las defensas de la parte accionante, por lo que en todo caso, era a la demandante a quien correspondía promover la prueba correspondiente para impugnar y restar valor probatorio a la referida carta de renuncia.

Dicho en otras palabras, al haber señalado la parte demandante en su escrito que la relación de trabajo había terminado por un despido, y luego habiendo contestado la demandada bajo el alegado que la relación culminó por la renuncia del accionante, para lo cual promovió carta de renuncia suscrita por el propio trabajador, y cumplir así con la exigencia contemplada en el artículo 72 de la Ley Procesal, debió el Juez de Alzada, atenerse a lo alegado y probado en autos por las partes.

Por lo que con tal proceder, violentó el Juez de la recurrida el orden público laboral, al quebrantar el principio de la igualdad procesal de las partes en el proceso y con ello las normas antes señaladas, en consecuencia, de conformidad con el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se decreta la nulidad de la sentencia recurrida..."

De la sentencia transcrita parcialmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, refuerza la tesis que la actividad probatoria *oficiosa del Juez no puede ser utilizada cuando no exista la insuficiencia de*

pruebas o cuando se utilice para suplir defensas de las partes, ya que esa no es la finalidad de esta facultad atribuida por la Ley.

Esta facultad debe ser ejercida con mucha cautela o mesura por parte del Juez Laboral y ese es el límite del ejercicio de tan amplia facultad. Por ello los jueces son muy cautelosos en el ejercicio de la misma.

3.1.2. Facultad Probatoria prevista en el Artículo 156

El Artículo 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo también contempla una facultad probatoria instituida solamente al Juez de Juicio. Esta facultad probatoria se activa bien de oficio o a petición de las partes, con lo cual surge una distinción con la facultad probatoria que en sentido general se le ha otorgado al juez laboral, prevista en el Articulo 71, ya que ésta solo procede de manera oficiosa.

Conforme a la norma esta facultad probatoria se refiere a que el Juez de Juicio puede ordenar la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria PARA EL MEJOR ESCLARECIMIENTO DE VERDAD, esto es, se requiere de esa actividad probatoria por cuanto el Juez la considera necesaria ante la dificultad que se le presenta al sentenciar, se le impide fijar los hechos controvertidos con precisión, como consecuencia de la duda que le crean las pruebas ofrecidas y evacuadas por las partes, con lo cual podemos decir que esta actividad probatoria del Juez se enmarca dentro de las denominadas facultades probatorias aclarativas, en contraposición a la indicada en el Articulo 71 que consideramos tiene la connotación de facultad probatoria instructoria.

Por supuesto que esta actividad probatoria del Juez de Juicio debe producirse cuando los medios propuestos admitidos y evacuados en el

proceso resultan insuficientes para establecer la verdad de los hechos controvertidos, lo que implica que debe ser utilizada por éste una vez concluya el debate probatorio en la audiencia de juicio, ya que es en este momento cuando deberá ponderar la necesidad de su actividad probótica o pueden las partes indicar la necesidad de otros medios de prueba, para esclarecer esa verdad que permitirá dictar una sentencia ajustada a derecho y a la justicia.

En tal sentido el autor BELLO TABARES apunta:

> "En este sentido, mediante el instrumento previsto en el articulo 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo no pueden verificarse inicialmente los hechos; por el contrario, se requiere de una actividad probatoria de las partes que haya sido insuficiente para establecer la verdad de los hechos controvertidos, caso en el cual podrá el juez de Juicio esclarecer la verdad mediante la evacuación de pruebas complementarias"

Esta actividad procesal del Juez coadyuva a establecer la veracidad de los hechos en el proceso, evitándose así se dicten sentencias separadas de la realidad para circunscribirse a una realidad solo procesal, dando la idea de una justicia ficticia, lo cual estaría en contradicción con el principio enunciado en el Articulo 257 de la Carta Magna, en cuanto a que se reafirma el carácter instrumental del proceso.

Es preciso recordar, que si bien las partes deben probar los hechos que afirman y que constituyen el fundamento de sus demandas, defensas o excepciones para la satisfacción de su propio interés, produciendo en el Juez el ánimo de convicción acerca de la existencia de los hechos, también el

Juez puede producir actividad probatoria dentro del proceso, pero ella debe ser secundaria, complementaria y contingente a la actividad probatoria principal. En este sentido resulta lógico pensar, que esta facultad de ordenar pruebas de oficio resulta de carácter excepcional, ya que la carga probatoria recaerá en primer lugar en las partes en los términos establecidos en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En tal sentido Fenochietto-Arazi, citado por Kielmanovich expresa:

> "...cuando el articulo 36, inciso2, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concede al órgano judicial facultades probatorias, no lo hace para suplir negligencias de los litigantes. Ello supone que los jueces no pueden ordenar diligencias que las partes debieron solicitar oportunamente o que pedidas, no se practicaron pro negligencia suya. La potestad judicial, se tiene decidido reiteradamente, no les ha sido dada a los magistrados para suplir omisiones o errores de los litigantes..."

Esto significa que las partes deben poner todo su esfuerzo y empeño en la cumplir con la carga probatoria, en que los medios ofrecidos y admitidos por el Tribunal sean evacuadas en el momento y oportunidad fijada, poniendo en conocimiento del Juez las dificultades probatorias que se le presenten. Las partes deben urgir el puntual diligenciamiento de las pruebas ya que de lo contrario podría presumirse la negligencia en la producción de los medios de prueba.

