



**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO**

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL
PROCESO LABORAL VENEZOLANO**

Trabajo Especial de Grado,
para optar al Grado de
Especialista, en Derecho del
Trabajo.

Autor: Rafael Echeto

Asesor: Raúl González

Barinas, junio de 2008

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	4
ACTOS INTRODUCTORIOS A LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO	4
A. Antecedentes de la Institución	4
B. Consideraciones sobre la Audiencia Preliminar	8
C. La Demanda Laboral	13
1. Forma de la Demanda	13
2. La Admisión de la Demanda	19
3. Reforma de la Demanda	23
4. Notificación	23
CAPITULO II	34
MECANISMOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR.	34
A. Antecedentes	34
B. Conciliación y Mediación	37
C. Medios Alternativos de Solución del Conflicto	47

CAPITULO III	55
DESISTIMIENTO EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR	55
A. Efectos del Desistimiento	58
B. La Causa Extraña no Imputable	59
CAPITULO IV	65
LA CONFESIÓN FICTA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO	65
A. La Incomparecencia del Demandado al Inicio de la Audiencia Preliminar	66
B. La Incomparecencia del Demandado a la Prolongación de la Audiencia Preliminar	73
C. El Recurso en Contra de la Decisión del Juez de Sustanciación	80
CAPITULO V	
DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR	87
A. Actuación del Juez	87
B. Actuación de las Partes	92
C. Las Pruebas en el Proceso Laboral	103
D. Extinción de la Audiencia Preliminar y Prosecución del Proceso en la Fase de Juicio	107
CONCLUSIÓN	109
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	113

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO**

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL
PROCESO LABORAL VENEZOLANO**

Autor: Rafael Echeto
Asesor: Raúl González
Fecha: junio 2008

RESUMEN

La presente investigación tiene como fin determinar los efectos jurídicos de la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, por lo novedoso en la actualidad en virtud del nuevo proceso que busca alcanzar la brevedad y solución eficaz de los conflictos entre trabajadores y empleadores, sin embargo aún cuando novedoso, ya ha tenido a nivel jurisprudencial grandes polémicas, por ello la importancia de su estudio. En la presente se abordó los actos introductorios a la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, los mecanismos de autocomposición de las partes, el desistimiento en la audiencia preliminar, la confesión ficta y el desarrollo de la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano. Así mismo, para obtener los objetivos planteados, se busca metodológicamente utilizar una investigación teórica a nivel descriptivo, a través de la revisión de textos legales, jurisprudencia y distintos criterios, por medio de un análisis de contenido y comparativo de esta investigación monográfica y obtener las respuestas a las interrogantes planteadas, donde la audiencia preliminar como etapa procesal previa, es desarrollada con detalle en este estudio y permiten obtener una visión amplia y detallada de este nuevo procedimiento laboral, el cual es un gran adelanto y notable esfuerzo, contenido en este nuevo instrumento jurídico laboral, que va a garantizar y ofrecer tanto a trabajadores como a patronos afectados un proceso rápido y efectivo, traducándose en una tutela judicial efectiva, con las garantías constitucionales inherentes del derecho a la defensa y el debido proceso, en un nuevo reto de la justicia venezolana.

Descriptores: Audiencia preliminar, confesión, desistimiento, efectos.

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado (a) por el ciudadano Abogado Carlos E. Camacho, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **EFFECTOS JURÍDICOS DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Barinas, a los 08 días del mes de julio de 2005.

Nombres y Apellidos
Cl.



INTRODUCCIÓN

El nuevo proceso laboral venezolano constituye un cambio radical de paradigma, mediante él se implementa un proceso, breve, oral, inmediato, y gratuito y al derecho laboral se le plantea el reto de seguir preservando la relación de trabajo estable y de garantizar que los riesgos económicos y sociales de la producción, se repartan equitativamente entre los justiciables y salvaguardar las relaciones de trabajo, por ello el éxito o el fracaso dependerá del buen uso que se haga de este nuevo sistema, que persigue cambiar el conflicto por soluciones rápidas y convenientes para ambas partes.

Razón por la cual, resulta importante revisar en el nuevo proceso laboral, la audiencia preliminar, que constituye la primera fase en el procedimiento oral, que la nueva ley orgánica procesal del trabajo ha instituido para oír a las partes en el proceso, e incitarlos a la conciliación en la búsqueda de arreglar sus diferencias.

