



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA ACADÉMICA DERECHO
ESPECIALIDAD DERECHO PROCESAL**

**LA CONFESIÓN FICTA EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL
DEL TRABAJO, SU INCONSTITUCIONALIDAD**

Trabajo Especial de Grado presentado para
optar al Título de Especialista en Derecho
Procesal

Autor: Thomas Cruz

Asesor: Abog. Longo F. Paolo Msc.

Maracaibo, Marzo de 2007

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA ACADÉMICA DERECHO
ESPECIALIDAD DERECHO PROCESAL**

**LA CONFESIÓN FICTA EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL
DEL TRABAJO, SU INCONSTITUCIONALIDAD**

Por: Abog. Thomas Cruz

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal aprobado (a) en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello” por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los _____ días del mes de _____ de 2007.

Nombres y Apellidos
C.I.

Nombres y Apellidos
C.I.

DEDICATORIA

A mis Padres, por su constante preocupación en mi desarrollo profesional y de mi bienestar.

A Iris, para que todos nuestros sueños se cumplan.

A toda mi familia.

A todas aquellas personas que de una y otra forma me apoyaron y me prestaron toda su colaboración para así haber podido llegar al final de un nuevo logro académico.

AGRADECIMIENTO

A Maria Alejandra Yáñez, por su apoyo incondicional y desinteresado, para la elaboración de la presente investigación.

A Carlos y Paolo por brindarme su amistad y colaboración permanente, en la realización de esta investigación.

Al Escritorio Jurídico Chumaceiro-González por su fundamental apoyo, a lo largo del recorrido de la Especialización; así como de piedra de soporte para la investigación.

A todos y cada uno de los profesores de la especialización, de cada uno de ellos me he nutrido para la realización de la obra.

ÍNDICE GENERAL

CARTA DE APROBACIÓN	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
ANTECEDENTES HISTÓRICOS	3
A. ORIGEN	3
CAPITULO II	
A. MARCO CONCEPTUAL	9
1. Concepto de Confesión	9
2. Clases de Confesión	19
a. Criterio de Rengel Romberg	19
b. Criterio de Hugo Alsina	32
3. Elementos de la Confesión	47
a. Capacidad del Confesante	47
b. Objeto	56
c. Voluntad	58
4. Diferencias de la confesión con la convención, la ratificación y el reconocimiento	67
5. Diferencias entre admisión y confesión	69
6. Diferencia entre juramento y confesión	70
7. Quienes están obligados a absolver posiciones	71
8. ¿La confesión provocada es o no un medio de prueba?	80
9. Fuentes, Medios y Pruebas	82
a. Distinción Conceptual	83
b. Concreción en la Confesión	85

10. Sistemas de Valoración	86
CAPITULO III	
A. CONFESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO	90
1. La parte y su contestación bajo juramento	90
2. Pertinencia de los hechos	91
3. Conocimiento personal de los hechos de la causa	95
B. REQUISITOS PARA REALIZAR EL MEDIO PROBATORIO DE CONFESIÓN (POSICIONES JURADAS)	96
C. PRINCIPIO DE LA PERTINENCIA DE LOS HECHOS	98
1. Anotación Previa	98
2. Forma de contestar las posiciones	100
3. Sentencia definitiva y hechos impertinentes	110
D. CASOS DE CONFESIÓN	115
E. VENCIMIENTO DE LA HORA DE ESPERA	117
F. LA VERSIÓN ESCRITURAL	119
G. CONTESTACIÓN DIRECTA Y CATEGÓRICA	120
1. Posiciones juradas e instrumentos que existan en autos	123
2. ¿Existe contradicción entre los artículos 324 y 417 del código de procedimiento civil?	124
3. Comisión para la evacuación de la prueba	125
H. REVOCACIÓN DE LA CONFESIÓN	125
I. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS MEDIOS	128
1. Legalidad y admisibilidad de los medios	129
2. Tratamiento jurisprudencial	130
3. La jurisprudencia de la Corte ha respondido	137
J. CONFESIÓN CONTRA LA SANA CRÍTICA	142
K. CONFESIÓN FRENTE A LA TARIFA LEGAL	146
L. CRITERIO SOBRE LA CONFESION FICTA	153

M. CONFESIÓN FICTA Y EL DERECHO COMPARADO	176
1. Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica	178
a. Exposición de motivos	179
2. DECLARACIÓN DE PARTE Y POSICIONES JURADAS	180
3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR	190
a. Medios impugnativos de las respectivas sentencias	193
4. MEDIOS IMPUGNATIVOS PARA LA SENTENCIA SOBRE LA CONFESIÓN FICTA EN LA ETAPA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO.	215
5. MEDIOS IMPUGNATIVOS PARA LA SENTENCIA SOBRE CONFESIÓN FICTA EN LA ETAPA PROCESAL DE AUDIENCIA DE JUICIO.	216
6. CONFESIÓN FICTA Y EL PROCESO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL	218
CAPITULO IV	
A. CONFESIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL LABORAL VENEZOLANO	223
B. CARACTERIZACIÓN EN EL SISTEMA LABORAL	224
C. ASPECTOS PROBATORIOS DE LA CONFESIÓN	230
D. VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN FICTA	233
E. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REFERIDOS AL DERECHO PROBATORIO	236
F. LA CONFESIÓN Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL	241
CONCLUSIONES	253
BIBLIOGRAFÍA	260



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA ACADÉMICA DERECHO
ESPECIALIDAD DERECHO PROCESAL**

**LA CONFESIÓN FICTA EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL
TRABAJO, SU INCONSTITUCIONALIDAD**

**Autor: Thomas Cruz
Asesor: Abog. Longo F. Paolo MSc
Fecha: Marzo de 2007**

RESUMEN

Por medio de esta investigación se realizó un análisis de la Confesión Ficta en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. La metodología del estudio fue descriptiva monográfica, basado en técnicas de análisis documental, especialmente leyes, jurisprudencia, y doctrina nacional e internacional. La información se analizó desde la perspectiva de su contenido y los resultados fueron dirigidos a establecer la inconstitucionalidad de la confesión ficta en el proceso laboral venezolano, describiendo la institución de la confesión y de la confesión ficta con sus prerrogativas de aplicación que la enfocan como violatoria de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999. Del mismo modo, se identificaron las etapas procesales en la que se presenta la confesión ficta, comparando el proceso laboral tanto con el proceso de amparo constitucional como con el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Así, se analizaron los preceptos constitucionales que se vulneran, y la comparación con otras leyes que le sirvieron de marco orientador al criterio del autor para considerar a la confesión ficta, como una ficción legal la cual quebranta el orden procesal para las partes y limita el bienestar para la sociedad en general.

Descriptores: Confesión, Ficta, Orgánica, Procesal, Inconstitucionalidad, Trabajo, Proceso, Laboral.

INTRODUCCIÓN

A continuación se desarrolla la investigación referida a análisis de la Confesión Ficta en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la misma fue iniciada con el estudio del contenido de una serie de soportes y textos jurídicos de tratadistas y expertos que permitieron conducir al establecimiento de los criterios para mostrar la inconstitucionalidad de la confesión ficta en el proceso laboral venezolano, y determinando la evidencia de violaciones de derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999.

En el primer capítulo se hace referencia a la génesis y todo el significado de la confesión, ya que para efectos de la investigación es importante iniciar con un referido etimológico que permita ilustrar la raíz de este término, de igual forma observar mediante el contexto histórico la evolución de la confesión.

En el segundo capítulo se presentan una serie de conceptos coherentes organizados de tal manera, que sean fáciles de interpretar en la temática de la confesión y confesión ficta, la cual es el motivo de la investigación, por ello esta selección permite el análisis de importantes autores dentro de los cuales se desatacan: Rengel Romberg (1999), Couture (citado por Rengel-Romberg. 1999), Hugo Alsina (1958), Montero Aroca (1998), Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), Código de Procedimiento Civil (1986), Código

Civil Italiano (1942) Código de Derecho Canónico (Can 1538Carneli 2

En el tercer capítulo se estableció una particular descripción del medio probatorio de confesión en el ordenamiento jurídico venezolano, el cual se encuentra contemplado en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 403 y siguientes, así como en el Código Civil (1982), los artículos 1400 y siguientes; y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49.5. Así como la confesión ficta enmarcada dentro del proceso laboral, específicamente en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) en sus artículos 131, 135 y 151.

En el cuarto capítulo, fue posible estudiar cada una de las relaciones que establecen el aspecto del medio probatorio de confesión y de la confesión ficta, haciendo énfasis en temáticas de relevancia que estipulan hechos dentro del sistema laboral venezolano, determinando la violación de derechos fundamentales, quebrantando el orden procesal y la sensación de bienestar que el proceso tiene que generar en la sociedad. Finalmente fueron establecidas las conclusiones del estudio, tomando en consideración los objetivos plasmados en el anteproyecto y que sirvieron de soporte al desarrollo de la matriz de contenido.

CAPÍTULO I

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El desarrollo de la presente investigación, establece la posibilidad de concretar criterios ligados a las posiciones juradas, que es a través de la cual se logra la confesión, así como del lenguaje técnico que se le tiene que dar, que en el curso de la investigación se determinará con claridad y verosimilitud, precisándose entonces que el más acorde es el de medio probatorio de confesión, realizando su referencia en materia laboral dentro del marco jurídico venezolano, sin embargo la observancia de una serie de aspectos ligados a la historia y génesis del mismo son muy importantes para conocer la orientación que para su creación se dispuso, por ello a continuación se presenta dentro de la revisión efectuada en el soporte documental las evidencias al respecto.

1. ORIGEN

A juicio de *Rengel Romberg (1999)*, en el proceso romano de la legis acciones, de carácter arbitral, privado y rigurosamente formalístico, que duró hasta el año 17A.C., el demandado se encontraba en la necesidad de rechazar o aceptar en pleno la pretensión del actor y la confesión era el reconocimiento por parte del demandado del fundamento del derecho

pretendido por el actor. Era este un acto dispositivo y vinculante y muchas veces un contrato, que resolvía per se la controversia, haciendo superflua la sentencia del juez. De allí surgió el famoso adagio: "confessus pro iudicato habetur".

Plantea así mismo, el citado autor que más tarde en el proceso *per formulas*, introducido por la *Lex Aebutia*, en vigencia hasta el año 342 D. C., la confesión se conserva como antes, pero mitigando un poco el formalismo; ahora el demandado no está ya obligado a rechazar o aceptar la *intentio* (petición) del actor en pleno, sino que puede agregar a la confesión una o más excepciones, mediante un *preiudicium*, de tal modo que siendo idéntico el significado de la formula y el de la actio se origina la novedad de las actio *praeiudicialis* en sentido amplio, que limitan o restringen la eficacia y el contenido de la *intentio* aunque hubiese sido reconocida.

Finalmente en el proceso de la *cognitio extra ordinem*, la confesión no cambia su naturaleza de reconocimiento del derecho pretendido por el actor, pero atenúa su carácter vinculante y contractual; ahora el demandado queda obligado por la confesión, pero ésta no resuelve por sí misma la controversia, sino que viene a ser un medio de solución, una prueba en las manos del juez, obligado en este tipo de proceso a dirimir siempre la controversia mediante la sentencia.

Determina el citado autor, que en los tres periodos de la evolución del proceso romano, al lado de la confesión como reconocimiento en pleno del derecho pretendido por el actor, se encuentra también la confesión como declaración de uno u otro de los litigantes dirigida a afirmar un hecho a favor del adversario y en contra de sí mismo, lo cual no resuelve per se la controversia, sino que es una prueba para la resolución de aquella.

Sobre este particular, el derecho romano ejerció gran influjo sobre el derecho canónico, pero ese influjo cesó a principios del siglo VII con las invasiones de los pueblos bárbaros al Imperio de Occidente y también a causa de la madurez que fue alcanzando la legislación judicial eclesiástica. Para ese momento la característica de la confesión judicial canónica tal como lo habían puesto de relieve diversas Decretales de los papas, entre ellas la de Alejandro I, Papa del año 121 al 132 era la espontaneidad:” *Confessio vero in talibus non compulsata, sed spontanea fieri deber...*” será analizado más adelante el criterio dispuesto actualmente en el ordenamiento jurídico venezolano donde la espontaneidad como sinónimo de voluntariedad o intencionalidad, no es determinante para tener como válida la confesión.

Establece *Rengel Romberg (1999)*, como un aspecto de interés que en *América Latina* predomina el sistema del derecho canónico y común recibido de España. La derogada Ley de Enjuiciamiento Civil Española regulaba la obligación de las partes de declarar bajo juramento (posiciones) cuando se

reciba el pleito a pruebas hasta la citación para sentencia, en primera instancia (artículo 579 Ley de Enjuiciamiento Civil Española) y permite también que dichas declaraciones puedan prestarse a elección del que las pidere, bajo juramento decisorio o indecisorio (artículo 580).

Ahora bien, expresa el citado autor, que el mismo sistema se encuentra vigente en Guatemala en el Código Procesal Civil y Mercantil de 1964 (artículo 130); en Colombia cuando se trata de interrogatorio decretado de oficio por el juez (artículo 202 Código de Procedimiento Civil) pero sin juramento cuando se trata del interrogatorio a instancia de parte (artículo 203); en Uruguay ya de oficio por el juez, para requerir de las partes, sin juramento, las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito (artículo 24 num. 5 del nuevo código general del proceso, sancionado en 1998), o bien posiciones a petición de parte, también sin juramento.

Por su parte, en *Venezuela*, se tiene que la confesión espontánea, judicial y extrajudicial está regulada en el Código Civil artículo 1400 (1982), junto con las demás pruebas legales admitidas por este Código y la confesión judicial provocada a petición de parte (posiciones) bajo juramento, en el Código de Procedimiento Civil artículo 403 (1986) el cual establece que, quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones hechas por la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.

En ambos casos la confesión hace plena prueba en el sentido que, han de ser analizadas y valoradas con las demás pruebas que consten en autos, y en caso de que no se desvirtúe con las otras pruebas que consten en autos, alcanza su pleno valor probatorio. Mucho más cuando puede ser revocada la confesión, por un error de Hecho.

Por consiguiente, el juez no tiene allí libertad absoluta para tener por confeso al absolvente, ya que la libre valoración o apreciación no es arbitrariedad; pues en algunos casos las posiciones no debieron admitirse, en otros no se cumplió con los requisitos legales o el absolvente comprobó la causa legítima de su incomparecencia; o como expresó la Casación venezolana: "También podrá desecharse en definitiva esa confesión, si tal prueba se hubiese evacuado con quebrantamiento de trámites o de la ley" (07-01-1882, Memoria 1882, p. 78). O cuando se prueba la realidad, por cuanto la ficción cede ante la realidad.

Por su parte, de la confesión espontánea y de la provocada (posiciones juradas) se distingue en el nuevo Código venezolano, el interrogatorio de las partes, que puede hacer el juez de oficio, sin juramento, en dos ocasiones: una vez concluido el lapso probatorio (artículo 410 num1) auto para mejor probar o bien después, mediante auto para mejor proveer, en la oportunidad de la vista de la causa (artículo 514 num1) en primera instancia, así como también en segunda instancia (artículo 520 infine).

Específicamente, se trata del interrogatorio no formal de las partes contemplado en el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil Italiano (1942), que tiene el sentido, no de un medio de prueba, como lo es el interrogatorio formal, bajo juramento, sino el de un medio de esclarecimiento o clarificación (*ad clarificandum*) con una función secundaria o eventual respecto de los medios de prueba ordinarios de tal modo que las respuestas de las partes al interrogatorio no tiene el valor de confesiones, sino el de argumentos de prueba, apreciables libremente por el juez en concordancia con los demás elementos de prueba adquiridos en el proceso.

En el contexto histórico, el autor Hugo Alsina (1958) dentro de la confesión provocada plantea: la *ficta confessio*, para asegurar la realización de la primera; la *ficta confessio* actuaba como elemento de coacción, la parte citada a absolver posiciones que no ocurría o que se negaba a contestar o que lo hacía evasivamente, era tenido por confeso respecto de los hechos afirmados en el interrogatorio de la parte contraria. De esta manera vino a completarse la caracterización de la confesión como prueba legal pues al juez ya no sólo está obligado a aceptar como ciertos los hechos reconocidos por el absolvente sino los afirmados por el contrario (ponente) en caso de confesión ficta.

CAPÍTULO II

A. MARCO CONCEPTUAL

En este capítulo se presentan una serie de ideas o conceptos coherentes organizados de tal manera, que sean fáciles de interpretar en la temática la cual motiva la investigación, por ello esta selección permite el análisis de importantes autores dentro de los cuales se desatacan: Rengel Romberg (1999), Couture (citado por Rengel-Romberg. 1999), Hugo Alsina (1958), Montero Aroca (1998), Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), Código de Procedimiento Civil (1986), Código Civil Italiano (1942) Código de Derecho Canónico (Can. 1538Carnelutti) entre otros.

1. CONCEPTO DE CONFESIÓN

Desde el punto de vista jurídico, la investigación amerita que el término confesión ficta sea analizado desde su concepción etimológica, para ello el investigador recurre a uno de los recursos de contexto mas importantes a estos propósitos como lo es el Diccionario de la Real Academia Española, (www.rae.es/ 2005), que ilustra que confesión (Del lat. *confessio*, *-ōnis*). Declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o

preguntado por otro. - Der. Declaración personal del litigante o del reo ante el juez en el juicio.

En el manejo de terminologías de similitud se encuentra mediante la consulta la palabra confeso, sa.: (Del lat. confessus, part. pas. de confitēri, confesar). 1. adj. Dicho de una persona: Que ha confesado su delito o culpa. 2. adj. Se decía del judío convertido. Era u. t. c. s. 3. m. Monje lego, donado. Tener un juez por - a alguien. Der. Hacer la declaración de haber confesado tácitamente un litigante en vista de su incomparecencia o de su negativa a responder.

Por tal motivo, al tratarse de un termino del latin, se procedió a la consulta documental del Diccionario de Latín Ilustrado, encontrándose la palabra ficta: fingimiento, en apariencia, artificiosamente. Sumado a esto se identifico un termino de similitud *fictio*: formación, creación: ficción, simulación, suposición, hipótesis, hecho inventado. Estos conceptos encontrados establecen un significado bastante similar del término, por lo que se hace adecuado analizar la percepción de especialistas en el área.

Para Cabanellas (2000) la confesión ficta es la que surge del silencio, como manifestación de voluntad, en determinadas circunstancias. En este sentido, en la necesidad de conocer la conceptualización de la *confesion ficta*, Rengel Romberg (1999), señala que el Código Civil Venezolano (1982)

no define la confesión, siguiendo así un principio de política legislativa el cual considera inconveniente establecer definiciones en las normas legales y preferibles dejar la precisión de los conceptos a la doctrina jurídica.

En cambio, el *Código Civil Italiano (1942, Artículo 2730)* define la confesión así: "La declaración que hace una parte, de la verdad de hechos a ella desfavorables y favorables a la otra parte". El nuevo Código de Derecho Canónico, en su Canon 1535, la define así: "La confesión judicial es la afirmación escrita u oral sobre algún hecho ante el juez competente, manifestada por una de las partes acerca de la materia del juicio y contra sí misma, tanto espontáneamente como a preguntas del juez"

En este sentido, *Couture (citado por Rengel-Romberg. 1999)*, establece que la confesión representa el acto jurídico consistente en admitir como cierto, expresa o tácitamente, dentro o fuera del juicio, un hecho cuyas consecuencias de derecho son perjudiciales para aquel quien formula la declaración. Una definición más comprensiva involucra no sólo la estructura de la confesión, sino también su función propia, la concibe de esta manera: La confesión es la declaración que hace una parte, de la verdad de hechos a ella desfavorables afirmados por su adversario, a la cual la ley atribuye el valor de plena prueba.

Por su parte, Rengel Romberg. (1999) plantea que las posiciones

pueden definirse como el medio de prueba del género de la confesión, mediante el cual, una de las partes (material o formal) en el juicio, requiere de su adversario, bajo juramento, respuesta afirmativa, a las posiciones que le formule, sobre hechos de que tenga conocimiento personal y no referencial, que sean pertinentes a la causa. Con respecto a la cual la Ley le atribuye el valor de plena prueba. Para el investigador esto no es del todo cierto, porque si de un documento público consta lo contrario o se desvirtúa la confesión, entonces no será pleno el valor probatorio de la confesión.

El estudioso del derecho procesal civil, *Hugo Alsina (1958)*, considera que después de la experiencia personal del juez, sigue en orden de valores, para formar su convicción, la fé en el testimonio del hombre. Cuando ese testimonio emana de un tercero, se esta en presencia del testigo; si proviene de una de las partes en el juicio, se tiene la prueba de confesión.

En ambos casos la prueba consiste en una declaración, pero mientras el testigo depone sobre hechos ajenos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, el confesante lo hace respecto de hechos ejecutados por él mismo o de los cuales tiene conocimiento personal y no referencial. Por eso se considera de mayor precisión la definición de *Mattirolo (citado por Hugo Alsina 1958)* para quien la confesión, considerada como prueba, es el testimonio, en el criterio del investigador, debería escribirse declaración, que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno

de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo.

Lo que si parece estar de acuerdo la doctrina y demás definiciones consultadas es que lo que realiza la parte es una Declaración. Estas diversas consideraciones sobre el termino de la confesión, además de ser mostrativas del criterio particular de los tratadistas citados, ha permitido conocer enfoques muy específicos al respecto, por lo cual al establecer el investigador su posición profesional, lo hace bajo la referencia de dichas lecturas y con el beneficio de la experiencia dentro del medio profesional, circunstancia percibida como adecuada dentro del proceso de investigación.

A juicio de *Montero Aroca (1998)*, el medio de prueba representado por la confesión en juicio o judicial consiste en la actividad procesal por la que una parte, bajo juramento o promesa, contesta la preguntas formuladas por la otra parte, relativas a hechos personales de aquella, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos en el proceso.

Establece el citado autor, que los problemas de la confesión nacen de la posibilidad de que la misma se preste bajo dos tipos de juramento. El juramento indecisorio, que solo perjudica al confesante, esto es, que sólo hace prueba legal en lo que sea perjudicial para el que confiesa, pero que no la hace en lo que le beneficia Esta es la verdadera confesión en juicio.

En este orden de ideas, *Montero Aroca (1998)*, establece que todos los problemas de la confesión en juicio, provienen de la mezcla realizada por el legislador del siglo XIX, pero debe considerarse: La confesión con juramento decisorio es en realidad el juramento del derecho histórico que se ha mantenido con un cambio de nombre, y que puede seguir en una ley futura siempre que se aclare que se trata del juramento sin más y no de la prueba de confesión.

De igual manera, la confesión con juramento indecisorio es la tradicional confesión, aunque ahora haya de prestarse con juramento o promesa, pero atendido que el perjurio no está tipificado penalmente resulta que tal juramento es un formalismo inútil. En lo que se va a mencionar únicamente de esta verdadera confesión. La apreciación del investigador considera sobre la definición o concepto más acertado, completo, actual y avanzado, es el del profesor español *Montero Aroca, (1998)* el cual hace referencia a la Institución o define más exactamente la forma de obtener o realizar la prueba de Confesión, dándole el término correcto, cuando comienza con el medio de prueba.

De igual forma el citado autor, hace referencia al tipo de medio probatorio o de Confesión de nuestro estudio, la cual se realiza dentro del proceso. Quien la puede prestar es la parte, es decir, las personas directamente relacionadas con el Derecho que se busca tutelar; y por vía de

excepción a los representantes de la parte o apoderados, el cual más adelante se vera la manera como se hará.

Considera el investigador, que por tal motivo es aplicable al ordenamiento jurídico venezolano, de que la confesión sea bajo juramento de lo contrario no puede ser considerada como confesión, salvo las excepciones por la Constitución en el artículo 49.5. Aunque, recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Civil, No. RC.00381, expediente No. 03-552, de fecha 14 de Junio de 2.005, con ponencia de la magistrada Isbelia Pérez de Caballero, la Sala ha establecido lo siguiente:

“Que la doctrina consideró bajo el régimen de la anterior constitución, que las posiciones juradas no era un medio de prueba contrario a lo establecido en el artículo 60 ordinal 4to ejusdem, por cuanto a través de éste el interpelado no es constreñido a responder en contra de su propia voluntad, además, la regulación legal de este medio ofrece más seguridad para obtener la justicia porque casi siempre contiene la verdad.

Que queda claro, que las posiciones juradas constituye un medio de prueba con raíces históricas, con el cual se pretende obtener la verdad sobre los hechos para dictar una sentencia justa, que consiste en que quien es parte en el juicio y tiene conocimiento personal sobre los hechos que son pertinentes a lo debatido, está obligado bajo juramento a responder las posiciones que le realice la contraparte con la finalidad de obtener una confesión.

En ese sentido, señala la Sala, es importante determinar el alcance y contenido del término estar obligado en las posiciones juradas, para determinar si está implícita o no la coacción y simultáneamente si este medio de prueba es o no violatorio de la Constitución. Señalando la Sala que, 1) La coacción, es la fuerza o violencia que se ejerce sobre un apersona para obligarla a contestar; 2) Estar obligado a contestar bajo juramento no puede considerarse sinónimo de coacción porque la persona llamada a contestar las posiciones asume ese compromiso voluntariamente;

3) Estar obligado a contestar bajo juramento se refiera una solemnidad que comprende la moral del absolvente para decir fielmente la verdad. La Sala establece que estar obligado a contestar bajo juramento no significa coacción (ejercer violencia o fuerza para obligar a responder) sino significa además de un compromiso moral de decir fielmente la verdad, una carga de la parte de contestar a las posiciones que le formule la contraparte, pues de no hacerlo se le tendrá por confeso de conformidad con el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil. Continua señalando la referida Sentencia de la Sala, que como explica Eduardo Couture “La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instruída en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”. (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Argentina, Ediciones de la Ley, 11ª. Reimpresión, 1978, p. 211). Por tanto, la Sala considera que “estar obligado a contestar bajo juramento” significa un compromiso moral de decir la verdad, una carga para quién sea parte en el juicio de contestar a las posiciones que la parte contraria le formule, pues de no hacerlo su comportamiento tendrá una consecuencia gravosa, esto es, se le tendrá por confeso, y un deber porque existe un interés del estado en que se desarrolle el proceso de conformidad con el ordenamiento jurídico que lo fundamenta. Dicho de otro modo, existen “imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto al interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, p. ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso” (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho procesal Civil. Argentina, Ediciones Desalma, 11ª. Reimpresión, 1978, pp. 209 y 210). De esta manera las posiciones juradas como medio de prueba no son inconstitucionales porque a la obligación de responder bajo juramento no es coactiva. Se trata de un instrumento contemplado en las leyes con la finalidad de comprometer la voluntad de la parte bajo la figura de un deber-carga cuya omisión le acarrea consecuencias gravosas para obtener la verdad y una sentencia justa. Indica la Sala que, las posiciones juradas son un medio de prueba para obtener la confesión en el proceso civil con el compromiso manifestado a través del juramento del absolvente de decir la verdad encontrándose exento de coacción física o violencia, por tanto, no es inconstitucional, porque el juramento de decir la verdad es una solemnidad formal de acuerdo al artículo

170 del código de procedimiento Civil. Se trata, pues, de declaraciones voluntarias donde la ley deja libertad al absolvente para responder de manera de no proporcionar elementos en su contra. En resumen, las posiciones juradas no violan el artículo 49 ordinal 5to de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, porque de lo que se trata es que el absolvente tiene el deber de decir la verdad y este deber se potencia mediante la solemnidad del juramento el cual es una forma y no una coacción”.

Por supuesto tienen que ser hechos personales del deponente y de que sean hechos controvertidos, lo que da la idea de pertinencia de los hechos sobre los cuales se hace la declaración, de que sean controvertidos y alegados dentro del proceso, de que requieran prueba. Desde el punto de vista del investigador esta definición reúne o acumula todas las magnificas definiciones anteriores.

Sumado al planteamiento anterior, el investigador establece con relación a la palabra Confeso: Cuando se establece que una persona se le tendrá por confeso, como se instituye en los artículos 135 y 151 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), del concepto y significado de esa palabra, no existe una declaración expresa y mucho menos presencial de Confesión de que admita o reconozca, en ese acto los hechos indicados en el libelo y así quede establecido en ese mismo momento, sino que debido a su incomparecencia lo que se deriva es haber confesado tácitamente, como se vera el tipo de Confesión Tácita más adelante.

Por consiguiente, el tipo de medio probatorio que es la Confesión,

requiere que el demandado, tenga conocimiento personal de los hechos, mal podría un apoderado judicial, cuando este obre por la parte en el proceso laboral, confesar unos hechos que no tuvo conocimiento personal y mucho menos que en ese momento se fije, se determine y se dé por sentado, que el apoderado confesó los hechos indicados en el libelo de demanda.

Por su parte, el legislador, a través de una ficción legal que crea una Confesión, no puede ir nunca en contra de la realidad. La Confesión Ficta se da por la incomparecencia, no existe una declaración expresa de la parte, para considerar que eso sea así, que confesó los hechos, sólo cuando comparece se sabrá su posición y alegaciones respecto a los hechos planteados en la demanda. En conclusión, una contradicción que se detecta en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), en el establecimiento de una misma ficción legal, entendida como creación de la Ley, respecto a la Confesión Ficta, se denota del tratamiento que se hace en los artículos 135 y 151 al establecer, se le tendrá por confeso.

En contrapartida el artículo 131 establece, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión. Por tal motivo, no se precisa la razón por la cual se varió la redacción, cambiándole el significado a la Institución ya que la Confesión Ficta, no es una presunción, *ni iure et de iure*, *ni iuris tantum*, como se pudiera pensar y comúnmente sucede, sino que es una ficción de la

Ley y la ficción cede ante la realidad; mas adelante el investigador explicara los fundamentos de su criterio.

2. CLASES DE CONFESIÓN

De la misma manera, para los efectos de la investigación, se hace imprescindible conocer los *tipos de confesión* que han sido especificados por autores y tratadistas del medio, por ello se ha tomado en cuenta el *criterio moderno o contemporáneo de Rengel Romberg (1999)* y el de *Hugo Alsina (1958)*, con su clasificación tradicional y bien sustentada, que mantiene su vigencia y permiten obtener una visión completa, cronológica, ontológica de variados criterios, calificada, sustentada.

En este sentido, *Hugo Alsina (1958)*, se acerca más al tipo de medio probatorio de Confesión del tema en estudio, donde se realizan señalamientos personales o particulares, que permiten distinguir mejor el tipo de confesión y darle un mejor tratamiento y verle de la mejor manera. Así mismo, que permiten resolver las llamadas confesiones en la contestación de la demanda y el desarrollo del debate probatorio sobre los hechos del proceso y sobre el debate probatorio de las llamadas confesiones en la Contestación de la Demanda.

a. CRITERIO DE RENGEL ROMBERG

Tomando en cuenta los modos de ser en que la confesión viene a

encontrarse en el procedimiento, y según sus propiedades, se distinguen varias clases de confesión, al respecto *Rengel Romberg (1999)*, considera que según que esas propiedades se refieran al juez, al confesante, al adversario del confesante o al contenido de la confesión:

- *Respecto de las propiedades que se refieren al juez*, la confesión puede ser judicial o extrajudicial. La judicial es aquella hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un juez, aunque éste sea incompetente (Art. 1401 Código Civil) y la extrajudicial aquella que se hace fuera del proceso, a la parte misma o a quien la representa, o también a un tercero (Art. 1402 Código Civil).

Sin embargo, ambas clases de confesión tienen por su naturaleza algunas semejanzas: 1) Por el objeto, puesto que ambas versan sobre la verdad de un hecho. 2) Por el sujeto, que siempre será una u otra de las partes interesadas, y 3) Por el carácter de prueba. En cambio se diferencian en que no es igual su eficacia probatoria: la judicial hace plena prueba del hecho confesado; la extrajudicial produce el mismo efecto si se hace a la parte misma o a quien la representa, pero si se hace a un tercero produce sólo un indicio (Artículo 1402 Código Civil).

Sobre este particular se hace necesario establecer más profundidad en el análisis razón por la cual al final del tercer capítulo se dedicara mayor

especificación del hecho logrando establecer una posición sobre el mismo.

- *Por las propiedades que se refieren al confesante*, la confesión puede ser:

La confesión es espontánea cuando procede de la voluntad del confesante como su única causa, es decir, aquella que procede del confesante por su propia iniciativa. En cambio es provocada, cuando se produce por petición de la otra parte y bajo juramento. Es ésta la antigua prueba de *positiones* del derecho intermedio (posiciones juradas) que perdura en la mayoría de los sistemas procesales latinoamericanos, entre ellos el venezolano.

La confesión es irrevocable por regla general: una vez emitida, no puede retirarse. Por excepción puede ser revocable por el confesante cuando éste pruebe que ella ha sido el resultado de un error de hecho, pero no puede revocarse so pretexto de un error de derecho (artículo 1404 Código Civil). En el nuevo Código de Derecho Canónico (Can. 1538) se admite que la confesión carece de todo valor si consta que ha sido emitida por error de hecho o arrancada por violencia o miedo grave.

Por su parte, el Código Civil Venezolano (1982), no contempla estas últimas causas de revocación, sino solamente el error de hecho. Sin embargo, en atención a que por su naturaleza, la confesión ha de ser

siempre libre no puede admitirse que la arrancada por violencia o amenaza que produzca en el confesante miedo grave, tenga algún valor en el proceso siempre que estas circunstancias resulten debidamente probadas.

En este sentido, la confesión jurada es aquella que se emite bajo juramento de decir la verdad y no jurada la que se emite sin ese juramento. Se evidencia que en el derecho canónico se hace la distinción entre causas en las cuales entra en juego el bien público y aquellas en las cuales se trata de un asunto privado. En las primeras, el juez debe pedir a las partes el juramento de que dirán la verdad o al menos, de que es verdad lo que han dicho (juramento de *veníate dicenda*) a no ser que una causa grave aconseje otra cosa (Can. 1532); en los casos de índole privada, puede exigir el juramento según su prudencia.

Sin embargo -como explica el doctor *León del Amo (citado por Rengel Romberg (1999))*, tanto el juramento de decir verdad como el de haberla dicho, no son medio de prueba, sino una garantía de mayor o menor valor, según la religiosidad de las personas, su sinceridad y su fidelidad a lo que sabe y dice ante el juez.

Por tanto -según del Amo- estos juramentos afectan directamente, no a la verdad objetiva e ilustrativa, sino más bien a lo que sabe la parte declarante, lo cual puede ser distinto del hecho que en su integridad

realmente existió. De allí que no, por el hecho de que la parte haya jurado decir verdad o haberla dicho, puede el juez confiar en que ya tiene la verdad histórica y que no necesita más averiguaciones y pruebas.

A juicio del *Rengel Romberg (1999)*, en el derecho venezolano no existe esta distinción que hace el Código de Derecho Canónico sino la provocada por las partes (prueba de posiciones juradas) y el eventual interrogatorio de las partes provocado por el juez *ad clarificandum* que no tiene el valor de la confesión.

Por su parte, el investigador señala que en la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), sí se contempla la Confesión bajo juramento provocada por el juez en el artículo 103 y siguientes, en el que las partes se consideran juramentadas para contestar al Juez de Juicio las preguntas que éste formule en la Audiencia de Juicio; y no se establece en esta Ley, el medio probatorio de Confesión (Posiciones Juradas) el cual está expresamente excluido por el artículo 70.

Es por ello, que los autos para mejor proveer y probar artículos 401,1 y 514,1 del Código de Procedimiento Civil, no se descartan aplicarlos por analogía según se establece en el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). En general en nuestro sistema legal, para los procesos judiciales ordinarios se establece el medio probatorio de Posiciones

Juradas y para aquellos procedimientos, los cuales remiten a las normas del Código de Procedimiento Civil por supletoriedad y analogía

- *Por las propiedades que se refieren al adversario del confesante, la confesión se distingue en divisible e indivisible.*

Se dice que la confesión es divisible cuando el adversario del confesante tiene el poder de dividir el contenido de la confesión, aceptando la parte que le sea favorable y rechazando aquella favorable al confesante. En cambio se dice que la confesión es indivisible, cuando aquel que desea beneficiarse de la declaración judicial o extrajudicial del adversario, no puede aceptarla en aquello que le favorece y rechazarla en cuanto le es contraria, sino que debe aceptarla o rechazarla *in toto*.

Esta distinción tan general, obliga a considerar el contenido mismo de la confesión y las circunstancias de ésta, que pueden dar lugar a una confesión simple a una cualificada, o a una compleja, pues de otro modo aquella distinción no tendría sentido preciso. La doctrina califica de confesión simple aquella en la cual se afirman, sin añadidos o modificaciones, los hechos que la parte contraria pone como base de su demanda. O como lo expresa Carnelutti (citado por Rengel Romberg 1999), la confesión es simple cuando se refiere a un solo objeto; ° así se reconoce haber recibido la suma de dinero en préstamo.

- La confesión es cualificada cuando el confesante reconoce el hecho pero atribuyéndole una distinta significación jurídica, cuando se reconoce haber recibido la suma de dinero pero en calidad de donación y no de préstamo.
- La confesión se reputa compleja cuando se refiere a varios objetos distintos, de los cuales unos son favorables y otros contrarios al interés del confesante. En rigor lógico -sostiene Carnelutti (Citado por Rengel Romberg 1999), no tanto existe en este caso una confesión compleja cuanto una declaración compleja, de la cual una parte solamente es confesión. Si se aplicaran en este caso los principios expuestos, resultaría que debe reconocerse el valor de plena prueba a esta parte, y no a la otra, y se tendrá así una división en dos de la declaración, lo que está prohibido por el Código Civil (1982).
- Si se profundiza un poco más en el principio de la indivisibilidad de la confesión, se encuentra que la divisibilidad o la indivisibilidad de la confesión, depende de la relación o vinculación que puede darse entre las dos partes de la declaración -o como dice Camelutti (Citado por Rengel Romberg 1999), del mayor o menor grado de unidad de la declaración misma; unidad que estará determinada por la conexión jurídica de los objetos de la declaración.