Pero no debemos perder de vista, que el concepto de negligencia constituye un concepto jurídico indeterminado, por cuanto no existe una definición legal de ella y supone además la existencia de dos factores uno subjetivo que se encuentra vinculado por la inacción de las partes derivada

de su desidia, culpa o dolo; y otro objetivo derivado de la demora injustificada y perjudicial para el procedimiento o para la práctica del medio de prueba. Por lo tanto, en caso de que llegase a detectarse una actitud negligente de las partes en la actividad probatoria que les incumbe, el juez estaría impedido de actuar, como sería por ejemplo que una de las partes decidiera una actitud pasiva para posteriormente instar la actividad probatoria oficiosa, pretendiendo así generarse o proveerse de un beneficio ya que será el juez el encargado de la búsqueda de la verdad.

Desde otro punto de vista, al consagrar el legislador esta facultad probatoria del juez de juicio, le da una potestad privativa al magistrado laboral, que puede iniciarse bien de oficio o a petición de parte, pero en cuanto a su producción y control éste no actúa de manera arbitraria, sino que su actividad se halla sujeta a la regla de todas las pruebas, por lo que será necesario observar el derecho a la defensa de las partes en juicio y el debido proceso.

No podría por ejemplo el juez, dada su facultad, tratar de traer al proceso un medio de prueba legal mixturizándolo con otro tipo de prueba, esto es, no podría, al igual que las partes, producir una prueba de informes incorporando un interrogatorio o proceder a realizar una inspección judicial convirtiéndola en una prueba de testigos o utilizar un medio de prueba que esté prohibido expresamente por la Ley.

Debe además observarse en su producción, los requisitos previstos en el Artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cuanto a que solo son admisibles los medios de pruebas que sean legales y procedentes, desechándose las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes.

En cuanto al concepto jurídico de ilegalidad, Cabrera Romero apunta que el concepto de ilegalidad consiste en que con la proposición del medio se trasgreden sus requisitos legales de existencia o admisibilidad, infracción que consta para el momento de su ofrecimiento formal (promoción) o excepcionalmente para el momento de su evacuación, con relación a ciertos medios y al hablarnos de la impertinencia sostiene que es aquella que surge cuando las pruebas ofrecidas no asumen una conexión directa con los hechos litigiosos, dicho de otro modo, es la coincidencia que debe existir entre los hechos litigiosos, objeto de la prueba y lo que se pretende probar con los medios promovidos.

3.2. La facultad probatoria del Juez Laboral frente al Thema Decidendum.

En el proceso regido por el principio dispositivo es necesario revisar la necesidad de existencia de una demanda para que tenga lugar la iniciación del proceso, lo mismo que la obligación del juez de limitar su decisión a las peticiones del actor y defensas y excepciones del demandado, esto es, que la decisión de la causa debe estar revestida del principio de la congruencia, lo cual impide al Juez decidir sobre una materia distinta a la controvertida.

Tampoco, dentro de este sistema, se faculta al juez para contrariar los hechos que las partes hayan afirmado tanto en el libelo de la demanda, como en el escrito de contestación, ni en cualquier oportunidad del proceso, donde de manera espontánea las partes reconozcan hechos.

La doctrina ha reconocido la existencia de dos conductas o posiciones que asume el Juez frente al objeto del proceso. En primer lugar el juez referee y en segundo lugar el juez activo.

En cuanto al primero de ellos el juez solamente se limita a recibir el material probatorio que le sometan las partes y en el segundo el Juez sin afectar la potestad de las partes sobre el objeto del proceso la ley inviste al juez de facultades y hasta deberes (búsqueda de la verdad) para decretar de oficio pruebas, añadiendo Fabrega, que el primer juez va en camino de extinción por cuanto casi todos los sistemas modernos facultan al juez para desplegar la actividad probatoria oficiosa.

Ahora bien, la interrogante se plantea con relación al contenido del Articulo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que faculta al Juez de Juicio para ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos cuando estos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con esta Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas.

Si observamos igualmente el artículo 5 eiusdem, mediante el cual se impone la obligación al Juez de inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, surgen las siguientes interrogantes:

¿Puede el Juez laboral traspasar los límites del thema decidendum desde el punto de vista probatorio a los fines de dar cumplimiento al artículo 5 mencionado?

¿Dada la facultad prevista en el Artículo 6 del mismo texto procesal, puede el Juez laboral dirigir su actividad probatoria oficiosa para convencerse de que al demandante le corresponden conceptos distintos a los pretendidos, sin que las partes hayan realizado la actividad probatoria que les compete, conforme a su carga probatoria?

¿Cuál es el límite de la actividad probatoria oficiosa del Juez laboral, frente a la necesidad de decidir conforme al principio de congruencia?

Varias son las respuestas que pueden darse a las interrogantes planteadas.

1.- Si se afirma que el Juez laboral, dando cumplimiento a la obligación que le impone el Articulo 5 y de acuerdo a la facultad que se deriva del articulo 6 mencionado, estaría facultado para ordenar el pago de conceptos (prestaciones o indemnizaciones), distintos a los requeridos y de acuerdo a sus facultades probatorias oficiosas conferidas legalmente, pudiera dirigir esa actividad probatoria, con la finalidad de acordar esos conceptos. En contra de esta posición, se argumentaría que constitucionalmente esta prevista la garantía del derecho a la defensa y de los medios adecuados para ejercerla (Articulo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), lo cual implica una prohibición de introducir en la litis, en etapas posteriores a su constitución, hechos nuevos, hechos no discutidos, ni debatidos en el proceso que le cercenen a alguna de las partes su legitimo derecho a la defensa, con la imposibilidad además de argumentar en contra de ellos o probar en contra de los mismos.