En función de ello, la presente investigación fue dirigida a determinar los efectos jurídicos de la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, y en consecuencia profundizar los conocimientos, en torno a los tópicos más resaltantes en la mencionada audiencia, por cuanto en esta fase preliminar son las partes quienes pueden poner fin al proceso a través de los medios de autocomposición procesal conciliación, mediación, arbitraje y la función conciliadora y mediadora del juez, juega un papel preponderante, a los fines de conseguir la resolución del conflicto, de forma rápida y en beneficio de ambas partes.

Para alcanzar el objetivo principal, fue necesario desglosar el tema, en objetivos más específicos, como fue establecer los actos introductorios a la audiencia preliminar, determinar los mecanismos de autocomposición de las partes, demostrar la procedencia del desistimiento y de la confesión ficta en la audiencia preliminar y por ultimo analizar el desarrollo de la audiencia preliminar, los cuales fueron ampliamente abordados a lo largo de la investigación.

Todo ello, con el objetivo fundamental de demostrar con la investigación, los efectos procesales de la audiencia preliminar y la importancia que tiene en el nuevo procedimiento laboral, por cuanto permite alcanzar un grado de intermediación casi absoluta entre los litigantes y el juez, por ello la importancia de contar con la presencia de jueces idóneos y rectos con la suficiente capacidad para interpretar correctamente la ley y aplicarla a los casos concretos, por ello la investigación desarrollada fue enfocada en determinar los efectos de esta audiencia preliminar y entre ellos la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos y en especial el papel fundamental juez en su función conciliadora que proporcionará una mejor y más efectiva justicia.

Sin embargo, es preciso señalar que se trata de un proceso recientemente instaurado, lo que significa que aun existen vacíos legislativos y diversidad de criterios doctrinarios sobre puntos que hasta ahora han sido abordados por la jurisprudencia y que dejan dudas y expectativas respecto a nuevas posiciones que en un futuro pueden señalarse, en especial lo relacionado a los efectos procesales originados por la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar. Los cuales se lograron analizar en la investigación en base a los criterios sostenidos por la Sala Social del tribunal supremo de justicia, y significó no una limitación sino más bien un gran alcance sobre el tema, que resultó interesante a seguir estudiándolo y revisar constantemente las nuevas posiciones jurisprudenciales.

De igual manera, se debe señalar que el estudio perseguido en esta investigación, se logró mediante una investigación monográfica de tipo descriptivo, por medio de la utilización de texto, leyes, criterios doctrinarios y una revisión detallada de las posiciones adoptadas por la jurisprudencia, en especial por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, que con sus atinadas decisiones sirven de marco conceptual para llenar los vacíos que pudiera dejar en algunos campos la ley orgánica procesal del trabajo.

Por consiguiente, el presente estudio se estructuró en cinco capítulos a saber: El capítulo I relativo a los actos introductorios a la audiencia preliminar, es decir aquellos actos previos a la audiencia como lo es la demanda y la notificación del demandado. En el capítulo II se desarrollan los medios de autocomposición de las partes, como lo es la conciliación, la mediación y el arbitraje como modo de heterocomposición procesal. En el capítulo III, el desistimiento en la audiencia preliminar, y se revisan sus efectos. El capítulo IV, la confesión ficta en la audiencia preliminar y en el capítulo V, el desarrollo de la audiencia preliminar.

Finalmente, esta audiencia preliminar como etapa procesal previa, es desarrollada con detalle en este estudio, y permiten obtener una visión amplia y detallada de este nuevo procedimiento laboral, el cual es un gran adelanto y notable esfuerzo, contenido en este nuevo instrumento jurídico laboral, que va a garantizar y ofrecer tanto a trabajadores como a patronos afectados un proceso rápido y efectivo, traduciéndose en una tutela judicial efectiva, con las garantías constitucionales inherentes al derecho a la defensa y el debido proceso, presentándose como un nuevo reto de la justicia venezolana.