Así, cuando el Código Civil (1982) establece que la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante, se refiere a una declaración sola, no a

dos declaraciones diversas; si las cosas declaradas -enseña Carnelutti (Citado por Rengel Romberg 1999), son tales que excluyen la unidad de la declaración, llega a faltar el presupuesto mismo de la indivisibilidad, el cual consiste más que en la complejidad, en la unidad de la declaración que se da sí el objeto favorable al confesante se refiere a la misma relación jurídica a la cual se refiere el hecho contrario.

Por ello, cuando el confesante admite que recibió de la otra parte la suma de dinero que dice haberle dado en préstamo, pero que la recibió a título de donación (confesión cualificada), la declaración es una sola, porque el hecho favorable al confesante se refiere a la misma relación y solo la califica, siendo por ello la confesión indivisible.

En cambio, si el confesante admite haber recibido la cantidad dada en préstamo, pero agrega que la pagó (confesión compleja), la declaración no es única, pues a la relación de préstamo, admitida, se agrega un hecho diferente: el pago, que es causa de extinción de la obligación y excluye la unidad de la declaración, por lo cual en este caso, es divisible la confesión. De lo expresado se sigue que la confesión simple y la cualificada, son indivisibles porque se da la unidad de la declaración y la compleja es divisible porque se refiere a varios objetos y hay diversas declaraciones:

En el sistema legal, en el cual al lado de la prohibición de la divisibilidad

de la confesión (Artículo 1404 Código Civil) existe también la regla de distribución de la carga probatoria entre las partes (Artículo 1354 Código Civil (1982) y Artículo 506 Código de Procedimiento Civil, artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), la doctrina que admite las distinciones referidas, para determinar cuando la confesión es divisible.

Tiene apoyo en las mencionadas disposiciones legales y ha sido acogida en sentencia de la casación del año 1969, según la cual: en caso de una confesión hecha por la demandada en el acto de la contestación de la demanda, deben tenerse en cuenta preferentemente las disposiciones que regulan en el proceso la carga de la prueba de los hechos en que se funda la acción y la de los hechos en que se fundamenta la excepción, sin que pueda ser resuelta exclusivamente a la luz de los textos legales que prevén el mérito probatorio de la confesión y su indivisibilidad en perjuicio del confesante (Artículos 1354, 1400 y 1404 del Código Civil).

En el mismo sentido, otra sentencia de la casación del año 1969 expresa: "Los jueces del fallo recurrido al acoger la manifestación del demandado en la que admite la obligación de pagar una cantidad a la actora, y desechar la excepción de pago alegada por él, no dividen la confesión porque la confesión, denominada por la doctrina y la jurisprudencia patrias, compleja inconexa puede ser dividida, por estar la excepción contenida en ella constituida por un hecho (el pago) que si bien, guarda relación con el

principal admitido (obligación de pagar una determinada cantidad de dinero), es distinto y ocurrido con posterioridad a éste.

No sólo por no ser implicativo de concepto alguno sobre la formación del derecho reclamado, sino por tender a enervar su existencia, de lo que resulta que los jueces bien pudieron separarlo de ésta, al extremo de que si no lo hubieren hecho así la violación del Artículo 12 Código de Procedimiento Civil (1986), hubiera sido indiscutible por suplir un hecho no alegado ni demostrado oportunamente Artículos 1404 Código Civil (1982) y 12 Código de Procedimiento Civil.

De allí, una máxima jurisprudencial de la casación venezolana (Gaceta forense N° 67 segunda etapa p. 333) según la cual: "No existe división de la confesión cuando el sentenciador la aprecia sólo por lo que respecta a uno de los varios hechos contenidos en la misma, si entre dichos hechos no hay la debida conexión".

No haber tenido en cuenta la falta de conexión entre el pago y el hecho constitutivo del préstamo, ha llevado a otra sentencia más reciente (gaceta forense N° 140 volumen III p.1083), de la misma casación, a considerar indivisible la confesión del préstamo con el agregado de haberlo pagado, considerando erróneamente que en tal caso hay "unidad jurídica de la declaración".

Por otra parte, las posiciones según Rengel Romberg (1999), pueden definirse como el medio de prueba del género de la confesión, mediante el cual, una de las partes en el juicio, requiere de su adversario, bajo juramento, respuesta afirmativa, a las posiciones que le formule, sobre hechos de que tenga conocimiento personal, que sean pertinentes a la causa. En esta definición se destaca:

- Las posiciones son un medio de prueba del género de la confesión y como tal, una declaración de ciencia que tiende a establecer la verdad del hecho objeto de la posición (*ut veritas eliciatur ab ore litigatoris*).
- Las posiciones sólo pueden ser provocadas por las partes y no por el juez, el cual no tiene, en ningún caso, esta iniciativa probatoria, ya se advirtió, que esta iniciativa, si está establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Son, por lo tanto, un *ius litigantium*, y el ponerse es un derecho común a ambas partes (*ab utraque parte*).

Por ser las posiciones un *ius litigantium*, se tiene por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del tribunal, a la que se negare a contestarlas. Sin embargo, en este caso, si el absolvente, por su propia determinación, se niega a contestar la posición por considerarla impertinente, y así resulta declarado por el tribunal en la sentencia definitiva, al apreciar la prueba, no tiene lugar la presunción de confesión. También se tendrá por confesa en las posiciones a la parte que citada para absolverlas,

no comparezca sin motivo legítimo, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio.

Sin embargo, si la parte llamada a absolver las posiciones no concurre al acto, se dejarán transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia, ya se refiera ésta al primer acto de posiciones o a la continuación del mismo después de alguna suspensión de aquél o de haberse acordado proseguirlo ante un juez comisionado al efecto.

Pasado este tiempo sin que hubiese comparecido el absolvente, se le tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte sin excederse de las veinte indicadas en el artículo 411 y artículo 412 Código de Procedimiento Civil. La presunción de confesión resultante de posiciones estampadas por inasistencia al acto de posiciones, tiene algunas *excepciones*:

Respecto del Fisco Nacional, conforme a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Artículo 6°). La jurisprudencia de casación ha decidido en este caso, que los textos legales referentes a las sanciones que derivan de la inasistencia del demandado al acto de la contestación de la demanda o del absolvente al acto de posiciones juradas, establecen una misma presunción de certeza, pero la ley especial relativa a los privilegios procesales del Fisco Nacional destruye esa presunción única de certeza,

sustituyéndola con un efecto pleno y absolutamente contrario: la contradicción de la demanda en todas sus partes.

De aquí que sea inadmisibile la confesión resultante de posiciones estampadas contra el Fisco. Esta doctrina es aplicable también cuando se trata de los representantes del Fisco, los cuales -como ha sentado la casación- no pueden tácitamente comprometer, como consecuencia de posiciones juradas estampadas, los intereses que le están encomendados.

La confesión ficta resultante de posiciones estampadas, por una ficción, cede ante la realidad de una prueba documental, preferiblemente documento público por su naturaleza. Que la contradiga. Sin embargo la apreciación que en la sentencia definitiva se haga del contenido del documento para ver si destruye la confesión, es de la libre facultad de los jueces sentenciadores, así como también la apreciación para establecer si el absolvente ha contestado o no de manera terminante, o en forma directa y categórica.

Este importante aspecto ocupara la atención en el capítulo III del presente trabajo investigativo, en donde será propicio establecer un análisis de mayor énfasis. Finalmente, para que la confesión provocada por las posiciones produzca los efectos que le atribuye la ley, es necesario, conforme a lo dispuesto en el artículo 1405 del Código Civil (1982), que la persona que confiesa, sea capaz de obligarse en el asunto sobre que recae.

b. CRITERIO DE HUGO ALSINA

De acuerdo a la consideración del autor Hugo Alsina (1958), la confesión puede ser visualizada como Expresa o Tácita, así mismo Verbal o Escrita, dentro del siguiente esquema:

- Es expresa, cuando se presta en forma categórica, que no deja lugar a dudas sobre la intención del confesante; tal es el caso del allanamiento a la demanda, donde el criterio del investigador indica que esto debe ser tratado u observado según las reglas de distribución de la carga de la prueba, o la contestación afirmativa en la absolución de posiciones.

Esta clasificación hace plena prueba contra quien la realiza, es irrevocable (salvo error o violencia) y no puede invocarse prueba en contrario. Por lo tanto, establece la posición del investigador que la confesión no debería alcanzar en ese momento el pleno valor probatorio ya que pudieran existir pruebas en el expediente que desvirtúen la confesión o arrojen un valor probatorio más convincente.

- Por su parte, es tácita (*ficta confessio*) en los casos en que la Ley autoriza al juez a tener por confesado un hecho, no obstante no existir un reconocimiento expreso, lo que puede ocurrir en las siguientes circunstancias: a) –cuando citada una aparte a absolver posiciones, bajo

apercibimiento de tenerla por confesa en su rebeldía, no comparece sin alegar justa causa (artículo 127); b) cuando concurriendo a la audiencia se negase a contestar categóricamente o lo hiciesen en forma evasiva (artículo 130); en los dos casos el juez podrá tenerlo por confeso en la sentencia. Tiene los efectos de la confesión expresa sin que el juez pueda calificarla, salvo prueba contraria en juicio.

La confesión extrajudicial es en principio, expresa, porque las actitudes de las partes fuera de juicio no pueden ser interpretadas como *ficta confessio*. Sin embargo, el artículo 721 del Código Civil (1982), dispone que el reconocimiento tácito de una obligación resultará de pagos hechos por el deudor y luego se vera que el reconocimiento es una de las formas de la confesión. Si la confesión es extrajudicial y se hace a un tercero produce sólo un indicio artículo 1.402 segundo párrafo Código Civil.

- Verbal o Escrita. Determina el citado autor, que solamente la confesión por absolución de posiciones puede considerarse como una confesión verbal judicial. La confesión espontánea al contestar la demanda o en cualquier otra oportunidad, constituye también casos de confesión. Sin embargo para el investigador es necesario precisar sí las llamadas confesiones en la contestación de la demanda son tales, para lo cual se realiza el siguiente planteamiento.

En lo concerniente a lo que se conoce como confesión en la contestación de la demanda, el demandado deberá al contestar la demanda en el proceso laboral, negar o rechazar los hechos, sino, no serán hechos controvertidos, por lo tanto escaparan del debate probatorio. Y en el caso de que se nieguen o rechacen algunos y sobre otros no se expresa rechazo, negativa o desacuerdo, estos últimos no serán objeto de pruebas, se podrían considerar hechos admitidos tácitamente.

Así mismo, para efectos de esta investigación, es importante hacer la distinción ya que si se admiten expresamente o no se realiza el rechazo o negativa, sobre los hechos que versa la demanda, el debate judicial se seguirá sobre los hechos controvertidos (hechos negados o rechazados), sobre los demás (admitidos expresamente o tácitamente) no será necesario probarlos, por que no son controvertidos.

Lo que se quiere significar que no va a ver actividad probatoria sobre los hechos admitidos o sobre los que no se hayan negado o rechazados expresamente; no se podrán desvirtuar con las pruebas de autos, ya que en la oportunidad de contestar la demanda no se negaron expresamente los hechos en la forma como se ha señalado.

Se resalta esto, porque al rechazar o negar los hechos, y no exponer los motivos del rechazo, a estos últimos que no se les expuso los motivos del

rechazo, ya de antemano negados o rechazados; tendrán la posibilidad de ser desvirtuados por los demás elementos del proceso, lo que quiere significar que se va a poder acudir a la etapa probatoria para probar sí esos hechos ocurrieron en la realidad, según se desprende de los artículos 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002): 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.

Por su parte el artículo 135 ejusdem, expresa que el demandado deberá contestar la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar.

Continúa así mismo el citado artículo, que se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso; igualmente con fundamento en el artículo 75 de la citada ley, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del expediente, el juez de juicio providenciará las pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Establece el artículo antes comentado, que en el mismo auto, el juez ordenará se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes; y de la sentencia R.C. No.2001-000576 de fecha 16 de Mayo del 2.002, caso Trineo Carero contra La Boutique del sonido, C.A., en Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que ratifica la jurisprudencia de los fallos de fecha 9 de Noviembre de 2.000, expediente No. 00-239, sentencia No. 441 y la del 15 de Marzo del 2.000, caso Jesús Henríquez Estrada contra administradora Yuruary, C.A, que señalan la forma de contestar la demanda laboral.

En este particular, se ve reforzado por el criterio de Montero Aroca (1998) relacionado a como se debe contestar la demanda, quien sostiene que si el objeto de la prueba podían ser los hechos, tema de la prueba deben ser las afirmaciones de hechos que realizan las partes, esto es, lo que está necesitado de prueba para que el Juez pueda declarar la consecuencia prevista en la norma jurídica son las afirmaciones. La prueba sólo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes, de modo que la necesidad de prueba únicamente puede referirse a ellos; los hechos no afirmados no pueden existir para el juzgador y, por lo mismo, no pueden estar necesitados de prueba.

Dentro de los hechos afirmados por las partes oportunamente la necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que después de las

alegaciones, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra, quedan existentes para el juzgador, el cual no podrá desconocerlos en la sentencia.

Lo importante, con todo, respecto de las afirmaciones de hechos, no es tanto expresar afirmativamente las que están necesitadas de prueba, como determinar negativamente aquellas que no lo están. En efecto, la regla general podría ser que todas las afirmaciones de hechos de las partes son tema de prueba, con lo que adquieren trascendencia las excepciones, es decir, las afirmaciones de hechos no necesitadas de prueba.

Así mismo, en el proceso regido por el principio de oportunidad y sus consecuencias quedan fuera de la necesidad de prueba los hechos no controvertidos. Esto es manifiesto cuando se trata de hechos que han sido afirmados por las dos partes, pero no es menos cierto respecto de los hechos afirmados por una y admitidos por la contraria.

En concreto, los hechos afirmados por las dos partes y los hechos afirmados por una y admitidos por la otra, no es ya únicamente que no están necesitados de prueba, es que la Ley prohíbe que sea intentada su prueba, la Ley impone a las partes la carga de pronunciarse sobre los hechos afirmados por la contraria, y el levantamiento de esa carga debe significar que la negación o la admisión de hechos tiene que realizarse de modo expreso.

Es por ello, que sea cual fuere el tipo de procedimiento la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos afirmados por la parte contraria, bien por guardar silencio respecto de ellos, bien por dar respuestas evasivas (y las negaciones genéricas hay que entenderlas como respuestas evasivas, pues la carga exige pronunciamiento concreto sobre cada una de las afirmaciones).

Por ello, supone la consecuencia de que el juez podrá estimar en la sentencia que los hechos han sido admitidos de modo tácito, y no necesariamente en la sentencia, sino en el auto de admisión e inadmisión de los medios probatorios, ya que como se ha señalado el artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), el cual establece, que en el auto donde se providencien los medios probatorios, el juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

En este particular, continua señalando el autor Montero Aroca (1998), que en otros ordenamientos la regulación de la audiencia preliminar o de institución semejante comporta que el juzgador, al final de la misma, debe expresar en una resolución qué hechos estima admitidos y por tanto no necesitados de prueba, y que hechos considera controvertidos y consiguientemente necesitados de prueba, con lo que el tema de la necesidad de prueba queda resuelto.

En cuanto a las cargas procesales del confesante, Montero Aroca (1998), plantea que el sistema de no imponer verdaderas obligaciones, sino cargas procesales, es decir, imperativos del interés propio, la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil impone cuatro de ellas a la parte a la que la contraria le pidió confesión en juicio. El no levantar alguna de estas cargas puede suponer ficta confessio, de ahí la importancia de conocer las mismas:

- Comparecer: Admitida la prueba de confesión se citará personalmente a la parte para que comparezca ante el juez, y si no compareciere a la primera citación, se le citará por segunda vez con el apercibimiento de tenerla por confesa si no se presentare (artículo 583).

Al respecto, plantea el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 1993 que sobre el confesante pesa la carga de comparecer a absolver posiciones, pero «no tiene obligación de hacerlo, aunque pueda ser declarado confeso en la sentencia si ha sido citado en la forma establecida en el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que la incomparecencia del confesante no priva a la otra parte de ningún medio de prueba ni le causa indefensión alguna.

- Jurar: Antes de iniciarse la confesión la parte comparecida debe jurar o prometer, porque en nuestro derecho no existe confesión sin juramento, y aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé expresamente el supuesto de

que la parte se niegue a jurar, debe entenderse que el negarse a jurar es lo mismo que negarse a declarar. Otra cosa es que el juramento indecisorio sea una fórmula inútil que no añade nada a la confesión, pues ni siquiera pueda dar lugar al delito de perjurio. En nuestro ordenamiento jurídico sí está tipificado el delito de perjurio.

- Contestar: El confesante debe ir respondiendo a cada una de las posiciones que se le formulen; si se negare a responder, el juez le apercibirá en el acto de que puede tenerle por confeso si persiste en la negativa (artículo 586.11). El artículo 585 pone de manifiesto que se esta ante un acto personalísimo, pues el confesante debe responder por sí mismo, de palabra, a las preguntas, sin que pueda ser asesorado en el momento por su abogado, y sin que pueda valerse de borrador de respuestas, aunque sí podrá consultar notas o apuntes si el juez lo considera necesario para auxiliar a la memoria.

Expresa el mencionado artículo que el declarante responderá por sí mismo, de palabra, a presencia de la parte contraria y de su Letrado, si asistieren. No podrá valerse de ningún borrador de respuestas, pero se le permitirá que consulte en el acto simples notas o apuntes, cuando a juicio del Juez sean necesarios para auxiliar la memoria.

- Dar respuestas categóricas: Dado que las posiciones o preguntas tienen

que ser afirmativas, las respuestas han de ser categóricas, esto es, afirmarán o negarán lo preguntado, aunque quepa agregar las explicaciones que el confesante estime convenientes o que el juez, de oficio o a petición de la otra parte, le pida. Lo que importa es que si las respuestas fueren evasivas, el juez le apercibirá de tenerlo por confeso sobre los hechos respecto de los cuales sus respuestas no sean categóricas y terminantes (artículo 586 Ley de Enjuiciamiento Civil España).

Por el hecho que las contestaciones han de ser afirmativas o negativas pudiendo agregar el que las dé las explicaciones que estime convenientes o las que el Juez le pida, aun cuando si se negare a declarar, el Juez le apercibirá en el acto de tenerle por confeso si persiste en su negativa. Es por ello, que si las respuestas fueran evasivas, el Juez, de oficio o a instancia de la parte contraria, le apercibirá igualmente de tenerlo por confeso sobre los hechos respecto a los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes. El no levantar alguna de estas cargas puede llevar a la misma conclusión: la parte puede ser tenida por confesa.

En este particular, y a juicio del investigador, en el caso de que el demandado compareció y contestó personalmente y no negó o rechazó todos o algunos de los hechos, no puede haber ficción de confesión, porque tuvo su oportunidad de asistir, de contestar; y lamentablemente no los rechazó o negó; y al haber comparecido para contestar personalmente no se

puede considerar la ficción de confesión, ésta se da cuando el demandado no asiste y el legislador crea la ficción; en este caso lo que tiene que regir, es la regla de distribución de la carga de la prueba; de que sino se negaron o rechazaron determinados hechos o se admitieron expresamente, no requerirán del debate probatorio porque no son hechos controvertidos, quedarán establecidos y existentes para el juez.

En cambio con la confesión ficta si se pueden desvirtuar con las pruebas de autos. Entonces las llamadas confesiones en la contestación de la demanda, lo que constituye son hechos admitidos expresamente, que según las reglas de distribución de la carga de la prueba, no requerirán de evacuación de medios probatorios, porque no son hechos controvertidos, quedarán establecidos y existentes para el juez.

En continuidad con la clasificación sobre la confesión expresada por Hugo Alsina (1958), se tiene un enfoque que considera como Simple, Calificada o Compleja:

- La confesión es simple cuando se reconoce un hecho sin agregarle ninguna circunstancia que restrinja o modifique sus efectos; así, cuando se confiesa haber recibido una suma de dinero en calidad de préstamo. La confesión no deja de ser simple porque se refiere a varios hechos; los actos pueden ser complejos y la confesión será siempre simple cuando se les reconozca tal como han sido afirmados por la parte contraria.

- Además, es calificada cuando el confesante reconoce el hecho pero atribuyéndole una distinta significación jurídica que restringe o modifica sus efectos; en el caso propuesto, si se reconoce haber recibido una suma de dinero pero no en calidad de préstamo sino de donación, el hecho quedará confeso pero sólo en la forma que el confesante lo reconoce.
- Por otra parte, es compleja cuando el confesante agrega un hecho destinado a destruir sus efectos pero que puede ser separado del hecho principal. Así, en el mismo caso, si se reconoce haber recibido el dinero en calidad de préstamo, pero se agrega que se devolvió después. Es compleja, siempre que el confesante alega un hecho impeditivo, modificativo o extintivo o en otros términos cuando invoca una excepción en sentido substancial.
- Divisible o Indivisible. De igual manera, es divisible, cuando pueden separarse en ella las circunstancias desfavorables para el confesante de las que le son favorables. La confesión simple es, por naturaleza, indivisible, ya que no contiene ningún elemento que modifique el hecho confesado ni restrinja sus efectos. La calificada es igualmente indivisible, porque está condicionada por una circunstancia vinculada a la naturaleza del hecho confesado.

Pero la confesión compleja, en cambio, presenta algunas dificultades que han dividido la doctrina, pueden tanto que para algunos la fuerza

probatoria de la confesión sólo puede apreciarse considerando a ésta en conjunto, como una unidad, para otros es divisible porque el hecho alegado por el confesante importa un elemento nuevo que no altera la naturaleza jurídica del hecho confesado y por consiguiente importa una excepción cuya prueba corre por su cuenta.

Por ahora se limita a enunciar los principios generales de esta materia, cuya importancia práctica exige que será considerada más ampliamente por separado; pero se adelanta que se participa de la doctrina que admite la divisibilidad de la confesión compleja, a condición de que ésa sea correctamente interpretada y no se la confunda como ocurre a veces en la práctica con la confesión calificada.

La indivisibilidad de la confesión calificada no significa que el contrario deba aceptarla o rechazarla íntegramente sino cuando pretenda invocarla en su totalidad, porque la voluntad del confesante no resuelta más que del conjunto de sus declaraciones, pero eso no impide que pueda invocarse el reconocimiento cuando el hecho que lo califica esté desvirtuado por otras pruebas o sea inverosímil o contrario a una presunción legal.

Así, la regla de la indivisibilidad de la confesión calificada ha sido correctamente aplicada en los siguientes casos: Reconocido el recibo de una suma de dinero, pero negada la obligación de restituir, existe confesión

calificada indivisible que pone la prueba del préstamo a cargo del actor. Es indivisible la confesión del actor cuando reconoce haber recibido la mercadería a determinado precio; la prueba de la fijación de un precio distinto corresponde al vendedor.

Por ello, se considera indivisible la confesión cuando se reconoce haber recibido determinados efectos, pero en virtud de un acto que no tiene el carácter invocado por el actor. La confesión calificada es indivisible no habiendo razones especiales como serían la inverosimilitud de la parte liberatoria, una disposición que lo ordene o una presunción legal en contrario.

En cambio, se ha hecho una aplicación equivocada de estos principios, por que no se trata de confesión calificada sino compleja, al declararse que es indivisible la confesión del que reconoce haber recibido la cosa, pero afirma haber pagado su importe, así como cuando se admite el recibo de una cantidad pero se agrega que fue en pago de una deuda.

El principio de la divisibilidad, de la confesión compleja ha sido aplicado en los siguientes pronunciamientos: La confesión es divisible si el deudor reconoce haber recibido una suma y alega haberla entregado, correspondiendo justificar esta entrega. Reconocido el recibo de una suma de dinero, pero alegándose que no lo fue en préstamo sino a cuenta del precio de venta de unos terrenos, debe probarse esta circunstancia.

Establece entonces, si el demandado reconoce haber recibido el dinero que le reclama el actor, pero alegando que no lo fue en calidad de préstamo como afirma éste, sino a cuenta de su aporte a una sociedad que dice haber convenido verbalmente, al demandado corresponde la prueba de su defensa. Es divisible la manifestación del locatario que manifiesta que le fue notificado el aumento del alquiler, pero que no lo aceptó. No probado la no aceptación debe regir el aumento.

De la lectura y análisis de los distinguidos autores Rengel Romberg y Hugo Alsina, se desprende que cuando una confesión es compleja, lo resaltante, distintivo o determinante es que, es al confesante a quien le corresponde la carga de probar el hecho impeditivo, modificativo, extintivo o en otros términos cuando invoca una excepción en sentido substancial, que realiza en su declaración.

O sea, al introducir un nuevo hecho corresponde probar la afirmación que hace de aquel, según las reglas de distribución de la carga de la prueba; y debido a todo esto es divisible. En cambio en la calificada, estaría es invocando una norma de derecho, por lo que sustenta su declaración y como el Derecho se alega y no se prueba, no necesita probarlo.

3. ELEMENTOS DE LA CONFESIÓN

Los elementos de la confesión para los efectos de esta investigación

serán estudiados mediante la referencia de Hugo Alsina (1958). La eficacia de la confesión requiere la concurrencia de ciertos requisitos que se refieren a la capacidad del confesante (elemento subjetivo), al objeto de la confesión (elemento material) y a la voluntad de quien la presta (elemento intencional). Se hace referencia a cada uno de ellos por separado para una mejor interpretación.

a. CAPACIDAD

Plantea el citado autor, que la confesión es un acto procesal de parte y por consiguiente, sólo puede prestarla quien tiene capacidad para actuar personalmente en juicio, en caso contrario le corresponderá hacerlo a sus representantes legales dentro de los límites de sus facultades. Pero, se ha dicho que la capacidad procesal no es sino la capacidad de obrar legislada en el Código Civil, y que como éste parte del supuesto de la capacidad como regla general, sólo se refiere a las incapacidades de hecho, es decir, que establece los casos en que las personas no pueden obligarse válidamente.

De aquí que la doctrina haya llegado a la conclusión de que sólo puede confesar válidamente en juicio el que tenga capacidad para obligarse. Se va a examinar ahora en concreto las distintas situaciones que pueden presentarse, en este sentido, plantea el autor, que la Regla Común para este aspecto deberá tenerse en cuenta que la capacidad varía según la condición jurídica del confesante, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

El principio es el de la capacidad, por lo que toda persona mayor de 22 años, en el sistema legal venezolano la mayoría de edad 18 años, así como los niños emancipados y los adolescentes entre la edad de 14 y 18 años habilitados para trabajar y ejercer el comercio y sus excepciones según se establece en los artículos 84, 96 y 100 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998), que no esté afectada por interdicción legal, tiene capacidad para confesar en el juicio en que sea parte y su confesión produce plena prueba. Por consiguiente al que niegue validez a la confesión por falta de capacidad, corresponderá la prueba de su afirmación.

Con respecto a la capacidad de los fallidos y concursados, de acuerdo a los artículos del Código de Comercio 904, 1.026 y 1034 (Argentina); y de acuerdo con el artículo 1160 del Código Civil (Argentina), en él, los fallidos no pueden celebrar actos o formular reconocimientos que impliquen una disposición de bienes de que han sido desapoderados, de modo que su confesión en juicio respecto de ellos es ineficaz; principio aplicable igualmente a los concursados; pero será en cambio válida cuando, por el contrario, su confesión beneficie a los acreedores; trabajadores ya que sus pasivos laborales son créditos privilegiados por la Ley Orgánica del Trabajo (1997) artículos 158, 159 160 y la Constitución (1999) artículo 92.

Por su parte, en cuanto al cedente, sea en calidad de confesión o en la declaración de testigos, las manifestaciones del cedente tienen capital

importancia en el proceso. La confesión en juicio del actor que cedió sus derechos en aquel, aun prestada con posterioridad a la cesión, obliga al cesionario.

En cuanto a la Sociedad, las manifestaciones en juicio de cualquiera de los socios, suficientemente autorizado por el contrato social o por la Ley para la gestión y administración, obligan a la sociedad de que forma parte artículo 1.115 del Código de Comercio.

Partiendo de la doctrina de Hugo Alsina (1958) y Gilberto Guerrero Quintero (2002), se tiene a conocimiento con respecto a los Mandatarios el artículo 1.115 del Código de Comercio estará obligado a absolver posiciones, en los juicios mercantiles; aunque su mandato no les de facultades para ello, los factores y los representantes legítimos de las compañías, sobre hechos de que tengan conocimiento personal, en los procesos judiciales regidos por el Código de Comercio es posible realizar lo antes planteado sustentado en los artículos 404, 407 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Y según el artículo 407, el apoderado puede ser llamado a absolver posiciones por los hechos realizados en nombre de su mandante, siempre que subsista mandato en el momento de la promoción de la prueba, por lo tanto, pareciera que de no intentar las posiciones quedará confesa la parte que representa, pero esto no es del todo así.

Si se toma en cuenta lo relativo al secreto profesional, pues llegado el caso de tener el apoderado que absolverlas, bien puede negarse a contestar aquellas que formen parte del secreto profesional, pues, como ha expresado la Corte en decisión de fecha 14 de Mayo de 1967, el absolvente puede y debe rehusarse a contestar, exponiendo sus razones, y el tribunal de la causa, en sentencia definitiva, decidirá si aquel tuvo realmente aquella justificación para abstenerse de contestar por estar amparado por el secreto profesional, o si la negativa fue injustificada, a juicio del tribunal, en cuyo caso habrá de declararlo confeso.

En relación con la representación judicial de las personas jurídicas, el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil dispone que, si fuesen varias las personas investidas de su representación en juicio, la citación se podrá hacer en la persona de cualquiera de ellas; en tanto que según el artículo 1.098, 1115 del Código de Comercio, la citación de una compañía se hará en la persona de cualquiera de sus funcionarios investidos de su representación en juicio

Al respecto, el 1.115 *ejusdem* estará obligado a absolver posiciones, en los juicios mercantiles; aunque su mandato no les de facultades para ello, los factores y los representantes legítimos de las compañías, sobre hechos de que tengan conocimiento personal; y el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, establece: "Si la parte fuere una persona

jurídica, absolverá las posiciones de representante de la misma según la ley o el estatuto social"

¿Qué ocurre si de acuerdo con el estatuto social, las posiciones las deberá absolver dos o mas de los representantes que allí se indican?. No existe problema alguno, ya que la citación se efectuará cualquiera de los mismos, tal como lo disponen los artículos 138 y 1.098 del Código de Procedimiento Civil y de Comercio respectivamente, en cuyo caso deberá absolverlas el representante que sea citado, y que tenga conocimiento personal sobre los hechos que versare las posiciones, pues priva lo ordenado en la ley frente a lo establecido en el Estatuto Social ("Según la ley o el Estatuto Social", artículo 404, Código de Procedimiento Civil).

Al respecto, ha sostenido el Máximo Tribunal que, de admitirse la peregrina tesis de la formalización relativa a la necesidad de citar a todos los miembros de la Junta Directiva de la compañía, para absolución de las posiciones juradas, significa aceptar el absurdo, para decir lo menos, de que las posiciones deberían formularse a todos y a cada uno de ellos, con el consiguiente perjuicio de que algunos pudieren confesar y otros negar los hechos sobre los cuales versan las posiciones juradas, lo que acarrearía una verdadera confusión y desconcierto para el Juez del mérito al momento de apreciar la prueba.

Esta tesis debe desecharse por torticera y desaguizada, no quebrantando la recurrida los artículos 403 y 404 del Código de Procedimiento Civil y el 1.405 del Código Civil (Sentencia del 14 de diciembre de 1988).

El artículo 297 del Código de Procedimiento Civil derogado obligaba al apoderado a absolver posiciones, siempre que tuviere poder especial para ello; en tanto que el artículo 407 del vigente nada dice al respecto y solamente establece: "el apoderado por los hechos realizados en nombre de su mandante". Pareciera, entonces, que ahora cualquier clase de apoderado, con la sola exigencia de que subsista el mandato en el momento de la promoción de las posiciones, puede absolverlas; pero no se muestra conformidad con tal parecer, puesto que un apoderado, no especialmente autorizado para tal acto, no puede validamente absolverlas.

Esto se debe en principio a que el acto de contestar las posiciones excede de la simple administración y pudiera comprometer gravemente los derechos e interese de su representado, hasta el punto de admitir, según la circunstancias, los hechos de la causa, y según alguna jurisprudencia se ha sostenido que en una sola posición se puede convenir en toda la demanda, además que las posiciones son confesiones bajo juramento, y está la parte representada ligada o dependiente de su mandante, y ante esa situación se explica que el legislador la proteja, exigiendo facultad a los mandatarios

judiciales para absolver posiciones juradas (JTR, vol. 3 tomo 2, 1958-1959, p. 546).

Se considera que mal puede interpretarse el citado artículo 407 en contra de lo dispuesto en los artículos 1.687, 1.688 del Código Civil (1982), que son lo suficientemente elocuentes al respecto. Analizar sobre la confesión de los apoderados y 7º representantes. Exige poder especial para reconocer o confesar obligaciones anteriores al mandato, pero la confesión del apoderado al contestar la demanda obliga al mandante, no es confesión sino distribución de la carga de la prueba, aunque se trate de hechos anteriores al mandato y de ellos surjan obligaciones.

La razón está en que en el primer caso se trataría de intereses cuya gestión no se ha confiado al mandante, mientras que en el segundo son precisamente los que se tuvieron en vista al otorgar el poder. Si los hechos fueron posteriores al mandato, la confesión del mandatario obliga al mandante de la misma manera que podía obligarlo contractualmente, siempre que obre dentro de los límites de sus facultades.

En el caso de las obligaciones derivadas de la Solidaridad, en donde tanto los acreedores como los deudores se representan mutuamente en la totalidad de la obligación. El régimen del Código Civil, (artículo 1221) determina que la obligación es solidaria cuando varios deudores están

obligados a una misma cosa, de modo que cada uno pueda ser constreñido al pago por la totalidad, y que el pago hecho por uno solo de ellos liberte a los otros, o cuando varios acreedores tienen el derecho de exigir cada uno de ellos el pago total de la acreencia y que el pago hecho a uno solo de ellos liberte al deudor para con todos.

De tal manera que los actos de unos benefician o los otros, sin perjuicio de las reclamaciones que puedan formularse de acuerdo con las disposiciones que regulan sus relaciones recíprocas. En este orden de ideas, Hugo Alsina (1958), señala que el artículo 707 del Código Civil de Argentina, establece que la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores extingue la obligación; así mismo, el artículo 714, dispone que la demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios hace correr los mismos respecto de todos; por el artículo 713, cualquier acto que interrumpa la prescripción a favor de uno de los acreedores o contra uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.

De aquí que la confesión que uno de los acreedores presente sobre un hecho extintivo de la obligación o el reconocimiento que alguno de los deudores haga de la existencia de la misma, produce efectos respecto de los demás acreedores o deudores solidarios. En el caso venezolano no es aplicable por establecer el artículo 1.227 del Código Civil (1982), que

tampoco produce efecto contra los otros deudores solidarios el reconocimiento de la deuda hecho por uno de ellos; el artículo 1.228 del mismo código, las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción que existan respecto a uno de los deudores solidarios, no pueden ser invocadas contra los otros.

Parcialmente por el artículo 1.229 la novación hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios liberta a todos los demás. Sin embargo, si el acreedor ha exigido el consentimiento de los codeudores para la novación y ellos rehúsan darlo, la antigua acreencia subsiste. Respecto a la compensación, parcialmente, el artículo 1.230 establece el deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su codeudor, sino por la porción correspondiente a su codeudor en la deuda solidaria.

Respecto a la remisión el artículo 1.231 establece, la remisión o condonación hecha a uno de los codeudores solidarios no liberta a los otros, a menos que el acreedor lo haya declarado. Respecto a la confusión artículo 1.232, esta liberta a los otros codeudores por la parte que corresponda a aquél en quien se hayan reunido las cualidades de acreedor y deudor.

El artículo 1.236 la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios no produce los efectos de la cosa juzgada contra los otros codeudores. Asimilándose a que si alguien confiesa ser deudor no aprovecha

a los demás codeudores solidarios. Más aun cuando continua señalando el artículo que, la sentencia dictada a favor de uno de los deudores aprovecha a los otros, a menos que se le haya fundado en una causa personal al deudor favorecido.

Sin embargo el segundo párrafo del artículo 1.237 del Código Civil (1982), establece, el juramento prestado por uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, siempre que le haya sido deferido sobre la deuda y no sobre la solidaridad.

b. OBJETO

Como todo medio de prueba, la confesión sólo puede recaer sobre hechos, ya que el derecho no necesita ser probado sino que basta invocarlo. Excepcionalmente, sin embargo, la confesión, como luego se vera, puede referirse al derecho, aunque en tales casos se le considera para ese efecto como un hecho.

En cuanto a los hechos personales del confesante, el concepto que la confesión no es sino el testimonio de la parte en el proceso, que debería ser declaración, deriva que ella debe recaer en primer término sobre hechos personales del confesante, vale decir que, en principio, no puede versar sobre hechos ajenos, porque ésa es la función asignada al testigo. Pero los

hechos, para que puedan fundar la prueba de confesión, deben reunir los siguientes caracteres:

Controvertidos, porque no puede producirse prueba sobre hechos que no han sido articulados por las partes en sus escritos respectivos; Desfavorables al confesante y favorables a quien los invoca, porque si fuesen favorables a un tercero, el que exige la confesión no se beneficiaría con ella, y menos si fuesen favorables al propio confesante; verosímiles, es decir, no contrarios a las Leyes de la naturaleza o al orden normal de las cosas, porque faltaría uno de los elementos lógicos de la verdad; lícitos, porque la confesión de hechos reprobados por la Ley, o cuando ella fuese prohibida respecto de ciertos hechos, no produce efectos jurídicos (Código Civil Artículo 334 (Argentina); Ley Matrimonio Artículo 70).