Así, el maestro Hernando Devis Echandia, define el derecho de contradicción como:

> "un interés público, que consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar (...) Contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante y el que niega el derecho a hacerse justicia por si mismo..."

De igual manera, conforme al Articulo 12 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al proceso laboral, se prohíbe al Juez dentro del proceso dispositivo, sacar elementos de convicción fuera de las actas ateniéndolo solo a los hechos alegados por las partes, ya que de contrariar esta norma el Juez incurriría en el vicio de incongruencia que anula la sentencia.

2.- Una segunda posición conduciría a negar tal posibilidad del Juez, laboral aún cuando de las normas- en principio- se pueda deducir lo contrario.

Si se examina con detenimiento el Articulo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, veremos que en cuanto a la facultad de que el Juez condene conceptos distintos como prestaciones o indemnizaciones a los pretendidos se requiere lo siguiente:

a.- Que estos conceptos hayan sido discutidos en el juicio

b.- Que estos conceptos estén debidamente probados

c.- Que también puede condenarse al pago de sumas mayores que las demandadas cuando aparezcan que estas sean inferiores a las que corresponden al trabajador conforme a la Ley y **CON LO ALEGADO Y PROBADO EN EL PROCESO**, siempre que no hayan sido pagadas. Como supuesto a considerar en este punto, sería por ejemplo que el Juez advierta que las sumas demandadas no se ajustan matemáticamente a lo que realmente corresponda, o que las sumas demandadas no se corresponden con el número de días que legalmente se ha fijado para alguna prestación, como sería el caso que estando las partes de acuerdo en las fechas de ingreso y de egreso, el numero de días reclamados por la prestación de antigüedad sea inferior al que corresponde conforme al Articulo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, o como sería el caso que correspondiéndole la prestación de antigüedad, sin que conste de autos su pago, se obvie condenar los días adicionales que igualmente marca la norma.

Se precisa que no se trata de la discusión de nuevos conceptos (horas extras, bono nocturno), sino de conceptos que fueron accionados pero que estos fueron demandados de manera errónea conforme a la Ley o a la Convención Colectiva, lo cual si puede ser condenado por el Juez, por aplicación del iura novit curia, sin que incurra por tal decesión en ultrapetita, ni en violación del principio dispositivo.

Ejemplo clásico lo tenemos cuando el demandante al pretender la indemnización prevista en el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, referida a la indemnización por despido y que se haya aducido una

antigüedad de un año (1) y siete (7) meses, accione solamente por treinta (30) días, en este caso al demostrarse que efectivamente la antigüedad del demandante se corresponde a lo afirmado, lógicamente el Juez no debe condenar a los 30 días de salario sino a los 60 días que marca la Ley, sin que pueda atribuírsele violación ni del derecho a la defensa, ni del principio dispositivo.

De esta manera, la norma si bien faculta al juez para realizar tal condenatoria distinta a lo pretendido, ella estará circunscrita a la necesidad de que se le haya garantizado a la otra parte su derecho a la defensa, y dentro de éste su derecho a probar, con lo cual el Juez siempre deberá actuar conforme a lo alegado y probado en el proceso, sin variar el tema a decidir expuesto por las partes.

Nos afiliamos a esta última posición ya que debe tomarse en cuenta que la facultad que tiene el juez en los sistemas dispositivos modernos, de practicar pruebas de oficio, se limita a aquellos hechos invocados por las partes y no a otros.

CAPITULO IV

MEDIOS DE PRUEBAS QUE PUEDE PROPONER EL JUEZ LABORAL

4.1. La actividad probatoria del Juez de Juicio y Superior

En la Primera Instancia la actividad del Juez es directa, su inmediación en el proceso es de primer orden.

En la segunda instancia del proceso, si bien disminuye el alcance de la inmediación procesal, también se verifica el contacto directo entre las partes y el tribunal.

El Articulo 163 establece el procedimiento de segunda instancia en el como en el juicio civil ordinario la actividad jurisdiccional se circunscribe a la revisión de la causa, por lo que el juez tiene como consecuencia del efecto devolutivo del recurso la obligación de la revisión de toda la causa y por tanto el deber de examinar todo lo alegado y probado en la secuela del proceso en la primera instancia y en la medida en que tales alegaciones y elementos de pruebas sean pertinentes a la litis, desde luego sin perder de vista las limitaciones que devienen del recurso interpuesto y como preservación del principio de la no reformatio in peius.

Una vez fijada la oportunidad de la celebración de la audiencia se producirá la VISTA de la causa, siempre bajo la suprema autoridad y rectoría del Juez. Esta proposición como nos explica Fernando Villasmil citando a Manresa es el acto procesal en que después de terminada la sustanciación del pleito se da cuenta al tribunal del resultado de autos y pueden concurrir

también las partes y sus defensores para exponer de palabra lo que conduzca a su defensa a fin de que el juzgador adquiera la instrucción necesaria del asunto para dictar su fallo conforme a la justicia.