CAPITULO I

ACTOS INTRODUCTORIOS A LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO

Con la finalidad de llevar una idea general de la audiencia preliminar en el nuevo proceso laboral, se hace necesario por medio de la presente investigación, revisar brevemente en este primer capítulo, la evolución del proceso laboral venezolano, hasta llegar a la aparición innovadora de esta audiencia, así mismo se tratará las consideraciones generales de la audiencia y una breve referencia a los actos introductorias llevados en primer lugar por la parte demandante, quien impulsa este proceso, por medio de la demanda, y una vez presentada, las actuaciones del órgano jurisdiccional, como lo es su admisión y con la orden de comparecencia del demandado, mediante el emplazamiento realizado mediante la notificación.

A. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN

En Venezuela, el inicio del procedimiento laboral comienza en el año 1946, con la promulgación de la ley orgánica de tribunales y procedimientos del trabajo, cuando se estableció por primera vez un sistema procesal para los asuntos contenciosos laborales, aunque su trámite se remitía al procedimiento de los juicios breves contemplados en el código de procedimiento civil y se consagró la dependencia del proceso laboral del procedimiento civil, al contemplarse como fuente general y supletoria.

Luego las reformas hechas a la mencionada ley en 1956 y 1959, no acometieron reforma procesal en esta materia, por el contrario, la primera de ellas se limitó principalmente a suprimir la relación de la causa tanto en primera como en segunda instancia y a aumentar la cuantía para casación a diez mil bolívares, siguiéndose en lo no expresado la aplicación del proceso civil.

Seguidamente en agosto de 1976, la comisión del ministerio del trabajo, presentó un proyecto de ley orgánica procesal del trabajo, debido a la prolongación de las instancias y la excesiva paralización de las causas, la cual se preocupó por evitar el trasplante de esas experiencias sin que se tuvieran en cuenta las peculiaridades de la realidad jurídica nacional y postularon por el contrario un sistema oral adaptado a nuestra idiosincrasia, moderno y ajustado al debido proceso (Duque, 2004, 411).

Sin embargo, a pesar de no llevarse a cabo la reforma del proceso laboral, mediante el proyecto de ley citado, a nivel internacional la organización internacional del trabajo, a través de los convenios 151 y 154 y la resolución N° 92, insistió a los países cambiar su sistema procesal laboral, por cuanto el mismo debe centrarse en los procedimientos de conciliación-mediación para la solución de los conflictos laborales y cuyo objetivo consiste en asistir a las partes a alcanzar un acuerdo negociado en condiciones que sean lo mas parecido posible a las imperantes en un proceso normal de negociación (González, 2004, 74).

Es por ello, en la esfera del derecho comparado en Costa Rica, en el año 1997, aprobó el proyecto de ley N° 7727 de resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social, cuyo objetivo primordial es que toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación,

la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. De igual manera sucedió en Ecuador, República del Salvador y Argentina (González, 2004, 90).

En posición similar en el año 1999, con la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual en su disposición cuarta, numeral cuarto ordenó a la Asamblea Nacional sancionar una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes.

En sentido análogo, el artículo 257 de la Constitución prevé que el proceso, constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptará un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Asimismo, en el año 1999, con la reforma del reglamento de la ley orgánica del trabajo, refiere por primera vez, dos modalidades de intervención de un tercero interesado en coadyuvar a la autocomposición de un conflicto, así lo señala en su artículo 194, que expresa: “donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo, mediante el restablecimiento del dialogo y la búsqueda de soluciones. Por su parte, la mediación refiere a la interacción donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes fórmulas específicas de arreglo.

En virtud de lo anteriormente citado el Tribunal Supremo de Justicia, presentó en el año 2000, un anteproyecto de ley orgánica procesal del

trabajo, inspirado por el centro de desarrollo e investigaciones laborales de la asociación Iberoamericana de juristas de derecho del trabajo y la seguridad social, pero al mismo le faltó publicidad, participación y consenso de los sectores involucrados, siendo el mismo cerrado (Sainz, 2002, 32).

Finalmente, en el año 2002, fue promulgada la ley orgánica procesal del trabajo, la cual prevé el nuevo proceso laboral, señalando dos fases articuladas como lo son la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, con objetivos disímiles y bajo la dirección de distintos jueces. En tal sentido, la audiencia preliminar esta orientada hacia la concreción de la litis, con el impulso de los medios de autocomposición procesal, mediante la función de conciliación y mediación del juez de sustanciación.