Por su parte, en cuanto a los hechos del conocimiento del confesante, del mismo concepto de testimonio se deduce que la confesión puede también referirse a hechos ajenos al confesante, pero en tal caso no versará sobre el hecho, sino sobre el conocimiento que aquel tenga de su existencia. Aun así existen diferencias fundamentales entre confesante y testigo, porque mientras éste depone sobre hechos que le son indiferentes, el que confiesa reconoce hechos que le perjudican; por otra parte, el testigo es un elemento subsidiario de prueba, es decir, que el juez lo utiliza sólo en defecto de la confesión.

En referencia a los casos en que el derecho puede ser materia de confesión, el citado autor señala que cuando se trate de la aplicación de una Ley extranjera, porque en tales casos se le considera como un hecho en cuanto a su existencia. También hay prueba del derecho cuando se confiesa la interpretación que las partes entendieron dar a una disposición legal o una cláusula contractual destinada a regir sus relaciones, lo cual tiene especial importancia sobre todo en materia comercial, pues el artículo 218, inciso 1, del Código de Comercio Argentino, dispone, que, habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes, que el sentido literal de los términos. En el Código Civil (1982). artículo 4 y 1.159

c. VOLUNTAD

- Concepto. Corrientemente se dice, por la doctrina, que para que haya confesión es necesario que se presta con ánimo de suministrar una prueba a la parte contraria, es decir, con animus confitendi. Pero expuesto en esta forma el elemento intencional de la voluntad, no podría explicarse la confesión provocada por absolución de posiciones, en que el absolvente no concurre voluntariamente y es por el contrario la contraposición de la confesión espontánea; menos se explicaría la confesión ficta por incomparecencia del citado a absolver posiciones, pues su inasistencia al acto es justamente una manifestación evidente de su propósito de substraerse a la prueba de confesión.

Es que en realidad el animus confitendi no es otra cosa que la conciencia, el conocimiento cabal de que mediante la confesión se suministra una prueba al contrario. El elemento intencional o voluntad no se aplica en Venezuela, situación que será discutida en mayor profundidad en siguientes contenidos de capítulos.

- **Importancia.** La confesión en efecto, es una declaración que la parte hace sobre la voluntad de un hecho que se le atribuye o del conocimiento que tenga de hechos relevantes para el proceso, aunque no hubiere intervenido en ellos. Se trata, pues, de una manifestación de voluntad y por consiguiente carece de valor cuando ha sido prestada con violencia o cuando hubo error respecto del objeto, o no se tuvo el propósito de admitir un hecho (proposición hipotética) o de suministrar un aprueba (reconocimiento a terceros, cartas misivas,) circunstancia ésta que autorizan la revocación de la confesión. En Venezuela no es determinante la voluntad o el elemento intencional, para que se produzca la Confesión, para que se pueda tener como válida la Confesión.
- **Incomparecencia del citado:** La inasistencia del citado a la audiencia para absolver posiciones puede importar una ficta confessio, pero no le depara perjuicio si tiene una causa justificada.

¿Es indispensable el “ánimo de confesar” para que se pueda tener al

absolvente como confeso? De acuerdo a esta interrogante, el criterio de Gilberto Guerrero Quintero (2002), establece que nuestro más Alto Tribunal el *animus confitendi* es el elemento que revela en el confesante la intención de reconocer un hecho en su contra, puede estar implícito en la manifestación que se haga, o sea, si su reconocimiento favorece el derecho de la contraparte y al mismo tiempo resulta contrapuesto a la posición tomada en el juicio por aquél (sentencia del 13-12-60, Gaceta Forense No. 30, 2ª. Etapa, vol. II, p. 124).

Ahora bien, si la confesión es un acto de voluntad, los inconvenientes aparecen, esencialmente cuando se habla de *animus confitendi* y, entonces, surgen varios puntos de vista discutidos en la doctrina, que se pueden resumir así:

- Criterio que entiende el *animus confitendi* (intención de confesar) como la intención de renunciar al derecho de probar en contra del hecho confesado (Wach, Becerra, Pescatore y Planck). Se critica que este criterio supone una necesaria renuncia al derecho material y quien no tiene derecho, ¿a qué renuncia?

Además, la intención de renuncia, en tal caso, es un factor subjetivo imposible de comprobar cuando la intención no aparece expresamente declarada. Se trata de una ficción, ya que el confesante no tiene la intención de renunciar. Incluso, hay casos en que el confesante después quiera desconocer los efectos de su confesión y discuta el hecho mismo confesado.

- Tesis que exige un animus confitendi reducido a la intención de reconocer la “verdad del hecho” o de darlo por cierto en un juicio actual o futuro. Es el criterio de Carnelutti y Bonnier (Citado por Rengel Romberg 1999) entre otros. Se dice que este criterio presenta un punto de avance hacia la exacta comprensión del instituto.

No obstante se le critica que la exigencia por vía general de ese animus confitendi continúa siendo un error, puesto que si bien es cierto que puede presentarse en algunos casos, sin embargo en otros hay “confesión judicial” o “extrajudicial” en que el confesante, en ese momento tenga una intención distinta a la de declarar sobre el “hecho”, sin que tenga la intención de admitirlo como veraz. Es indispensable la plena conciencia de lo que el confesante declara.

- Criterio según el cual el animus confitendi pero reducido a la intención de allanarle o darle la “prueba del hecho” a la otra parte. Sus sostenedores son Ricci, Alsina, Lesiona, Amaral Santos, (SF) entre otros. Se critica que su fundamento reside en una ficción que no siempre se presenta e implica un elemento subjetivo no verificable, salvo que conste expresamente confesado lo que ocurre pocas veces. Sin embargo, se dice de esta tesis que la misma suprime la idea de renuncia intencional del derecho material y del procesal, de defenderse y probar lo contrario y esto, indudablemente, significa un avance importante en la comprensión y depuración del instituto.

- Criterio según el cual se exige que el animus confitendi sea la intención de renunciar al derecho material, que se deriva del hecho a que se refiere. Esta tesis es defendida por Becerra, Amaral Santos y Lesiona. Se critica que en el supuesto que el confesante manifiesta no tener un derecho, sin embargo a nada renuncia, además, la intención de renunciar al derecho es un factor subjetivo que no se puede verificar cuando la renuncia no consta expresamente declarada.
- Tesis que suprime el requisito del animus confitendi como voluntad de obtener un fin especial y sólo exige el conocimiento o la conciencia del carácter desfavorable del hecho confesado. Se sostiene que el animus confitendi es un criterio irreal y ficticio y reposa en una idea falsa quien le asigna al confesante una voluntad presunta (supuesta), que no es únicamente la de confesar, declarar, sino más bien la de obtener un resultado jurídico concreto: renunciar a un derecho, dar una prueba, imponerse una obligación o comprometerse a discutir un hecho, según afirman sus sostenedores, ente quienes están Montesano, Panuccio, Glugiatti, Betti, Redenti y Satta.(SF).

A este criterio únicamente la doctrina critica que aquel conocimiento, o sea conciencia, de lo desfavorable del hecho, o lo favorable del adversario, es un acto solamente psicológico que pertenece al “fuero interno del confesante”, por cuyo motivo no puede comprobarse, a menos que se

declare de modo expreso. Tal es el caso de la confesión ficta del artículo 412 del Código de procedimiento Civil, donde la conciencia de lo desfavorable no siempre existe cuando el absolvente no comparece al acto de posiciones.

- Criterio según el cual el *animus confitendi* no hace falta y requiere únicamente la voluntariedad genérica de todo acto jurídico, sin intención específica alguna. Entre los más conocidos defensores de esta tesis están Jaime Guasp, Chiovenda, Andrioli, Cappelletti, Ferrucci, Natoli, Garuad, Furno, Gorphe Scardaccione.(SF)
- Criterio del legislador venezolano. El Código de Procedimiento Civil (1986), únicamente exige que la contestación del absolvente sea “directa” y “categórica”, confesando o negando la parte cada posición. Se tendrá por confesa aquella que no responda de una manera terminante, al tenor del artículo 414. Pero, además, se exige que la posición no sea impertinente (artículos 410 y 412), ya que se trata de “hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal” (artículo 403); que “los hechos acerca de los cuales se exija la confesión, deberán expresar en forma asertiva, siempre en términos claros y precisos”. (artículo 409).

Por tanto, parece que el Código Procesal (1986) no exige, salvo mejor criterio, que el confesante tenga la intención o voluntad de confesar determinado hecho, pues ante la posición que se le formula su respuesta es

resultado de su estado interior, sin que busque emitir un acto de voluntad con intención específica alguna, aun cuando existe casos, es cierto, que el confesante – por determinadas razones- orienta su “intención” o “voluntad” a producir determinado resultado con su respuesta, lo cual significa, en modo alguno, que el confesante pretenda siempre un *animus* especial hacia un resultado específico.

Sin embargo, un caso de excepción podría darse cuando al “confesante” se le prepara para el acto de posiciones, a objeto de pretender un resultado que no le sea adverso. Puede existir confesión, haya o no haya “voluntad” de reconocer la verdad de tal o cual hecho, independientemente de las consecuencias jurídicas que se deriven, como ocurre cuando el absolvente no contesta en forma “directa” o “categórica”, y también, independientemente de su voluntad, o cuando no responde de modo “terminante” confesando o negando la posición formulada.

Mayor razón cuando el absolvente se tiene por confeso en estos casos: si se niega a contestar (aquí si hay un acto volitivo) a menos que la posición sea “impertinente”, en cuyo caso al juzgador no le queda la posibilidad de entrar analizar si el acto de la negativa a contestar fue volitiva o no; por tratarse, en tal caso, de estar en presencia de una prueba legal.

¿Qué ocurre si no comparece a contestar las posiciones? Aquí la

conciencia de lo desfavorable del acto no existe debido a la “ausencia del absolvente”, pues se trata de un asunto meramente psicológica. Si el absolvente no comparece al acto de las posiciones, no se puede conocer qué piensa el mismo y de consiguiente, ¿cómo se puede conocer si aquél tiene o no conciencia de lo que perjudica?. Sin embargo el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil (1987), establece la ficción de confesión, es decir, toma o presupone la voluntad del incompareciente como aceptación de las preguntas que le estampe la contraria.

No obstante, el Máximo Tribunal en sentencia el 21 de Marzo de 1.984 sostuvo lo siguiente: para que exista prueba de confesión de una parte en determinado juicio, es absolutamente indispensable que la manifestación de dicha parte esté acompañada del “ánimo” correspondiente, del propósito de confesar algún hecho o circunstancia en beneficio de la otra parte.

Sin embargo, se aprecia que “ese ánimo correspondiente” no es del todo preciso por las mismas razones antes anotadas, además de la subjetividad y lo abstracto de ese “ánimo correspondiente” que abre campo a lo especulativo, ¿qué significado tiene el vocablo ánimo? *Animus*: ánimo, intención, voluntad. “El *animus* representa, afirma Cabanellas (citado por Guerrero Quintero 2002), el elemento espiritual proveniente de la voluntad (fundada en cualquier razón o estímulo) ya le pertenezca la iniciativa, ya la acepte, ya se oponga o se abstenga, pudiendo y debiendo hacer”.

Determina Gilberto Guerrero Quintero (2002), que no importa que el confesante ignore los efectos jurídicos de su declaración, tampoco si ésta produce o no efectos favorables o desfavorable. Aquél jamás tiene la intención de producir un efecto que le perjudique, y si lo produce es por ignorancia, o porque desea producir independientemente de sus consecuencias; o bien en razón de que sus convicciones ético-morales no le permiten mentir en cuyo caso admite la verdad.

En definitiva, lo que interesa, para que exista confesión propiamente como tal, es necesario que el hecho le sea desfavorable al absolvente, independientemente del acto volitivo del declarante, que beneficie a la otra parte, siempre que el hecho reconocido sea “pertinente” y consecuencia de un “conocimiento personal”.

4. DIFERENCIAS DE LA CONFESION CON LA CONVENCION, LA RATIFICACION Y EL RECONOCIMIENTO

Mediante el análisis del siguiente contenido se podrá conocer el criterio de Hugo Alsina (1958) en relación a diferenciar las figuras jurídicas que se encuentran en relación a la confesión.

De manera distinta a lo que ocurre con los otros medios de prueba, en que el juez tiene elementos exteriores para analizar las circunstancias en que

ellas se producen y que sirven para determinar su valor probatorio, la confesión pertenece al fuero interno del confesante, y no siendo posible calificar la intención con que ella se produce, resulta a veces también imposible determinar si la confesión envuelve una convención.

Desde luego, la convención se refiere a un hecho actual, en tanto que la confesión es el reconocimiento de un hecho pasado; la convención está destinada a crear una obligación, mientras que la confesión supone una obligación anterior. Pero, cuando se demanda el pago de una suma de dinero y el demandado confiesa la deuda, ¿cómo puede afirmarse que en esa confesión no hay un simple acuerdo de voluntades? No se trata de una hipótesis inverosímil, sino de una situación frecuente en los procesos simulados.

Esa dificultad para establecer el distingo ha determinado que en ciertos casos la Ley prohíba la prueba de confesión, y así habiendo consignado que no existe divorcio por mutuo consentimiento, ha prohibido la prueba de confesión respecto de las causales que se invoquen para el mismo.

Pero ¿qué decidir cuando la confesión no está prohibida y ella presenta todos los caracteres de una convención? Si en tal caso la confesión no perjudica a terceros, ningún interés habrá en hacer el distingo; pero si el perjuicio existe, el juez puede prescindir de esa prueba si de las

circunstancias que la rodea resulta que no es sincera y envuelve una convención, ya que no debe amparar la mala fe de las partes en el proceso.

La confesión se asemeja también a la ratificación, dado que ambas se refieren a hechos pasados, pero difieren en sus efectos, porque en tanto que con la ratificación se legaliza un acto viciado de nulidad, por la confesión se reconoce un hecho tal como es, de modo que si tiene un vicio éste subsistiría. Sin embargo, la confesión puede importar una ratificación y no hay para ello ningún obstáculo; por ejemplo, si se ha formalizado un contrato con la intervención del mandatario, sin justificarse el mandato, la confesión de su existencia importa la ratificación del contrato.

El artículo 718 del Código Civil (Argentina) define el reconocimiento como la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra persona. El legislador no lo considera como fuente de derecho, sino como prueba del mismo y desde este punto de vista importa una confesión. Pero no se confunde con ella, porque el que reconoce una obligación confiesa que ella se ha formado, más nada le impide desconocer al mismo tiempo su validez. Por eso el reconocimiento es una forma de confesión que se produce fuera del juicio y que debe probarse en él como cualquier otro hecho.

5. DIFERENCIAS ENTRE ADMISIÓN Y CONFESIÓN

Para Montero Aroca (1998), la admisión de hechos es una de las posibilidades del pronunciamiento sobre los hechos que la Ley impone a las partes como carga para levantarla en los actos de alegación, la confesión se concibe por la propia Ley como un medio de prueba.

La confesión se realiza siempre con juramento; no así la admisión de hechos. En la contestación de la demanda, lo que se conoce o se llama como confesiones, no son tales, sino admisiones de hechos, que se tienen que tratar según las reglas de distribución de la carga de la prueba.

Después del acto de Contestación de la demanda, las admisiones de hechos que se realicen, lo que constituyen son Confesiones en sus diferentes manifestaciones, generalmente se puede dar Confesiones Espontáneas Expresas y/o Tácitas, que no necesitan juramento. La confesión versa sobre hechos personales del que confiesa, la admisión puede referirse a cualquier hecho afirmado por la otra parte. Quizás este sea el criterio más distintivo. La confesión es un acto que ha de realizar la parte personalmente, la admisión la realiza el procurador de la parte con firma de abogado.

6. DIFERENCIA ENTRE JURAMENTO Y CONFESIÓN

A consideración de Montero Aroca (1998) pueden enunciarse estas diferencias que permiten un enfoque claro y preciso de los términos en cuestión:

- El valor del juramento radicaba en su fundamento religioso; la confesión tenía su base en la máxima de la experiencia de que quien declara en su contra lo hace ajustándose a la realidad.
- El juramento podía pedirse una única vez en cada proceso por cuanto, bien como deferido, bien como referido, tenía que prestarse y con él se resolvía el pleito, la confesión podía pedirse por las dos partes y más de una vez en el proceso.
- El juramento podía ser referido, esto es, cabía que la parte a la que se pedía que jurara rehusara a hacerlo y lo refiriese a la parte que se lo pidió, sin que ésta pudiera entonces negarse; la confesión no podía ni negarse ni rehusarse.
- Respecto al juramento no cabía ni aún cuestionarse su divisibilidad o indivisibilidad, mientras que la confesión sí era indivisible y como, luego se dirá.

- En el juramento no se podía distinguir entre lo que beneficiaba y lo que perjudicaba a la parte que juraba, sino que por su misma esencia comprendía el conjunto de lo jurado; en la confesión el juez quedaba vinculado a tener como ciertos aquellos hechos que perjudicaban al confesante, pero en lo que le beneficiaba no existía vinculación.
- La confesión podía impugnarse demostrando el error de hecho en que se había incurrido, mientras que no cabía esa impugnación en el juramento.

7. QUIENES ESTÁN OBLIGADOS A ABSOLVER POSICIONES

De acuerdo con el planteamiento de Hugo Alsina (1958) se encuentran obligados a absolver posiciones:

- Partes. La obligación de absolver posiciones comprende solamente a las partes y no a terceros cuando estos interviene en el proceso dejan de ser terceros para convertirse en partes. La absolución de posiciones debe efectuarse personalmente por quien tiene calidad de parte en el proceso o por su representante debidamente autorizado. Cuando en el juicio interviene varios sujetos como actores (litisconsorcio activo) o como demandados (litisconsorcio pasivo) cada uno de ellos está obligado a absolver posiciones.
- Cedentes. En la cesión de derechos es necesario hacer un distingo.

Cuando la cesión es anterior a la litis, el cedente no es parte en el proceso y por consiguiente no puede ser llamado a absolver posiciones, pudiendo ser sólo ofrecido como testigo. Si la cesión es posterior a la traba de la litis, hay que distinguir nuevamente, pues si la intervención del cesionario ha sido admitida o aceptada por la otra parte, después del acto de la contestación al fondo de la demanda artículo 1.557 del Código de Procedimiento Civil, se ha producido la substitución procesal y en consecuencia, el cedente ha quedado eliminado.

En caso contrario si ha habido contestación al fondo y la otra parte no ha aceptado la cesión el cesionario no es parte y el cedente está obligado a absolver posiciones, por interpretación en contrario sí se realiza la cesión antes del acto de la contestación al fondo, no necesita aceptación de la otra parte, para considerar al cesionario como parte.

- Concursos y fallidos. Pueden ser llamados a absolver posiciones al tratarse de acciones personalísimas, pero no cuando su confesión perjudique a la masa, por el peligro de colusiones con terceros. Esta prohibición no juega cuando, por el contrario, la confesión del fallido o concursado puede resultar beneficiosa a los intereses de los acreedores, trabajadores ya que sus pasivos laborales son créditos privilegiados por la Ley Orgánica del Trabajo artículos 158, 159 160, en la Constitución artículo 92 .

Ahora bien, en continuidad con el análisis de los obligados a absolver posiciones, Guerrero Quintero (2002) hace la siguiente distinción:

- Los representantes de las partes: No sólo las partes pueden absolver posiciones juradas. En el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, nuestro legislador establece una excepción al principio general del artículo 403 según el cual "Quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones", cuando en aquella norma procesal (artículo 407) se contempla: "Además de las partes, pueden ser llamados a absolver posiciones en juicio: el apoderado y los representantes de los incapaces".

El vocablo además, utilizado en el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, como adverbio de cantidad, significa que la acción del verbo a que afecta (pueden) ocurre añadida a otra ya expresada. Esa otra ya expresada es la contenida en el artículo 403 ("Quien sea parte en el juicio estará obligado"). Además de es una expresión prepositiva con el significado de además. Lo interesante está en que la preposición de, establece entre el adverbio además el sustantivo las partes (Además de las partes) una relación que denota cantidad, porque no sólo "las partes" sino también "otros" que se especifican, pueden ser llamados a absolver posiciones.

Por esto último se cree que la preposición de transforma el adverbio además en expresión prepositiva ("Además de") que da fuerza y vigor a toda

la expresión de la norma, como excepción a la regla del artículo 403, quedando así formulada la propia distinción sustancial, no formal, entre lo que es parte procesal y el representante de la parte. Además de las partes pueden ser llamados para absolver posiciones. El apoderado por los hechos realizados en nombre de su mandante, siempre que subsista mandato en el momento de la promoción de las posiciones

- El apoderado. ¿El apoderado acudirá como tercero o como parte en cuanto representante del mandante?. La interrogante se formula en vista a que el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil expresa: Además de las partes, y el apoderado no es propiamente parte en sentido estricto. "Partes son los sujetos de la litis o del negocio" (Carnelutti Citado por Rengel Romberg 1999). Además, "Es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquel, frente al cual ésta es demandada" (Chiovenda Citado por Rengel Romberg 1999).

A este particular, el concepto Chiovenda (Citado por Rengel Romberg 1999), permite deslindar el papel del apoderado, que es llamado a absolver posiciones juradas por los hechos realizados en nombre de su mandante, que no es otro sino el de apoderado, no de parte; máxime cuando el mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato y si realizó los "hechos en nombre de su mandante", entonces, de haber tenido facultades para ello, lo ha obligado.

Por eso, el concepto de apoderado permite, asimismo, ubicar muy bien la responsabilidad de éste cuando, siendo llamado a absolver las posiciones, no acude al acto, siempre que tenga poder especial para absolver las mismas y subsista el mandato en el momento de la promoción de las posiciones.

Por ello, si no acude incurre en responsabilidad, en razón de no ejecutar el mandato con la diligencia de un buen padre de familia, y está obligado a indemnizar a su representado por los daños y perjuicios que cause su conducta omisa; además de la responsabilidad penal que pudiera surgir por causa de dolo y de culpa, ya que todo mandatario responde no sólo de dolo sino también de la causa en la ejecución del mandato. Por lo que puede dejar Confeso Ficto a su representado.

Así mismo, el criterio de Rengel Romberg (1999), establece que en el derecho moderno, se admite que las posiciones puedan ser pedidas por los abogados de las partes que tienen el derecho de postulación en el juicio, conforme a mandato expreso otorgado por la parte, caso en el cual, la jurisprudencia tiene decidido que si el poder de representación es suficiente para formular las posiciones juradas, debe serlo también para las consecuencias que se deriven de tal intervención, no sólo en favor, sino también en contra del mandante, pues en tal caso, se está procediendo dentro de los límites del mandato.

De igual manera, se admite también en la jurisprudencia, que el apoderado pueda ser llamado a absolver posiciones en juicio, sobre los hechos realizados en nombre de su mandante, siempre que subsista el mandato en el momento de la promoción de las posiciones; y los representantes de los incapaces, sobre los hechos en que hayan intervenido personalmente con ese carácter. (Artículo 407 Código de Procedimiento Civil). Y sobre los hechos que tengan conocimiento personal y sean controvertidos y pertinentes a la causa.

Respecto del apoderado de la parte, la casación tiene sentada la doctrina, según la cual, el apoderado está obligado a contestar posiciones, siempre que tenga poder especial para absolverlas pues de lo contrario no obligará a su representado con las respuestas que diere al interrogatorio de la contraparte.

En materia mercantil, el artículo 1.115 del Código de Comercio establece que, "están obligados a absolver posiciones juradas, en los juicios mercantiles, aunque su mandato no les dé facultades para ello, los factores y los representantes legítimos de las compañías, sobre hechos de que tengan conocimiento personal"; la jurisprudencia tradicional de la casación, ha interpretado que el concepto de representantes legítimos de las compañías, a que se refiere el artículo 1.115 del Código de Comercio, no puede extenderse a los apoderados judiciales de las mismas, pues aquél

comprende sólo a las personas que ejercen sus funciones en nombre de sus representados, en actos de comercio constitutivos de la actividad propia y normal de la compañía y por los cuales tengan conocimiento personal de los hechos.

El nuevo Código, al regular la absolución de posiciones juradas por las personas jurídicas, establece: "Si la parte fuere una persona jurídica, absolverá las posiciones el representante de la misma según la ley o el Estatuto Social. Sin embargo, el representante de la persona jurídica, o el apoderado de ésta, mediante diligencia o escrito, pueden designar a otra persona para que absuelva en su lugar las posiciones, por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa, quien se entenderá citada para la prueba y quedará obligada a contestar las posiciones" (artículo 404 Código de Procedimiento Civil).

En la Exposición de Motivos, al referirse a esta norma, explica:

"Se consagra el principio de que en caso de personas jurídicas, absolverá las posiciones el representante de las mismas según la ley o el Estatuto Social; sin embargo, por la propia naturaleza de estas personas y por la exigencia de que el conocimiento de los hechos sobre los cuales versen las posiciones, sea personal, se permite al representante de la persona jurídica, designar otra persona para que absuelva en su lugar las posiciones, por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa".

"En esta forma, no solamente se satisface una exigencia de justicia, pues no siempre el legítimo representante de la persona jurídica es la persona con conocimiento personal de los hechos de la causa, sino que se elimina la resistencia que hoy ofrecen estos

representantes a someterse a la prueba de posiciones por tales motivos y se logra una pronta evacuación de la prueba y una mayor certeza en sus resultados, lo que beneficia sin duda la causa de la justicia".

En cuanto a las Sociedades, el artículo 1.115 del Código de Comercio determina que estará obligado a absolver posiciones, en los juicios mercantiles; aunque su mandato no les de facultades para ello, los factores y los representantes legítimos de las compañías, sobre hechos de que tengan conocimiento personal las personas jurídicas de existencia posible actúan por medio de los representantes legales que sus estatutos establezcan, no pudiendo éstos ni las asambleas prohibirles que absuelvan posiciones en los juicios de que ellos sean partes.

Si la representación legal de una sociedad anónima es ejercida por el presidente del directorio o por el gerente, según los estatutos sociales, a cualquiera de ellos puede citársele a absolver posiciones y aun puede llamarse a uno aunque con posterioridad haya sido citado el otro con el mismo objeto. Las posiciones pueden ser absueltas por el representante de la sociedad anónima (y no podrá en tal caso exigirse la presencia del presidente o gerente de ella), cuando el mandato de aquél es general, debe ser específico o facultado para las posiciones, complementado con todos los poderes generales necesarios para obligarla y disponer de sus bienes.

Pero si según las circunstancias particulares del caso se exige que un

determinado director de la sociedad anónima sea quien absuelva las posiciones, no corresponde que ellas sean evacuadas por apoderado de la entidad, aunque tenga la representación de la sociedad y de todos los directores.

Si se presenta un nuevo representante legal de la sociedad, con poder que lo faculta para absolver posiciones, debe hacerse lugar a la substitución del otro apoderado a quien se había señalado audiencia para el mismo efecto. En las sociedades colectivas, la absolución de posiciones corresponde a su representante legal o uno de los socios; pero no procede llamar a todos individualmente, pues sólo puede exigirse posiciones a uno de los componentes de la razón social.

El ponente puede indicar el socio que debe absolver posiciones en consonancia con las modalidades de la causa, pero, en tal caso no podrá pedir ya la citación el otro socio dejando sin efecto la del primero, lo cual sin embargo no le impedirá citarle haciendo uso del derecho de pedir segundas posiciones.

La circunstancia de que la sociedad sea irregular no le quita el carácter de persona moral, ya que aunque no esté protegida por la Ley, ha ejercido de hecho esa personalidad y en consecuencia está sometida a los mismo principios de las sociedad regulares en materia de absolución de posiciones;

es decir, que no procede la citación de todos sus componentes. En la sociedad en comandita la absolución de posiciones corresponde al socio colectivo, pues el comanditario no puede obligar a la sociedad.

8. ¿LA CONFESIÓN PROVOCADA ES O NO UN MEDIO DE PRUEBA?

Según algunos autores dentro de los que se destaca Guerrero Quintero (2002), plantean que la confesión es un negocio jurídico, sin embargo, los defensores de esta tesis sostienen que tiene ese carácter por cuanto puede significar un acto de disposición; pero se le ha criticado por equivocada y anticuada, ya que vincula a los litigantes al resultado de las concordes declaraciones emitidas, haciéndolos semejantes a un contrato de derecho material, semejante al negocio de renuncia, de allanamiento o de transacción. El contrato crea obligaciones, en tanto que la confesión se limita al reconocimiento de la existencia de los hechos.

Para otros la confesión no es una prueba, según sus sostenedores la confesión en juicio consiste en una relevación o exención de la carga de probar: revelativo ad onore proband. Que no es un medio de prueba, por que con ella no se logra la convicción del juez sobre si los hechos comprobados son o no ciertos.

Guasp (citado por Guerrero Quintero 2002), critica este criterio,

considerando como errónea la doctrina más moderna que ve en la confesión no un medio de prueba, sino una relevación o exención de la carga de la prueba, construyéndola como un negocio jurídico procesal, bien de tipo constitutivo, positivo, emanante de la voluntad de fijar procesalmente los hechos confesados, bien de tipo abdicativo o negativo, emanante de la voluntad de renunciar a la oposición procesal. (Derecho Procesal Civil, vol 1).

En cambio para la mayoría de los autores y legislaciones, la confesión es un autentico medio de prueba. Nuestro legislador en la Sección V del Capítulo III, Libro Tercero, del Código Civil, contempla la confesión como una prueba. En el Código de Procedimiento Civil, Capítulo III, Título II, Libro Segundo, el legislador también conceptúa la confesión como una prueba, un medio de prueba, cuando en el artículo 395 expresa que “Son medio de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil...”

En la doctrina se ha venido sosteniendo que dentro de los “medios procesales de prueba”, debe distinguirse según que la persona -en que el instrumento consiste- sea una de las “partes procesales” o un “tercero”. El artículo 403 del Código de Procedimiento Civil (1982) establece: “Quien sea parte en juicio”, pues la prueba personal que tiene por “instrumento” a las partes en la concepción procesal (artículo 406 ejusdem), y no solamente a una de ellas, es la que se conoce en el derecho positivo, en el Capítulo III, Título II, del Código de Procedimiento Civil, como “La confesión”).

Para Jaime Guasp (citado por Guerrero Quintero 2002), en realidad, el nombre de “confesión” es impropio ya que no alude estrictamente a cualquier “prueba personal” que proporcionen las partes, sino sólo a cierto resultado de esa prueba, esto es, el resultado que se obtiene cuando una de las partes reconoce hechos que le perjudican, sin embargo, otras denominaciones, prácticamente sinónimas de la “prueba de confesión”, inciden en limitaciones parecidas como la de “prueba de posiciones” o “prueba de juramento”. Por lo que se puede concluir que, la Confesión es un autentico medio probatorio.

9. FUENTES, MEDIOS Y PRUEBAS

Antes de desarrollar esta distinción conviene advertir que, en lo que sigue, se va a prescindir de cuestiones terminológicas, que han venido sirviendo más para confundir que para aclarar, según Montero Aroca (1998). Se ha hablado con toda razón de un caos terminológico con referencia a la prueba y para comprobarlo basta advertir que se vienen hablando de elementos, fuentes, medios, materia, tema, resultado, argumentos, razones, fundamentos, y que cada autor da a cada una de esas palabras un sentido diverso, de modo que al final es imposible entenderse, pues pareciera como si estuviera hablando en idiomas diferentes.

a. DISTINCIÓN CONCEPTUAL

Sin desconocer la realidad de que los documentos se realizan muchas veces pensando en la posibilidad de un futuro proceso y para asegurarse de

que se dispondrá de prueba llegando al mismo, nos parece que la distinción entre prueba preconstituida y prueba simple responde a un claro error en el punto de partida, pues todas las pruebas tiene algo de extraprocesal y de procesal, dado que en todas ellas existe algo previo al proceso la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), de modo que no puede existir medio de prueba si antes no hay fuente de prueba.

Las partes según Montero Aroca (1998), en sus actos de alegación realizan afirmaciones de hechos y la prueba de esas afirmaciones no podrá lograrse sino contando con algo que, preexistiendo al proceso, se introduce en este. Conceptualmente hay que distinguir, pues, entre lo que ya existe en la realidad (fuente) y el como se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador. Desde esta perspectiva y como decía Sentis

- Fuente es un concepto extrajurídico, matajurídico o ajuridico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo; mientras que medio es un concepto jurídico y más específicamente procesal.
- La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso, si bien éste no se produce no tendrá repercusiones procesales, aunque puede tenerlas materiales; el medio se forma en el proceso, en un proceso concreto, y siempre producirá efectos de esta naturaleza.

- Las partes, antes de iniciar el proceso, buscarán las fuentes de prueba mediante una actividad de investigación y contando con ellas, incoarán el proceso proponiendo en él los medios para incorporar las fuentes, de modo que en éste se realiza sólo una labor de verificación.
- Las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios, sin proceso no hay medios de prueba, pero la fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no el proceso.
- La fuente es lo sustantivo y material, el medio es actividad. La distinción conceptual ente fuentes y medios arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar, ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, sino que tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso.

Aclarados todos los anteriores elementos se puede definir la prueba como la actividad procesal, ya cumplida o realizada y constatada en el expediente, que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

b. CONCRECIÓN EN LA CONFESIÓN

La distinción conceptual entre fuentes y medios tiene su reflejo en cada una de las pruebas, de modo que en todas ellas algo preexiste al proceso (fuente) y algo se realiza en el proceso (medio). En concreto: En la confesión judicial: la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso absolviendo las posiciones que formula la parte contraria.

Resulta así según Montero Aroca (1998), que en toda prueba hay un elemento que es la fuente y otro que es el medio, de modo que pueden existir fuentes que no llegarán a aportarse a un proceso, no pueden haber medios que no supongan la aportación de una fuente al proceso o, al menos, su apreciación.

10. SISTEMAS DE VALORACIÓN

Según Guerrero Quintero, (2002). Valorar y apreciar

Valorar y apreciar no son términos contrarios

Valorar. Valor, del latín valor, valoris, grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o dar bienestar.

Valor: Precio, pretium.

Valoración: Estimación o fijación del valor de las cosas.

Valorar. Tasar, fijar precio.

Apreciar: Del latín *apretiare*-, poner precio, tasar reconocer y estimar el mérito, percibir debidamente, estimar.

Apreciación', Examen, estudio, crítica, juzgamiento, percepción, medida.

Para Cabanellas (citado Guerrero Quintero 2002), la apreciación de las pruebas consiste en el juicio que acerca de la autenticidad, de la eficacia de las pruebas aducidas en un proceso civil, penal o de otra índole, hace quien debe juzgar (Diccionario de Derecho Usual). También se dice que la apreciación consiste en la valoración que el juzgador realiza sobre las probanzas presentadas en un juicio o causa (Manuel Osorio, Diccionario).

Según lo que se ha podido observar, la valoración o apreciación en la práctica consiste en el procedimiento racional y lógico que sigue el Juez, para determinar el valor que concede o no a las pruebas, guiándose por las normas legales correspondientes, y en defecto de disposición expresa en la Ley según la "sana crítica", en relación con los hechos alegados por las partes en la causa.

Para Santiago Sentís Melendo (citado por Guerrero Quintero, 2002), las pruebas Hay que valorarlas o apreciarlas y cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar el precio de algo, no son expresiones distintas etimológicamente. Lo que importa es tener bien clara, conceptualmente, la gravedad del problema de la valoración dentro del

proceso. Naturalmente, siempre que no se olvide que tal valoración solo podrá realizarse correctamente si han transcurrido bien las etapas o los momentos anteriores del desarrollo del proceso.

Por eso, cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprende su estudio crítico de conjunto, tanto de los varios medios probatorios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como las que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el Juez decreto oficiosamente.

Se trata de una actividad exclusiva del Juez, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vista en alegaciones o memoriales. Implica a un mismo tiempo una revisión de las decisiones adoptadas por el Juez en las fases anteriores, porque en el momento de decidir la causa o incidente, puede el Juez separarse de esas decisiones y negarle valor a un medio admitido y practicado, por considerar que no debió admitirse o que no se cumplieron los requisitos intrínsecos o extrínsecos para su práctica (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, p. 287 1981).

Es que, reiteradamente lo ha sostenido la Sala, en esta materia rige el principio *iura novit curia* (el derecho lo conoce el tribunal), con lo cual se quiere significar que los jueces pueden aplicar en los fallos las disposiciones

legales y los principios de derechos que, aunque no habiendo sido invocadas por las partes, rigen el conflicto que es objeto de decisión.

Sin embargo, en la doctrina se establece diferencia entre la "sana crítica" y la "libre apreciación", según el investigador, el autor en referencia está confundiendo términos, aquí se debería colocar, libre convicción, en lugar de libre apreciación, tratándose de no ser sistemas iguales o equivalentes.

Para Román José Duque Corredor (Citado por Guerrero Quintero, 2002), a diferencia de la libre apreciación, libre convicción, la sana crítica supone reglas de lógica, de experiencia, sociales o de las costumbres, que permitan a los jueces estimar o apreciar una realidad; quien además sostiene, refiriéndose a las dos formas en que según él, el Juez puede infringir el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil relativo a la apreciación de las pruebas según las reglas de la sana crítica

En este particular, la primera forma de violación daría si el Juez prescindiendo de las reglas de la sana crítica para interpretar y valorar la prueba lo hiciera según su libre convicción, en cuyo caso violaría la norma de derecho que lo obliga a aplicar la sana crítica y no su libre criterio, o libre convicción, para apreciar las pruebas que no tengan reglas expresas para valorar su mérito, es decir, el artículo 507 (ob., cit., pp. 294 y 297).

CAPÍTULO III

A. CONFESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO

En este capítulo se establecerá una particular descripción de la Confesión, de acuerdo a las referencias Código de Procedimiento Civil en sus artículos 403. y siguientes, así como en el Código Civil (1982) los artículos 1400 y siguientes; y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49.5 Sobre estos referentes se establecerá el respectivo análisis de forma que sea ilustrada la confesión dentro del marco jurídico vigente.