En esa audiencia se produce el debate oral y se oyen los alegatos del apelante contra la sentencia de primera instancia lo cual no hace posible la inclusión de innovaciones salvo de aquellas que puedan resultar de la limitada actividad probatoria de las partes o de la iniciativa probatoria que haya desplegado el juez de acuerdo a lo previsto en el articulo 5 y 71 de la LOPT

Esto nos obliga a examinar las facultades probatorias instructorias del Juez laboral y en especial varios postulados en las cuales deben fundamentarse las mismas: a) El Juez podrá actuar solo después de dar por recibido el expediente con la incorporación de las pruebas, por parte del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, una vez declarado por este la imposibilidad de la mediación, que hubiesen aportado las partes y una vez realizado el análisis de las mismas a los fines de proveer sobre su admisión; b) El Juez no podrá sustituir a las partes en su actividad probatoria, por lo que propondrá sus probanzas, sólo cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes le resulten insuficientes para formar convicción; c) A fin de no sorprender a los litigantes, la actividad probatoria judicial deberá proponerse mediante un auto que fijará la oportunidad para su evacuación la cual debe realizarse en una audiencia, si se trata de pruebas cuya evacuación lo permita y en caso de pruebas que deban evacuarse fuera de la sede del tribunal, fijar la oportunidad (día y hora) para su evacuación; c) el Juez podrá coadyuvar con los litigantes, cuando exista insuficiencia de prueba o cuando los medios ofrecidos y evacuados no permitan formar su convicción, tratando

de verificar afirmaciones, a pesar que sobre algunos hechos en particular las partes no hayan ofrecido medio alguno.

Estos medios ordenados por el juez laboral deberán ser evacuados, al igual que los ofrecidos por las partes en la Audiencia de Juicio – si se trata del juez de primera instancia- o en la Audiencia fijada - si se trata del juez Superior- por consiguiente el Juez actúa coetáneamente con las partes, ya que no conoce cuál es el resultado que arrojarán las probanzas de éstas y él como coadyuvante, que tampoco conoce el resultado que emergerá de las suyas, está en un mismo plano con los litigantes, así el objeto de su prueba verse sobre hechos sobre los cuales las partes no ofrecieron probanza alguna, lo cual es una garantía de la imparcialidad con la cual actúa.

En el caso de los juzgados superiores se deberá, al fijar la oportunidad para la audiencia, establecer el o los medios probatorios necesarios para el formar convicción los cuales deberán ser evacuados en esa audiencia y antes de concederle la palabra a las partes para que éstas puedan argumentar con base a ellas, de igual manera se garantiza el conocimiento de los medios a ser utilizados y su posibilidad de defensa.

En estos casos se debe ver la actuación del Juez, no como un coadyuvante del proceso, sino un procurante de la búsqueda de la verdad, muchas veces en la audiencia es cuando surgirá la necesidad de alguna prueba oficiosa, cuando se evacuen las pruebas promovidas y admitidas por el Tribunal, cuando estas hayan ejercido su derecho de contradicción y control de las pruebas, cuando el juez haya presenciado tal debate es que verificará la necesidad de las pruebas oficiosas para cumplir con su deber político y técnico de dirigir el proceso hacia un fin que permita desentrañar la verdad y dictar una sentencia bien ajustada a esa realidad procesal, sin menoscabo del derecho sustancial.

Cuando ninguna de las partes aportó pruebas y su actividad se dirija a tratar de probar en contra del hecho negativo absoluto afirmado por uno de los contendientes o contra la presunción iuris tantum que favorece a uno de los litigantes, como en el caso previsto en el Articulo 187 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, creemos que existe una limitación en cuanto a la facultad probatoria del Juez ya que en este caso no se trataría de la utilización de esta facultad con miras a la finalidad del proceso sino como el favorecimiento a uno de los litigantes y, estaría supliendo pruebas a una parte, a aquella a quien correspondía la prueba contra el hecho presumido. De igual manera cuando estamos en presencia de un hecho negativo absoluto, como lo sería por ejemplo cuando se niega que el actor prestó servicios personales, por lo que a pesar de que la parte no aportó ningún medio de prueba no podría el juez, conforme a su facultad probatoria, tratar de demostrar que el actor si prestó el servicio personal, ya que en este supuesto no se estaría utilizando la facultad probatoria para aclarar un hecho o porque existan pruebas insuficientes, sino para favorecer a una de las partes.

Por otra parte el Juez del Trabajo, cuando ordena la exhibición, o la copia certificada por orden judicial, a los organismos administrativos, por ejemplo, de las convenciones colectivas cuyas cláusulas no aparezcan consignadas y dada su condición normativa reconocida por la Sala de Casación Social en numerosas sentencias, así como cualquiera otros que no siendo fundamentales hayan sido mencionados por los litigantes, forman filas dentro de la facultad expresa dada al Juez en el Articulo 71 y 156, cuando permite la evacuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes por considerarlos necesarios para formar convicción y cuya consignación en autos no puede ser considerada desequilibrante.

Ahora bien, con respecto a los medios de pruebas que puede proponer el Juez Laboral, debe entenderse de los artículos 71 y 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que son aquellos que por disposición legal o por su naturaleza no incumben con exclusividad a las partes, como lo serían: la promoción de testigos; prueba documental privada, la facultad de traer documentos tan sólo mencionados por las partes, mas no promovidos formalmente por ellas, tiene un limite, cual es que la consignación en autos de los documentos privados simples es actividad exclusiva de las partes, por lo que el Juez no podrá realizarla.

El instrumento privado sujeto a reconocimiento o desconocimiento debe ser producido contra su firmante o un causante suyo de acuerdo a lo previsto sen el articulo 86, correspondiendo al presentante del documento probar su autenticidad, esta presentación corresponde a las partes. Esta disposición elimina la producción oficiosa de documentos privados simples. La iniciativa del Juez quedaría restringida a los documentos auténticos (públicos o privados) cuya existencia no está en duda, mencionados por las partes, o cuya posibilidad de existencia está señalada por la Ley (por ser obligatorios).