Es evidente entonces, que se cumplió con lo previsto en la Constitución y ahora no queda más que darle vida a sus postulados, entre estos al artículo 26, que establece la obligación del Estado de garantizarle a todos los venezolanos "...una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

Por estas razones, es importante la humanización y modernización de la justicia, complementando con esto la finalidad constitucional del proceso regulado en el artículo 257 ejusdem, donde su objetivo primordial es servir de instrumento fundamental para la realización de la justicia. Igualmente, es un mandato constitucional que los nuevos procesos y los cambios que se hagan de las leyes procesales deben estar inspirados en los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y en particular la justicia laboral que debe tener por norte, la misión de proteger el hecho social trabajo.

Estos principios deberán orientarse a regular la simplificación, uniformidad y eficacia de los actos procesales implementando un proceso breve, oral y público. Esta oralidad debe entenderse como un instituto procesal fundamental, en virtud del cual el proceso judicial sea un instrumento que permita la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento del fin social de la misma (Mora, 2005,133).

En este orden de ideas, queda claro, que este nuevo proceso laboral, debe cumplir a cabalidad estos principios, y por ello el principio de la oralidad, esta presente principalmente a través de la audiencia, en donde participan directamente las partes. Esta audiencia se desarrolla en dos audiencias fundamentales: la audiencia preliminar y la audiencia de juicio.

B-CONSIDERACIONES SOBRE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El nuevo proceso laboral venezolano, se resuelve ahora mediante un proceso por audiencias, mediante el cual se persigue lograr en el menor costo posible, la solución de los conflictos laborales, siguiendo para ello los principios que guían este nuevo proceso, como son la inmediación, concentración y publicidad entre otros, por lo que resulta necesario resaltar en la presente investigación las generalidades que presenta una de estas audiencias, como lo es la audiencia preliminar, sobre la cual a continuación se tocaron varios tópicos de interés en su estudio y desarrollo.

En cuanto a esta etapa procesal, es preciso iniciar con lo previsto en el artículo 129 de la ley orgánica procesal laboral, que señala lo siguiente: “La audiencia preliminar será en forma oral, privada y presidida personalmente

por el juez de sustanciación y mediación, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados. En la misma no se admitirá cuestiones previas”.

La norma en comento, señala la apertura de la audiencia preliminar, en la cual el juez debe desplegar las funciones de conciliación y mediación como director del proceso, tratando con la mayor diligencia para que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal, tal como lo prevé el artículo 133 ejusdem.

Sin embargo, es necesario precisar que la audiencia preliminar participa de la característica de oralidad, solo que en esta primera fase del juicio las partes no actúan públicamente sino en forma privada, sin presencia de extraños, pues únicamente se permite la asistencia del actor y su abogado asistente o del apoderado judicial de éste con la observación del litisconsorcio, el demandado y su asistente o apoderado y el juez, pero en modo alguno se permite que otros interesados o no, comparezcan al acto de la audiencia preliminar (García, 2004, 213).

Al respecto Marín (2003, 90) ha señalado que la audiencia preliminar, es uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio de trabajo y su realización y conducción se materializa en la fase de sustanciación del proceso. Si hay lugar a conciliación o arbitraje, es signo que la función mediadora del juez fue exitosa y no hay lugar a proseguir la contención.

En este orden de ideas, luego de la apertura a la celebración de la audiencia preliminar, el juez debe conjuntamente con las partes establecer los criterios a seguir para la consecución de la misma, mediante reglas claras que permitan discusiones fluidas basadas en el respeto y consideración de las partes y la investidura del tribunal, tomando en consideración que debe

ser flexible ante la aplicación de las normas procesales, habida cuenta de lograr el fin fundamental, creando un acercamiento y un clima de confianza que permita conciliar posiciones opuestas (Luna, et al, 2005,138).

Asimismo, ese proceso de mediación, debe ser llevado justo, equitativo, imparcial, confidencial y voluntario. La interacción entre las partes y el mediador es única, espontánea y recíproca, debe mantener su imparcialidad y neutralidad durante el proceso, ya que las partes buscan voluntariamente la solución a sus conflictos mediante la disminución de sus posiciones y el aumento de sus intereses: El juez mediador no debe estar conectado con ninguna de las partes, la empatía y la preocupación objetiva son las virtudes que debe tener el juez como buen mediador (Varela, 2005,596).