1. LA PARTE Y SU CONTESTACIÓN BAJO JURAMENTO

Cuando se afirma absolver posiciones juradas, significa que las posiciones se realizan bajo juramento de decir la verdad, aceptando o negando el hecho sobre el que se formula posición o el interrogatorio. El artículo 403 del Código de Procedimiento Civil cuando establece: "Quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento", no quiere decir que la parte "será obligada a contestar", pues al tenor del ordinal 4º del artículo 60 de la Constitución Nacional de 1961, "Nadie puede ser obligado a

prestar juramento ni constreñido a rendir declaración"; mientras que según el ordinal 5° ex artículo 49 de la Constitución de 1999, "La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

Sin embargo, existe obligación de declarar en determinados casos- bajo pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes y ello ha dado lugar a ciertas dudas sobre el significado y alcance del "juramento", hasta el punto que se ha llegado a afirmar que el juramento, relativo a dicho acto, no constituye de por sí un medio de coacción, sino que es una mera formalidad en la recepción de la "prueba de posiciones", formalidad que tiende a desaparecer.

La expresión: estará obligado a contestar bajo juramento no es lo mismo que debe declarar a como dé lugar, pero quede claro que si el absolvente se niega a prestar el juramento, entonces, es indudable, que ese acto de rebeldía tiene -en nuestro Derecho- una sanción procesal. En cambio, es distinta la situación cuando al "absolvente" no se le toma el juramento, pues en este caso las posiciones carecen de valor alguno. El juramento tiene un sentido profundamente moral y coloca al hombre frente a su responsabilidad de decir la verdad.

Se ha afirmado que el juramento tiene como finalidad reclamar una sanción penal, esto es, un fin represivo contra la falsedad ya que se pretende

mostrar que la declaración del absolvente se produce con plena conciencia del deber de decir la verdad.

2. PERTINENCIA DE LOS HECHOS

Al respecto, la prueba debe versar sobre "hechos" que sean "pertinentes". Sobre "hechos": está claro que no es sobre "derecho" o "normas de derecho". Se Muestra la preocupación en determinada ocasión cuando un estimado colega, en ejercicio de un cargo judicial, defendía la idea de haber quedado confeso el absolvente porque éste guardó silencio sobre el contenido de una "norma de derecho".

En este sentido, los "hechos" no son otros sino los que aparecen en la demanda o en la contestación del demandado, esto es, referentes a la causa o proceso. Pero existen "hechos que se presumen legalmente" y, por tanto, están exentos de prueba. Esa "presunción" no es que sea una prueba como tal, sino excepción o dispensa de la prueba.

Se observa, que en la doctrina extranjera se admite que la presunción no es una prueba, sino excepción o dispensa de la prueba, pues si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, esa prueba es superflua o innecesaria, por lo cual el Juez debe rechazarla, a menos que se esté impugnando; pero el hecho es objeto concreto de prueba, aunque no

requiera actividad probatoria; y si la ley prohíbe probar un hecho, por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aún cuando se relacione con la materia debatida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte del "tema de prueba" o *thema decidendum*.

En relación con los hechos, independientemente de la "pertinencia" de los mismos, a las partes corresponde la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho (artículo 506 Código de Procedimiento Civil y 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, por tanto, carece de sentido su prueba mediante las "posiciones juradas", pues es asunto que atañe directamente a la regla de distribución de la carga de la prueba y al principio de la economía procesal, de acuerdo con el cual el objeto de la pretensión procesal, del juicio más concretamente, deberá realizarse con el mínimo de actos posibles.

Hay, sin embargo, otros hechos que no requieren ser probados, no sólo dentro de la concepción del artículo 389 ("No habrá lugar al lapso probatorio"), sino también aquellos hechos presumidos por la Ley, así como los hechos evidentes y los hechos notorios, no son objeto de prueba" (notoria

non egent probatione, artículo 506 Código de Procedimiento Civil). ¿Las máximas de experiencia, a que se refiere el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y 121 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), pueden ser objeto de prueba? La doctrina extranjera está dividida en dos corrientes: Unos opinan que las "máximas de experiencia" pueden ser objeto de modo autónomo e independiente de la prueba.

Entre quienes así opinan están Schonke, Schmidt, Floran, Pollak y Collman, Gómez Orbaneja, Pietro Castro, En contrario a esa tesis, se puede mencionar a Carnelutti, Rosenberg, Bennecke, Silva Melero y Beling. (Citado por Rengel Romberg 1999)

En realidad, la mayor parte de la doctrina acoge el segundo criterio, esto es, que las "máximas de experiencia" no puede ser objeto de la prueba, ya que son reglas que orientan al Juez para no dar valor a las mismas cuando advierta que los hechos confesados por el absolvente se contradicen con aquéllas, puesto que el Juez puede fundar su decisión en los "conocimientos de hecho" que se encuentren comprendidos en la "experiencia común" o "máximas de experiencia".

La impertinencia del hecho se refiere a todo aquello que se pregunta en la posición y no guarda relación con los hechos controvertidos del litigio o la materia del proceso y, por tanto, no influirá en la decisión del Tribunal.

Impertinencia significa, entonces, todo lo ajeno al proceso en razón de no versar sobre los "hechos controvertidos". Por eso, las posiciones juradas deben orientarse a calificar los hechos que configuren las pretensiones tanto del demandante como del demandado, porque de no ser pertinente a la controversia, carecen de objeto.

De la pertinencia deriva la fuerza vital que la Ley otorga a las "posiciones juradas" y ese principio ("pertinencia") representa una limitación al propio "principio de la libertad de prueba" a que se refiere el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, puesto que los hechos del interrogatorio, dirigido al absolvente, no son ilimitados en su contenido sino que están restringidos, esto es, deben orientarse a calificar los hechos que configuren las pretensiones de las partes. La "impertinencia", al decir de Lessona, quien parece citar a Michalorio debe ser "evidente", "no dudosa"; "absoluta", "no relativa"; "real", "no aparente".

¿Podrá versar la "posición" sobre una relación obligacional Indudablemente que sí ya que cuando el confesante admite la existencia de un contrato cualquiera, dentro de los requisitos de la ley, se trata de hechos continentales de la propia relación sobre la cual se admite su existencia. El caso de la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, opción o promesa bilateral de compraventa, comodato, entre otros.

¿Será válida la confesión sobre un hecho continente de una obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita? No se cree así porque, por una parte, una causa ilícita es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1.157 Código Civil), en tanto que "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres" (artículo 6° Código Civil).

3. CONOCIMIENTO PERSONAL DE LOS HECHOS DE LA CAUSA

Plantea la redacción del artículo 296 del Código de Procedimiento Civil derogado, el artículo 403 del vigente adiciona el vocablo personal. Tener conocimiento personal significa que el absolvente "conozca personal y directamente los hechos pertinentes" -sobre los que se le pregunta- a través de sus facultades sensoriales. Con sobrada razón, el "conocimiento" es el resultado de la relación entre un sujeto cognoscente y un objeto inteligente (apto para ser conocido).

Son una verdad conocida que se pretende aparezca en las actas o dentro del proceso, pues no está permitido al Juez sacar elementos de convicción fuera de éstos. Cuando el Código establece el principio de que "Quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que

tenga conocimiento personal", no está haciendo otra cosa sino reconocer que la parte es la persona demandante o demandada, pues el ser humano primero es persona y después lo que de allí se deriva. O como afirmara Pascal "Dios me hizo hombre, la sociedad me hizo persona".

B. REQUISITOS PARA REALIZAR EL MEDIO PROBATORIO DE CONFESIÓN (POSICIONES JURADAS)

Entre los requisitos para realizar el medio probatorio de confesión, como lo son, el que la persona tanto natural como jurídica debe ser parte en el proceso, que no exista exención al deber de declarar, que se realice en forma asertiva, que trate sobre hechos pertinentes, que el tribunal sea competente territorialmente salvo excepción, que exista limitaciones en cuanto a la cantidad de preguntas y al número de posiciones en cada instancia, se resaltan los siguientes.

- Que se trate del medio probatorio de confesión provocada. Es necesario que la "confesión" tenga su origen en el medio probatorio de posiciones juradas, al tenor del artículo 403 del Código de Procedimiento Civil y "no cualquiera otra confesión", que una de las partes haga de modo espontáneo en el proceso, admitiendo cualquier hecho de la parte contraria.
- El juramento -en nuestro derecho procesal- es un requisito de forma

esencial para la validez de las posiciones. Si falta ese requisito, no hay posiciones juradas. Sin embargo, el numeral 4° del artículo 60 de la Constitución Nacional de 1961 establecía: "Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración..."; mientras que la de 1999 contempla: "Ninguna persona puede ser obligada a confesarse culpable... La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

Luego, entonces, ¿qué ocurre si la persona se niega a prestar el juramento? En tal caso, ante la negativa a prestar el juramento, a que alude el artículo 403, como puede ser compelida la parte por presión, en razón de que "está obligado a contestar bajo juramento", su negativa acarrea indefectiblemente la sanción de ser declarado confeso, siempre que el interrogatorio cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

- Objeto de la prueba judicial, asimismo, a modo de inquietud, puede observarse que de haber el demandante acompañado con el libelo de la demanda un instrumento sin indicar el objeto del mismo, de lo que se quiere probar (como prueba), y el demandado no de contestación a la demanda y nada probare que le favorezca.

¿Qué ocurre en ese caso? Se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante y vencido el lapso de

promoción de pruebas, sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes, ateniéndose a la confesión del demandado, según lo preceptúa el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil.

C. PRINCIPIO DE LA PERTINENCIA DE LOS HECHOS

1. ANOTACIÓN PREVIA

Por otra parte, el artículo 405 insiste en la pertinencia de los hechos sobre que versen las posiciones, al establecer el principio según el cual "sólo podrán efectuarse sobre los hechos pertinentes al mérito de la causa", principio que luego define en el artículo 410 cuando expresa: "Las posiciones deben ser concernientes a los hechos controvertidos" (principio de pertinencia de los hechos).

- Comentarios generales. Principio de pertinencia de los hechos: "Las posiciones sólo podrán efectuarse sobre los hechos pertinentes al mérito de la causa" (artículo 405, Código De Procedimiento Civil). Entre los requisitos para la validez de toda prueba se encuentra el de pertinencia. Para Couture (Citado por Guerrero Quintero, (2002), Prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdadera mente objeto de prueba.

Por tanto, las posiciones juradas sólo tendrán efecto contra el absolvente, siempre que el interrogatorio contenga preguntas que tiendan necesaria y directamente a calificar los hechos que configuren la pretensión del demandante y la pretensión del demandado, pues de no guardar relación con los hechos de la controversia, aquellas no versan sobre los hechos pertinentes al mérito de la causa. No podría ser de otro modo, puesto que las posiciones efectuadas en el proceso deben calificar el derecho que se controvierte y sólo de esa eficacia o pertinencia es de donde deriva la fuerza vital que la ley confiere a esa prueba.

Para el maestro Borjas (Citado por Guerrero Quintero, (2002), las posiciones deben tener directamente a calificar los hechos que configuren las pretensiones tanto del demandante como del demandado, porque, de no ser pertinentes a la controversia carecerán de objeto. No serán pertinentes, por lo tanto, las preguntas completamente extrañas a la materia del litigio referentes a apreciaciones, doctrinas o calificaciones o a hechos de que el absolvente no tenga conocimiento.

De igual forma, ni las que tengan por objeto probar una acción manifiestamente inexistente, o hechos cuya prueba no es permitida por la ley, o que no pueden ser comprobados sino con el medio probatorio de la confesión, como si las posiciones tendiesen, por ejemplo, a comprobar una obligación proveniente de un juego de azar. (Comentarios, vol. III, p. 231).

2. FORMA DE CONTESTAR LAS POSICIONES

Se destaca en cuanto a las formas de contestar las posiciones el criterio de Guerrero Quintero, (2002):

- Los representantes de los incapaces. Tratándose de los incapaces relativos, los mismos no pueden ser llamados a absolver posiciones juradas, salvo los casos de excepción, entre los cuales se podrían mencionar, a los niños emancipados y los adolescentes entre la edad de 14 y 18 años habilitados para trabajar y ejercer el comercio y sus excepciones según se establece en los artículos 84, 96 y 100 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998), por lo cual nada impide que sea citado a absolver posiciones en relación con los hechos relativos a su actividad para lo cual fue habilitado.

Existen casos de incapaces relativos (menores adultos, quebrados, concursados, interdictos) que pueden confesar válidamente en determinados casos, por lo cual se les puede pedir la absolución de posiciones respecto de esos hechos, siempre que se haga la especificación en la "petición de absolución de las posiciones", pero el Juez puede rechazar -por impertinentes- las preguntas que se refieran a hechos distintos, aun cuando sean personales y pudieren influir en el proceso.

- Los hechos de la confesión provocada. Los hechos. Anteriormente se trató esta materia, cuando, refiriéndonos al artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, se anota:

Los "hechos" no son otros sino los que aparecen en la demanda o en la contestación del demandado, esto es, referentes a la causa. Pero existen hechos que se presumen legalmente y, por tanto, están exentos de prueba. Sin embargo, existe una tipología de hechos que pudiera clasificarse, siguiendo a la doctrina, en hechos constitutivos (el préstamo) y "extintivos" (el pago), "invalidativos" (la falta de facultades del apoderado) y "convalidativos" (la ratificación). En relación con los hechos, independientemente de la "pertinencia" de los mismos, a las partes corresponde la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho (artículo 506 Código De Procedimiento Civil y 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

En tanto que los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, por tanto, carece de sentido su prueba mediante las posiciones juradas, pues es asunto que atañe directamente al principio de la economía procesal, de acuerdo con el cual el objeto de la pretensión procesal, del juicio más concretamente, deberá realizarse con el mínimo de actos posibles y de acuerdo a la distribución de la carga de la prueba.

Hay, sin embargo, otros hechos que no requieren de ser probados, no

sólo dentro de la concepción del artículo 389 ("No habrá lugar al lapso probatorio"), sino también aquellos hechos presumidos por la Ley, así como los hechos evidentes y los hechos notorios, no son objeto de prueba" (notoria non egent probatione, artículo 506 Código de Procedimiento Civil).

Para Osorio (Citado por Guerrero Quintero, (2002), el hecho, como concepto amplio, está representado por toda acción material de las personas, y por sucesos independientes de las mismas, generalmente los fenómenos de la naturaleza.

En sentido civil y penal, los hechos ofrecen trascendental importancia por cuanto originan no sólo derechos v obligaciones, sino responsabilidades de toda índole. Puede decirse que todas las normas de Derecho se aplican sobre los hechos (Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales).

En la doctrina se admite que la presunción no es una prueba, sino excepción o dispensa de la prueba, pues, como sostiene Devis Echandía (1981), si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, esa prueba es superflua o innecesaria, por lo cual el Juez debe rechazarla, a menos que se esté impugnando.

Pero el hecho es objeto concreto de prueba, aunque no requiera actividad probatoria; y si la ley prohíbe probar un hecho, por razones de

moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aún cuando se relacione con la materia debatida y constituya un presupuesto de la pretensión o contestación de la demanda; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte del tema de prueba (Compendio, vol 2, p. 57).

En la doctrina se plantea una pluralidad de hechos sobre los cuales puede recaer la actividad probatoria. Así se tiene en Silva Melero para quien, entre los hechos que se prueba, están los internos que aluden a la vida síquica, tales como ideas, pensamientos, convicciones (La prueba judicial, vol 1, p. 50); en tanto que para Rosemberg, la negligencia o la culpa, la buena o mala fe, el deber de conocimiento y otros conceptos similares, son conclusiones extraídas de hechos internos y externos, y, por lo tanto, el objeto de la prueba es mixto en tales casos: por una parte, cierta conducta humana o determinado hecho material, y por la otra la intención, la voluntad o el conocimiento subjetivo (ob. cit., vol. 2, p. 209).

Devis Echandía (1981) habla de hechos de la naturaleza, anotando que es frecuente que en los procesos civiles, laborales y comerciales se alegue una fuerza mayor, representada por hechos de la naturaleza ajenos a toda actividad humana: un derrumbe, una inundación, un rayo o un simple temblor de tierra, etc. Estos hechos naturales son objeto de prueba judicial, desde un punto de vista abstracto y también concretamente como un tema, de prueba,

cuando de ellos se pretende deducir la liberación de obligaciones o la prórroga de su exigibilidad (ob. cit. Vol 1, p. 161).

- La "forma asertiva" de los hechos. En el ámbito procesal, la forma, se podría decir, es la manera como el promovente de la prueba de posiciones formula al absolvente la pregunta sobre los hechos controvertidos.

En el ámbito de las posiciones juradas, ¿no es, acaso, toda pregunta continente de una interrogación a ser respondida?. No obstante, para la doctrina, mediante las posiciones no debe provocarse la contestación del confesante mediante proposiciones interrogativas a las que haya que responder, sino mediante proposiciones afirmativas en las que el sujeto activo de la confesión sostiene ciertos hechos y reclama del confesante una adhesión a su veracidad o falsedad.

Forma asertiva ¿qué es? Asertiva es un adjetivo que se aplica a la expresión continente del hecho que el promovente de las posiciones presenta, a fin de que la otra persona conteste, pero sin condicionar la interrogante continente de la expresión remitida.

Forma asertiva es lo "afirmativo" de la pregunta del promovente. O como dice el maestro Borjas: según la frase acostumbrada "como es cierto, como es verdad", porque de este modo la respuesta puede darse siempre

categoricamente, como que en la generalidad de las veces podría el absolvente limitarse a contestar sí o no y el Juez suplir fácilmente la afirmativa presunta en los casos de confesión ficta (ob. cit., vol. 3, p. 237).

- ¿Cómo deben presentarse los hechos? Los hechos del interrogatorio deberán expresarse en términos claros y precisos. Términos claros significa que el hecho debe presentarse transparente, esto es, veraz. La transparencia de los hechos que se presentan deja ver las cosas a la luz de la verdad. A mayor transparencia, mayor posibilidad de que la verdad real aparezca. A menor transparencia de esos hechos, se mantiene la verdad cautiva, esta es, oculta, sin libertad, bajo una situación oprobio u opresión, que atenta contra la dignidad de la persona humana. La transparencia del hecho presentado permite que el camino hacia la verdad real esté libre de obstáculos.

La claridad del hecho presentado permite al absolvente comprender con facilidad lo que se le está preguntando. Se trata una pregunta afirmativa, inteligible, sin rodeos ni ambigüedades, de modo que, al propio tiempo, el Juez pueda sin dificultad conocer y decidir en la sentencia, si el absolvente incurrió o no en confesión. Se trata, en definitiva, que cada posición formulada no deje dudas o vacilaciones en el absolvente. Una prueba limpia, pulcra e inteligente, que, además, demuestre la capacidad profesional de quien la realiza.

Los hechos controvertidos. ¿Qué son hechos controvertidos?. A las partes corresponde la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho (artículo 506, Código de Procedimiento Civil y 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), los hechos alegados.

Para Liebman (citado por Gilberto Guerrero Quintero 2002), los hechos alegados, para constituirse en objeto de prueba, deben ser relevantes, esto es, tales que la demostración de su existencia o inexistencia aparezca como de influencia para la decisión de la causa: frustra probatur quod probatur non relevat. Serían evidentemente perdidos el tiempo, el trabajo y el dinero empleados en probar hechos que, si bien afirmados y aun discutidos por las partes, no serían -de ser probados- "concluyentes", "concernientes" .

Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y esto sucede al momento de contestar la demanda al no negar, rechazar y contradecir expresamente en todo o en parte, los hechos o la pretensión de la demanda o al admitirlos expresamente, y, por tanto, carece de sentido su prueba mediante las posiciones juradas, pues es asunto que atañe directamente al principio de la economía procesal, de acuerdo con el cual el objeto de la pretensión procesal, del juicio más concretamente, deberá realizarse con el mínimo de actos posibles y de acuerdo a la regla de distribución de la carga de la prueba.

Con sobrada razón nuestro legislador estableció en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), la obligación que tiene el Juez de ordenar, en el auto por el que provea sobre la admisión o desechamiento de las pruebas promovidas, que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes, pues es evidente que los hechos admitidos deben quedar fuera del contradictorio, fuera del régimen de la prueba. O como afirma Couture (Citado por Guerrero Quintero, (2002): la determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.

¿Se trata únicamente de los hechos admitidos expresamente ¿Puede versar también sobre los hechos admitidos tácitamente. Nuestro legislador no se refiere solamente a los hechos admitidos de modo expreso, pues existen casos específicos en que si los hechos no son impugnados, rechazados o negados, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso; los hechos que se negaron o rechazaron y sin embargo no se les hubiere expuesto los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso; el momento para tenerlos como admitidos es cuando le toque sentenciar al juez de la causa.

Se dan por admitidos, como ocurre por ejemplo en materia laboral artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002); y si se atiende a los artículos 361 y 362 del Código de Procedimiento Civil, se puede llegar a la misma conclusión, tratándose de que si el demandado deberá expresar con claridad sí niega o rechaza o contradice la demanda en todo o en parte o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación o no da contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en ese Código y nada probare que le favorezca.

Así mismo, se dan por admitidos los hechos del actor, de no ser contraria a derecho su pretensión, hasta el punto de que la causa deberá sentenciarse dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, salvo previsión especial en contrario en la ley, ateniéndose a la confesión del demandado, esto es, a los hechos alegados por el actor.

Hay, sin embargo, otros hechos que no requieren ser probados, no sólo dentro de la concepción del artículo 389 (No habrá lugar al lapso probatorio), sino también aquellos hechos presumidos por la ley. Según el artículo 1.395 del Código Civil (1982). La presunción legal es la que una disposición especial de la ley atribuye a ciertos actos o ciertos hechos.

Tales son: 1 ° Los actos que la ley declara nulos sin atender más que a

su cualidad, como hechos en fraude de sus disposiciones. 2° Los casos en que la ley declara que la propiedad o la liberación resultan de algunas circunstancias determinadas; 3° La autoridad que da la ley a la cosa juzgada.

Tampoco requieren ser probados los hechos evidentes. El hecho controvertido no es otro sino el que aparece en la demanda o en la contestación del demandado, esto es, referente a la causa, pero que resulta impugnado, es decir, no aceptado por la otra parte, por lo cual queda sometido a la discusión procesal.

Existe diferencia entre la admisibilidad, como requisito de mera legalidad, tal es el caso de lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, y la pertinencia de la posición (artículos 405, 410 y 412, Código de Procedimiento Civil), pues ésta afecta, como dice Calamandrei (citado por Gilberto Guerrero Quintero 2002), a la prudente apreciación del Juez, llamado a dar una valoración en la definitiva.

Frecuentemente y en el lenguaje forense se habla con análogo significado pruebas concernientes, "concluyentes", que son expresiones que en sustancia quieren decir todas lo mismo; de donde se deduce que el legislador patrio al utilizar en el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil el vocablo concernientes, dice lo mismo que pertinentes.

3. SENTENCIA DEFINITIVA Y HECHOS IMPERTINENTES

En este sentido, establece el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil (1986), en todo caso, el Juez no tomará en cuenta en la sentencia definitiva, aquellas contestaciones que versen sobre hechos impertinentes; de donde la expresión. En todo caso, es como si se afirmara. No importa que el Juez no exima al absolvente de contestar, ya que si el absolvente responde la pregunta o posición, la contestación dada, cualquiera sea, no se tomará en cuenta en la sentencia definitiva, si aquella versare sobre hechos impertinentes.

Es comprensible que nuestro legislador haya establecido tal normativa, porque al suprimir del Código derogado la obligación para el absolvente de contestar la pregunta en el acto, aun cuando la posición fuere objeto de reclamo por impertinencia debía también mantener incólume el postulado, según el cual no tomará en cuenta aquellas contestaciones que versen hechos impertinentes. Además, el hecho de que el Juez no ordene la exención no puede significar, en modo alguno, si no que aquél admitió la prueba, más concretamente, la posición salvo su apreciación en la definitiva, pues en caso de resultar impertinente la misma, no la tomará en cuenta en la sentencia definitiva.

Es indudable que cuando el Juez ordena al absolvente contestar la

pregunta impugnada por la parte interesada, mediante el reclamo por impertinencia, opta por una solución hasta cierto modo tradicional en nuestro proceso, que le permite, con mejor conocimiento de la causa, "madurar" y reflexionar en el estudio de los hechos controvertidos, a objeto de comprender y captar la misma en su real sentido y en su plena dimensión para poder, con mayor conocimiento y eficacia, pronunciarse en la sentencia definitiva, tal como lo ordena el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil.

Se trata de la valoración o apreciación de las posiciones. El momento culminante o decisivo de la actividad probatoria, esto es, si las posiciones absueltas cumplen o no el fin a que se destinaron por parte del promovente, siendo pertinentes, es decir, "concernientes a los hechos controvertidos".

Principio general y casos de confesión. Principio general. Según el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, "Se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria, haga legalmente en presencia del tribunal: a la que se negare a contestarlas (...); a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere en perjurio"(...)

La expresión "Se tendrá por confesa", es continente del verbo "tener" en futuro ("se tendrá") y pareciera denotar, inmediatamente, como si el

absolvente tiene todavía la posibilidad de realizar la contraprueba de la confesión. En que haya incurrido, en cualquiera de estos supuestos: cuando se niega a contestar la posición o no conteste categóricamente, o si no compareció sin motivo legítimo, o la que se perjure a contestarla, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio.

Cuando el legislador concibe el texto redaccional del artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, empleando el verbo en futuro (tendrá), es indudable que tuvo en cuenta el momento de la sentencia definitiva, en cuyo oportunidad ya se han cumplido, se supone, todos los trámites del proceso y el juez ha adquirido un completo conocimiento de los hechos de la controversia. Es allí cuando el juzgador procede a la valoración o apreciación de la prueba.

La expresión "Se tendrá por confesa en las posiciones" no puede significar, de modo absoluto, que el absolvente ha quedado confeso, pues si no el legislador hubiera concebido la redacción de otro modo, en comparación a como se establece en los artículos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) 131, 135 último párrafo, 151 y como se establece en el 135 primer párrafo.

Corresponde al juzgador, aún el caso de que ocurra cualquiera de los diversos supuestos de la norma del artículo 412 eiusdem, analizar las

pruebas de la parte que "se tendrá por confesa" con la finalidad de determinar o establecer si las mismas desvirtúan o no aquella presunción de confesión, máxime cuando el artículo 1.404 del Código Civil contempla la facultad de revocación de la confesión, al estatuir que el confesante podrá revocarla si prueba que la misma ha sido resultado de un "error de hecho", pero no podrá revocarla so pretexto de un "error de derecho".

Más cuando confeso,(sa) según el diccionario de la real Academia española quiere decir, Hacer la declaración de haber confesado tácitamente un litigante en vista de su incomparecencia o de su negativa a responder. Si se equipara la confesión ficta, a que se refiere el artículo 362 de Código de Procedimiento Civil, a la confesión a que alude el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, entonces, para que la misma produzca los efectos propios de las posiciones estampadas.

Habría, inevitablemente, que considerar que no sea contraria a derecho la pretensión del promovente de las posiciones y que el absolvente nada probare que le favorezca, en cuyo caso no sería suficiente se dieran en el proceso los supuestos negativos del artículo 412, o alguno de los mismos, es decir, que éstos por si solos no son suficientes para que se declare confesa a la parte en cuyo perjuicio lleguen a operar esos supuestos negativos.

No obstante, para algún sector de la doctrina los hechos confesados

por el demandado, en virtud de las posiciones juradas que le fueron estampadas, en el caso de Confesión Ficta, deben admitirse en todo su valor, sin que el interrogado pueda traer pruebas tendientes a desvirtuar los hechos confesados, salvo únicamente la prueba del impedimento legítimo para su comparecencia al acto de las posiciones juradas.

Pero tal criterio absolutista no puede aceptarse, pues quedaría el confesante en total indefensión, convirtiéndose la ficción de confesión: "Se tendrá por confesa", a que se refiere el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, en otra definitiva e invariable como una presunción juris et de jure, que no admite prueba en contrario, que no ha sido, en tal caso, establecida en ley; pues de nada serviría la prevención del artículo 362 ejusdem, pues si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos establecidos en la ley, se le tendrá por confeso, siempre que no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca.

Para Hugo Alsina (1958), las posiciones dadas por absueltas en rebeldía por incomparecencia injustificada del absolvente, que ha sido debidamente citado, producen plena prueba aun cuando se refieran a hechos negados expresamente en la contestación de la demanda, aunque no exista prueba corroborante, pero siempre que sus conclusiones no resulten desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los autos.

D. CASOS DE CONFESIÓN

- Cuando el absolvente se niega a contestar las posiciones. Como sostiene Borjas, implica por parte del absolvente el reconocimiento de los hechos a que se refieren los interrogatorios respectivos, y que prefiere dejarlo suponer, a verse obligado a confesarlo categóricamente. La negativa sería inexplicable como mero capricho, porque nadie debe rehuir el esclarecimiento de la verdad que favorece, y es natural que el litigante se apresure a dar un mentís, si es que lo puede, a quien pretende hacerlo convenir en lo que es falso (ob., cit, vol. 3, p.234).

Si bien la ley no dice hasta qué momento temporal puede esperarse la respuesta del absolvente, no hace falta que lo diga si se comprende que la misma debe producirse inmediatamente, a menos que haya oposición o reclamo por impertinencia o por cualquier otro motivo legal; o que el tribunal le permita consultar sus apuntes por papeles, dándole tiempo para ello, si es impertinente?

Considerando que, en tal caso, el tribunal debe declarar confeso al absolvente, pues al apoderado sólo está permitido reclamar la impertinencia de alguna pregunta y es el, Juez a quien corresponde la facultad para eximir al absolvente de contestarla. Si el Juez ordena que el absolvente conteste la posición impugnada y después en la definitiva encuentra que la misma es

impertinente, no existe problema alguno porque entonces no será tomada en cuenta; pero de allí que sea el apoderado quien dé aquella orden negativa, ésta equivale a una negativa a responder, pues sólo el absolvente por su propia determinación es quien puede negarse a contestar la posición por considerarla impertinente, ya que el acto es personalísimo y si el absolvente así lo manifiesta, él mismo corre el riesgo de ser declarado confeso.

- Caso del confesante que no comparece al acto sin motivo legítimo. El "motivo legítimo" es un eximente contra la declaración de confesión del absolvente, que se presume cuando éste no comparece al acto de las posiciones juradas. Consiste en el hecho o causa establecidos o permitidos por la ley, que excusan a aquél del deber de comparecer, ante el tribunal, para contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.

El "motivo legítimo" puede ser "físico" o "moral". Al primero corresponde cualquier obstáculo material u objetivo que no permita la comparecencia del absolvente: enfermedad grave, detención del absolvente, un accidente que le impida trasladarse al tribunal o cualquier otro motivo que, físicamente, impida su comparecencia. El segundo consiste en aquel estado de ánimo del absolvente que lo mantiene en estado de grave peligro o grave dificultad, de tipo afectivo o psíquico, que le impida la comparecencia al tribunal para absolver las posiciones.

En definitiva, corresponde a la persona citada para absolver las posiciones, que no comparece, probar ese "motivo legítimo" que le exime de la declaración de haber quedado confesa, ya que tal presunción es iuris tantum o ficción legal que es como se tiene que tratar la confesión ficta, como más adelante en el curso de la investigación se precisará. ¿Cómo probar ese motivo excusable? No hay duda que tiene derecho a pedir la apertura de una articulación probatoria, que le permita promover y hacer evacuar las pruebas conducentes a la excusa alegada, cuyos resultados apreciará el juzgador en la sentencia definitiva.

E. VENCIMIENTO DE LA HORA DE ESPERA

En este sentido, la hora de espera, que la ley concede al absolvente no compareciente (a la hora fijada para el acto de posiciones juradas, tiene su clara explicación en esto: se trata de un acto en el cual la parte citada para absolver las posiciones juradas, si no comparece "se tendrá por confesa en todas las posiciones que le estampe la contraparte" y siendo eso así, entonces, se esta en presencia de un acto donde la "ausencia del absolvente" se sanciona con la pérdida del proceso para éste, salvo que la acción del promovente sea contraria a derecho y nada probare que le beneficie.

En el Código vigente se ha establecido lo que ya era criterio reiterado

de nuestro más Alto Tribunal de la República, en cuanto a que la hora de espera no sólo se concede al absolvente que no ha comparecido a la hora fijada para la comparecencia, sino que también debe concederse esa hora para la continuación del acto o de haberse acordado proseguirlo ante un Juez comisionado al efecto. Según el régimen del Código derogado "Para estampar las posiciones a la parte no concurrente se dejarán transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia..."

Además, el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, guarda relación con la "confesión ficta" en que puede incurrir el absolvente no compareciente, tanto al primer acto de las posiciones como al de la continuación del mismo, después de alguna suspensión de aquél o de haberse acordado proseguirlo ante un juez comisionado al efecto.

Más, sin embargo, se observa que no en todo caso las posiciones estampadas darán motivo a considerar confeso al absolvente, pues para que tal confesión exista tendrán que cumplirse dos circunstancias: que la petición de la prueba no sea contraria a derecho, y que el absolvente no compareciente nada probare que le beneficie durante el término probatorio.

No siendo "contraria a derecho" la pretensión del promovente de la prueba, la expresión "se tendrá por confesa", es una presunción juris imtum o ficción legal que es como se tiene que tratar la confesión ficta, como más

adelante en el curso de la investigación se precisará y, por tanto, desvirtuable por cualquier medio de prueba en contrario establecido por la ley.

La confesión ficta no vincula al Juez en el sentido de que forzosamente debe acoger la pretensión jurídica deducida, ya que el sentenciador queda en libertad para examinar si el hecho contenido en la "posición estampada" se encuentra en el supuesto factico de la norma y, en caso contrario, declarar como contraria derecho la pretensión del promovente de las posiciones juradas.

Si el absolvente no comparece al acto de las posiciones juradas, pasada la hora de espera, se le tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte, menos en las que excedan de las veinte a que se refiere el artículo 411.

F. LA VERSIÓN ESCRITURAL

Toda acta debe ser suscrita por el Juez y el secretario; hasta el punto de que toda el acta debe ser leída por el secretario a los intervinientes en el acto y debe exigirles su firma. Para el caso de que algunas de las mismas no pudiere o no quisiere firmar, se pondrá constancia de ese hecho. ¿Y si el absolvente no quiere firmar el acta? ¿Quedaré confeso? Ninguna sanción

establece la ley al respecto, y menos aún la confesión ante la negativa a firmar el acta, pues la confesión sólo se producirá en los casos contemplados en el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil.

Tanto es así que si el acto de las posiciones se realiza mediante algún medio técnico de grabación o reproducción, el Juez debe ordenar su "versión escritural" de su contenido, lo que hará el secretario o algún amanuense bajo la dirección de aquél, o por alguna otra persona natural o jurídica bajo juramento de cumplir fielmente su contenido. De no realizarse esa versión escritural del contenido captado por aquel medio técnico de reproducción o grabación, no se cumple con el requisito del acto escriturado.

G. CONTESTACIÓN DIRECTA Y CATEGÓRICA

De consiguiente, respuesta directa significa que el absolvente debe responder el interrogatorio, que la otra parte le formule .en el acto de la absolución, refiriéndose a lo que se le pregunta, no a otro hecho diferente, pues si aquél se limita a contestar asuntos ajenos al hecho controvertido, se le tendrá por confeso. El exigente formalismo no puede ser mayor.

Así mismo, la respuesta categórica es tajante, sin duda, ni vacilación, reserva o posibilidad de rectificación. Por tanto, la contestación directa y categórica, lleva en sí misma la confesión o negación como respuesta del

absolvente de la pregunta del promovente, puesto que si esa respuesta no es terminante, al absolvente se le tendrá por confeso, a menos que se trate de hechos ocurridos hace mucho tiempo, o que por su naturaleza sean tales que sea posible el olvido.

En tales casos el Juez estimará las circunstancias si el absolvente no diere una contestación categórica. El Juez, al estimar las circunstancias, debe tomar en consideración cierta particularidad que acompaña a esa contestación no categórica.

Más, sin embargo, si el absolvente responde la posición diciendo que "no le consta" el hecho sobre el cual ha sido preguntado, ¿no es esa una respuesta directa y categórica? O, ¿existe allí una allí una confesión? En realidad resulta complejo sostener que exista confesión porque, por una parte, al tenor del artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, el absolvente está obligado a contestar pero sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.

De modo que si no le consta, al Tribunal corresponde calificar si esa respuesta es o no evasiva, tomando en consideración la verdad procesal; puesto que si el absolvente no tiene conocimiento personal del hecho interrogado, ¿cómo es posible que sea considerada esa respuesta como una evasiva, esto es, como contestación no terminante ni categórica?

Al respecto, resulta interesante la afirmación del maestro Arístides Rengel-Romberg, (1999), en atención a que las posiciones deben versar sobre hechos de los cuales el absolvente tenga conocimiento personal, debe tener como respuesta directa y categórica cuando el absolvente conteste: "no me consta", o "no tengo conocimiento de eso", pues ésta es una respuesta negativa categórica, del mismo modo que sería afirmativa y categórica la respuesta "creo".

A esta palabra, la opinión general le atribuye el significado de admisión explícita y absoluta de la verdad del hecho objeto del interrogatorio, por lo que Carpaní y Micalon sostienen que: "responsio pervec-bum credo dicitur vera confessio" (Tratado de Derecho Civil Venezolano, Caracas 1998).

¿Qué diferencia existe entre las respuestas que puede dar el absolvente, tales como lo ignoro y no me consta"? Procesalmente hablando, quien ignora, no sabe, o desconoce el hecho interrogado, no tiene conocimiento personal del mismo. En cambio, a quien no le consta un hecho es porque no tiene seguridad del mismo y, por tanto, es una respuesta imprecisa.

Cuando el absolvente contesta: lo ignoro, está diciendo, claramente, que no tiene conocimiento de tales hechos. De ahí que los jueces de la recurrida procedieron correctamente al calificar de evasivas las concretadas

en un "no me consta" dadas por el actor" (Sentencia del 24-02-70). La exigencia del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil cuando indica: responder de una manera terminante ¿qué significa? El absolvente debe responder la pregunta de modo directo y categórico (claro y preciso), esto es, sin ambigüedades ni vacilaciones. No hay posibilidad de respuestas implícitas, ni sobreentendidas, pues en caso contrario al absolvente se le tendrá por confeso. He aquí un rigorismo, inflexible e implacable.