Los medios de que dispondrá el juez del Trabajo serán: la experticia, la inspección judicial, la prueba de informes, la promoción de la prueba documental oficiosa, documentos traídos a los autos por la vía de exhibición o de copia certificada por orden judicial, de otros documentos e instrumentos no fundamentales de cuya existencia se tengan noticias ciertas en el expediente, suministradas por los litigantes, del testigo mencionado.

Por último el Juez puede utilizar la declaración de parte para la búsqueda de la verdad que es una iniciativa propia que no puede ser promovida por las partes. Esta es a nuestro juicio una de la mas importante actividad del Juez a través de la cual trae a juicio una confesión de las partes

a través del interrogatorio que le formula bajo juramento. Es oportuno recordar que nuestra Ley prohíbe expresamente la prueba de confesión provocada o el juramento deferido.

La actividad probatoria del Juez no se detiene o limita a los hechos sino que también se extienden a la búsqueda de las prácticas, usos y costumbres necesarias para la decisión de la causa (como lo sería en el caso del Articulo 134 de la Ley Orgánica del Trabajo)[1] o sobre normas no jurídicas, sino técnicas que él no conoce, labor de enorme interés que excede en mucho del dictamen pericial sobre hechos concretos del proceso.

En el caso de la costumbre, se ha debatido mucho en cuanto a si la costumbre es o no objeto de prueba.

Para Sentis, Rosemberg y Carnelutti, la costumbre forma parte del derecho y en consecuencia está cubierta por el principio iura novit curia, por lo que el Juez debe conocerla y buscarla, lo cual debe realizar aún de oficio de manera inquisitiva.

Esta posición es compartida por nosotros, y por tanto al ser la costumbre derecho, el Tribunal debe inquirirla, para lo cual el Juez dispone de los medios probatorios necesarios, conforme a las facultades conferidas por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De esta manera el Juez del Trabajo podría por ejemplo realizar inspecciones judiciales, solicitar

[1] Artículo 134 Ley Orgánica del Trabajo: En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso.
Si el trabajador recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él representa el derecho a percibirlas, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono y el trabajador la estimación se hará por decisión judicial
Parágrafo Único. El valor que para el trabajador representa el derecho a percibir la propina se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad de trabajador, la categoría del local y demás elementos derivados de la costumbre o el uso.

información, tomarle declaración a las partes, para por ejemplo constatar el valor que representa para el trabajador el derecho a percibir la propina, tal y como lo preceptúa el Artículo 134 de la Ley Orgánica del Trabajo.

4.2. Forma de actuación del juez cuando utiliza las facultades probatorias

Ya hemos analizado la actividad probatoria del juez, pero se hace necesario establecer cómo es la forma de actuación, para ordenar las diligencias que crea conveniente para la búsqueda de la verdad.

En sentido general, toda acto del Juez como apunta Fairen Guillen (1990) lleva implícita una resolución, incluso en aquellos que, inmediatamente tienen otra forma (preguntas), por ello existen diversos grupos de actos del juez como lo son los actos de ordenación o de impulso y los actos de resolución.

Dentro de los actos de ordenación o de impulso encontramos las diligencias para mejor proveer que son de gran interés por que es una diligencia de carácter probatorio con intervención de las partes, pero no de su dominio ya que la decisión sobre cual medio probatorio utilizar recae solo en cabeza del juez.

En el proceso laboral conforme al Artículo 156 las partes pueden solicitar en la primera instancia, la evacuación de cualquier otra prueba, sin embargo es la intervención oficiosa del juez, la que decidirá si esos medios van a ser evacuados o si otros cualquiera pudieran serlo en el proceso.

Evidentemente, en su actuación el juez debe dictar un auto o en el Acta que recoge la audiencia de juicio o del superior establecer la necesidad

de pruebas, indicando el fundamento de su actuación, verificando e instituyendo que existen dudas u oscuridades que esclarecer o determinar y cuales son dichas dudas a los fines de que las partes puedan entender la necesidad del medio oficioso utilizado, lo cual además permite el control legal de la actividad oficiosa.

Luego, el Juez debe analizarla las dudas que existen y plasmarlas en su actuación, ya que de lo contrario las partes no pueden controlar la legalidad de la misma o de la procedencia, esto es, si existen o no causas que hacen decretable tales actuaciones y en el caso del juez superior no podría evaluar cuáles fueron las razones por las cuales se realizaron de manera oficiosa o a petición de parte la actividad probatoria indicada, hacia la búsqueda de la verdad por lo tanto el Juez superior debería decretar su nulidad por carecer de fundamento. Ello con relación a la actividad probatoria del Juez de Juicio que como ya se dejo establecido es aclarativa.

Pero no solo a través de estos autos para mejor proveer se realiza la actuación del Juez. En materia procesal laboral, en el juicio oral, el protagonista y quien lleva un papel principal es el juez, en especial en el aspecto probatorio le incumbe una labor bien activa. El Juez del trabajo puede siempre preguntar a las partes, peritos, testigos, suprimiéndose los formalismos que limitaban el ámbito de la prueba testifical en el ámbito civil, a las preguntas y repreguntas; puede oír en materia pericial el dictamen de los expertos o ordenar la realización de otras experticias; puede designar algún perito especial como sería por ejemplo la comparecencia de un médico legista o de funcionarios del Instituto Nacional de Previsión, Salud y Seguridad Laboral (Inpsasel) en el caso de demandas por indemnizaciones con ocasión de enfermedades profesionales u ocupacionales o accidentes de trabajo.