En este orden de ideas, González (2004, 426) sugiere cómo el juez debe realizar la audiencia preliminar, a saber:

- a) El juez debe informar a las partes los elementos que caracterizan el procedimiento de conciliación y del arbitraje.
- b) Hará un resumen objetivo del caso.
- c) Hará ver a las partes la conveniencia de resolver el asunto en forma amigable.
- d) Invitará a las partes a que propongan un arreglo y concilien sus diferencias si fuere posible por este medio.
- e) Si las partes no lo hacen, el juez debe proponer las fórmulas de arreglo sin que ello signifique prejuzgamiento sobre el contenido de la eventual sentencia y sin que la manifestación de las partes implique confesión.
- f) En este estado de la audiencia preliminar sólo se permitirá un diálogo entre el juez y las partes y entre éstas y sus apoderados, con el único fin de asesorarlas para proponer fórmulas de conciliación.

En tal sentido, puede precisarse de lo anteriormente señalado que la audiencia preliminar es un acto procesal de obligatoria comparecencia para las partes o sus apoderados. Es de naturaleza oral y privada entre las partes o sus apoderados. Es de naturaleza oral y privada entre las partes y el Juez, quien como director del proceso tiene facultades legales para mediar y conciliar las diferencias que pudieran existir en el conflicto laboral con el objeto de lograr una respuesta satisfactoria para ambas partes que ponga fin al proceso mediante la autocomposición procesal (Toselli, 2005,304).

La función del Juez es mediar y conciliar a los litigantes para solucionar el conflicto. La participación de los sujetos procesales será oral y privada, sin necesidad de levantar actas para dejar constancia de lo conversado en la mediación, ya que los términos de lo tratado quedarán para la etapa final de llegar las partes a un acuerdo de arreglo.

Por otra parte, Mora (2005,154) menciona que la intervención del Juez constituye una participación conciliatoria. El Juez juega un papel activo en la mediación haciéndole ver a las partes la conveniencia de poner fin al proceso. Este papel activo del juez busca el acercamiento de las partes para un advenimiento amigable, proponiéndole soluciones para resolver el conflicto, sugiriéndole así las bases del acuerdo. Toma parte directa y equilibrada en la conversación, conservando en todo momento la imparcialidad como árbitro legal, sin pretender imponer la solución al conflicto, ya que su participación es concertada.

La intervención conciliatoria del Juez no prejuzga sobre el asunto; ni tampoco coacciona a las partes, ya que la solución del conflicto no se puede imponer en contra de la voluntad de los litigantes; además, de no llegarse a

algún acuerdo, el caso será juzgado bajo la jurisdicción del otro juez (Mora,2005 ,157).

En cuanto a la audiencia preliminar, puede señalarse que es el acto principal del Juicio Laboral correspondiente a la fase de instrucción o sustanciación, cuya función fundamental del juez es personalmente mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando como dice la ley con la mayor diligencia de que éstas pongan fin a la controversia a través de los medios de auto composición procesal. Asimismo, sirve para que el juez resuelva en forma oral todos los vicios procesales que pudiera detectar, bien sea de oficio o a petición de parte, pero en la audiencia no se admitirá oposición de cuestiones previas. También en ese acto procesal es la oportunidad de las partes para promover las pruebas, no pudiendo hacerlo en otra oportunidad, salvo las excepciones establecidas en la ley.

Asimismo, puede indicarse que esta audiencia se caracteriza principalmente por ser en forma oral, es privada y presidida personalmente por el juez de sustanciación, mediación y ejecución, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados, de la misma manera, no se admite la oposición de cuestiones previas y en el caso de un litis consorcio activo o pasivo, nombrará una representación no mayor de tres (3) personas por cada parte, a los fines de mediar y conciliar las posiciones de las mismas.