En realidad, el legislador patrio -para referirse a los requisitos formales que deben configurar la respuesta del absolvente-utiliza en la redacción del artículo 414 los vocablos categórica (contestación categórica) y terminante (de una manera terminante que son sinónimos, pues una respuesta categórica es tajante, sin duda, vacilación, reserva o posibilidad de rectificación; en tanto que una contestación terminante es sin ambigüedades ni vacilaciones. Nos parece que el vocablo se utiliza para precisar, que si la respuesta no es categórica es porque no es terminante, y no siendo de este modo la consecuencia resultante es la declaratoria de confesión.

1. POSICIONES JURADAS E INSTRUMENTOS QUE EXISTAN EN AUTOS

Bajo el imperio de la nueva concepción, cuando el absolvente se refiere a los instrumentos que existan en autos, no hace otra cosa sino el uso del derecho que le otorga la norma protectora como un beneficio para la persona

humana, ante el rigorismo y dureza que presenta el artículo 414, al disponer se tendrá por confeso al absolvente si éste no da una respuesta categórica, confesando o negando cada posición; puesto que si la posición versa sobre los instrumentos que existan en autos, al referirse a los mismos el juez inevitablemente tendrá que, ante tal remisión del confesante, tener como respuesta del mismo, el contenido de ese instrumento que está allí. Como se observa, la nueva redacción presenta un evidente avance en protección del absolvente y en la ampliación del propio principio de la igualdad procesal.

2. ¿EXISTE CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 234 Y 417 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL?

Cuando se trata de antinomias entre dos leyes generales, la anterior sólo debe considerarse derogada cuando sea idéntica la materia, y la normativa que prevé una ley sea absolutamente inconciliable con la otra. En consecuencia, ¿en dónde está la convicción entre los artículos 234 y 417 del Código de Procedimiento Civil, mediante principios inconciliables o incompatibles?

No se observa incompatibilidad o contradicción alguna, dado que si el absolvente se encuentra fuera de la localidad del Tribunal de la causa, éste comisionará a otro Juez o Tribunal de la jurisdicción en que aquel se encuentre, para que ante éste se verifiquen las posiciones; siendo, entonces,

que los artículos 417 y 234 pueden perfectamente coexistir y se pueden aplicar al mismo tiempo -mediante la correcta labor de conciliación-ambas normas conforme a los supuestos que cada una de las mismas contempla.

3. COMISIÓN PARA LA EVACUACIÓN DE LA PRUEBA

Sólo cuando el absolvente reside en la localidad del Tribunal la comisión NO podrá tener lugar.

H. REVOCACIÓN DE LA CONFESIÓN

De acuerdo al criterio expresado por Hugo Alsina (1958) la revocación de la confesión se observa en las siguientes formas:

- Al estudiar la valoración jurídica de los actos procesales se observa que, en principio, no son aplicables las disposiciones del Código Civil (Argentina), sobre los vicios del consentimiento pero que se admita, sin embargo cuando elemento intencional influye en la eficacia del acto mismo; y así la confesión aunque sea prestada con todas las formalidades de la Ley, puede revocarse cuando se hizo por error de hecho o bajo violencia. Por eso al examinar la voluntad como elemento de la confesión se establece que, cuando no había conciencia del acto o se hacía sin libertad, la confesión era regable. Ya se ha visto que la voluntad no es aplicable en el derecho venezolano. Dejando a

salvo la posibilidad o el criterio del autor, en referencia para revocar la confesión cuando se presentó bajo violencia.

- Tratándose del error, el Código Civil ha establecido dos principios fundamentales. El artículo 923 establece: “La ignorancia de las Leyes o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos” y el artículo 929 dispone: “El error de hecho no perjudica, cuando a habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable”.

Por consiguiente ninguna duda cabe que la confesión puede revocarse cuando ha sido prestada por un error de hecho, el cual puede versar sobre la naturaleza jurídica del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira; pero el error que versare sobre alguna cualidad accidental de la cosa, no invalida acto aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo; a no ser que la cualidad erróneamente atribuida a la cosa hubiere sido garantizada por la parte o un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error el acto no se habría celebrado o cualquiera otra circunstancia que tuviese el carácter expreso de una condición.

- El error de hecho en materia de confesión supone la existencia de dos

elementos; uno objetivo que consiste en la no existencia del hecho confesado o de la calidad que se le atribuye; otro subjetivo, o sea la falsa opinión que el confesante tenía respecto del hecho mismo. De aquí que para obtener la revocación de la confesión no basta producir la prueba en cuanto al elemento objetivo, porque no se admite prueba contraria al hecho confesado según lo planteado, sino que también es necesaria la del elemento subjetivo, es decir que el confesante tenía algún fundamento para estimar como exacto el hecho confesado.

- Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o simulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee a ese fin. En otros términos el dolo no es sino el error provocado y por eso afecta también la validez de la confesión, bien provenga de la otra parte o de un tercero.
- El error de derecho no puede fundar la nulidad del acto, según lo analizado, pero el Código Civil contiene algunas excepciones y una de ellas es el artículo 784 según el cual el que por un error de hecho o de derecho se creyere deudor y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió. Por ello esta disposición es aplicable por analogía en la confesión.
- La fuerza intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado

por un tercero que no intervenga en él. A diferencia del error y el dolo tratándose de la confesión judicial por absolución de Posiciones, debe excluirse en principio la violencia como causa de recocación, porque aunque haya existido antes del acto, la violencia habría cesado con la presencia del magistrado; sin embargo cabe la posibilidad de que la confesión se haya prestado bajo el temor de una venganza y en ese caso sería revocable pues la violencia no sólo ha de ser física, también puede ser moral.

I. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS MEDIOS

Para Montero Aroca (1998), partiendo de las enumeraciones legales de las pruebas, que como se ha visto son dos pero prácticamente coincidentes, ha venido discutiéndose por la doctrina sobre su condición de *numerus clausus* o *apertus* y tampoco faltan declaraciones jurisprudenciales al respecto. La polémica proviene que no se ha comprendido que las enumeraciones legales lo son de medios de prueba, pero no de fuentes de prueba.

Si las fuentes de prueba son algo extrajurídico, que existe independientemente del proceso, la consecuencia ineludible es que las Leyes no pueden abarcarlas todas. La pretensión del legislador de realizar una enumeración taxativa de las fuentes de prueba sería absurda, por cuanto equivaldría a pretender detener el paso del tiempo.

Cada día se inventan o se descubren nuevas fuentes y no cabe realizar de ellas una enumeración cerrada que deba ser válida para todos los tiempos, las fuentes por su propia naturaleza son indeterminadas, y si algunas de ellas han permanecido durante siglos, otras han tenido una vida efímera. En cualquier caso ha de quedar claro que todas las fuentes de prueba tienen que poder utilizarse con finalidad probatoria en el proceso, aunque sea discutible en algún caso es el medio, entendido éste como actividad procesal, a través de la cual la fuente se incorpora al proceso.

En Venezuela los artículos que plantean la regulación del medio probatorio de confesión se encuentran distribuidos en la siguiente manera: en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) los artículos 103 y siguientes así como el artículo 70 de la misma. Por su parte en el Código de Procedimiento Civil (1986), sus artículos 403 y siguientes. En el Código Civil (1982), los artículos 1400 y siguientes. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el artículo 49.5.

1. LEGALIDAD Y ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS

La distinción entre medios y fuentes sirve para explicar, aparte de las dichas, otras muchas cuestiones. Según Montero Aroca (1998), la más importante de ellas es la relativa a que la legalidad y la admisibilidad son aspectos que deben referirse a los medios, mientras que la licitud es propia de las fuentes.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

A juicio de Guerrero Quintero (1998), Valoración de la prueba de posiciones en la jurisprudencia del Máximo

Según el artículo 1.401 del Código Civil (1982), "La confesión hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato ante un Juez, aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba"; y la Corte en decisión 20 de Enero de 1965 expresó: "Aún cuando el recurrente parece apoyarse en el ordinal 1º del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil (1986), (equivalente al artículo 320 del vigente) y que denuncia la infracción del artículo 1.401 del Código Civil (1982), que contiene una regla expresa para valorar la prueba de confesión", con cuyo criterio perdió vigencia el antes citado del 05-11-57.

No obstante, la Corte observa que el principio contenido en el citado artículo 1,401 solo puede ser rectamente concebido cuando se lo analiza dentro del contexto general normativo que establece las reglas de valoración de la prueba; evidentemente, para que la confesión tenga la validez que le otorga el indicado dispositivo legal, es necesario que verse sobre un aspecto respecto del cuál se admita la prueba de confesión, ya que en caso contrario, la confesión resultaría irrelevante o improcedente. Se colige de la motivación señalada, que el juzgador ha desechado el valor probatorio de la confesión

aludida porque en su criterio, la misma ha versado sobre conceptos jurídicos y no sobre hechos, en virtud de lo cual resulta irrelevante.

Por otra parte, el artículo 403 establece la obligación del absolvente de contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria. De modo que existe el juramento formal en esta prueba, o no son posiciones juradas, pues se trata de un requisito esencial para su eficacia y validez. De no prestarse el juramento las posiciones son invalorable e inapreciables. En efecto, en decisión de fecha 7 de Julio de 1966, nuestro Máximo Tribunal decidió que, no puede aceptarse el alegato de que es suficiente con que la parte conteste la posiciones y que hasta mayor mérito tiene que lo haga libremente y no bajo coacción moral del juramento.

Eso podría parecerle así a la parte, pero el legislador estableció un requisito de forma, el juramento, como medio de garantizar la verdad de las contestaciones; y el Juez tiene que atenerse a las formalidades de que el legislador rodea la prueba para que a ella puedan serles reconocidos los efectos que la ley le atribuye. Si tales requisitos de forma faltan, el sentenciador no puede considerar esa pretendida prueba como unas posiciones juradas, ni atribuirle el mérito que el legislador atribuye a tal tipo de probanza cuando ha sido hecha en forma ilegal.

Según Rengel Romberg (1999), las posiciones deben absolverse bajo

la fe del juramento (*iuxta formam iuramenti*). Esta salvaguarda religiosa, congruente con la conciencia creyente de los Doctores de la Edad Media, perseguía, además, que las posiciones lograrán el propósito de obtener la verdad del hecho, mediante la confesión y se fue haciendo más estricta.

Así mientras Durantis, seguido por Baldo y Scaccia (citados por Rengel Romberg 1999) sostenían que bastaba que el juez recordara a las partes el *iuramentum calumniae*, prestado por ellas precedentemente; en cambio Micalori (citado por Rengel Romberg 1999), sostenía que si bien esto bastaba para el ponente, era en cambio insuficiente respecto del interrogado, el cual debía específicamente jurar de *veritate*

La razón de esta regla -explica Castellari (citado por Rengel Romberg 1999), es evidente. Se hace jurar al interrogado, precisamente porque su conciencia coartada por el vínculo jurídico y religioso contraído, puede resistir a la posible seducción de disimular la verdad que puede perjudicar a su interés. Por tanto está en conformidad con aquello que el juramento prestado muestra verdadero a su espíritu, que el interrogado mismo tiene el deber de responder. En el derecho no se exige el juramento al ponente, sino solamente al interrogado o absolvente, y la jurisprudencia tiene establecido, que no puede atribuírsele mérito a las posiciones juradas cuando falta el requisito previo de la juramentación del absolvente.

La tendencia moderna es la supresión del juramento en las posiciones. Para Couture, (citado por Rengel Romberg 1999) existe una incongruencia técnica de la confesión bajo juramento: aquella de que la ley concentre en unidad de acto tan dispares institutos, como lo son la confesión y el juramento.

En cuestión, toda declaración decisiva -afirma Couture- (citado por Rengel Romberg 1999) supone en el espíritu un cálculo de valores. Por una parte las premisas del interés; por otra las premisas de la responsabilidad. La declaración engañosa significa un triunfo de las premisas del interés, porque han sido más fuertes los valores derivados de una esperanza de ventaja. La declaración cierta, contraria al interés, significa un triunfo de las premisas de responsabilidad, porque ha sido más poderoso el sentido de ésta última.

En la confesión -agrega Couture- (citado por Rengel Romberg 1999) se coloca a la parte, libremente, frente al conflicto, para que decida. No es necesaria ninguna presión externa, porque la decisión no admite más de dos supuestos: o se declara de acuerdo con el interés, y entonces se afronta la responsabilidad; o se declara en contra del interés, y en este caso toda la coacción es innecesaria.

En verdad, el requisito del juramento sólo tiene justificación cuando el absolvente es un sujeto con sentido de las altas responsabilidades religiosas,

éticas o sociales; pero si el sujeto absolvente es capaz de despojar el juramento de su valor, entonces carece de sentido.

Esta posición es concluyente, principalmente en aquellas legislaciones en las cuales no se sanciona con nulidad la prueba de posiciones en la que se ha omitido el juramento; o en aquellas en las cuales no está previsto el delito de perjurio. En la nuestra, que exige el requisito del juramento para las posiciones (Artículo 403 del Código de Procedimiento Civil) y establece el delito de perjurio (Artículo 249 Código Penal), es evidente que el temor a esta sanción fortalece la responsabilidad del absolvente, y se salva así el alto valor ético del juramento.

Por ello, la casación tiene establecida la doctrina según la cual, debe distinguirse entre ser obligado y estar obligado. Son dos conceptos distintos - dice la casación-. Para lo primero se requiere determinado constreñimiento o coacción, que puede ser física o moral (tortura o amenaza); en tanto que para lo segundo no, pues aquí sólo está en juego la propia voluntad del interpelado. Por tanto, cuando se trata de las posiciones juradas, es obvio que el litigante no puede ser obligado, es decir, compelido o constreñido por presión externa a prestar el juramento pero si está obligado a ello y a contestar las preguntas que le haga el adversario, pues su negativa le acarrea indefectiblemente la sanción de ser considerado como confeso.

La confesión del reo -ha dicho la casación en otro fallo- es así en lo civil como en lo penal, la prueba por excelencia, la que ofrece más seguridad para los fallos de la justicia, disminuyendo a límites extremos la posibilidad de algún error, porque casi siempre contiene la verdad cuando, hecha en pleno uso de las facultades mentales y sin apremio, perjudica a quien la ofrece.

Según el artículo 1.362 del Código Civil (1982), "Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumentos públicos, no producen efectos sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros". Por consiguiente ¿mediante las posiciones juradas se puede eficazmente contrariar lo pactado en documento público?

Por otra parte, las posiciones juradas sólo pueden versar sobre hechos, si el absolvente, a quien se le ha opuesto en juicio ese documento privado, no desconoce la firma, en principio, es posible que los hechos contenidos en ese instrumento privado queden admitidos por el absolvente y, en consecuencia, se contraría así lo establecido en el documento público. La Casación venezolana en sentencia del 29 de Enero de 1963, dispuso que las posiciones estampadas al demandado en su ausencia referente a un documento privado posterior a uno público, puedan contrariar el contenido de ese documento público, produciendo aquel efecto entre los contratantes.

El artículo 412 del Código de Procedimiento Civil establece: Se tendrá por confesa en las posiciones: a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio". Ahora bien, puede ocurrir que el absolvente afirme ciertos hechos que contradice en las posiciones juradas y pudiera interpretarse como si tal contradicción constituye perjurio; pero no lo considera así la jurisprudencia del más Alto Tribunal, cuando en decisión del 27 de junio de 1952, decidió que la contradicción entre el libelo y las posiciones no constituyen perjurio, pues en el primero nada se afirma bajo juramento.

La contradicción entre las posiciones y los demás elementos de autos es un hecho que está dentro de la órbita de apreciación de los jueces del mérito, quienes deciden acerca de la concordancia o discordancia de las pruebas entre si, siempre que no incurran en falso supuesto de apreciación (G. F. n°. 11,1E, pp. 408 y ss). Por otra parte, según el mismo artículo 412 "Se tendrá por confesa en las posiciones a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo.

Ahora bien, el Juez dispone de libertad de valoración para declarar confeso o no al absolvente ausente del acto, cuando pondera las circunstancias evidenciadas en autos; o, se considera, que sin estar allí tal evidencia haya ocurrido un hecho notorio, que conduce al Juez a apreciarlo como motivo legítimo determinante de la inasistencia del absolvente al acto

de las posiciones; puesto que los hechos notorios no son objeto de pruebas, en cuyo caso el Juez tiene facultad para no declararlo confeso aún cuando aquellas le hayan sido estampadas.

El artículo 414 del Código de Procedimiento Civil contiene una regla expresa para la valoración de la prueba de posiciones, cuando expresa que se tendrá por confesa a aquella que no responda de una manera terminante.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE HA RESPONDIDO

Cuando el absolvente queda confeso por no haber contestado las posiciones juradas de una manera terminante, esa confesión es pura y simple y surte pleno efecto probatorio contra el confesante, por virtud de los artículos 1.404 del Código Civil (1982), y 301 del Procedimiento Civil (equivalente al artículo 414 del vigente).

Y por la significación de la palabra Confeso no es contundente en ese momento, la ficción cedería a la realidad de las pruebas que consten en el expediente, la determinación de la Confesión, es de contundencia, se hará al momento de valorar y apreciar las pruebas al momento de dictar sentencia el juez.

Las posiciones estampadas, al tenor del artículo 412 ¿tienen el valor de

plena prueba'? Si las posiciones estampadas tienen el valor de plena prueba, significaría que esa prueba no podría ser desvirtuable por otras pruebas, y de ser así, entonces al Juez no le quedaría otra alternativa que sujetarse a la verdad (formal) contenida en las posiciones estampadas, en cuyo caso su soberanía de examen y apreciación de las demás pruebas del proceso, quedarían limitados por el resultado de las posiciones estampadas.

La concepción del artículo 412, en cuanto a que: se tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte", no es más que una presunción iuris tantum; después se verá que no es unja presunción, o como ha sostenido el más alto Tribunal en decisión del 8 de Agosto de 1961, las posiciones estampadas al demandado.

Así mismo, la confesión ficta en que éste incurrió, son pruebas presuntas que obran contra el demandado por su inasistencia a los actos que estaba llamado a concurrir, pero mal pueden prevalecer frente a las pruebas reales y positivas, como es entre ellas la del documento acompañado a la demanda, demostrativo de su carencia de validez como la letra de cambio.

Y ya se tuvo la ocasión de anotar también que "Se tendrá por confesa en las posiciones, no que "es confesa en las posiciones " por lo que admite prueba en contrario (Sentencia del 09-04-58); además de que la confesión que surge de posiciones estampadas tiene carácter tácito o presunto. En

consecuencia, admite prueba en contrario, sin limitar en forma alguna el poder de apreciación del material probatorio que arrojen los autos, que corresponde a los jueces de instancia (Sentencia del 13-08-80).

¿Estará el Juez obligado a valorar los alegatos de las partes presentados en los informes, cuando ha ocurrido la confesión? Ha sostenido el Máximo Tribunal, que si bien los jueces no tienen la obligación de sentenciar tomando en cuenta los alegatos expuestos por las partes en sus informes, sí están obligados cuando ocurre una confesión, a valorar todos los argumentos que la parte demandada exponga en su escrito de informes, tratándose de rebatir la presunción iuris tantum que se desprende de los hechos alegados en el libelo con motivo de la confesión o para señalar que la acción del demandante es contraria a la ley (Sent. del 14 de junio 1988).

Por otra parte, lo antes expuesto obliga al sentenciador de la recurrida - ha sostenido la Corte- a considerar en primer lugar si la referida defensa hecha en informes era en realidad una defensa que requiere decisión expresa positiva y precisa (Sent. del 7 de julio de 1988).

Ahora bien, tratándose de las posiciones juradas puede darse el caso de que el absolvente conteste a una posición que "no es cierto" determinado hecho y el juzgador llega a sostener que tal respuesta no es categórica ni directa, que no es terminante; en cuyo caso hay que indagar si el absolvente

cumplió o no con lo exigido en el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil que obliga al confesante a dar una respuesta directa y categórica, confesando o negando la posición que se le formule.

Al efecto, se puede mencionar el caso cuando el absolvente respondió "no es cierto" y el Máximo Tribunal, en decisión del 17 de Marzo de 1982, dispuso: "el absolvente al contestar la posición adaptó su conducta a la exigencia del artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual mal podía el Juez de la recurrida considerar confesa a la demandada y dar por cierto el hecho a que se refería la posición, sin infringir la norma citada y sin violar, a la vez el artículo 1.404 del Código Civil (1982), que da a la confesión, expresa o presunta, valor de prueba plena entre las partes contendientes.

Entonces, al quedar infringidos los artículos 301 del Código de Procedimiento Civil (artículo 414 del vigente) y 1.404 del Código Civil, ya que en la recurrida se da por probado el hecho sin que haya menciones precisas en el acta de las posiciones juradas para así concebirlos, se ha consumado la figura del falso supuesto y, consecuentemente, ha resultado infringido también el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, pues la sentencia recurrida fue pronunciada sin que su sentenciador se atuviera a lo alegado y probado en autos.

Con el nuevo criterio desaparece el silencio de prueba como especie de la falta de motivación. ¿La confesión espontánea debe ser apreciada en todo caso por el Juez, así como debe valorar las posiciones juradas? Tal y como ha afirmado el Máximo Tribunal, en todo caso de producirse la prueba de confesión, por un medio distinto al de las posiciones, es decir, en forma espontánea se tiene que para que tal probanza sea apreciada por el Juez tiene que ser expresamente invocada por la parte, pudiendo realizarse en el escrito de informes, indicando su ubicación en las actas procesales, pues como se puede producir en cualquier estado y grado de la causa, esto es, fuera de los lapsos probatorios.

Por tal motivo, el juzgador no puede analizar y estudiar cada acta del proceso en la búsqueda de aquella que contenga la confesión, que corresponde a la parte interesada hacer la acotación al Juez indicando la ubicación de los instrumentos en los cuales se encuentra contenida dicha confesión.

En estos casos, cuando el Juez no detecte la confesión y por tanto silencio tal situación, no habrá lugar a recurso alguno por "silencio de prueba", por la confesión judicial espontánea hecha en cualquier estado y grado de la causa, al no ser de las pruebas producidas en los lapsos respectivos, no obliga al juzgador a tomarlas en cuenta, para motivar correctamente su fallo, sino lo ha alegado e invocado la parte interesada. (Sentencia Sala de Casación Civil del 27 /09/1995, expediente N°93-76).

Y en el mismo sentido, sentencia del 2 de Agosto de 2001 (exp. 00-293). Al respecto, Ramón Escovar León afirma que se ha proclamado que hay inmotivación porque el juez no valora una confesión espontánea. Resulta que esa "confesiones espontáneas, lo que contienen son hechos admitidos que no tienen que ser valorados", no muy de acuerdo con esto, porque sino se invoca por la parte interesada, el juez no incurre en ninguna infracción en caso de Confesiones Espontáneas, en cambio sí se invoca y el juez no la aprecia, sí incurrirá en infracción.

J. CONFESIÓN CONTRA LA SANA CRÍTICA

Siguiendo el criterio del doctor Gilberto Guerrero Quintero (2002). En cuanto al sistema seguido por el legislador venezolano, en nuestro proceso laboral, el Juez, para valorar las pruebas y pronunciar su sentencia, debe atenerse a las normas de derecho y al convencimiento que obtenga de los actos y conductas de las partes en el proceso; debido al marcado sentido social que contiene la Ley.

Así mismo, debe considerar los conocimientos de hechos que se encuentran comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia, pero orientando su decisión o fijando su criterio según las reglas de la Sana Crítica, tal como se evidencia de los siguientes artículos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), artículo 3, sólo apreciará las pruebas

incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas previstas en ella.

De igual manera en el artículo 5, se plantea que los jueces, en el desempeño de sus funciones, tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirla 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.

Y por tal causa, tiene que intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y la dirección adecuados, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos; artículo 6: El juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión... Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas de las cuales obtiene su convencimiento.

El artículo 10 especifica que los jueces del trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica..., por su parte en el artículo 121: El razonamiento lógico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuya a formar convicción respecto al hecho o hechos

controvertidos; Así mismo en el artículo 122: El juez puede extraer conclusiones en relación con la partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso...

Y esta es la tendencia seguida en el Código Orgánico Procesal Penal (G.O. n° 5.558 del 14-11-01), cuando en su artículo 22 estatuye: "Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia".

El Juez está obligado a analizar, juzgar todas las pruebas que se hayan producido, aunque aquella que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción expresándose siempre cual sea el criterio del Juez respecto de ellas (artículo 509, Código de Procedimiento Civil).

Esto que es aplicable a los procesos civiles en general, se cree que también o de igual forma es aplicable a los procesos regidos por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), tal como se evidencia de los artículos 3: sólo apreciará las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas previstas en ella.

Artículo 5: Los jueces, en el desempeño de sus funciones, tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirla 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; y por tal causa, tiene que intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y la dirección adecuados, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos; y el artículo 168: Se declarará con lugar el recurso de casación: 1. Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido forma sustanciales de los actos que menoscaben el derecho a la defensa.

Así mismo, 2. Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la Ley o aplicarla falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma no vigente o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté o cuando se haya violado una máxima de experiencia. En los casos señalados, la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia. 3. Por falta, contradicción, error, falsedad o manifiesta ilogicidad de la motivación. Entonces, sí hay una prueba que no se valoró o se valoró mal, fundándose en estos artículos se puede estructurar denuncia en casación.

En tanto que también es obligación del Juez apreciar los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancias y convergencia entre si, y en relación con las demás pruebas de autos (artículo 510, Código De Procedimiento Civil).

Se cree que también es aplicable al proceso laboral, aunque no con la misma rigurosidad, ya que el artículo 116 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los considera auxilios probatorios o asumidos por el juez, por lo que, los podrá utilizar el juez si considera que son idóneos para tutelar el Derecho reclamado a la jurisdicción.

Ahora bien según el artículo 395 del Código De Procedimiento Civil, artículo 70 Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), son medios de pruebas admisibles en juicio aquellas que determinan esta ley, el Código Civil, el mismo Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República y puedan también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones.

Por tanto como se observa de lo establecido en las mencionadas normas, los medios probatorios, a los efectos de su promoción, son de dos tipos: los medios probatorios expresamente establecidos en la Ley; y los medios probatorios, que no están expresamente establecidos en la Ley y que no están expresamente prohibidos por la Ley, es decir, los medios probatorios libres.

K. CONFESIÓN FRENTE A LA TARIFA LEGAL

La "tarifa legal", denominado por varios autores como sistema de

valoración de prueba legal, se ha afirmado que no es el juez el que sentencia sino el legislador, ya que éste le dice como debe decidir, o sea, el legislador se sustituye al juez, le indica el valor de determinadas pruebas. Así se tiene, por ejemplo, el artículo 412 del Código De Procedimiento Civil que ordena al Juez a tener por confesa a la parte que incurre en cualquiera de los supuestos o casos que contempla esa norma; o el artículo 414 que también ordena al Juez a tener por confeso al absolvente que no responda de modo terminante; los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil (1982), que fijan la fuerza probatoria de la confesión.

Es, pues, en principio, que las reglas de valoración de la prueba establecen un determinado valor o tarifa probatoria. Sin embargo, tradicionalmente la doctrina nacional ha considerado como reglas de valoración todas aquellas que sin establecer un tarifa determinada, indican al juez cómo debe proceder a valorar las pruebas (Abreu Burelli - Mejía Arnal, La Casación Civil, pp. 415 y 416, Caracas 2005).

Como se observan en los artículos 412 y 414 del Código de Procedimiento Civil, las posiciones juradas constituyen una prueba tarifada o tasada. Para su disposición el juez debe atenerse -dentro de los casos o supuestos de tales normas- de confesión que resulte cuando se de cualquiera de esos supuestos; no estándole permitido valorar el mérito que resulte de la prueba según las reglas de la "sana critica" si no se atiende a la redacción del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, la doctrina de nuestro Máximo Tribunal ha atemperado el rigorismo del artículo 412 eiusdem, cuando en sentencia del 09-04-58, que resulta aplicable al Código Vigente, dispuso: Se tendrá por confesa en las posiciones", no que "Es confesa en las posiciones", por lo que admite prueba en contrario y en relación a la confesión que el legislador establece de posiciones estampadas.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13-08-90 estableció que esa confesión surgida de tal proceder, "tiene carácter o presunto. En consecuencia, admite prueba en contrario sin limitar en forma alguna el poder de apreciación del material probatorio que arrojen los autos, que corresponde a los jueces de instancia.

Lo mismo puede afirmarse en cuanto al artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, pues "se tendrá por confesa a aquella que no responda de manera terminante". En efecto, la contestación del absolvente debe ser directa o categórica, pero tal respuesta no debe estar aislada del principio del artículo 403, según el cual esa respuesta debe ser sobre hechos de que tenga conocimiento personal; de lo cual se puede deducir que el juez, no obstante lo categórico del artículo 414, tiene el soberano criterio de apreciación dentro de los principios y límites establecidos en el Código de Procedimiento Civil, a fin de establecer sí la contestación del absolvente es o no terminante.

En el Código de Procedimiento Civil nuestro legislador instituyó el principio o sistema de la libre apreciación, pues según el artículo 507 "a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica". De esta norma se deduce la intención legislativa de conceder prevalencia al sistema de la libre apreciación del juez mediante la sana crítica, pero atenuando la tarifa legal.

Puede hacerse referencia que el legislador, ante las ventajas de la tarifa legal y de la de la libre apreciación optó por ser ecléctico pues estatuyó los dos sistemas de valoración de las pruebas (sin que tenga una tercera posición) manteniendo aquel sistema (tarifa legal) y acogió también el de la sana crítica, conjugándose los dos sistemas, pues se aplican los dos según las circunstancias, toda vez que si hay una regla legal para valorar el mérito de la prueba de posiciones juradas, se aplicará esta.

En caso de no existir, entonces el juez está obligado a valorar según las reglas de la sana crítica, que es la concepción del artículo 507 que, como se observa de su texto, contiene los dos sistemas para la apreciación de la prueba.

O como afirmara la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en decisión de fecha 23-03-92, "El sistema de la sana crítica que

puede considerarse como una categoría intermedia, y en el cual el legislador no goza de absoluta libertad de apreciación, ni tampoco está sujeto inexorablemente a la tarifa legal predeterminada por la norma, sino que el Juez guiado por la función inductiva-deductiva de su intelecto, y por su conocimiento de la experiencia, llega a persuadirse racionalmente de la certeza del hecho controvertido en el proceso"

Quando el legislador patrio en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), concede prioridad a las reglas de la sana crítica, salvo que exista "regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba" no está haciendo otra cosa que admitir el sistema de la libre apreciación de las pruebas. Para la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11-10-01 (exp. 99-874) "una vez incorporada la prueba al proceso deja de pertenecer al litigante que la ha producido, para transformarse en común, de modo que el juez puede valorarla libremente, conforme a las reglas de la sana crítica, hasta en beneficio del adversario de aquella parte que ha producido la prueba".

La confesión no siempre indica que el juez debe fallar a favor de la otra parte. El debe tomar en cuenta muchos elementos existentes dentro del proceso. Obsérvense los ejemplos siguientes: Puede ocurrir que el absolvente no tenga conocimiento personal de los hechos de la causa (artículo 403 del Código de Procedimiento Civil); o que los mismos sean

impertinentes (artículos 403, 405, 410, 412 del Código de Procedimiento Civil); que se trate de hechos en los que está interesado el orden público o las buenas costumbres (artículo 6 Código Civil).

Igualmente, que se trate de derechos indisponibles; que las posiciones se efectúe antes de la contestación de la demanda o después del momento de comenzar los informes de las partes para sentencia (artículo 405 del Código de Procedimiento Civil); o que el solicitante de las posiciones no este dispuesto a comparecer al tribunal a absolverlas recíprocamente a la parte contraria (artículo 406 del Código de Procedimiento Civil) y no obstante a este le son estampadas las mismas al no haber comparecido; pudiendo ocurrir que sea llamado a absolver posiciones el apoderado en nombre de su mandante, sin que subsista mandato en el momento de promoción de las posiciones (artículo 407 del Código de Procedimiento Civil).

También que se trate de obligar a comparecer al tribunal a absolverlas a una persona eximida por la ley de comparecer a declarar como testigo (artículo 408 del Código de Procedimiento Civil). El caso, por ejemplo, de estamparse las posiciones sobre hechos no controvertidos (artículos 403, 405, 410, 412 del Código de Procedimiento Civil); la formulación de posiciones en exceso al número previsto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil sin autorización del juez; el caso de incomparecencia al acto de las posiciones, cuando luego de serle estampadas, el absolvente

comprueba que tuvo motivo legítimo para no estar presente.

Además, cuando se estampan las posiciones en el primer acto o en la continuación del mismo después de alguna disposición alguna suspensión de aquel, o de haberlo proseguido ante un Juez comisionado, sin que se haya dejado transcurrir, en cualquiera de tales casos, sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia (artículo 414 del Código de Procedimiento Civil).

El caso del absolvente que no comparece al tribunal de la causa al acto de posiciones, debido a no encontrarse allí (artículo 417 del Código de Procedimiento Civil). Cuando se promueve el medio probatorio más de una vez en la primera instancia o más de una en la segunda sin que después de absueltas las primeras se hayan alegado en contra hechos o instrumentos nuevos (artículo 419 del Código de Procedimiento Civil). En los casos antes mencionados, por haberse realizado la prueba de posiciones en contra de lo previsto en la norma correspondiente, el juez no podrá legalmente declarar confesa a la parte que quedó confesa en principio.

Por ello, el juez no tiene allí libertad absoluta para tener por confeso al absolvente, ya que la libre valoración o apreciación no es arbitrariedad; pues en algunos casos las posiciones no debieron admitirse, en otros no se cumplió con los requisitos legales o el absolvente comprobó la causa legítima

de su incomparecencia; o como expresó la Casación venezolana: También podrá desecharse en definitiva esa confesión, si tal prueba se hubiese evacuado con quebrantamiento de trámites o de la ley o cuando se prueba la realidad, ya que la ficción cede ante la realidad.

L. CRITERIO SOBRE LA CONFESION FICTA

Por otra parte, sostiene Jesús Eduardo Cabrera Romero (1998), que el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil exige tres (3) requisitos para que pueda tenerse por confeso a un demandado. Se trata de tres requisitos acumulativos que deben cumplirse en su totalidad, y su verificación conduce a que sea en la sentencia definitiva y no antes, cuando se declare que el demandado ha quedado confeso; de allí que es un grave error la práctica forense que surge, que apenas el demandado no contesta oportunamente la demanda, acude ante el Juez y en autos le pide que le declare de inmediato confeso a ese demandado que no asistió.

Esa declaratoria inmediata no la prevé el Código, ni la ha contemplado nunca; ni siquiera en el Código de Procedimiento Civil de 1873 cuando aparece el primer antecedente del actual artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. Es necesario que se den los tres requisitos:

El primero: Que el demandado no conteste la demanda.

El Segundo. Que en el término probatorio nada probare que lo favorezca.

El Tercero: Que la petición del actor no sea contraria a derecho.

Solamente, después que concurren y se constatan estos tres requisitos, es que el Tribunal puede declarar la confesión ficta de inmediato. Se ha planteado ante los Tribunales laborales una situación parecida a la que se está comentando, que tiene que ver con la interpretación del artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, actual 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Según ese artículo, el demandado en el proceso laboral deberá contestar la demanda y determinar con claridad cuales de los hechos invocados en el libelo admite como ciertos y cuales niega o rechaza, y expresará, así mismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar.

Tradicionalmente la casación civil venezolana en sentencias de 29-11-89, del 19-05-94 y de 27-07-94, ha venido señalando que como la norma habla de "lo que creyere conveniente alegar", esta es una facultad que tiene el demandado, y que a éste, en el proceso laboral, le basta para cumplir con el artículo 68, negar hecho por hecho, y esta ha sido hasta este momento la tónica de casación civil.

Una sentencia del Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 10 Octubre de 1996 (Juez; Juan García Vara), ha planteado una situación

totalmente distinta. Ella dice que no hay ninguna razón lógica en la señalada doctrina de la Corte. Que si lo que la Corte planteó es que en los juicios de trabajo se trató de evitar la contestación en globo, pues, mal efecto se ha logrado poniendo al demandado a decir: contradigo tal hecho y contradigo ese otro hecho.

Pareciera entonces que lo que hay en estos juicios es una especie de masoquismo procesal, porque sería mucho más fácil que el demandado dijera contradigo todos los hechos y por tanto, esa no puede ser la interpretación correcta del artículo a pesar de esas sentencias de la Corte, que aducen que la interpretación lógica es que hay que ir contradiciendo hecho por hecho en la contestación laboral sin necesidad de argüir más nada.

Plantea la sentencia del Juzgado Superior Quinto del Trabajo comentada, que debido a que sería ilógico que lo que pretendió el legislador fue que se negara cada uno de los hechos sin más, la frase que el demandado alegue lo que creyere conveniente, lo que significa, es que el demandado, que normalmente es el patrono y que además es el que sabe cómo sucedieron los hechos y el que por lo regular tiene acceso a las pruebas, por razones de lealtad y probidad, sí él niega la existencia del contrato de trabajo, tiene que ir señalando en su contradicción los hechos en los cuales la basa. Que no le basta decir: contradigo o niego tal hecho, sino

lo niego por tal causa: porque ese no era el salario, sino el salario era tanto.

Asumiría una actitud positiva con relación a sus negaciones. Por ejemplo: niego que este señor fue mal despedido, porque lo despedí por tal razón y sería entonces esa la fórmula para contestar las demandas laborales, y que si no se realiza así, se debería considerar que no hubo contestación de la demanda.

Según las reglas de la carga de la prueba y según la norma del artículo 135 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) el demandado deberá negar o rechazar los hechos invocados en el libelo y expresar asimismo los hechos o fundamentos de su defensa o los motivos del rechazo. Se presentan varias situaciones: 1) Al contestar la demanda no niegue o rechace nada el demandado, a pesar de presentar el escrito de contestación; 2) Que niegue algunos expresando los fundamentos o los motivos del rechazo; y sobre los otros los niegue y no exprese los fundamentos o los motivos del rechazo, o no los niegue o rechace (expresamente), que es lo mismo no realiza ninguna negación o rechazo; o los admita expresamente como ciertos.