Para Cabrera Romero (2003) para el juicio oral no están previstas las oportunidades para dictar los autos para mejor proveer, como si ocurre en el proceso escrito, después de las pruebas y antes de informes o después de informes por lo que pudiera pensarse que son extraños al proceso oral y que por esta razón ni el COPP[2], ni el CPC[3] los contemplaron expresamente y que con lo único que cuenta el juez es con iniciativas probatorias instructorias que son de naturaleza diferente a los autos para mejor proveer.

Sin embargo, apunta Cabrera, la realidad conduce a que si el juez al final de la audiencia tiene dudas para fijar los hechos, en un Estado de Derecho y de Justicia, no parece lógico que el sentenciador no pueda disipar esas dudas y obligarlo a una sentencia que el considere injusta. Por ello, concluye, las diligencias para mejor proveer puede decretarlas el Juez en cualquier juicio oral, para que en un plazo conveniente se reciban y de inmediato a la recepción o al vencimiento del plazo proceda a sentenciar.

Estas pruebas serán recibidas en audiencia que debe fijar previamente el Juez, para que con la presencia de las partes se reciban estas pruebas, no para que las partes las controlen, sino para que puedan realizar observaciones a estos medios incorporados al proceso por la iniciativa judicial.

---

[2] Código Orgánico Procesal Penal Gaceta Oficial 558, del 14 de noviembre de 2001

[3] Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990

Como ejemplo de esta actividad probatoria oficiosa, utilizada por los Jueces del Trabajo del Area Metropolitana de Caracas, podemos reseñar las siguientes:

En la Primera Instancia

El JUZGADO SEXTO DE PRIMERA INSTANCIA DE JUICIO DEL TRABAJO DEL CIRCUITO JUDICIAL DEL TRABAJO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS, ha desplegado su actividad probatoria oficiosa en los siguientes expedientes y fechas: 1 de Octubre de 2007, en el expediente Nº AP21-L-2006-004529, mediante Acta levantada en fecha primero (1) de Octubre 2007, con ocasión de la prolongación de la AUDIENCIA DE JUICIO a los únicos fines de efectuar declaración de parte al Gerente o de la Gerente de Recursos Humanos de la empresa demandada, concluido el interrogatorio, consideró necesario la utilización de las atribuciones conferidas en los artículos 5 y 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a los fines de inquirir la verdad de los hechos y conforme a la facultad que tiene el Juez para dictar autos para mejor proveer, ordenó la realización de una inspección judicial en la sede Principal de la entidad bancaria Banesco ubicada en Bello Monte, Caracas, fijando así la fecha y la hora en la cual se verificaría la misma, dejando constancia en la referida Acta de cuál es el objeto de la inspección y en esa oportunidad se ordenó dicha prueba a los fines de constatar por orden de quién se efectuaban los depósitos que aparecen reflejados en la cuenta nómina Nº 0134-0865-35-8651414637 correspondiente a la ciudadana XIOMARA CASTELLANOS, titular de la cédula de identidad Nº 12.398.346 y quién los efectuaba.

Para llevar a cabo la inspección judicial el Tribunal decidió que por auto separado, designaría un perito en el área de informática y un perito en

el área contable, de conformidad con el artículo 112 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

De igual manera, en el expediente identificado AP21-L-2007-003890, en Acta levantada el día DIECINUEVE (19) DE MAYO DE 2008, el Tribunal antes identificado en la oportunidad fijada para que tenga lugar la AUDIENCIA DE JUICIO, ordenó que de acuerdo con la atribución conferida en los artículos 5 y 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, considerando el deber de los Jueces en el desempeño de sus funciones, tener por norte de sus actos la verdad, considerando que los Jueces están obligados a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas, ordenó oficiar al Juzgado Superior Sexto en lo Civil y en lo Contencioso administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, a los fines de que informe a este Juzgado de Juicio si cursa en sus archivos recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada contra la Providencia Administrativa dictada por la Inspectoría de la Región Norte del Trabajo el día 26 de Agosto del año 2005, expediente número 21220, el estado en que se encuentra y remita copias certificadas de las referidas actuaciones, para lo cual se le concede un lapso de cinco (05) días hábiles siguientes al recibo del oficio.

Así mismo, el Juzgado deja expresa constancia que una vez que conste en autos las resultas de esta prueba de informes, procederá a fijar por auto expreso la oportunidad, es decir el día y la hora para la continuación de la audiencia de juicio.

De igual manera el Juzgado Primero de Juicio en el expediente AP21-L-2005-4240, ordenò en el Acta de Audiencia de Juicio la realización de una prueba de experticia toda vez que el Tribunal albergò serias dudas al respecto, ordenando oficiar al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales

y Criminalísticas (CICPC) para que designe un funcionario que efectúe una nueva experticia y tome en consideración el informe pericial y sus anexos que integran los folios 265-268 inclusive, previo traslado tanto a la Oficina Notarial del Municipio Los Salias del estado Miranda como a la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX), verificando tanto las firmas de los documentos autenticados en fecha 15 de septiembre de 2005, bajo los números 47 y 48, tomo 96 de los Libros de Autenticaciones llevados por esa Notaría (en la primera de las oficinas mencionadas y precisando si se suscribieron varios ejemplares), como las rúbricas que aparecen en las cédulas de identidad números V- 4.444.826 y E- 973.830, correspondiente a los ciudadanos Emilio Fontao de López y Manuel López García, este último de nacionalidad española. En atención a todos esos datos, el experto a designar por el CICPC, deberá determinar si los mencionados ciudadanos firmaron los originales que constan en los folios 279-282 inclusive. Por último, el informe pericial del CICPC debe precisar si hay algún hecho que denunciar ante el Ministerio Público. Todo ello, de conformidad con el art. 156 LOPTRA.

En la Segunda Instancia

El tribunal Quinto Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fecha tres de marzo de dos mil ocho, en el expediente Nº ASUNTO : AP21-R-2006-000154, dictó auto mediante el cual en vista el acta levantada por ese Tribunal en fecha 21 de febrero de 2008, mediante la cual se ordena por iniciativa probatoria por parte de la Juez titular de esa Alzada librar oficio al Banco Provincial a los fines de que informe a este Juzgado Superior las transferencias efectuadas de la cuenta corriente Nº 0108-0028-590100009202 desde el mes de mayo del año 2002 hasta el mes de febrero del año 2005, a través del sistema cecon, así como se sirva informar a esta Alzada los lineamientos y alcances del funcionamiento de tal servicio de consultas. Así mismo, se requiere información relativa al ítem que aparece reflejado en los

estados de cuenta como "Abono Fideic. Fideicomiso Automat.", específicamente del titular de donde provienen tales fondos; todo a los fines de ampliar la prueba de informes a la referida entidad bancaria y cuyas resultas corren insertas a los folios 05 al 17 (ambos inclusive) de la segunda pieza del expediente.

En cuanto a este aspecto la Juez decidió utilizar su iniciativa probatoria para ampliar una prueba de informes que cursaba en el expediente, al considerar dicha prueba insuficiente.

De igual forma en el ASUNTO: AP21-R-2007-001832, la misma Juez vista acta levantada en fecha 25 del presente mes, mediante la cual se acordó por iniciativa probatoria de esa Superioridad de conformidad con las previsiones de los artículos 5, 6, y 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en consecuencia, ordenó librar oficio a la Dirección de Inspectoría Nacional y otros Asuntos Colectivos del Trabajo del Ministerio del Poder Popular para el trabajo y la Seguridad Social, con el objeto de que en el lapso de ocho (08) días hábiles una vez recibidos los mismos procedan a remitir a este Despacho la información requerida, en cuanto a la veracidad de la Convención Colectiva depositada en fecha veinte (20) de enero de 1993, por Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y en caso de si existencia proceda a certificar la copia fotostática remitida.

Con esta iniciativa probatoria la Juez buscó el contenido de la Convención Colectiva que debía ser aplicada al caso que le correspondió decidir,

También el JUZGADO SEGUNDO SUPERIOR DEL TRABAJO DEL CIRCUITO JUDICIAL DEL TRABAJO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS, ha utilizado la facultad probatoria. Así tenemos que en el expediente AP21-R-2007-001859 y con ocasión al Acta levantada en fecha NUEVE (09) DE ABRIL DE 2008, en la

oportunidad fijada para que tenga lugar la continuación de la AUDIENCIA DE APELACIÓN, la Juez con vista a los alegatos expuestos por ambas partes, y de la intervención que en esa audiencia realizó la Directora de Recursos Humanos, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en uso de las facultades probatorias conferidas al Juez, insta a la ciudadana REINA GARCIA, en su condición de Jefe Directora de Recursos Humanos de la demandada, consigne ante ese Tribunal la documentación que sea necesaria que explique el tiempo, modo y lugar en que fue celebrado el contrato bilateral suscrito por la República Bolivariana de Venezuela y la empresa China Camc Engineering Co., todo ello en vista la manifestación de voluntad efectuada por la ciudadana Reina García, ante la audiencia del superior, de poder suministrar tal contrato, ello con la finalidad de decidir sobre la pretensión de la actora en cuanto a la continuidad de la relación laboral.

Ese mismo Juzgado también requirió el contenido de la Reunión Normativa laboral de la industria de la Confección Textil en escala regional vigente para los periodos que indicó al acordar la prueba de informe al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, todo ello en el expediente distinguido como AP21-R-2008-00659..

CONCLUSIONES

En la actualidad casi todos los sistemas procesales modernos establecen las facultades probatorias oficiosas, a propósito diversas leyes de la República contemplan dicha facultad.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo incorpora de manera expresa esa facultad tanto para el Juez de Juicio como para el Juez Superior. Ahora bien, resulta sumamente importante tener presente que no es suficiente que los jueces cuenten con tal reconocimiento a nivel legislativo, también es necesario que sean conscientes de los poderes-deberes genéricos de los cuales también gozan como consecuencia del ejercicio natural de la función jurisdiccional.

Se hace necesario utilizar con conciencia, ética y valentía tales poderes, los cuales reafirman su rol de Director del Proceso, factor fundamental dentro del juicio oral.

Cuando se habla del derecho procesal social, se esta haciendo referencia a un principio que lo caracteriza, como lo es, la protección de la parte débil, lo que implica una modificación sustancial del principio de igualdad procesal o de bilateralidad procesal por el principio de la igualdad por compensación que representa un desequilibrio de la igualdad procesal para poder llegar a la igualdad social de las partes por encima de la simple igualdad formal

En el fondo este principio que sería consecuencia del principio protector que informa el derecho laboral, se traduce en una equiparación verdadera, con el objeto de cumplir con los principios básicos de todo proceso que se traduce en la igualdad procesal de las partes.

El Juez del Trabajo podrá ordenar de oficio la evacuación de las pruebas promovidas por las partes, que no hubieren sido evacuadas en la oportunidad de la audiencia de juicio. Esta facultad, tal como lo consagra el Artículo 71 mencionado, se extiende a cualquier medio de prueba tácitamente renunciado por las partes y en cuya práctica no se haga necesaria la presencia o el concurso del promovente de la prueba.