A precisión del investigador, en ninguno de los casos anteriores incluyendo el primero, existiría o habría Confesión Ficta, porque el demandado compareció, al presentar el escrito de contestación y al

presentarlo mal se pudiera hablar de Confesión Ficta, porque la ficción de Confesión que crea la Ley o el legislador, se trata de su incomparecencia en este caso, al acto o presentación del escrito de contestación de la demanda.

En este sentido, lo que habría según el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) y la regla de distribución de la carga de la prueba, es determinar cuales hechos están admitidos expresamente o tácitamente; y en estos incluiría, los que no se negaron, ni se afirmaron o admitieron expresamente; y los hechos que habiéndose negados, no se les expuso los fundamentos o motivos del rechazo que sin embargo, según el artículo 135 primer párrafo parte final, pueden ser desvirtuados por algunos de los elementos del proceso, por interpretación en contrario, o sea, que se puede acceder a la fase probatoria, vale decir Audiencia de Juicio. Verificar entonces, cuales hechos resultan controvertidos ya que sobre estos, es que se va a realizar el debate probatorio, según se desprende del artículo 75 Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

En razón a ello, se tiene así un nuevo enfoque sobre como debe ser la contestación de la demanda, esta vez en materia laboral considerada por lo siguiente: El artículo 361 Código de Procedimiento Civil utiliza la misma frase del artículo 68 Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (1959): "defensas o excepciones perentorias que tengan conveniente alegar" y con relación a las excepciones perentorias, lo "conveniente alegar"

involucra la razón fáctica de la excepción perentoria.

Al usarse esa misma locución en el artículo 68 Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (1959), pero con un sentido más general y no limitado a las excepciones perentorias, se están pidiendo al demandado las razones que justifica las negaciones de los hechos, que vayan mas allá de la negación misma. Este criterio ha sido plasmado en el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). La mejor forma de solucionar este asunto, se tendría que hacer de la siguiente manera.

Se tiene que tener claro algo, que se está ante una carga. Existe un peso en el interés del demandado de contestar la demanda, ¿pero si no se contesta la demanda, que pasa inmediatamente? En el momento de la contumacia, por el hecho de inasistir o no contestar, el demandado aun no está confeso.

Por el hecho de inasistir o no contestar, nada ha admitido, simplemente el no ha alegado nada, pero tampoco ha admitido nada. Además, por el hecho de no asistir, y esto es importante, no surge presunción alguna en su contra. La Casación Civil, equivocando el concepto en sentencias del 08-08-61, del 26-09-71 y del 17-10-91, ha venido hablando de una presunción que nace con motivo de la falta de contestación, posición que también asume el Profesor Rengel Romberg.

¿Qué es una presunción legal? Una presunción legal parte de unos hechos conocidos que al probarse, la Ley da como cierto a un hecho desconocido. Cuando la presunción, por mencionar alguna, *pater is est*, funciona, lo que basta probar es que dentro de un matrimonio, o dentro de un concubinato, nace un niño, e inmediatamente la presunción es que ese es hijo del marido.

Ahora bien, la presunción legal, para hacerle perder sus efectos, requiere plena prueba, porque es la propia Ley la que está aceptando como cierto, el hecho desconocido, y la aceptación del hecho desconocido surge porque, por máximas de experiencia se reconoce que ese hecho es el resultado normal y seguro de lo probado; pero resulta que el propio artículo 362 Código de Procedimiento Civil al disponer que al demandado le basta probar algo que lo favorezca, está señalando que no se esta ante una presunción, ya que no se requiere plena prueba para destruir los alegatos del actor.

No es cierto que haya una presunción como lo ha venido diciendo la Corte. Tampoco se esta ante una apariencia, porque la apariencia parte de una realidad, y por ello la apariencia no la crea la Ley, y resulta que los efectos del artículo 362 no parten de algo que sucedió que haga pensar inmediatamente que el demandado está confesando.

En este sentido, la Ley otorga efectos a actos realizados por el heredero aparente, ¿Por qué? Porque existe la apariencia, hay una realidad, hay alguien que se hace pasar por heredero o luce como tal. La Ley le da efecto al matrimonio putativo ¿por qué?. Porque existe un matrimonio aparente, uno de los cónyuges estaba unido a otro vínculo, pero existía en él la apariencia de soltería y por ello alguien contrajo nupcias con él. Pero no puede existir una apariencia de confesión cuando ésta para que exista debe provenir de una declaración expresa, y esa declaración expresa no existe en el caso del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, ni nada parecido.

Como lo ha dicho la doctrina desde la época Romana, se esta ante una ficción, que es algo distinto a una presunción y a una apariencia. La ficción no es realidad. La ficción la crea la Ley como un fenómeno adjetivo y normalmente se limita a las partes.

El autor citado es del criterio que, es sumamente importante tener claro cual es la naturaleza de los efectos de esta inasistencia del demandado a contestar la demanda, y se tiene que lo que va a producir, que sería una ficción de confesión, como ficción que es nunca puede ir contra la realidad. Si se va a llegar a la posición de que la ficción impera sobre la realidad, no se esta haciendo justicia y no creo que ni siquiera se este aplicando derecho.

Y eso le ha hecho pensar que el artículo 362 se ha estado interpretando

muy alegremente, al partir de la idea de la presunción, que no es tal presunción y, que no se puede seguir viendo de esa manera, porque entonces sería entronizar también por esa vía la ficción sobre la realidad.

El artículo 362 del Código de Procedimiento Civil y sus efectos hay que interpretarlos de manera más amplia hacia la realidad, y si no se tendrían situaciones como las siguientes:

Imagínense que en un juicio penal surge un sobreseimiento y en consecuencia se va a intentar la acción civil, esto ante la jurisdicción civil. Esta es una acción que no se guía por las normas del Código Orgánico Procesal Penal. Resulta que el artículo 8 de ese último Código crea la presunción de inocencia.

Se demanda al victimario sobreseído o a sus herederos, y estos no contestan la demanda, ¿Ha cesado la presunción de inocencia? Porque también se esta claro, la ficción no puede ir contra las figuras legales, ¿entonces, es que esa presunción de inocencia se perdió porque no se contestó la demanda? Ese efecto no aparece en ninguna norma, y aceptarlo sería entonces llevar la ficción a un punto tal que hasta estaría derogando las leyes.

El investigador no se encuentra muy de acuerdo con lo anterior ya que

al estar demandado, al estar en el plano procesal tendría que cumplir las cargas procesales que le permitan gozar de la presunción de inocencia, además la presunción de inocencia es el plano sustantivo, sí se logra probar dentro del proceso penal, en contra de la presunción de inocencia, ya la presunción de inocencia estaría sin efecto y además rige para los procesos penales.

Y tampoco de acuerdo porque se va a juzgar en un proceso civil, es una competencia y materia diferente a la penal, por lo que no se va a juzgar la misma pretensión que en un proceso penal, entonces el sobreseimiento en lo penal no va a cesar por lo juzgado en sede civil ya que deberían ser pretensiones diferentes y el juez civil se debería declarar incompetente para conocer pretensión de carácter punitivo y pasar los autos al juez penal; y en todo caso extremo operaría la cosa juzgada, sí se plantea la misma pretensión a la competencia civil.

El autor en referencia continua señalando, les voy a cambiar el ejemplo, una parte demanda a la otra diciendo que era casado con ella, pero que los bienes que reclama en ese juicio no son de la comunidad conyugal a pesar que se adquirieron durante el matrimonio, y el demandado no contesta la demanda. Y ¿es que la ficción nacida de no contestar la demanda eliminó la presunción, el mandato legal, de que existía una comunidad conyugal?; ¿Y van los jueces a declarar entonces que esos bienes no son de la comunidad

conyugal porque el demandado no contestó la demanda?.

Bueno, si esto es así y se piensa que esto no puede ser así, se esta llegando a una especie de degeneración del derecho y del proceso, que lo que se busca no es hacer justicia ni declarar realidades, sino crear unos artificios que se llaman ficciones. Esto se asocia con una práctica que tiene la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, que se llama "La Técnica del Recurso". Resulta que la técnica del recurso no está en ninguna Ley, la cambia la Corte cada vez que les da la gana.

¿La Técnica del Recurso es Ley? Que yo sepa en un Estado de Derecho las leyes las promulga el Poder Nacional, y más si es de derecho escrito. Además, la Técnica del Recurso no aparece en ninguna Ley, esa es una forma de darle a la ficción un valor por encima de la realidad, que para mí es totalmente inconcebible y que creando gran desigualdad, forma un grupo exclusivo (uno más) que está compuesto por los ungidos que se dedican a leer los fallos de la Casación Civil, que además no se publican en la Gaceta Oficial, y al cual no tienen acceso el día de su publicación el 80% de los abogados del país.

Para una Casación así, la ficción tiene que tener más importancia que la realidad, y la prohibición del artículo 254 Código de Procedimiento Civil de no utilizar en los fallos sutilezas y puntos de mera forma queda como no

escrita. Considera Carlos Furno (citado por Cabrera Romero 1998) que la inasistencia a contestar la demanda, lo que crea es una regla de prueba legal y que se está ante una vinculación que la Ley impone al Juez para que fije unos hechos como ciertos.

Dentro de la tesis de Furno (citado por Cabrera Romero 1998), tratándose de un efecto legal, no había ni siquiera prueba en contra, y mediante esta regla se llegaba a un efecto idéntico al de la confesión, es decir, se convertía en plena prueba la actitud del demandado con relación a los hechos narrados por el actor en el libelo y, que lo único que era aceptable ante estas reglas de prueba legal vinculantes para el Juez, era el alegato del impedimento legítimo para no haber concurrido a contestar. Que solamente ante ese impedimento legítimo, si es que se demostraba, cesaba la regla de prueba legal.

Por otra parte, en Venezuela no se aceptó en ningún momento la situación del Código de Procedimiento Civil Italiano que comentó Furno (citado por Cabrera Romero 1998), ya que aquí se permite la prueba de algo que favorece al demandado. En consecuencia, se podría decir que aquí sí existe una regla de prueba legal; pero atenuada, y entonces realmente, ¿qué es lo que le pasa al demandado que no contesta la demanda?

Al demandado que no contesta la demanda, lo único que le está

pasando, a pesar de su contumacia, es que en su cabeza tiene la carga de la prueba, esto es, de probar que no es verdad lo que el demandante le achaca. Normalmente, en una demanda donde se afirman unos hechos y simplemente se niega su existencia, la carga de la prueba la tiene el actor. Pero resulta que a este demandado que no contestó la demanda, el legislador en el artículo 362 Código Procedimiento Civil le puso en su cabeza la carga de la prueba, y es a él, al demandado, a quien le corresponde probar algo que lo favorezca.

Esto permite que si hubiera cero pruebas, porque el actor nada probó y el demandado no contestó ni nada probó, el demandado termina perdiendo el juicio, porque él tenía la carga de la prueba, por imposición legal, y no cumplió con ella.

La carga objetiva de la prueba se rige por normas generales y normas especiales, y como es un principio de derecho que lo especial priva sobre lo general, pues la norma especial sobre la carga de la prueba, que es en este caso la del artículo 362, priva sobre las normas generales como las del artículo 1354 del Código Civil (1982), o la del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil (1986), Artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). En realidad, lo único serio que le está pasando a ese demandado, es que a él se le ha invertido la carga de la prueba y sólo así es posible lograr explicar dos situaciones:

- Que un menor pueda quedar confeso ficto. Claro en la sentencia definitiva. Observen que según el artículo 1405 Código Civil, no puede confesar quien no tenga capacidad. Entonces, nunca podría existir la confesión del menor. Ese menor representado por sus padres, tutor u otros representantes legales, que no contestó la demanda, sin embargo, va a quedar en la situación idéntica a del capaz que no cumplió con el artículo 361 Código Procedimiento Civil.

¿Por qué? Porque se esta hablando de posiciones procesales y el menor en la posición de demandado no contestó la demanda, a él se le impuso la carga de la prueba, y era él (como demandado) el que tenía que probar, y sí no lo hizo, como cualquier parte en un juicio con relación a la repartición de la carga de la prueba, sufre los efectos de la carga que incumplió. Esto a la vez, permite entender otra situación, que sino sería muy anómala.

- Nadie puede confesar hechos que no conoce personalmente (artículo 403 del Código de Procedimiento Civil). No se confiesan hechos que se desconocen. Siendo así, el defensor ad-litem, que no contesta la demanda, nunca podría perjudicar al demandado, porque él no tiene conocimiento de los hechos, sobre todo, si se trata de alguien sin nexo con el defendido.

Entonces, ¿por qué el defensor ad-litem que no contesta la demanda, que desconoce los hechos, sin embargo, perjudica al demandado,

asimilándose su incomparecencia a una confesión, que tiene que versar sobre hechos conocidos?. Por una razón muy simple, es que el representa la posición del demandado, está ocupando esa posición y está recibiendo en ella la inversión de la carga de la prueba por no contestar la demanda. Es ahora al demandado a quien le corresponde probar. Si el defensor ad-litem no prueba, su defendido estará como cualquier parte que tenga la carga de la prueba sobre sí y la incumple.

Como se esta ante una "inversión" de la carga de la prueba, el actor siempre tiene que estar pendiente de que puede subvertirse esta inversión, y por eso el actor debe promover pruebas. Porque si este demandado que no contestó empieza a probar y prueba algo que lo favorezca, le reinvierte la carga al actor y entonces se encontraría con que ese actor se quedaría desnudo ante esa situación y va a terminar perdiendo el juicio, porque él no probó y a él le correspondía la carga cuando se la reinvirtieron.

Por tal motivo, la situación del demandado no es tan grave, que lo que tiene encima es una inversión de la carga de la prueba, pero tampoco es que su situación sea boyante como la que hubiera tenido si hubiera contestado la demanda, porque, fíjense, él ha perdido una serie de oportunidades procesales debido al carácter preclusivo del juicio.

Ya no tiene la oportunidad de alegar, no tiene oportunidad de oponer

excepciones perentorias, no tiene la oportunidad de reconvenir, de citar en garantía; tampoco tiene la oportunidad de admitir los hechos para que se resuelva la causa de pleno derecho, según lo plantea el ordinal tercero del artículo 389 del Código de Procedimiento Civil; perdió el chance de tachar y desconocer los documentos privados producidos con el libelo; perdió el chance de desconocer las copias fotostáticas, o fotográficas de documentos auténticos que hubiera acompañado el actor y además, perdió también la oportunidad del artículo 38 del referido Código de discutir por exagerada la estimación, y claro está, perdió el chance de oponer las cuestiones previas.

Luego, su situación no es feliz, pero todavía él no está perdido; a él lo único que realmente le está pasando es que tiene una carga de la prueba que no tenía, una carga de la prueba para probar algo que lo favorezca. Este ha sido uno de los puntos más discutidos en la doctrina venezolana. Para Ramón F. Feo (Citado por Cabrera Romero 1998), probar algo que lo favorezca le permitía al demandado una libertad absoluta de probar cualquier hecho, el podía demostrar (el demandado) hechos extintivos, como el pago, la compensación, la remisión de la deuda, etc. Hechos invalidativos, como el error, el dolo, la violencia. O hechos modificativos, como una non *adimpleti contractus*.

Esa tesis de Feo (Citado por Cabrera Romero 1998), siempre fue discutida y criticada, y nunca ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia. La

razón es muy simple: el demandado que no contestó la demanda, estará en mejor situación que el que la contestó, porque quien lo hizo y se limitó a decir la contradigo tanto en los hechos como en el derecho, no puede probar pago, porque él no alegó la excepción de pago, ni tampoco podrá probar ni ningún hecho extintivo, y resulta que este demandado que se burló de la orden de comparecencia y no acudió al Tribunal.

Por ello, podrá probar pago u otro hecho extintivo y además estaría siempre sorprendiendo al actor e impidiéndole que le hiciera la contraprueba, porque como el actor no sabe qué es lo que el demandado va a probarle, ni puede ni siquiera intuirlo, si ese demandado comenzara a probar una compensación, un pago, u otra forma de extinción de las obligaciones o de nulidad de las mismas, el actor se quedaría totalmente sorprendido ya que él va a conocer las pruebas del demandado cuando el Tribunal las publique después de precluida la etapa de promoción de pruebas; y ese actor que no puede saber que ha promovido su contrario, no podrá contraprobar ya que desconoce lo que el demandado está ofreciendo, así como su alcance.

Así el demandado que no contesta la demanda, estaría en mejor posición que el que compareció y se encuentra atado por sus alegatos, en cuanto a los hechos a probar.

En relación a lo planteado en el Capítulo II en el cual se estableció el

compromiso de lograr un análisis particular con el aspecto del tema principal de la investigación, se expresa en los siguientes criterios de posición:

En cuanto al criterio de que en la Confesión no puede invocarse prueba en contrario. Tanto en el Código Civil (1982), como en el Código de Procedimiento Civil (1986), en lo referente a la confesión, no establecen de que no pueda invocarse prueba en contrario, quizás este criterio, de que no pueda invocarse prueba en contrario, se derive de lo que estipula el artículo 1.401 del Código Civil, hace contra ella plena prueba; esta última frase no se debería interpretar de ese modo.

Para un criterio más amplio, que tome en cuenta los postulados constitucionales del artículo 2 Estado de Derecho y de Justicia, 26 Tutela Judicial Efectiva, 257 el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Se debería interpretar la última frase del artículo 1.401 del Código Civil, y alcanzar el pleno valor probatorio la Confesión, después de que sea analizada junto o con las demás pruebas que consten en autos. Donde el juzgador al observar alguna prueba, que pueda aportar elementos de convicción, incluso hasta más contundentes que la misma confesión, tenga que tomar esa prueba para fundamentar su decisión.

Todo dependerá el grado de convicción que le merezcan al juzgador, en mayor o menor medida, las pruebas que consten en el expediente. Y si

alguna prueba desvirtúa la Confesión o posee una carga probatoria más contundente que la misma confesión, se debe tomar esa prueba. El pleno valor probatorio, lo alcanzaría la Confesión, después o luego de ser analizada con las demás pruebas de autos. Si es contundente ninguna prueba podrá destruir o desvirtuar, el valor probatorio que la confesión arroja o contenga.

Caridad (2004), señala en base a sentencia de la Sala Constitucional, Caso Mazzios Restaurant, No. 370 del 27 de Marzo de 2.001, Expediente No. 2.426: “a diferencia de los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil, que requieren que sea en la sentencia definitiva donde se fijen los hechos alegados por una parte (actora o formulante de las posiciones juradas) por las confesiones, la Ley Orgánica del Trabajo (1997), de una vez atribuye una presunción de confesión al incumplimiento de una formalidad extrajuicio, lo que conlleva a que sea el patrono quien tenga que desvirtuar la presunción nacida de inmediato por mandato legal, relevando de prueba al trabajador.

Ahora bien, esta presunción no es *iuris et de iure*, no solo porque el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), no le da ese trato, sino porque si la confesión expresa puede ser revocada, con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente de ficciones de la Ley, ya que de no ser así, no solo se violaría la estructura de la prueba de confesión, sino se transgrediría

el derecho de defensa del patrono, o de cualquiera que sea vea afectado por el incumplimiento de formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad.

De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de ficciones legales, que devendría en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad.

La confesión ficta resultante de posiciones estampadas, por una ficción, cede ante la realidad de una prueba documental, preferiblemente documento público por su naturaleza, que la contradiga. Sin embargo la apreciación que en la sentencia definitiva se haga del contenido del documento para ver si destruye la confesión, es de la libre facultad de los jueces sentenciadores, así como también la apreciación para establecer si el absolvente ha contestado o no de manera terminante, o en forma directa y categórica.

Según el artículo 1.362 del Código Civil (1982), "Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumentos públicos, no producen efectos sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros". Por consiguiente ¿mediante las posiciones juradas se puede eficazmente contrariar lo pactado en documento público?

Las posiciones juradas sólo pueden versar sobre hechos. Si el

absolvente, a quien se le ha opuesto en juicio ese documento privado, no desconoce la firma, en principio, es posible que los hechos contenidos en ese instrumento privado queden admitidos por el absolvente y, en consecuencia, se contraría así lo establecido en el documento público. La Casación venezolana en sentencia del 29 de Enero de 1963, dispuso que las posiciones estampadas al demandado en su ausencia referente a un documento privado posterior a uno público, puedan contrariar el contenido de ese documento público, produciendo aquel efecto entre los contratantes.

El artículo 412 del Código de Procedimiento Civil establece: Se tendrá por confesa en las posiciones: a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio. Puede ocurrir que el absolvente afirme ciertos hechos que contradice en las posiciones juradas y pudiera interpretarse como si tal contradicción constituye perjurio; pero no lo considera así la jurisprudencia del más Alto Tribunal, cuando en decisión del 27 de Junio de 1952, decidió que la contradicción entre el libelo y las posiciones no constituyen perjurio, pues en el primero nada se afirma.

La contradicción entre esa prueba y los demás elementos de autos es un hecho que está dentro de la órbita de apreciación de los jueces del mérito, quienes deciden acerca de la concordancia o discordancia de las pruebas entre si, siempre que no incurran en falso supuesto de apreciación.

Otra cuestión plantea la posibilidad de destruir los efectos de la confesión expresa mediante prueba en contrario. Alguien sostiene que ello es perfectamente admisible, pues en su defecto, la sentencia sancionaría una injusticia. “Si Cayo, se dice, reconoce haber pagado un crédito y luego presenta una escritura pública de la que resulta que está pago, la confesión queda destruida porque es imposible desconocer los efectos de ese instrumento”. Pero la doctrina extranjera, en general, afirma que la confesión judicial expresa hace plena prueba contra quien la realiza; es irrevocable salvo error de hecho o violencia y no puede invocarse prueba en contrario.

Esta solución que es la exacta, no está en realidad, en contraposición con la anterior, lo que sucede es que el ejemplo con que se pretende justificarla está mal planteado. Nadie en efecto, confiesa un hecho a menos de estar convencido de su verdad, de modo, que en el caso propuesto, si aparece una escritura pública, habrá motivo suficiente para pedir la revocación de la confesión por error (o violencia) como luego se vera, pero eso no autoriza a invocar prueba en contrario para destruir sus efectos. El distingo es importante, porque la prueba en contrario versaría sobre el hecho motivo de la confesión, mientras que en la revocación, la prueba debe referirse al error o a la violencia con que se prestó la confesión.

Son paradigmas que se tratan de cambiar, para favorecer la realización de la justicia. Claro algunas cosas entraría en lo ilógico o en la desfachatez,

donde una parte confiese algo y luego con alguna experticia que contenga lo contrario de su confesión y en función del error de hecho pretenda revocarla.

Entonces, surge la siguiente inquietud, si las demás pruebas que consten en el expediente para revocar o destruir la confesión, se les tiene que dar el mismo tratamiento que los documentos públicos o privados, es decir, revocar la Confesión por error de hecho, que se equivocó en la Confesión y tener como válido, o lo que es válido es la otra prueba. El otro criterio es que la otra prueba, por su propio peso, por ser más convincente y contundente desvirtúe la Confesión.

La diferencia radicaría en que en los documentos, el confesante interviene volitivamente o conscientemente en la formación del documento, en las otras pruebas, como por ejemplo experticia, examen sobre el cuerpo o la humanidad, sangre, orina o ADN, el resultado no dependería de la voluntad del confesante o no interviene su voluntad para la formación de la prueba, en el resultado definitivo; por eso a criterio del investigador, no procedería revocarla por error de hecho, ya que no habría un acto volitivo, que realizase y después se equivocase, por error de hecho para revocarla. Claro el acto sería volitivo porque la persona lo realiza según su parecer, pero no como en un documento, que presta su consentimiento al formar el documento.

M. CONFESIÓN FICTA Y EL DERECHO COMPARADO

En concordancia a las bases para la preparación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994)(1994)(texto aprobado), tema I y II, donde se establecen una serie de criterios de igualdad y protección para las partes, descritas a continuación:

Bases para la preparación de Código Procesal Civil. El problema de lentitud de los procesos y sus soluciones:

- La anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso.
- Los procesos contenciosos deben concluir con sentencia que produzca efectos de cosa juzgada en cuanto a las cuestiones que fueron materia de aquélla, teniéndose en cuenta los casos especiales de los procesos cautelares y en los que opere el principio *rebus sic stantibus*.

Bases generales comunes para Códigos latinoamericanos de procedimiento Civil

- Los procedimientos garantizarán los derechos de las partes,

otorgándoles oportunidad razonable para defenderse y hacer valer pruebas.

- Debe asegurarse la efectiva igualdad de las partes en todas las actuaciones del proceso.
- Es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo o *thema decidendum*, y se depure el proceso de defectos mediante el despacho saneador u otras medidas procesales similares.

Sustentado en lo anteriormente planteado, se evidencia que la Confesión Ficta para la Audiencia Preliminar, según el artículo 300.3 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994)(1994) establece que, sí el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2 del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí dispone.

Es importante destacar que en ninguna parte del artículo se establece o se deja entrever que de la conexión de las palabras entre sí y de la intención de ellas; es el de impedirle al demandado examinarles sus pruebas, ni mucho menos crearle indefensión y mucho menos sí los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión. No se

explica, entonces, porque los proyectistas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), basándose en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica, hayan instaurado la Confesión Ficta, sin brindarle la oportunidad al demandado de acceder a la fase probatoria.

1. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

a. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

• LOS PRINCIPIOS RECTORES

- Oralidad y proceso por audiencia. En la búsqueda de proporcionarla a los justiciables el efectivo acceso la justicia, para el cumplimiento del fin social del proceso; como se establece en la Exposición de motivos del anteproyecto, entonces se estableció para la Audiencia Preliminar en la inasistencia del demandado, dictar sentencia inmediatamente teniéndose por ciertos los hechos afirmados por el actor, en todo en lo que no se haya probado lo contrario. Dejando abierta la posibilidad para que el demandado pueda probar sus pretensiones.

Se declara la Confesión Ficta en la sentencia inmediatamente, pero tendría que valorar el juez, las pruebas que se hayan producido en autos; ya que como lo menciona el comentado artículo 300.3...se tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario;

entonces no es comprensible la configuración de la ficción sobre la Confesión del demandado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, se ha establecido con cierta sutileza, la Confesión Ficta, diferente a como se estableció en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), ya que como se desprende del 300.3, el juzgador tendría que dictar sentencia inmediatamente sino hay pruebas en autos que desvirtúen la pretensión del actor. El caso contrario es que, se encuentre pruebas en el expediente o que alguno de los elementos del proceso desvirtúen lo plasmado por el actor en su libelo de demanda, entonces tendría que sentenciar analizando las pruebas producidas en actas; y en ciertas circunstancias tendría el juez que evacuar las pruebas que consten en el expediente.

Aunque este no es el caso tratado en la investigación para este momento, se está analizando la Confesión Ficta en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), y a ella, se ocupara de inmediato. En cambio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) venezolana, establece en el artículo 131 que se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, un supuesto muy diferente a lo planteado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, porque en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), no establece nada con respecto a valor o

apreciar las pruebas producidas en autos o por algún elemento del proceso, sencillamente se declara la Confesión Ficta sino es contraria a derecho la pretensión del demandante.

El juzgador no tiene que trasladar su actividad cognoscitiva para analizar las pruebas que consten en el expediente; no distrae su atención para ocuparse de asuntos que pudieran servir para no violentarle su derecho al demandado.

2. DECLARACIÓN DE PARTE Y POSICIONES JURADAS

La Confesión Ficta a que se refieren los artículos 139.4 y 140.2, se tendrán por admitidos los hechos con respecto a esas circunstancias específicas de la Declaración de Parte y de las Posiciones (Juradas) a lo que ellas trataron, sí son susceptibles los hechos de ser probados por confesión. Sin perjuicio de que puedan ser impugnadas por las demás pruebas o por algunos de los elementos del proceso.

Lo que está en concordancia con la estructura de la Confesión Ficta, con las bases para la preparación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica; así como de la exposición de motivos del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica; y de poder acceder a las siguientes fases del proceso, sin violarle el Derecho de Defensa a la parte perjudicada por la Confesión Ficta.

Como se puede apreciar a lo largo de todo el texto del citado Código de los artículos que establecen la Confesión Ficta y sus relacionados, tales como 118, 120.2, 124, 139.4, 140.2, 265.3, 298.3, 299.1, 293.4, 299.6, 300.3 y 303.3.

Haciendo análisis del Artículo 118 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994), el cual hace referencia a la consecuencia de la incomparecencia, se evidencia que cuando el emplazado no comparece en el plazo correspondiente, el proceso puede continuar con las consecuencias que la ley determine, sin embargo es notorio que en el caso de la incomparecencia existe la posibilidad de nombrar un defensor de oficio quien habrá de seguir el proceso.

Por otra parte, el artículo 120.2 del mencionado código, el cual esta referido a la forma y contenido de la contestación, estipula el deber del pronunciamiento categóricamente por parte del demandado sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida, sin embargo destaca sobre el particular que el silencio del demandado, o el emitir respuestas ambiguas o evasivas, serán considerados como admisión de los hechos.

Destaca igualmente en el caso específico del artículo 124 del Código

Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, referido al allanamiento a la demanda, el cual establece la posibilidad del demandado en poder allanarse a la demanda, con las acciones que respectivamente se derivan del hecho y establece de igual manera una distinción en allanamientos a la demanda para el caso de cuestiones de orden publico, sí se tratare de derechos indisponibles o sí los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por Confesión, en los cuales habrán de seguirse los tramites del proceso respectivo.

Es de notoria importancia lo referido en el artículo 139.4 del mencionado Código, el cual hace determinaciones en el proceso de interrogatorio, donde tanto la incomparecencia como las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos de los hechos de la demanda o de la contestación, cuando sean susceptibles de ser probados por confesión.

Se evidencia de igual forma en el contenido del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, el capítulo referido a la conciliación previa, en el articulo 265.3 muestra en su contenido que en el caso de no comparecer el citado a pedido del citante el tribunal esta en capacidad de convocar una nueva audiencia bajo apercibimiento de que la incomparecencia se tendrá como presunción simple en contra de su interés en el proceso ulterior.

Sin embargo ilustra el articulo 298.3 que una vez que los plazos han

transcurrido, será convocada la audiencia preliminar indistintamente se hubiese sucedido la contestación o no. De esto se desprende que pueda declararse la rebeldía del demandado, en su ausencia ante solicitud del demandante, tal y como lo presenta el artículo 299.1.

En consecuencia, queda determinado que el tribunal ante la rebeldía del demandado, deba tener por admitidos los hechos alegados por el actor, siempre y cuando no resulten contradichos por la prueba de autos, la que deberá igualmente ser diligenciada, en todo lo que el Tribunal considere necesario, tal como lo describe el artículo 299.4. Sin impedírsele al declarado rebelde comparecer en cualquier estado del proceso, tomándolo en el estado en que se hallare, según se establece en el artículo 299.6.

Por su parte, en el artículo 300.3, establece que en el caso de que el inasistente fuese el demandado en la audiencia preliminar, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2º del artículo 124, en cuyo caso corresponderá seguir los trámites del proceso respectivo, si la cuestión planteada es de orden público, si se tratare de derechos indisponibles o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión.

Los comentados artículos no impiden que se pueda continuar con el desarrollo del proceso, acceder a las pruebas, para que a la parte perjudicada por la Confesión Ficta, no se le violente su derecho a la Defensa, pudiendo entonces, llegar al fondo del asunto, procurando el proceso el bienestar social por el cual ha sido creado, tutelándose en el proceso el Derecho de ambas partes.

Se denota entonces, una clara diferencia en como se ha establecido la Confesión Ficta en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, que es por el cual se sirvieron los proyectistas o autores de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) para inspirar a instaurar la Confesión Ficta en esa Ley; en donde en el citado Código, al no asistir el demandado a la Audiencia Preliminar, se pueden, o mejor dicho, se tienen, que examinar las pruebas de autos, como lo estipula el artículo 300.3 ... en todo lo que no se haya probado lo contrario... Y sino se ha probado, se tiene que hacer todo lo necesario para diligenciar las pruebas; que permitan esclarecer que la pretensión que se está discutiendo en el proceso, ocurrió en la realidad.

Queda a salvo lo que establece en la parte in fine de ese artículo 300.3, a la remisión expresa al artículo 124 en su inciso 2, donde se podrá seguir los trámites del proceso respectivo, sí la cuestión planteada es de Orden Público, si se tratare de derechos indisponibles o sí los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión.

En conclusión la Confesión Ficta como está estructurada en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en sus diferentes manifestaciones, no excluye que se pueda continuar con las siguientes fases del proceso, vale decir que se desvirtúe o compruebe según los casos, la realidad ante la ficción del Código sobre la Confesión. Muy por el contrario a como se establece en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) en las tres diferentes oportunidades en que se puede presentar la Confesión Ficta, que no menciona alguna posibilidad de probar la realidad.

Continuando con el análisis de la Confesión Ficta, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), tomando como referencia textos de importantes tratadistas, se destaca el criterio de Henríquez LaRoche (2003), el cual comenta que las normas que regulan el proceso contumacial son inconstitucionales y deben ser desaplicadas en control difuso de la constitucionalidad (artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil), de acuerdo a las siguientes razones: Porque la sentencia en rebeldía produce efectos inherentes y de eficacia concluyente en cuanto a la causa o mérito del incompareciente sin que la audiencia a la cual se deja de asistir tenga que ver con el fondo del caso o su solución por sentencia definitiva.

Por tanto, mal podría producirse una sentencia que defina la litis y condene al demandado, si el objetivo de la audiencia, a la que se deja de

comparecer, consiste en cuestiones distintas y preliminares: realizar la mediación entre las partes en procura de conciliación (artículos 133) o de arbitraje (artículos 6 y 138); sanación del proceso por medio del despacho saneador (artículo 134) y proceder las partes a la promoción de pruebas (artículo 73). En tal sentido, el artículo 49.3 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente.

En este particular, la Ley procesal laboral, limita el derecho de contradicción en sola razón a la incomparecencia a un acto cuyo cometido no tiene que ver en absoluto con la contestación a la demanda y consiguiente ejercicio del derecho de contradicción. El demandado que no compareció a la audiencia preliminar no tiene la posibilidad de desvirtuar la confesión ficta que obra en su contra mediante la promoción y evacuación de la contraprueba de los hechos libelados, tal como ocurre en el procedimiento ordinario (artículo 362 del Código de Procedimiento Civil), ya que la sentencia fundada en la confesión ficta se produce en la misma audiencia (illico modo) sin que la ley prevea un lapso de promoción de pruebas.

Expone por su parte, Mille-Mille (2002), que la sentencia en confesión se podrá ejecutar sobre el patrimonio de quien por ignorar la existencia del juicio no pudo apelar como lo señala el in fine del citado artículo 135 de la

aprobada y aún no sancionada Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) (actualmente si está sancionada y publicada, este criterio del autor es aplicable a los artículos 131, 135 y 151 de la actual Ley), y mucho menos ejercer ab-initio de manera efectiva y eficaz su derecho a la defensa.

Por otra parte, continua el citado autor, para evitar que las cosas se compliquen, llegándose hasta el ejercicio de un recurso de amparo, opina que en respeto al derecho a la defensa, previsto como inviolable en la Constitución y aún dentro del espíritu de simplificación y eliminación de formalidades excesivas, debería conservarse la figura del nombramiento de defensor de oficio que la disposición bajo análisis no menciona. Pero solamente en los casos específicos de demandados que no fueron notificados personalmente y no comparezcan a la audiencia preliminar. El defensor simplemente sería notificado por el alguacil y salvo impedimento valido, juramentado por el juez, sin más trámites.

El criterio de Urdaneta (2.003), hace hincapié, que a pesar de estar el demandado emplazado para la celebración de la Audiencia Preliminar, típicamente de naturaleza conciliadora, y no para la contestación de la demanda, los efectos de la sanción aplicada por su incomparecencia son los propios de la confesión ficta, entendida ésta como el reconocimiento tácito de las pretensiones libeladas, como consecuencia directa y tradicional derivada de la falta de contestación de la demanda.

Estos comentarios provenientes de calificados autores, presentan un sólido sustento para considerar que la Confesión Ficta producida en la fase de la Audiencia Preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), es inconstitucional y; no sólo eso, está fase por ser de naturaleza conciliadora, donde no necesariamente se va a conocer del fondo del asunto; incluso se pueden llegar a acuerdos que modifiquen, alteren o cambien la pretensión del actor.

En conclusión, se van a tratar asuntos que son propios de una Audiencia Preliminar y no de una Audiencia de Juicio o de un proceso judicial como tal, por lo que no es conveniente proporcionarle a la Confesión Ficta en esta etapa procesal los mismos efectos que para un trámite de juicio. Incluso la Confesión Ficta no debería estar establecida en esta etapa, porque en sí, es una ficción legal propia de un proceso judicial, que como se dijo anteriormente no estará relacionada directamente con la Audiencia Preliminar.

Tal situación determina que se estaría violentando evidentemente el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso del demandado, encontrándose estos en el artículo 49.1 de la Constitución Nacional, por impedirle continuar con la fase de conciliación a la que tiene derecho y de poder acceder a un proceso judicial; así como la tutela judicial efectiva estipulada en el artículo 26 ejusdem y el proceso es un instrumento fundamental para la

realización de la justicia, establecido en el artículo 257 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo según se establece en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, el nombre de Audiencia Preliminar da lugar a algún perplejidad, pues lo preliminar da idea de previa, lo que podría entenderse como anterior al proceso, esto es preprocesal. Si se considera como antecedente cercano el del régimen austriaco, lo que sostiene gran parte de la relevante doctrina, en puridad se debía traducir literalmente como primera audiencia (erste tagsatung) dentro del proceso.

Se trata entonces, de una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el Tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento. No hay duda de que el pretrial y aun también el preliminary hearing del proceso norteamericano resultan fuentes esenciales del instituto.

El antecedente austriaco es el que más se menciona por los autores iberoamericanos y todos invocan el ejemplo del Código Klein para apoyar la creación de ese instituto, no obstante la diferencia esencial en cuanto en éste la audiencia se realiza antes de la contestación de la demanda, razón por la cual, presumiblemente, ha sido establecida como facultativa.