La facultad conferida al Juez laboral, resulta ser una de las mas amplias conferidas a cualquier otro Juez, requiriéndole una intervención mas activa, cónsona con los principios que rigen el proceso laboral y en especial con el consagrado en el articulo 5: principio de la verdad procesal

En el proceso regido por el principio dispositivo es necesario revisar la necesidad de existencia de una demanda para que tenga lugar la iniciación del proceso, lo mismo que la obligación del juez de limitar su decisión a las peticiones del acor y excepciones del demandado, esto es, que la decisión de la causa debe estar revestida del principio de la congruencia, lo cual impide al Juez decidir sobre una materia distinta a la controvertida.

Tampoco, dentro de este sistema, se faculta al juez para contrariar los hechos que las partes hayan afirmado tanto en el libelo de la demanda, como en el escrito de contestación, ni en cualquier oportunidad del proceso, donde de manera espontánea las partes reconozcan hechos.

En cuanto al Artìculo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo , si bien faculta al juez para realizar tal condenatoria distinta a lo pretendido, ella estará circunscrita a la necesidad de que se le haya garantizado a la otra

parte su derecho a la defensa, y dentro de éste su derecho a probar, con lo cual el Juez siempre deberá actuar conforme a lo alegado y probado en el proceso, sin variar el tema a decidir expuesto por las partes.

Se concluye en que existen una serie de postulados que indican la forma de actuar del Juez resumidos en: a) El Juez podrá actuar solo después de dar por recibido el expediente con la incorporación de las pruebas, por parte del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, una vez declarado por este la imposibilidad de la mediación, que hubiesen aportado las partes y una vez realizado el análisis de las mismas a los fines de proveer sobre su admisión; b) El Juez no podrá sustituir a las partes en su actividad probatoria, por lo que propondrá sus probanzas, sólo cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes le resulten insuficientes para formar convicción; c) A fin de no sorprender a los litigantes, la actividad probatoria judicial deberá proponerse mediante un auto que fijará la oportunidad para su evacuación la cual debe realizarse en una audiencia, si se trata de pruebas cuya evacuación lo permita y en caso de pruebas que deban evacuarse fuera de la sede del tribunal, fijar la oportunidad (día y hora) para su evacuación; c) el Juez podrá coadyuvar con los litigantes, cuando exista insuficiencia de prueba o cuando los medios ofrecidos y evacuados no permitan formar su convicción, tratando de verificar afirmaciones, a pesar que sobre algunos hechos en particular las partes no hayan ofrecido medio alguno.

En el caso de los juzgados superiores se deberá, al fijar la oportunidad para la audiencia, establecer el o los medios probatorios necesarios para el formar convicción los cuales deberán ser evacuados en esa audiencia y antes de concederle la palabra a las partes para que éstas puedan argumentar con base a ellas, de igual manera se garantiza el conocimiento de los medios a ser utilizados y su posibilidad de defensa.

BIBLIOGRAFÍA

Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. **Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso**. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año III, No.04, 2004.

Araujo-Juárez, J. Y Arveláez, B (2.000) **La Seguridad Jurídica y el Sistema Cautelar**. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal, 3,67-89.

Bello Tabares, Humberto Enrique Tercero. (2006) **Las Pruebas en el nuevo proceso laboral**. Ediciones Paredes Caracas. Venezuela.

Blasco Pellicer; A. (1.996) **Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral**. Valencia: Civitas.

Cabrera Romero, J. (1.995) **Contradicción y Control de la prueba Legal y Libre**. Caracas: Alva.

Cabrera Romero, J. (1.998) **La Prueba Prejudicial**. Caracas: Alva

Cabrera Romero, J (1.999) **Algunas Apuntaciones Sobre el Sistema probatorio del COPP en la fase Preparatoria y en la intermedia**. Revista de Derecho Probatorio, 11, 9-311.

Calamandrei, P (1.984) **Providencias Cautelares**. Buenos Aires: Argentina.

Couture, E. (1997) **Fundamentos de Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Desalma.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1.999) Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 5.453 (Extraordinario) Marzo 24 de 2000.

Díaz, Clemente. **Los Poderes de la Jurisdicción, en Problemática actual del Derecho Procesal**. Libro Homenaje a Amílcar A. Mercader La Plata. Editora Platense, 1971.

Echandia, D. (1.997) **Teoría General del Proceso (2ª. ed)** Buenos Aires. Editorial Universidad.

Gómez, J (1.999) **Seguridad Jurídica.** (Disponible en la dirección del autor).

González Escorche, Jose (2003) **La Reclamaciòn Judicial de los Trabajadores**. Vadell Hermanos Editores. Caracas. Venezuela.

Henriquez La Roche, R. (1.988) **Medidas Cautelares (3ª. ed.)** Maracaibo. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia . Venezuela

Kielmanovich, 1. (2.000) **Medidas Cautelares**. Buenos Aires: RubinzalCulzoni.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela Nª 37.504 del 13 de agosto de 2002

Montero Aroca, J. (1.996) **La Prueba en el proceso Civil**. Madrid: Civitas.

Montero Aroca, Juan. **Los poderes del juez en el proceso civil**. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad; en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 3, 2001.

Monroy Galvez, Juan. **La Teoría del Proceso y los Sistemas Procesales.** Temis- De Belaunde & Monroy, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996, páginas 70 y 71.

Ortiz-Ortiz, R. (1.999) **Las Medidas Cautelares Innominadas**. Caracas: Paredes.

Peyrano, Jorge W. **El Proceso Civil**. Principios y Fundamentos. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1978.

Picó i Junoy, J. (1.997) **Las Garantías Constitucionales del Proceso.** Barcelona: Bosh.