3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Realizando una comparación de la Audiencia Preliminar, entre la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) y el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica. En primer lugar hay que decir que, en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica, generalmente va a existir una conciliación previa, pero que no va a ser la Audiencia Preliminar, similar a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

La estructura para el procedimiento ordinario en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica, es la Siguiete: En primera ocasión el proceso ordinario será precedido por una fase de conciliación y sin perjuicio de las diligencias preparatorias que se solicitaren, seguida de la demanda, continuando con la citación del demandado para realizar el siguiente acto que es la contestación, después de esto viene la Audiencia Preliminar, de existir el caso la Audiencia Complementaria y finalmente la sentencia, este a grosso modo es la estructura del procedimiento ordinario.

La estructura del procedimiento ordinario en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) es la siguiente, la demanda, a continuación la notificación del demandado para dar lugar a la Audiencia Preliminar, al concluir ésta y dentro de los siguientes cinco (5) días hábiles, la contestación de la demanda, sino se ha solicitado la resolución de la controversia mediante Arbitraje, se producirá la Audiencia de Juicio y finalmente la sentencia.

La instauración de la Audiencia Preliminar, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), está ubicada antes de la contestación de la demanda, es la primera etapa que se va a cumplir, por su puesto después de la demanda y de la notificación, encontrándose interactuando y estando presentes juntos por primera vez las partes; y por las funciones que se le han encomendado y por su ubicación, dan una idea de ser una Audiencia antes del proceso, es decir, de no formar parte del proceso; por no ser el mismo Juez de la conciliación el que va sentenciar el fondo del asunto, además de llegarse a una transacción, lo que no formó parte de ella es por lo que se va a seguir el proceso, fijándose entonces parcialmente el *thema decidendum*.

Los asuntos que se trataron en la Audiencia Preliminar, no necesariamente van a ser los mismos por los que se traten la contestación y la Audiencia de Juicio. No van a tener una relación directa la Audiencia Preliminar con las siguientes fases que son la Contestación y la Audiencia de Juicio.

Entonces no está relacionada de la misma forma que en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994). Sin embargo, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994) la Audiencia Preliminar, tiene funciones similares que en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), conciliadora, sanadora del proceso, fijación del *Thema Decidendum*, y otras diferentes como admisión y evacuación de medios probatorios, la diferencia

fundamental radica, en la misma Audiencia Preliminar, que en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994), está ubicada después de la contestación a la demanda, es en la Audiencia Preliminar del citado Código en donde se van a admitir los medios probatorios

Los mismos son evacuados posteriormente o se va hacer todo lo necesario para el diligenciamiento de los medios probatorios, para evacuarlos en la Audiencia Complementaria, es junto con la Audiencia Complementaria la última etapa antes de la sentencia y donde se va a fijar definitivamente el thema decidendum (que anteriormente se había fijado con la contestación a la demanda); y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) la audiencia preliminar está ubicada antes de la contestación a la demanda, se promueven los medios probatorios y es el comienzo del discurrir de los acontecimientos, no se va a admitir, ni a evacuar ningún medio probatorio.

La Audiencia Preliminar en el referido Código (1994), se puede considerar como etapa cumbre dentro del proceso, similar al momento procesal que se vive en la Audiencia de Juicio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), que es donde se van a evacuar los medios probatorios y acto seguido el tribunal dicta su acto jurisdiccional de decisión al fondo.

a. MEDIOS IMPUGNATIVOS DE LAS RESPECTIVAS SENTENCIAS

Según se establece en el artículo 218 y siguientes del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, el medio impugnativo de la sentencia que declare la Confesión Ficta, se considera que es el recurso de apelación por resolver el fondo de la causa con fuerza de cosa juzgada. Se considera que ese es el medio impugnativo porque, la apelación es el recurso concedido a favor de todo litigante que haya sufrido agravio por una resolución judicial, con el objeto que el Tribunal Superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule.

No se considera que es el recurso de reposición porque este, va dirigido a las providencias de trámite y los autos interlocutorios, a pesar que la sentencia de Confesión se produce en la misma Audiencia Preliminar y conforme al artículo 302.1 las resoluciones pronunciadas en el curso de la Audiencia admiten recurso de reposición que deberá proponerse en la propia Audiencia y decidirse en forma inmediata por el Tribunal, pero como se explicó con antelación la sentencia de Confesión juzga definitivamente el mérito planteado, y este artículo va dirigido a las providencias de trámite y los autos interlocutorios. Y por eso no se considera que se debe plantear el recurso de apelación como subsidiario del de reposición.

Y a pesar que el artículo 220.3 estipule procedente el recurso de

apelación contra las providencias de trámite que aparejen gravamen irreparable, en cuyo caso se les considera autos interlocutorios, pero como se ha explicado la sentencia que declare la Confesión Ficta es de carácter definitiva y concluyente sobre el mérito del asunto debatido, muriendo en ese momento el procedimiento, no resolviendo algún aspecto incidental para continuar con el curso del proceso principal, por lo tanto no se le puede considerar como auto interlocutorio.

Aunado a que el artículo 220, establezca la procedencia del recurso de apelación en su ordinal 1º contra las sentencias definitivas, sin más excepciones que las de segunda instancia y las demás que expresamente establezca la Ley. Entonces es procedente por no ser una sentencia de segunda instancia, obviamente y; porque la Ley no exceptúa expresamente la improcedencia del recurso de apelación contra esta sentencia.

El artículo 219 establece las causas de impugnación, las cuales se pueden fundar en la improcedencia de la resolución en cuanto a su mérito o en la nulidad por incumplimiento de un requisito del que se derive tal efecto. La nulidad podrá referir tanto a la sentencia como al procedimiento, en este último caso, siempre que no haya mediado subsanación.

Entonces, si la sentencia que declara la Confesión Ficta, no se aprecia alguna prueba o apreciándola no se valora según las reglas de la sana

crítica, como lo establece el artículo 129 en su parte in fine; y salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa, de conformidad con el artículo 130, bien se puede mediante el recurso de apelación, solicitar la impugnación; entre otros fundamentos en los artículos 184.2 Tratándose de sentencia, deberá contener...las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos... Y concluirá con el fallo en el que se decidirán en forma expresa las cuestiones planteadas..., 184.3

El Tribunal deberá decidir todas las cuestiones deducidas y nada más que estas..., 184.4 La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del proceso y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos; 185 sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, toda resolución judicial que rechace una petición deberá expresar el fundamento, bajo pena de nulidad; para volver a sentenciar subsanando ese error u omisión del juez.

Más aún a lo que se establece el artículo 128 de que, no requieren ser probados: 3) Los hechos presumidos por la Ley; contra tales presunciones es admisible la prueba en contrario, siempre que la Ley no la excluya. Entonces al haberse sentenciado presumiéndose la admisión de los hechos por el demandado; y de existir alguna prueba en el proceso que demuestre lo

contrario, a esa presunción; en concordancia con lo antes explicado; y no se haya valorado, el demandado perfectamente puede impugnar la sentencia, para que se revise por el Superior competente; y se vuelva a dictar sentencia apreciando y valorando las pruebas que no se habían apreciando.

O si se cometió un error de juzgamiento con respecto a determinada prueba, recurrir ante el Tribunal Superior competente, para que se subsane y se sentencie en la forma en que el apelante aspire tutelar su derecho. A su vez, contra las sentencias de tribunales superiores, se puede proponer el recurso de casación establecido en el artículo 238 del (1994) el cual es muy parecido a como lo se conoce en nuestro derecho.

El mismo, presenta causales de procedencia del recurso, similares a las de nuestra legislación al establecer en los artículos 239, 240 que, será procedente cuando exista infracción o errónea aplicación de la norma de derecho o disposición expresa de la Ley y que tienen que ser determinantes del dispositivo de la sentencia; así como, en cuanto a las normas adjetivas, sólo constituirán causal, la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. Similares a las causales de Casación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) venezolana de los artículos 167, 168.

Adicionalmente se considera que es perfectamente válido interponer el recurso de revisión, según el artículo 251 contra las sentencias definitivas o autos interlocutorios ejecutoriados que ponen fin al proceso, dictados por cualquier Tribunal, salvo las excepciones que determine la Ley reglamentaria. Correspondiendo al Tribunal Supremo cualquiera fuere el grado del Tribunal en que hubiere quedado firme la resolución recurrida. Siendo las causales las que establece el artículo 253 entre las que se destaca el ordinal 3º. cuando después de la resolución se recobraren documentos decisivos que no se hubieren podido aportar al proceso por causa de fuerza mayor o por maniobra fraudulenta a la parte contraria.

En el artículo 255 se establecen los plazos para interponer el recurso, llama la atención el ordinal 3º, donde tampoco será admisible la revisión transcurridos tres meses desde que el recurrente hubiere conocido o debido conocer los motivos en que se fundare la misma.

Igualmente se podrá impugnar la sentencia que declare la Confesión Ficta, por medio de la nulidad que afecta a los actos judiciales recurribles, lo cual se debe realizar reclamando por vía del recurso de reposición y por el de apelación cuando correspondiere, según se desprende del artículo 107 en su segundo párrafo; en el caso que nos ocupa sería a través del recurso de apelación de acuerdo a los artículos 104 en su primer párrafo, que establece que no puede anularse un acto procesal sino cuando un texto expreso de la

ley lo autorice, y el artículo 211.1, que estipula que todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo disposición expresa en contrario; y como se ha explicado al comienzo de este punto.

La forma de realizar la impugnación, es haciendo valer en el escrito por el que se interpuso el recurso en el Tribunal de Segunda Instancia que debe pronunciarse sobre un recurso de apelación, la nulidad de la sentencia o de actos de la primera instancia o si se ha incurrido en los mismos en alguna nulidad insanable.

En caso de que así fuere, el Juez examinará en el fallo, previamente, la nulidad y sólo en el caso de rechazarla se pronunciará sobre los agravios de la apelación. Si se admitiere la reclamación y la declaración de nulidad hiciere imposible el aprovechamiento de los actos procesales posteriores, se dispondrá el reenvío del proceso al estado en que se hallaba en el momento de causarse la nulidad, según establece el artículo 108.

Entonces, se va a tramitar a través del recurso de apelación; no van a presentar mayores diferencias, la nulidad de los actos procesales recurribles y la apelación, la diferencia fundamental radicaría en los efectos; en donde en la nulidad en estudio, al ser procedente en derecho la nulidad y fuere imposible el aprovechamiento de los actos procesales posteriores, se dispondrá el reenvío del proceso al estado en que se hallaba en el momento

de causarse la nulidad; para retomarse el proceso subsanando ese vicio y realizando nuevamente el proceso hasta su conclusión.

Por lo que entonces al declararse la nulidad, no va a estar dirigida la sentencia, sino a un acto en el procedimiento; pero para subsanar el vicio del acto, claro está que la sentencia se va a tener que dejar sin efecto, por ese vicio del acto y porque se va a tener que desarrollar nuevamente el proceso, por lo que entonces se tendría que producir una nueva sentencia.

Distinto como puede ocurrir en la apelación que, de constatar el Juez un vicio en el procedimiento o de un acto en el procedimiento se vuelva a dictar sentencia subsanando ese vicio, sin tener que desarrollar nuevamente el proceso o sino se valoró un acto o alguna prueba o la sentencia tiene un vicio, sin tener que desarrollar el proceso nuevamente, se vuelva a dictar sentencia valorando ese acto o esa prueba o subsanando el vicio de la sentencia.

Entonces la diferencia fundamental consistiría, o no diferencia, sino el efecto principal de la nulidad es el del reenvío del proceso al estado en que se hallaba en el momento de causarse la nulidad, volver a realizar el acto subsanando el vicio, realizando nuevamente el tramite procedimental, para dictar sentencia, aunque la apelación puede también producir ese mismo efecto.

En el caso específico de la audiencia preliminar, se ha visto, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que existen variados medios que permiten impugnar la sentencia que declara la Confesión Ficta. En cambio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), sólo se permite el recurso de apelación; y luego el recurso de casación, realizando un buen sustentado y tramitado recurso, como se explica más adelante; fundado únicamente la apelación sobre justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado por caso fortuito o fuerza mayor plenamente comprobables, a criterio del Tribunal.

En caso de que se niegue apelación o se admita en un solo efecto, entraría a operar el recurso de hecho, para que el recurrente pueda oír su apelación o que se le admita en ambos efectos, tal como se le conoce en el Código de Procedimiento Civil.

Contra la sentencia en segunda instancia será admisible el recurso de casación, si alcanzare la cuantía que establece el artículo 167 que es de tres mil unidades tributarias si excede del interés principal del proceso que actualmente es de cien millones ochocientos mil bolívares (Bs.100.800.000,00); y sí se interpusiese dentro de los cinco días hábiles siguientes a la decisión en esa instancia.

Fundamentándose en el artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del

Trabajo (2002), en el numeral 1º. Por cuanto en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho a la defensa, porque entonces la sentencia que declara la confesión ficta violaría flagrantemente el derecho de defensa del demandado al poder seguir planteando alegatos y peticiones a la jurisdicción de evacuar sus pruebas, con fundamento en la sentencia de fecha 27 de Marzo de 2.001, magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente número 00-2426, conocida en el foro como caso Mazzios Restaurant, C.A.

Con respecto a lo que establece el artículo 160 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), sobre la nulidad de la sentencia, no se cree que sea aplicable para la sentencia de la Audiencia Preliminar, por su ubicación en la Ley, al encontrarse en la etapa de decisión del proceso en la Audiencia de Juicio; y por su contenido, ya que se refiere a lo que debe comprender la sentencia que se produce a raíz de la Audiencia de Juicio.

Y como toda actuación del Estado está sujeta al control judicial, no escapa a la sentencia la posibilidad del demandado de tutelar su derecho por medio del amparo laboral, para proteger los derechos y garantías constitucionales, aplicándose el procedimiento establecido al efecto, que es el último bastión, establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), después del control de la legalidad que tendría el litigante en la búsqueda de la tutela de su derecho.

Pudiendo muy bien fundamentar la pretensión de amparo, en la sentencia de la propia Sala Constitucional como lo es la jurisprudencia de fecha 27 de Marzo de 2.001, magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente número 00-2426, conocida en el foro como caso Mazzios Restaurant, C.A, donde se establece que, la confesión requiere de una declaración expresa e inequívoca de una parte que es favorable a su contraparte y perjudicial para ella.

Las declaraciones confesores expresas son en principio insustituibles, pero por efecto del silencio procesal, el Código de Procedimiento Civil crea la figura de tener a una parte por confeso, y para que ello ocurra, previamente desplaza la carga de la prueba hacia la parte que tenía que contestar alegatos o pruebas de su contraparte, y no lo hace, bien porque se niega a hacerlo, o porque no concurre al acto, a fin que de probar algo que lo favorezca, no se consolide con su silencio el que se le tenga por confeso.

En estos casos, si en el transcurso del proceso la parte que guarda silencio no prueba algo que lo favorezca, el Código de Procedimiento Civil reputa que sobre el hecho afirmado por su contraparte se le tendrá por confeso, es decir, que no es realmente confeso (ya que no existe declaración expresa), sino que su silencio equivale a una confesión, y en base a ella se fijan los hechos en la sentencia definitiva. En este sentido, los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil son claros, y ellos, al igual que los

artículos 42, 436 o 444 ejusdem, señalan los diversos efectos del silencio procesal, siempre en perjuicio de quien lo guarda.

El artículo 362 citado, considera que el demandado que no contesta la demanda se le tendrá por confeso, cuando en el término probatorio no prueba nada que lo favorezca y la demanda no sea contraria a derecho. Luego, para tenerlo como confeso, lo que se declara en el fallo definitivo, como una garantía al derecho de defensa, se le permite al demandado probar algo que lo favorezca, lo que significa que ni siquiera se le exige una plena prueba contra una presunción en su contra.

La confesión expresa puede ser siempre revocada o rectificada mediante la prueba del error de hecho (artículo 1.404 del Código Civil), y por ello los efectos del silencio que conduce a que alguien se tenga por confeso, igualmente y con mayor razón pueden ser revocados, no siendo necesario el alegato y prueba del error de hecho, ya que el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil previene que con probar algo que favorezca al no concurrente, evita que se consoliden los efectos del silencio, y por tanto que se le tenga por confeso. Se trata de principios generales, congruentes con el mantenimiento del derecho de defensa de las partes.

A diferencia de los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil, que requieren que sea en la sentencia definitiva donde se fijen los

hechos alegados por una parte (actora o formulante de las posiciones juradas) por las confesiones, la Ley Orgánica del Trabajo (1997), de una vez atribuye una presunción de confesión al incumplimiento de una formalidad extrajuicio, lo que conlleva a que sea el patrono quien tenga que desvirtuar la presunción nacida de inmediato por mandato legal, relevando de prueba al trabajador.

Ahora bien, esta presunción no *es iuris et de iure*, no solo porque el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo no le da ese trato, sino porque si la confesión expresa puede ser revocada, con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente de ficciones de la Ley, ya que de no ser así, no solo se violaría la estructura de la prueba de confesión, sino se transgrediría el derecho de defensa del patrono, o de cualquiera que sea vea afectado por el incumplimiento de formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad.

De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de ficciones legales, que devendría en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad

Siendo perfectamente posible ejercer pretensión de amparo contra la sentencia que declare la Confesión Ficta, actualmente con mucha mayor razón, ya que anteriormente en la Constitución derogada de 1.961, el artículo

49 establecía el amparo a todo habitante de la República entendiendo el término habitante como habilitador para el ejercicio de las pretensiones de amparo, no sólo a las personas naturales sino también a las personas jurídicas, exigiéndoles a estas últimas que estén domiciliadas en Venezuela.

Ahora, en el régimen constitucional actual el artículo 27 establece que, toda *persona* tiene Derecho a ser amparada por los Tribunales en el goce y ejercicio de los Derechos y Garantías constitucionales..., con esta previsión se precisa o acentúa aún más, el ejercicio de la pretensión de amparo a las Personas jurídicas, ya que al prever o establecer *persona* y no habitante, se denota con más claridad la inclusión de las personas jurídicas o su personalidad jurídica, que se le violen o amenacen violar sus Derechos tanto normativos fundamentales como normativos derivados, para solicitar ser amparado o tutelado o protegido su derecho a través de la pretensión de amparo constitucional.

Este criterio ha sido recogido por el Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala Electoral, sentencia No.10, de fecha 25 de Febrero de 2.000, magistrado ponente José Peña Solís, estipulando que, en lo que concierne a la denuncia del recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar, cabe recordar que la acción de amparo procede cuando es posible derivar del texto constitucional derechos subjetivos o garantías constitucionales, consagrados a favor de las personas jurídicas o naturales.

Este criterio se ve reforzado aún más por, el artículo 3 de la Constitución al estipular que, el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad ..., la construcción de una sociedad justa y amante de la paz..., la garantía del cumplimiento de los principios, Derechos y Deberes reconocidos y consagrados en esta constitución; y con el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que estipula, toda persona tiene Derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que deriven del Derecho de los demás y del orden público y social.

Entonces, al estar instaurado la Confesión Ficta tal como está establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), se ve mermado el libre desenvolvimiento de su personalidad jurídica y el desarrollo de la personería, del demandado, que en la mayoría de los casos, por no decir en todas las situaciones va a ser la empresa, es decir, personas jurídicas.

Al impedírsele al demandado seguir con la Audiencia Preliminar, con el desarrollo del proceso judicial; y no poder continuar desenvolverse y desarrollar su personalidad jurídica, defenderse a través de las actuaciones procesales e impugnaciones que pudiera realizar, en el libre desenvolvimiento de su personalidad dentro del proceso.

Se le está negando el desarrollo de su personalidad jurídica, al no

dejársele desenvolver libremente dentro del proceso y poder ejercer sus Derechos Constitucionales al Debido Proceso, a la Defensa, a formular y presentar peticiones artículo 51 de nuestra Carta Magna., a la posibilidad de incorporar sus pruebas al mundo procesal, se evacuen y a la posibilidad de que se le valoren y aprecien sus pruebas. Con estas actuaciones no se limitaría el Derecho de los demás, como sería el del demandante-trabajador para que a través del proceso se le tutele su Derecho, se pueda cobrar sus pasivos laborales y demás Derechos que le correspondan; así como tampoco se violaría el orden público y Social.

Por el contrario de facultarse al demandado cumplir las anteriores actuaciones, se le estaría dando al proceso la promulgación de la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, proporcionado equilibrio procesal, de igualdad de condiciones y oportunidades para las partes en el proceso. Sintiendo en el conglomerado la sensación de justicia y la inspiración que a las personas se le están respetando sus Derechos, que todo Estado democrático y social, de derecho y de justicia debe propugnar, promulgar o inspirar entre sus habitantes y ciudadanos, instaurado en los artículos 2, 3, 20, 26, 27, 49 y 257 de la Constitución (1999).

A criterio del investigador la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), presenta demasiado contenido social y especialmente lo preceptuado para la

apelación, no se establecen normas predeterminadas, precisas y concretas fundadas razonablemente en derecho que, los litigantes puedan tener para fundar su apelación; y a la vez para poder ejercer el derecho de defensa en esa instancia para el no reclamante. Demasiado contenido social, o mejor dicho, no social sino de problemas de hecho.

En la misma Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), se establece en el artículo 178 el control de la legalidad, con respecto a aquellos fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo, que aún y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público laboral o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.

Por medio de este control se pudiera resguardar los derechos Fundamentales del demandado, solicitando la tutela del Estado a través de sus Tribunales, basándose en los fundamentos o motivos anteriores; y en el artículo 177 ejusdem, que establece que, los jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Siempre y cuando se consiga alguna sentencia de la Sala de Casación Social, que permita impugnar la sentencia de Confesión Ficta o que constate que se viole el Orden Publico Laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico, existe el mecanismo de Revisión de Sentencia, aunque fuera de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), pero sí dentro de la Constitución, estipulado en el artículo 336 numeral 10. Por donde en sentencia de la propia Sala No.93 de seis de Febrero de 2.001, conocida en el foro como caso Corpoturismo, la Sala Constitucional sentó el siguiente criterio para poder revisar sentencias: Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, la Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

- Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier Juzgado o Tribunal del país.
- Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los Tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
- Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás Tribunales o Juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

- Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás Tribunales o Juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En esos casos hay también un errado control constitucional.

Pudiendo muy bien fundamentar en la sentencia de la propia Sala Constitucional como lo es la jurisprudencia de fecha 27 de Marzo de 2.001, magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente número 00-2426, conocida en el foro como caso Mazzios Restaurant, C.A, donde se establece que, la confesión requiere de una declaración expresa e inequívoca de una parte que es favorable a su contraparte y perjudicial para ella.

Las declaraciones confesores expresas son en principio insustituibles, pero por efecto del silencio procesal, el Código de Procedimiento Civil crea la figura de tener a una parte por confeso, y para que ello ocurra, previamente desplaza la carga de la prueba hacia la parte que tenía que contestar alegatos o pruebas de su contraparte, y no lo hace, bien porque se niega a hacerlo, o porque no concurre al acto, a fin que de probar algo que lo favorezca, no se consolide con su silencio el que se le tenga por confeso.

En estos casos, si en el transcurso del proceso la parte que guarda silencio no prueba algo que lo favorezca, el Código de Procedimiento Civil reputa que sobre el hecho afirmado por su contraparte se le tendrá por confeso, es decir, que no es realmente confeso (ya que no existe declaración expresa), sino que su silencio equivale a una confesión, y en base a ella se fijan los hechos en la sentencia definitiva.

En este sentido, los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil son claros, y ellos, al igual que los artículos 42, 436 o 444 ejusdem, señalan los diversos efectos del silencio procesal, siempre en perjuicio de quien lo guarda. El artículo 362 citado, considera que el demandado que no contesta la demanda se le tendrá por confeso, cuando en el término probatorio no prueba nada que lo favorezca y la demanda no sea contraria a derecho.

Luego, para tenerlo como confeso, lo que se declara en el fallo definitivo, como una garantía al derecho de defensa, se le permite al demandado probar algo que lo favorezca, lo que significa que ni siquiera se le exige una plena prueba contra una presunción en su contra.

La confesión expresa puede ser siempre revocada o rectificada mediante la prueba del error de hecho (artículo 1.404 del Código Civil), y por ello los efectos del silencio que conduce a que alguien se tenga por confeso,

igualmente y con mayor razón pueden ser revocados, no siendo necesario el alegato y prueba del error de hecho, ya que el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil previene que con probar algo que favorezca al no concurrente, evita que se consoliden los efectos del silencio, y por tanto que se le tenga por confeso.

Se trata de principios generales, congruentes con el mantenimiento del derecho de defensa de las partes. A diferencia de los artículos 362 y 412 del Código de Procedimiento Civil, que requieren que sea en la sentencia definitiva donde se fijen los hechos alegados por una parte (actora o formulante de las posiciones juradas) por las confesiones, la Ley Orgánica del Trabajo, de una vez atribuye una presunción de confesión al incumplimiento de una formalidad extrajuicio, lo que conlleva a que sea el patrono quien tenga que desvirtuar la presunción nacida de inmediato por mandato legal, relevando de prueba al trabajador.

Ahora bien, esta presunción no es *iuris et de iure*, no solo porque el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo no le da ese trato, sino porque si la confesión expresa puede ser revocada, con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente de ficciones de la Ley, ya que de no ser así, no solo se violaría la estructura de la prueba de confesión, sino se transgrediría el derecho de defensa del patrono, o de cualquiera que sea vea afectado por el incumplimiento de formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad.

De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de ficciones legales, que devendría en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad.

Y en la sentencia de fecha 22 de Julio de 2.003, Sala Constitucional, en el expediente No.01-2184, con ponencia del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en el caso Bernabé García contra Productos Amadio, C.A., en donde se deja sentado que la intención final de la potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, es que las Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo interprete de la Constitución, según lo establece el artículo 335 del Texto Fundamental. Igualmente, en concordancia con los artículos 334 y 335, por no seguir lo preceptuado en las sentencias de la Sala.

Todo esto lo ha sentado la Sala en uso de la jurisdicción normativa, que ella misma se ha atribuido en función, de que la Sala siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría (la Constitución como norma jurídica), que la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tiene valor normativo y aplicación y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes.

En razón de que entre en vigencia y plena aplicación los preceptos constitucionales, no necesitando ley posterior para su vigencia. Según las enseñanzas del maestro Luis A. Mejías Arnal, a los recursos se les denomina como, la impugnación, por quien está legitimado para ello, de un proveimiento o decisión judicial, dirigida a provocar su sustitución por un nuevo pronunciamiento, y la palabra recurso, da la idea de volver a recorrer un camino ya andado.

En el sistema venezolano se les clasifica en: Medios de Gravamen y; Peticiones de Impugnación. Ubicándose la apelación en los Medios Ordinarios de Gravamen y lo que se conoce como Recurso de Casación en peticiones Extraordinarias de Impugnación, en donde los Medios de Gravamen, está dirigidos a proporcionar una nueva oportunidad de control de la actividad de los particulares, ya que al apelar se insta una nueva decisión, se provoca el examen por el Superior de la misma controversia.

En cambio en las Peticiones de Impugnación, se dirigen al control jurídico de la actividad de los jueces; en el derecho a obtener la anulación de una sentencia por determinados vicios de forma o fondo; la resolución que se busca va a recaer sobre la validez de la decisión impugnada, la legalidad o no de esa decisión.

La forma de impugnar las sentencias, se les ha llamado Medios

Impugnativos en la presente obra, realizando un mixtura entre la clasificación señalada, tratando de englobarla en aquel termino y por el significado o noción de las palabras que se emplea, que lo que se propone es impugnar sentencia realizándolo a través del medio idóneo.

4. MEDIOS IMPUGNATIVOS PARA LA SENTENCIA SOBRE LA CONFESIÓN FICTA EN LA ETAPA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

El artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) y la misma Ley, no establecen, medio ordinario de gravamen, como es la apelación, así como tampoco normas establecidas y precisas para fundar y plantear apelación. Sin embargo, el trámite procedimental, sería el establecido en el Título VII, Capítulo V, artículo 163 y siguientes, referidos al procedimiento de segunda instancia. Siendo igualmente aplicables los medios impugnativos para la sentencia de la audiencia preliminar, que resulten pertinentes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

El Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica, no se presenta apelación o cualquier otro medio impugnativo al respecto, por no establecer de la misma forma, la incomparecencia del demandado al acto de contestación a la demanda o la falta de contestación a la demanda, por esto es que no se señala algo al respecto.

5. MEDIOS IMPUGNATIVOS PARA LA SENTENCIA SOBRE CONFESIÓN FICTA EN LA ETAPA PROCESAL DE AUDIENCIA DE JUICIO

El artículo 151 establece apelación para el caso de la incomparecencia del demandado a la audiencia de juicio, igualmente se establecen causales que tratan sobre problemas fácticos, que no tienen relación directa con el fondo del asunto, con las pretensiones planteadas a la jurisdicción y por las cuales se va a condenar al demandado, que le declara derechos al demandante, sin haber probado y examinado el asunto. No teniendo comparación la pretensión que es de derecho con la incomparecencia que es un asunto de hecho, fáctico. De la misma forma que están establecidas para la audiencia preliminar.

Entre los artículos 151 y 163 referidos al procedimiento en segunda instancia, se denota contradicciones, al establecer el artículo 151 que el Tribunal Superior del Trabajo respectivo decidirá sobre la apelación en formal e inmediata, previa audiencia de parte, en un lapso no mayor de cinco días hábiles siguientes a partir del recibo del expediente; mientras que el artículo 163 estipula que, al quinto día hábil siguiente al recibo del expediente, el Tribunal Superior del Trabajo competente fijará, por auto expreso, el día y la hora de la celebración de la audiencia oral, dentro de un lapso no mayor a quince días hábiles, contados a partir de dicha determinación. Sin embargo los jueces sabrán solventar precisamente esta falta.

No se comenta ningún medio impugnativo de la sentencia para la audiencia de juicio en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica (1994), por no establecer audiencia de juicio. En todo caso resultarían aplicables los señalados para la audiencia preliminar de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), comentadas en su oportunidad, para impugnar la sentencia producida en la etapa procesal de audiencia de juicio del procedimiento laboral venezolano.

Por las funciones similares que presenta la audiencia de juicio y la audiencia preliminar del Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica (1994), como admisión y evacuación de medios probatorios, decisión jurisdiccional sobre la pretensión al fondo del asunto, bien pudieran servir para impugnar la sentencia en la audiencia de juicio, las establecidas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994) para impugnar la sentencia producida en la audiencia preliminar.

Transportándolo hacia nuestro derecho y por haber servido de base para elaborar la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), por qué no se establecieron todos estos medios impugnativos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994) en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) para tenerla acorde a las instituciones procesales internacionales estudiadas por la más calificada doctrina iberoamericana, sino que se estableció a medias.

7. CONFESIÓN FICTA Y EL PROCESO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Sostiene María Elena Toro Dupouy, (Derecho Constitucional, No. 7, Enero-Junio 2.003, Editorial Sherwood, pag. 216), que el procedimiento para la pretensión de amparo constitucional, a partir del nuevo régimen constitucional, es el establecido en la sentencia No.7, de la Sala Constitucional, de fecha 1 de Febrero de 2.000, conocida en el foro como José Amando Mejía Betancourt.

Apremiada la Sala por la vigencia inmediata del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que exige para el amparo un procedimiento oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades, y apoyada en los artículos 49 *ejusdem*, que consagra el derecho al debido proceso, y 335, que le otorga la facultad de establecer la interpretación y alcance de las normas y principios constitucionales en forma vinculante.

Establece dos procedimientos para hacer valer la pretensión de amparo, uno contra sentencias y otro para la pretensión de amparo que no se interpongan contra sentencias, es decir, contra actos, hechos, conductas u omisiones del Poder Público en general, contra particulares y contra normas jurídicas o que tenga ese rango normativo.

En este último procedimiento, la Sala Constitucional sentó que, la falta de comparecencia a la Audiencia oral y pública del presunto agravante producirá los efectos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual es, que se entenderá como aceptación de los hechos incriminados.

Sin embargo, para el procedimiento de pretensión de amparo contra sentencia, la ausencia o incomparecencia del juez o presunto agravante en este caso; que dictó el fallo o resolución judicial con carácter de sentencia, que presuntamente lesione o amenace lesionar o violar un derecho constitucional; o de quien esté a cargo del Tribunal, no comportará aceptación de los hechos incriminados o imputados y el órgano que conoce de la pretensión de amparo, examinará la decisión impugnada.

Entonces, con estos procedimientos para pretensiones de amparos señalados anteriormente, a pesar que presentan consecuencias diferentes y contradictorias, en tanto, en que, en el primero explicado, la incomparecencia del presunto agravante, se entenderá como aceptación de los hechos incriminados; y en el segundo la incomparecencia, no comporta aceptación de los hechos incriminados o reclamados de tutela al juez constitucional.

Por ello, no se comprende porque en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), establece, que la incomparecencia del demandado; para la

Audiencia Preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el Tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión; para la Contestación de la demanda, se le tendrá por confeso, ateniéndose a la confesión del demandado; para la Audiencia de Juicio, se tendrá por confeso, sentenciando la causa en forma oral con base a dicha confesión.

Entonces, no se comprende porque de forma tan absoluta y contundente se establece la confesión ficta; basándose en los procedimientos para pretensiones de amparo constitucional; sin posibilidad de que el demandado, evacue sus medios probatorios y pruebe sus pretensiones. Existiendo en nuestro régimen constitucional actual, estos procedimientos que no son uniformes en sus consecuencias.

Además, en el procedimiento de amparo constitucional contra actos, hechos, conductas u omisiones del Poder Público en general, contra particulares y contra normas jurídicas o que tenga rango normativo; por ser un proceso breve y sumario, al no asistir a la audiencia oral y pública; en esa ocasión declaran procedente el amparo, porque se está lesionando un Derecho o amenazado de lesión que se necesita con prontitud la decisión correspondiente

Sin embargo, no debe ser admisible en un Proceso Laboral en virtud de

que se está discutiendo pretensiones que necesitan del desarrollo de un trámite procedimental contradictorio; de una etapa probatoria plena que permita demostrar y verificar lo que acaeció en la realidad; el cual no puede ser revisado en otro procedimiento ordinario; y en cambio los procesos de amparo constitucional, son factibles de revisión por un procedimiento ordinario.

Por tanto, la confesión ficta, tal como está establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), debe ser objeto de profunda revisión, por encontrarse en antagonismo con todos los preceptos Constitucionales señalados a continuación; artículos 2 Estado de Derecho y de justicia, 3 defensa y desarrollo de la persona, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

Igualmente en el artículo 20, libre desenvolvimiento de la personalidad, 26 tutela judicial efectiva, 49 debido proceso y derecho a la defensa y 257 el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia; y hasta con un principio que le sirve de fundamento a la propia Ley como los es el Principio de la primacía de la realidad sobre los hechos y por los cuales se inspiraron los proyectistas y razón de ser de su creación; de que no se vulneraran los Derechos de los trabajadores bien sea por la dilación procesal, bien sea por las artimañas de alguna de las partes, bien sea por la

falta de poder económico del trabajador de sustentar los gastos de un proceso judicial y los honorarios de abogado.

Por tal motivo, este Principio es interesante analizarlo también desde el punto de vista del demandado (Empleador), por merecer éste gozar de tutela judicial efectiva al igual que tener oportunidades para defenderse. Entra en discusión que la sola inasistencia a la audiencia Preliminar, la falta de contestación a la demanda o la inasistencia a la Audiencia de Juicio, puedan ser consideradas como elementos para perfeccionar la Confesión Ficta, limitando las posibilidades prácticas y oportunidades suficientes para defenderse y desvirtuar la pretensión del demandante; ¿sería esto justicia?, que es lo que se quiere lograr a través del proceso como esta previsto en el artículo 257 Constitución Nacional.

En este sentido, se pudiera pensar que el demandado posee suficientes oportunidades para Defenderse, pero esto pudiera no ser así, cuando él no asiste o deja de cumplir algunas de las actuaciones previstas en la Ley, se configura la confesión ficta, quedando limitado a contar con más oportunidades para defenderse. Entonces, bajo estas condiciones es condenado y no tiene una nueva oportunidad, en la misma instancia, para probar que sus defensas y alegaciones son ciertas.

CAPÍTULO IV

A. CONFESIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL LABORAL VENEZOLANO

En el presente capítulo, será posible estudiar cada una de las relaciones que establece el aspecto del medio probatorio de confesión, haciendo énfasis en temáticas de relevancia que determinan hechos dentro del sistema laboral venezolano.

La Confesión está establecida en el artículo 103 de la Ley en estudio, que establece que, en la Audiencia de Juicio las partes, trabajador y empleador, se considerarán juramentadas para contestar al Juez de Juicio las preguntas que éste formule y las respuestas de aquellos se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogue en relación con la prestación de servicio... Y la Confesión Ficta establecida en los artículos 131, 135, 151 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Según se puede interpretar de lo que ha señalado Rengel Romberg (1.999), la Confesión en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), no es un *ius litigantium*, se pueden considerar como una iniciativa probatoria que le da la Ley al Juez de Juicio para formularle a las partes, en la Audiencia de

Juicio, las preguntas que considere y las respuestas de las partes se tendrán como una Confesión. Sin impedir o descartar que ocurran en el proceso laboral las Confesiones Espontáneas, que se pueden producir en cualquier estado y grado del proceso.

B. CARACTERIZACIÓN EN EL SISTEMA LABORAL

Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos (2004), con respecto a este tema señalan que, como sabidamente lo refirió hace mas de treinta años el maestro Colombiano Hernando Devis Echandía (1981), la confesión vía posiciones juradas, esto es, mediante un interrogatorio formal precedido por el juramento, constituye un fósil jurídico por demás anacrónico, que debe desaparecer, para abrir paso al libre interrogatorio de las partes, donde éstas puedan realizarse preguntas (sobre hechos controvertidos) sin formula sacramentales (posiciones o preguntas asertivas).

Para que el juez de las respuestas pueda extraer confesiones e igualmente, donde el operador de justicia pueda formular libremente preguntas a las partes sobre hechos controvertidos para extraer de sus respuestas confesiones, sin limitaciones, cortapisas, formulas o formalidades.

La juramentación a la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999, pudiera traer como consecuencia un infundado alegato de

inconstitucionalidad de la confesión obtenida de las declaraciones de las partes, ello conforme al numeral 5 del artículo 49, por lo que hubiese sido más idóneo dejar no solo la viabilidad de la proposición del medio probatorio de posiciones juradas o eventualmente el interrogatorio libre de las partes, sino que también hubiese sido prudente eliminar el juramento previo, bien en la forma tradicional o por imperativo de Ley como sucede en la Ley Orgánica Procesal de Trabajo (2002), todo lo cual evitaría eventuales problemas al respecto.

Continúan señalando los mencionados autores que, en la Ley Orgánica Procesal de Trabajo (2002), se le ha dado al operador de justicia la facultad de realizar preguntas a las partes en la audiencia de juicio, no con el objeto de aclarar puntos dudosos u oscuros, es decir, que no ha sido creado un interrogatorio *ad clarificandum*, sino un interrogatorio libre del juez hacia las partes, con el objeto de extraer de sus respuestas confesiones, limitándose a lo concerniente a la prestación de servicios.

Lo lógico es que la Ley Orgánica Procesal de Trabajo (2002), hubiese previsto un interrogatorio libre entre las partes y del juez hacia las partes, sin juramento y sin limitación alguna, a los fines que de las respuestas de las partes, el juzgador pudiera extraer elementos de convicción (pruebas) sin limitación alguna, es decir, que la confesión extraída de las respuestas dadas por las partes, pudiera recaer sobre cualquier clase de hechos, pero lo cierto

es que la Ley Orgánica Procesal de Trabajo (2002), desaprovechó la oportunidad para abrir el campo hacia un interrogatorio libre de las partes y sin juramento donde se limitó la obtención de la confesión, absurdamente a la prestación de servicios.

Concluyen los citados autores, es que el medio probatorio de posiciones juradas o confesión provocada es constitucional y que en futuras reformas debe tender a sustituirse por el libre interrogatorio de las partes sin juramento.

Al respecto, la Confesión Ficta como tal, no es más que la sanción punitiva que previó el legislador en caso que alguna de las partes no compareciera a la audiencia preliminar, pero en fecha 15 de Octubre de 2004, en la sentencia N° 1.300, dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Alfonso Valbuena Cordero, se estableció la interpretación que se le debería dar al artículo al Artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), el cual establece que:

En este caso, si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día.

De esta manera, el máximo órgano judicial del país, estableció que en caso de no comparecer a la audiencia preliminar, se deben entender como admitidos los hechos por efecto de dicha incomparecencia, lo que a criterio de la Sala reviste carácter absoluto, es decir, no desvirtuable por prueba en contrario.

Ahora bien, cuando ya no es la audiencia preliminar sino la prolongación de la misma, a través de esta sentencia se estima que: ...Si la incomparecencia del demandado surge en una de las prolongaciones de la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia revestirá carácter relativo, por lo tanto desvirtuable por prueba en contrario (presunción *juris tantum*)

En este caso, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución deberá incorporar al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio, quien es el que verificará, una vez concluido el lapso probatorio, el cumplimiento de los requisitos para que la confesión ficta sea declarada y tenga eficacia legal, es decir, verificará si la petición del demandante no es contraria a derecho y que el demandado no haya probado nada que le favorezca. En este caso, de haberse cumplido los requisitos precedentemente expuestos, la confesión ficta será declarada y el juez decidirá la causa conforme a dicha confesión.

En este caso, si la sentencia de juicio es apelada, el tribunal superior que resulte competente decidirá en capítulo previo (si así fuese alegado por el demandado en la audiencia de apelación) las circunstancias que le impidieron comparecer a la prolongación de la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia del demandado y si esto resultare improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir la causa teniendo en consideración los requisitos impretermitibles para que pueda declararse la confesión ficta que no sea contraria a derecho la petición del demandante o ilegal la acción propuesta y que el demandado nada haya probado.

En vista de ello, se puede interpretar que la Sala de Casación Social (Nº 1.300) ha modificado la interpretación que se le hace al artículo 131, suavizando y mitigando las consecuencias de la inasistencia a una de las audiencias de prolongación, permitiéndose al querellado aportar prueba en contrario sobre la confesión de hechos que se habría verificado como consecuencia de su incomparecencia.

Estableciendo finalmente que si el juez superior competente, considera que el demandado logró con las pruebas demostrar que la causa de su incomparecencia a la audiencia preliminar o a las prolongaciones, se debió a algún caso fortuito o de fuerza mayor, puede reponer la causa al estado que se celebre la audiencia preliminar.

Aun cuando se percibe validez en relación al planteamiento de la sentencia antes presentada, el criterio del investigador es que dicha situación no representa el criterio definitivo, esto sustentado en la determinación de que la Audiencia Preliminar es una sola según lo determinan los artículos 132 y 136 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Por lo tanto al no comparecer el demandado a algunas de las prolongaciones de la Audiencia Preliminar no se tiene por que declarar confeso ficta, ya que al lograr asistir al inicio de la Audiencia Preliminar o a alguna de las prolongaciones anteriores se determina su presencia y de considerar el hecho contrario se estaría asumiendo la posición que la audiencia preliminar es un acto dividido, pero se entraría en la dilación procesal donde tendría que esperar el tiempo máximo de cuatro meses de duración de la Audiencia para realizar la siguiente fase del proceso.

En este sentido, el juicio del investigador plantea que al prolongarse la Audiencia Preliminar y el demandado no asiste a algunas de las prolongaciones se propone que en la segunda o tercera prolongación de la audiencia se le faculte al juez a dar por terminada la audiencia preliminar o por imperativo legal terminarla y de esta manera acceder a la siguiente fase del proceso.

Pero en ningún momento declarar al demandado en Confesión Ficta por

las razones ya explicadas, entonces, al comparecer el demandado a la audiencia preliminar y después no comparecer a algunas de las prolongaciones se puede dar por terminada la Audiencia Preliminar sin violentarle los derechos constitucionales a ambas partes, para que después de ocurrir la oportunidad de contestar la demanda las partes puedan probar los hechos que configuran sus pretensiones y quien tenga razón se le tutele su derecho.

C. ASPECTOS PROBATORIOS DE LA CONFESION

Para Hugo Alsina (1.958) la fuerza probatoria de la confesión debe ser apreciada en la sentencia. No se modifica esta situación por la circunstancia de que en lugar de la confesión expresa se trate de la ficta confessio derivada de la incomparecencia del citado o de su negativa a contestar categóricamente una pregunta, de modo que aun cuando el hecho debe quedar constatado en el acta respectiva, es sólo en la sentencia cuando el juez deberá pronunciarse sobre el pedido de que se tengan por absueltas en rebeldía del absolvente.

Criterio de Apreciación

- La confesión, según se ha dicho, es la prueba más completa a que puede aspirarse en el proceso y constituye por sí elemento suficiente de juicio para tener por acreditado un hecho. Pero la aplicación de este principio está

supeditado a la solución de algunas cuestiones previas que se van a examinar.

- En primer lugar el juez deber tener en cuenta las reglas relativas a los elementos de la confesión, o sea la capacidad, el objeto y la voluntad del confesante, esto último no aplica en Venezuela. La confesión por el incapaz no tendrá ninguna eficacia, como carecerá también de validez cuando la confesión estuviese prohibido por la Ley, la confesión pudiese ser revocada por error de hecho o violencia.
- Un segundo aspecto se refiere al criterio con que deben estimarse las contestaciones en la confesión provocada por absolucón de posiciones. Del hecho de que éstas se proponen en forma articulada, pareciera deducirse que las respuestas unas deben ser consideradas independientemente de las otras; mas no es así porque, en realidad, se trata de un acto único, ya que la formulación de las posiciones en artículos no tiene otro objeto que facilitar la separación de los hechos y evitar que se induzca en confusiones al absolvente. El juez debe, pues apreciar la confesión en conjunto, vinculando una posición con otra para valorar las respuestas, sin perjuicio de tener en cuenta los principios que autorizan la división en la confesión calificada o compleja.
- Otra cuestión plantea la posibilidad de destruir los efectos de la confesión

expresa mediante prueba en contrario. Alguien sostiene que ello es perfectamente admisible, pues en su defecto, la sentencia sancionaría una injusticia. “Si Cayo, se dice, reconoce haber pagado un crédito y luego presenta una escritura pública de la que resulta que está pago, la confesión queda destruida porque es imposible desconocer los efectos de ese instrumento”.

Pero la doctrina extranjera, en general, afirma que la confesión judicial expresa hace plena prueba contra quien la realiza; es irrevocable salvo error de hecho o violencia y no puede invocarse prueba en contrario. Esta solución que es la exacta, no está en realidad, en contraposición con la anterior, lo que sucede es que el ejemplo con que se pretende justificarla está mal planteado.

Nadie en efecto, confiesa un hecho a menos de estar convencido de su verdad, de modo, que en el caso propuesto, si aparece una escritura pública, habrá motivo suficiente para pedir la revocación de la confesión por error (o violencia), pero eso no autoriza a invocar prueba en contrario para destruir sus efectos. El distingo es importante, porque la prueba en contrario versaría sobre el hecho motivo de la confesión, mientras que en la revocación, la prueba debe referirse al error o a la violencia con que se prestó la confesión.

D. VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN FICTA

Al conocer sobre el valor probatorio de la ficta confessio, es de interés para los fines de la investigación conocer las consideraciones del autor Hugo Alsina (1958) las cuales se especifican a continuación.

- La rebeldía del citado puede derivar de su incomparecencia a la audiencia sin causa justificada (artículo 127), o en caso de haber comparecido, de su negativa a contestar una posición o de su contestación negativa artículo 130. En ambas situaciones el efecto es el mismo, pues se tiene al absolvente por confeso respecto de todas las posiciones contenidas en el pliego cuando se trate de incomparecencia, o respecto de la posición que se ha negado contestar o lo ha hecho evasivamente. Sin embargo, la aplicación de esta regla está sujeta a algunos requisitos señalados por la jurisprudencia y que será reseñada.
- Para que la incomparecencia del citado produzca su confesión ficta, es necesario, en primer lugar, que concurren las siguientes circunstancias: la citación debe haber sido hecha con el apercibimiento expreso que previene el artículo 127, cod. Proa; la incomparecencia ha de ser injustificada, es decir, no mediar causa suficiente a juicio del Tribunal; es indispensable que tenga lugar la audiencia para que se deje constancia de la inasistencia del absolvente; por consiguiente, debe labrarse el acta respectiva por el actuario;

en esa oportunidad se agregará el pliego de posiciones si no se hubiese presentado antes; debe existir requerimiento de fe.

Pero cuanto valor probatorio de la confesión ficta, suponiendo cumplidos los requisitos mencionado precedentemente, la jurisprudencia es muy contradictoria. Al respecto, las posiciones dadas por absueltas en rebeldía por incomparecencia injustificada del absolvente que ha sido debidamente citado, producen plena prueba aun cuando se refieran a hechos negados expresamente en la contestación la demanda.

Aunque no exista prueba corroborante, pero siempre que sus conclusiones no resulten desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los autos. Cuando se trate de interrogación por las partes o de oficio por el juez, conforme a lo dispuesto por el artículo 131 cod. Proa, h; la incomparecencia del citado (o la negativa en su caso a contestar o dar explicaciones) no autoriza a darle por reconocidos los hechos a que ellas se refieran, pero constituirá una presunción que el juez valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La negativa del absolvente a contestar una posición o su respuesta evasiva deben ser consideradas por el juez al dictar sentencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 130 siempre que así lo hubiere solicitado el ponente en ese mismo acto. No existe para su apreciación un criterio legal, pero los

siguientes pronunciamientos pueden servir de orientación en la materia. Cada vez que un litigante asume actitudes evasivas debe tenerse por cierto lo afirmado por su contrario.

La manifestación de una providencia, demandada de que carecía de antecedentes sobre una cuestión presentada diez meses antes de producirse la acción, constituye una respuesta evasiva e importa un reconocimiento. No puede considerarse evasiva la circunstancia de pronunciarse los herederos sobre el número de consultas médicas que el actor dice haber prestado al causante. La contestación evasiva del absolvente cuando no se trata de hechos propios no autoriza a tenerlo por confeso.

Conforme a la concepción tradicional de la ficta confessio, se habría adherido anteriormente el autor a la doctrina y la jurisprudencia según las cuales en la confesión ficta los hechos se tiene por admitidos sin que interrogado pueda intentar la prueba contrario, es decir, que los hechos debían ser considerados como si hubiera sido lisa y llanamente confesados, Pero debe reconocerse, como la señalado algunos autores que el valor de la ficción no puede ser mayor que el de la realidad y que nada obsta para que el perjudicado por ella la destruya mediante prueba en contrario.

A precisión del investigador, señala que cuando el demandado compareció y contestó la demanda y no negó o rechazó todos o algunos de

los hechos, por lo que no puede haber la ficción de confesión, porque tuvo su oportunidad de asistir, de contestar y lamentablemente no los rechazó o negó, este aspecto se tiene que tratar según las reglas de distribución de la carga de la prueba; y al comparecer a contestar la demanda no se puede considerar la ficción de confesión, ésta se da cuando el demandado no asiste y el legislador crea la ficción por su incomparecencia.

Además se tiene que tomar en cuenta, que al quedar Confeso el demandado, esa Confesión Ficta se tiene que medir en lo concerniente, a que los hechos en que se fundamenta la pretensión del demandante, puedan ser probados por Confesión o que no esté prohibida la Confesión para demostrar determinados hechos.

E. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REFERIDOS AL DERECHO PROBATORIO

Señalan los autores Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos (2004), que la tutela judicial efectiva, es el Derecho o garantía constitucional que involucra y comprende: a) El Derecho de acceso a los órganos de administración de justicia; b) El Derecho a obtener una sentencia fundada, razonada, motivada, justa, correcta, congruente y que no sea jurídicamente errónea; c) El Derecho a ejercer los recursos previstos en la Ley, contra las decisiones perjudiciales; d) El Derecho a ejecutar las decisiones judiciales.

Entonces, al violar la congruencia la sentencia que declara la Confesión Ficta, que es uno de los requisitos que debe llevar la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes, por lo que cuando existe diferencia entre lo decidido y lo controvertido, se produce el vicio de incongruencia que decreta la nulidad del fallo.

El juez debe resolver sólo lo pedido y todo lo pedido. Apunta el investigador que esto ocurre principalmente, cuando el demandado deja de asistir a la Audiencia de Juicio y con mucha mayor razón, cuando no asiste a la Audiencia Preliminar y no comparece a contestar la demanda, tanto es así, que no se le permite al demandado plantear sus pretensiones a la jurisdicción en la competencia laboral.

Concluyen los citados autores, que la decisión del juez debe ser motivada, razonada o fundamentada, congruente, justa, alejada de todo vicio de ultrapetita, citrapetita o extrapetita y no arbitraria, de lo contrario la misma será lesiva de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la profesora doctora Ángela Figueruelo Burrieza (citada por Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos 2004), señala que el acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo unas de sus vertientes, sin que se agote el

contenido de ese derecho en el acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución judicial fundada, la cual incluso puede limitarse a declarar inadmisibile el recurso en los casos que no se conjuguen los requisitos establecidos en la Ley.

Sigue señalando la profesora en cuestión, que aunque el legislador goza del margen para la regulación de tales requisitos, como éstos constituyen una limitación al ejercicio al derecho fundamental, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su existencia, por lo que cuando el legislador prevé un recurso jurisdiccional, el acceso a éste forma parte de la tutela judicial efectiva, por la que la decisión de inadmisibilidad sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa legal a la que la norma legal anuda tal efecto.

A criterio del investigador, el contenido que se le dio a la apelación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), no está de acuerdo a las pretensiones que se plantean a la jurisdicción, porque se va a condenar al demandado por su inasistencia, declarando procedente en derecho la pretensión y el contenido de la apelación no tiene relación con esa pretensión que se discute en el proceso.

En cuanto al Derecho o garantía al debido proceso judicial o

administrativo, previsto en el artículo 49 de la Constitución, advierten que es la suma de las garantías mínimas constitucionales procesales que hacen que el proceso sea justo, razonable y confiable, que permitan la efectividad del Derecho material de todo ciudadano.

Carroca Pérez (citado por Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos 2004), considera que la indefensión es el efecto de la violación del Derecho a la defensa procesal, siendo el resultado producido por la indebida restricción o impedimento a las partes de participar efectivamente y en pie de igualdad, en cualquier juicio en que se ventilen cuestiones que le afecten.

De lo anterior se puede precisar, que la garantía constitucional prevista en el artículo 49, es la de la defensa, que comprende el derecho a alegar o excepcionar los elementos de hecho y de derecho que beneficien al interés de las partes, el derecho aprobar y a recurrir del fallo que no le sea favorable; mas cuando estos derechos se privan limitan, coarta o disminuyen, se activa o patentiza la figura de indefensión, la cual no es otra cosa que el mismo derecho a la defensa en negativo, configurado por la prohibición al menoscabo, limitación del ejercicio del derecho a la defensa

En otras palabras, la constitución garantiza el derecho a la defensa, el cual cuando es limitado, lesionado, mermado o impedido, produce la

indefensión de los sujetos, que se encuentra prohibida en el ordenamiento constitucional o legal. Pero ¿cuales son los elementos que caracterizan la indefensión? Y ¿cuándo se produce ella?

En cuanto a los requisitos o elementos característicos de la indefensión Picó I Junoy (citado por Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos 2004), señala: Debe ser material. Es decir, no formal o meramente procesal, ya que debe haber una privación o limitación sustancial del derecho de la defensa; La privación, limitación o menoscabo de los derechos de alegación, prueba e impugnación, deben ser efectivas y actuales, no eventuales o potenciales, abstractas o hipotéticas.

Además, debe ser total o absoluta, que suponga una reducción a la nada de las posibilidades de la defensa, ha de ser definitiva, sin que puedan los interesados promover la defensa de sus derechos e intereses legítimos en un ulterior juicio declarativo, y debe ser imputable en forma exclusiva, de modo inmediato y directo al órgano jurisdiccional. Para el investigador, si bien todo lo anterior tiene que ser ejecutado por el órgano jurisdiccional porque así está establecido en la Ley; se denota con claridad que los artículos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), concernientes a la Confesión Ficta y su apelación, violan evidentemente lo señalado anteriormente por Picó I Junio (2004).

Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos (2004), sostienen que, el Derecho a utilizar medios de pruebas legales y pertinentes, constituye otra garantía constitucional procesal contenida en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual, las partes, en el proceso judicial, tienen el derecho a aportar, proponer o producir los medios de pruebas que tienda a demostrar los hechos controvertidos que le favorecen y que se subsumirán en las normas jurídicas contentivas de las consecuencias jurídicas solicitadas o pedidas por éstas.

Para el investigador, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), no se le permite al demandado poder solicitar a la jurisdicción que sus medios probatorios se subsuman en las normas jurídicas que consideren pertinentes para tutelar su Derecho, es decir, al no comparecer a la Audiencia Preliminar el demandado, no se le permite la posibilidad de contestar la demanda, incluso el no comparecer a contestar la demanda, se le niega la ulterior oportunidad de que se realice la audiencia de Juicio, para evacuar sus medios probatorios.

F. LA CONFESIÓN Y SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL

Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos (2004), sostienen que emanación del debido proceso constituye la garantía constitucional procesal prevista en el artículo 49.5 de la Constitución,

conforme a la cual, ninguna persona puede ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siendo nula e ineficaz la confesión obtenida mediante coacción.

Esta garantía constitucional procesal que se comenta, consiste en que nadie puede ser obligado a declarar en su contra (contra sí mismo) o contra los sujetos antes señalados, lo que no quiere decir, que pueda declarar voluntariamente en su contra (contra sí mismo) esto es, declararse culpable de la comisión de un hecho que le acarreará responsabilidad penal o el reconocimiento de un hecho controvertido que le traerá consecuencias jurídicas desfavorable.

En este caso, la declaratoria de culpabilidad y la confesión del sujeto, es perfectamente válida en la medida que sea voluntaria, todo lo cual se traduce, en que la garantía en cuestión lo que prohíbe es obligar al sujeto a declararse culpable o a confesar hechos que le sean desfavorables, mas cuando esta declaración de culpabilidad o reconocimiento de hechos desfavorables es voluntaria, con ella no se lesiona el artículo 49.5 Constitucional.

Esta garantía que se ubica dentro del debido proceso hace surgir la siguiente interrogante: ¿Es entonces las posiciones juradas o confesión

provocada inconstitucional?. Para responder esta interrogante se debe comenzar señalando que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999, ha venido surgiendo en el foro judicial una tendencia a considerar inconstitucional el medio probatorio de confesión provocada o posiciones juradas, ello como consecuencia que dicho medio probatorio consiste en formulas autorizadas por la Ley, en virtud de las cuales el proponente del medio probatorio afirma la existencia de un hecho y constriñe a la otra a aceptar su verdad como tal.

Esto por lo tanto, conlleva a que existiendo constreñimiento o coacción, la prueba se torna inconstitucional; igualmente, el hecho que la prueba en una declaración que hace el confesante donde reconoce hechos propios o de los cuales tiene conocimiento y que les son desfavorables a los intereses de la otra parte, hace que la prueba se torne inconstitucional, pues nadie está obligado a declarar en su contra.

Por último el hecho que la prueba de posiciones juradas o confesión provocada se realiza previo juramento del absolvente, el cual consiste en un constreñimiento de carácter moral, hace que la prueba sea inconstitucional. Son éstos los aspectos que fundamenta la tesis de la inconstitucionalidad de la prueba de posiciones juradas o confesión provocada que debemos analizar.

Obsérvese que el artículo 49.5 Constitucional, señala que nadie podrá ser obligado a declararse culpable o declarar contra sí mismo, sin hacer distinción si dicha confesión o declaración se refiere al ámbito penal o a cualquier clase de proceso, situación esta que sí fuera prevista en el artículo 60.4 de la Constitución de 1.961, que señalaba: “Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo...”

Considerando que la no manifestación expresa de si se trata de material penal o no, fue deliberadamente ex profeso, pues aún cuando no se señale, la garantía a confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, debe referirse exclusivamente al caso penal, por lo que fuera de ello, esta garantía constitucional no se activa.

Por lo que si bien en materia de confesión, específicamente la provocada (posiciones juradas) se presenta como fórmulas autorizadas por la Ley en virtud de las cuales el proponente de la prueba afirma la existencia de un hecho y constriñe a la otra a aceptar su verdad como tal, en el entendido que toda confesión es una declaración de parte, más toda declaración de parte no es confesión, pues el elemento determinante para apreciar si se esta frente a una declaración de parte o confesión en el perjuicio del hecho que se reconoce.

Esta circunstancia no puede conllevar a que la prueba sea inconstitucional, puesto que cuando el constituyente se refiere a que nadie está obligado a declarar en su contra, debe entenderse que se refiere exclusivamente a hechos de carácter delictual, punitivos o que acarrearán responsabilidad penal, lo cual conlleva que no siendo de esta naturaleza los hechos que se confiesan en materia laboral, incluso civil y mercantil, la prueba en comento es totalmente constitucional, que solo tiende a demostrar hechos controvertidos en un proceso todo lo cual motiva a sostener la constitucionalidad del medio probatorio.

Por otro lado, también se ha pretendido sostener que mediante el juramento que se presenta en la prueba de posiciones juradas o confesión provocada, se coacciona a la parte que absuelve las posiciones juradas, lo cual decreta la inconstitucionalidad del medio probatorio, circunstancia ésta que también es errática.

Esto se debe, a que el juramento no se utiliza como una forma de coacción para que el declarante confiese, sino para que de considerar confesar, diga la verdad de los hechos que se le preguntan en las posiciones juradas, ello a propósito que una cosa es que “estar obligado a contestar” y otra cosa es “ser obligado a contestar”, caso éste último que sí es inconstitucional por infringirse la libertad personal, ya que existirá coacción para obtener la confesión, pero que no se presenta en materia de confesión.

En este orden de ideas, se observa que el medio probatorio de posiciones juradas o confesión provocada es totalmente constitucional, lo cual nos motiva a sostener que no se encuentra razón ni motivos lógicos y jurídicos para haber excluido la misma del elenco de las pruebas en materia laboral, circunstancia ésta que tampoco puede ser comprendido con criterio orientado a no causar mayores perjuicios o daños al supuesto débil jurídico (trabajador).

Pues la prueba de posiciones juradas o confesión provocada como cualquier otro medio probatorio, no tiende a destruir o fragmentar la igualdad procesal ni a causar perjuicios o daños a una u otra parte (empleado o patrono), mucho menos a favorecer la posición de alguna de las partes en el proceso, sino que su función únicamente es la demostración de los hechos controvertido en el proceso.

Pero no obstante a la exclusión del medio probatorio o confesión provocada del marco de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), la cual se considera injustificada, se regula en el artículo 103 el medio probatorio de declaración de parte, conforme a la cual se permite que en la audiencia de juicio, el juez de juicio pueda realizarle preguntas a las partes, pudiendo extraer de las mismas confesiones, todo en el entendido que las partes se considerarán juramentadas para responder las preguntas. Conclusión de todo lo señalado, es que el medio probatorio de posiciones

juradas o confesión provocada es constitucional y que en futuras reformas debe tender a sustituirse por el libre interrogatorio de las partes sin juramento.

En contraposición se va a realizar una serie de señalamientos, con respecto a la constitucionalidad de la Confesión Ficta, apreciando el investigador con fundamento en la sentencia de la Sala Constitucional, magistrado ponente Pedro Rafael Rondón Haaz, en el expediente: 03-2290, la cual estipula que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales y a que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión.

Considera el investigador que, se puede realizar el mecanismo de revisión de sentencia e incluso pretensión de amparo constitucional, así como intentar el control concentrado de la constitucionalidad. Porque la sentencia que declare la Confesión Ficta o los artículos que establecen la Confesión Ficta, impiden el acceso a la Jurisdicción del demandado, con fundamento en la sentencia conocida en el foro como Corpoturismo sería factible revisar la sentencia que declare la Confesión Ficta, por no seguir el Tribunal Laboral las interpretaciones con carácter vinculante de la Sala Constitucional, atribuidas por el artículo 335 de la Constitución.

Por no seguir la interpretación y lo establecido en la sentencia conocida en el foro como Mazzios Restaurant, ampliamente comentada en este trabajo y en fundamento al artículo 3 de la Constitución al estipular que, el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad ..., la construcción de una sociedad justa y amante de la paz..., la garantía del cumplimiento de los principios, Derechos y Deberes reconocidos y consagrados en esta constitución; y en el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que estipula, toda persona tiene Derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que deriven del Derecho de los demás y del orden público y social.

Entonces, al estar instaurado la Confesión Ficta tal como está establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), se ve mermado el libre desenvolvimiento de su personalidad jurídica y el desarrollo de la personería, del demandado, que en la mayoría de los casos, por no decir en todas las situaciones va a ser la empresa, es decir, personas jurídicas.

Al impedírsele al demandado seguir con la Audiencia Preliminar, con el desarrollo del proceso judicial; y no poder continuar desenvolverse y desarrollar su personalidad jurídica, defenderse a través de las actuaciones procesales e impugnaciones que pudiera realizar, en el libre desenvolvimiento de su personalidad dentro del proceso.

Se le está negando el desarrollo de su personalidad jurídica, al no dejársele desenvolver libremente dentro del proceso y poder ejercer sus Derechos Constitucionales al Debido Proceso, a la Defensa, a formular y presentar peticiones artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), a la posibilidad de incorporar sus pruebas al mundo procesal, se evacuen y a la posibilidad de que se le valoren y aprecien sus pruebas.

Con estas actuaciones no se limitaría el Derecho de los demás, como sería el del demandante-trabajador para que a través del proceso se le tutele su Derecho, se pueda cobrar sus pasivos laborales y demás Derechos que le correspondan; así como tampoco se violaría el orden público y Social. Por el contrario de facultarse al demandado cumplir las anteriores actuaciones, se le estaría dando al proceso la promulgación de la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, proporcionado equilibrio procesal, de igualdad de condiciones y oportunidades para las partes en el proceso.

Sintiéndose en el conglomerado la sensación de justicia y la inspiración que a las personas se le están respetando sus Derechos, que todo Estado democrático y social, de derecho y de justicia debe propugnar, promulgar o inspirar entre sus habitantes y ciudadanos, instaurado en los artículos 2, 3, 20, 26, 27, 49 y 257 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, la confesión ficta, tal como está establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), debe ser objeto de profunda revisión, por encontrarse en antagonismo con todos los preceptos Constitucionales señalados anteriormente y recalcados a continuación; artículos 2 Estado de Derecho y de justicia, 3 defensa y desarrollo de la persona, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, 20 libre desenvolvimiento de la personalidad incluida la jurídica, 26 tutela judicial efectiva, 27 amparo a los derechos y garantía constitucionales, 49 debido proceso y derecho a la defensa y 257 el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Además, con un principio que le sirve de fundamento a la propia Ley como lo es el Principio de la primacía de la realidad sobre los hechos y por los cuales se inspiraron los proyectistas y razón de ser de su creación; de que no se vulneraran los Derechos de los trabajadores bien sea por la dilación procesal, bien sea por la actuación de alguna de las partes, bien sea por la falta de poder económico del trabajador de sustentar los gastos de un proceso judicial y los honorarios de abogado.

Por tal motivo, este principio es interesante analizarlo también desde el punto de vista del demandado (Empleador), por merecer éste gozar de tutela judicial efectiva al igual que tener oportunidades para defenderse. Entra en

discusión que la sola inasistencia a la Audiencia Preliminar, la falta de contestación a la demanda o la inasistencia a la Audiencia de Juicio, puedan ser consideradas como elementos para perfeccionar la Confesión Ficta, limitando las posibilidades prácticas y oportunidades suficientes para defenderse y desvirtuar la pretensión del demandante; ¿sería esto justicia?, que es lo que se quiere lograr a través del proceso como esta previsto en el artículo 257 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela I (1999).

En este sentido, se pudiera pensar que el demandado posee suficientes oportunidades para Defenderse, pero esto pudiera no ser así, cuando él no asiste o deja de cumplir algunas de las actuaciones previstas en la Ley, se configura la confesión ficta, quedando limitado a contar con más oportunidades para defenderse. Entonces, bajo estas condiciones es condenado y no tiene una nueva oportunidad, en la misma instancia, para probar que sus defensas y alegaciones son ciertas.

Continua advirtiendo el investigador que, sí la Confesión, de donde se origina la Confesión Ficta, puede ser revocada, incluso a precisión del investigador puede ser desvirtuada por los demás elementos y pruebas del proceso; como se ha precisado con anterioridad, con mucha mayor razón puede y debe ser revocada, desvirtuada y dejada sin efecto la proveniente de ficciones de la Ley, ya que la realidad debe prevalecer ante las ficciones.

En este sentido, sostiene Jesús Eduardo Cabrera Romero, en la sentencia de la Sala Constitucional, conocida en el foro como *Mazzios Restaurant* que, “si la confesión expresa puede ser revocada, con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente de ficciones de la Ley, ya que de no ser así, no solo se violaría la estructura de la prueba de confesión, sino se transgrediría el derecho de defensa del patrono, o de cualquiera que sea vea afectado por el incumplimiento de formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad.

De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de ficciones legales, que devendría en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad.” Más aún cuando la Confesión solo puede estar referida a hechos de conocimiento personal del confesante y a hechos que puedan ser probados por Confesión.

CONCLUSIONES

Al analizar la institución de la Confesión Ficta, es importante destacar que la misma debe ser interpretada como ficción legal, así mismo de esta se tiene conocimiento una diversidad de enfoques que permiten su interpretación, siendo la más importante la que permite reconocer: Que la ficción no puede ir en contra de la realidad, no puede prevalecer la ficción sobre la realidad.

La investigación realizada sobre la normativa legal vigente permite establecer que la confesión ficta se presenta en ocasión de la incomparecencia de una parte a un determinado acto procesal. Por otra parte al considerar el valor probatorio de la confesión ficta, se establece que, si existen en el expediente pruebas que desvirtúen la confesión ficta, deben ser apreciadas y valoradas al momento de tomar decisión el juez, sobre el fondo de la pretensión planteada a la jurisdicción, ya que como se ha señalado con anterioridad la ficción no debe ir nunca en contra de la realidad.

En relación a la posibilidad de la inconstitucionalidad de la Confesión Ficta en el Proceso Laboral Venezolano, la revisión de las normativas vigentes dentro del marco jurídico venezolano, permite considerar que la Confesión Ficta, tal como está establecida, es violatoria directa, inminente y

consecuentemente de los derechos normativos fundamentales previstos en la Carta Magna.

Entre los referidos derechos, como el que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia; el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

Además de violación de los derechos normativos derivados tales como el libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social; toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales; toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente; derecho a la defensa y al debido proceso; y a que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

El análisis efectuado permite establecer que la audiencia preliminar es el primer acto procesal donde van a estar por primera vez juntas las partes o sus representantes, en búsqueda de conciliación y mediación, para tutelar intereses con trascendencia jurídica y donde se van a promover los medios probatorios de ambas partes, en esta etapa la confesión ficta se presenta en ocasión de la incomparecencia de la parte demanda a la audiencia preliminar o a alguna de sus prolongaciones.

Ahora bien, en la contestación de la demanda, la cual consiste en un acto de parte para consignar el escrito por el cual se le da respuesta a la pretensión del demandante y donde se deben alegar todas las defensas que tenga o considere la parte demanda (empleador), la confesión ficta ocurre por la falta de presentación del escrito de contestación de la demanda.

Por su parte en la audiencia de juicio, entendida esta como el momento crítico central y el día más importante para muchos autores en todo el proceso oral, donde se dilucidará la controversia o se comenzará a hacerlo y se fijará definitivamente el thema decidendum, la confesión ficta se presenta en ocasión de la incomparecencia de la parte demandada o sus representantes.

Para lograr conocer las diferencias y semejanzas existentes entre el proceso laboral y el amparo constitucional, el análisis comparativo de estos

permitió establecer que los mismos se diferencian en cuanto a que, en el procedimiento de amparo constitucional contra actos, hechos, conductas u omisiones del Poder Público en general, contra particulares y contra normas jurídicas o que tenga rango normativo; por ser un proceso breve y sumario, al no asistir el presunto agravante a la audiencia oral y pública; en esa ocasión declaran procedente el amparo, porque se está lesionando un Derecho o amenazado de lesión que se necesita con prontitud la decisión correspondiente

Sin embargo, no debe ser admisible en un Proceso Laboral en virtud de que se está discutiendo pretensiones que necesitan del desarrollo de un trámite procedimental contradictorio; de una etapa probatoria plena que permita demostrar y verificar lo que acaeció en la realidad; el cual no puede ser revisado en otro procedimiento ordinario; y en cambio los procesos de amparo constitucional, son factibles de revisión por un procedimiento ordinario.

Mientras que entre el proceso laboral y el amparo constitucional se observan las siguientes semejanzas, de que son procesos por audiencias orales y en esas audiencias es donde se va a alegar y evacuar medios probatorios y al final de la audiencia el juez dicta sentencia.

Por otra parte, fue posible determinar que los medios impugnativos de la sentencia de amparo constitucional son idóneos para el fin perseguido, en comparación con los medios impugnativos de la sentencia, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), que aunque son diversos, su contenido no es acorde con la materia sometida a impugnación, en la mayoría de los casos.

El estudio permitió a su vez determinar las diferencias y semejanzas existentes entre el Proceso Laboral y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994), en ambas Leyes se estableció audiencia preliminar, más sin embargo la audiencia preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), se mutó o no se estableció en la misma etapa procesal y no se le asignó las misma funciones que en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994). Tratando de realizar una comparación entre ambos procedimientos, se resalta que, la audiencia preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994), es prácticamente el último acto que se va a cumplir, antes de la sentencia, a menos que se realice audiencia complementaria.

A pesar de que se puede realizar tentativa de conciliación, es donde se va a realizar alegaciones orales, se evacuan medios probatorios, para que una vez concluida, el juez pase a dictar sentencia; asimilable por su

ubicación, después de la contestación de la demanda, a la audiencia de juicio de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

En cambio la audiencia preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), es el primer acto donde van a estar conjuntamente las partes, su función primordial es propiciar los medios alternativos de solución de conflictos, como mediación, conciliación o arbitraje y donde se van a promover medios probatorios. Y después de la audiencia preliminar es que se realiza el acto de contestación a la demanda, para luego dar lugar a la audiencia de juicio y posteriormente el juez dicta sentencia.

De igual manera se logro conocer que la confesión ficta se presenta en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994) bajo las siguientes circunstancias, cuando el demandado no comparece a contestar la demanda, en cuyo caso el actor podrá pedir la declaración de su rebeldía, pudiendo comparecer el demandado en cualquier estado del proceso, tomándolo en el estado en que se hallare. En la audiencia preliminar, por razones de fuerza mayor insuperable, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez.

En todo caso, sí el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario. En estos casos

es que se presenta la confesión ficta, en el tema específico en estudio. Muy diferente a como se estableció en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), en donde no se deja posibilidad, de que el demandado después de su incomparecencia, pueda probar lo contrario a la pretensión del actor.

Se destaca así mismo que los medios impugnativos de la sentencia presentes en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (1994), son variados y permiten amplio examen de la sentencia sujeta a impugnación, basados el contenido de las diferentes impugnaciones en motivos fundados razonablemente en derecho, en comparación a los medios impugnativos establecidos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), donde el medio impugnativo en primer momento de la sentencia que declara la confesión ficta, que es la apelación, se encuentra referida a problemas de hecho, como las causas de la incomparecencia del demandado, que no va a estar ligada directamente con el problema de fondo de la pretensión que se plantea a la jurisdicción, para después dar lugar a los restantes medios impugnativos establecidos en la Ley y en la Constitución (1999).