De similar manera, en cuanto a la celebración de la audiencia preliminar, prescribe la ley orgánica procesal del trabajo, que el demandado deberá comparecer a la hora que fije el tribunal, el cual se obligará ir personalmente, pero asistido de abogado o representado por él. Esta audiencia deberá efectuarse al décimo (10) día hábil siguiente, posterior a la constancia en autos de su notificación o a la ultima de ellas en caso de que fueren varios

los demandados. La audiencia preliminar podrá prolongarse en el mismo día, una vez vencidas las horas de despacho hasta que se agotare el debate, previa aprobación del juez. La audiencia preliminar en ningún caso podrá exceder de cuatro (4) meses (Mora, 2005,134).

Revisado brevemente, algunas consideraciones generales de la audiencia preliminar en el proceso laboral, es preciso revisar de seguida los actos procesales previos a que se de la realización propiamente de la audiencia preliminar, como lo es la demanda, su admisión, la notificación del demandado, que debe cumplir el órgano jurisdiccional antes de iniciar en este proceso laboral, propiamente la audiencia preliminar.

C. LA DEMANDA LABORAL

En cuanto a la demanda, debe precisar que con ella se da inicio al proceso laboral, visto que el mismo es a instancia de parte interesada, en la cual se materializa tanto el ejercicio de la acción, como el derecho de acceso a ese órgano jurisdiccional y la pretensión que se plasma en el escrito libelar, a los efectos de que se reconozcan esos derechos violados o vulnerados y para ello, la ley orgánica procesal del trabajo no contiene una disposición precisa, como la del artículo 339 del código de procedimiento civil en el sentido de que el procedimiento se inicia con la demanda.

1. Forma de la Demanda

Respecto a ello, el artículo 123 de la ley orgánica procesal de trabajo contempla dos formas de presentar la demanda: en primer término se puede hacer mediante un escrito, pero igualmente el párrafo único ha previsto que se pueda presentar en forma oral ante el juez de trabajo a quien

le impone la carga de reducirla personalmente a escrito en forma de un acta que pondrá como cabeza del proceso. De lo que queda claro, que sea oral o escrita, con ella se impulsa el proceso laboral, por lo que el juez no puede hacerlo de oficio.

Sin embargo, la norma in comento no difiere en mayor grado de lo que el artículo 63 de la ley orgánica de tribunales y procedimiento del trabajo (derogada) que había previsto, sólo que esta disposición legal permitía que se propusiera la demanda en forma oral tan sólo cuando el trabajador se presentaba sin estar asistido por un abogado, en tanto que la nueva disposición no hace alusión alguna a este requisito.

La disposición de la ley orgánica de tribunales y procedimiento del trabajo (derogada) coincide con lo establecido en el artículo 4 de la ley de abogados, el cual exige que toda persona esté representada o asistida de abogado para poder actuar ante los órganos jurisdiccionales. No obstante, la doctrina había resuelto la cuestión al argumentar que como con la sola introducción de la demanda, aún no había comenzado la litis no se requería estar asistido o representado por abogado (Parra, 2004,174).

La nueva norma plantea una primera cuestión: la demanda podría en teoría, ser presentada en forma oral aun cuando el trabajador estuviese asistido de abogado, en cuyo caso el juez estaría obligado personalmente a redactar el acta, lo que para algunos han señalado que sería una ventaja para el actor.

Cuando la demanda se presenta por escrito, pese a que la norma no lo aclara, podrá consignarla ante el juez o el secretario, a cualquier hora del día, entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde, tiempo hábil para realizar actos

procesales de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 68. En tanto que cuando se presenta en formar oral, necesariamente habrá de hacerse ante el propio juez, pues a él personalmente la ley encarga de redactar el acta en la que reducirá a escrito la petición del actor (Mora, 2005,154).

En otro orden, puede hacerse mención brevemente sobre los requisitos de la demanda, previstos en el artículo 123 de la ley orgánica procesal del trabajo, los cuales son:

1. Nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado. Si el demandante fuere una organización sindical, la demanda la intentará quien ejerza la personería jurídica de esta organización sindical, conforme a la ley y a sus estatutos.
2. Si se demandara a una persona jurídica, los datos concernientes a su denominación, domicilio y los relativos al nombre y apellido de cualesquiera de los representantes legales, estatutarios o judiciales.
3. El objeto de la demanda, es decir, lo que se pide o reclama.
4. Una narrativa de los hechos en que se apoye la demanda.
5. La dirección del demandante y del demandado, para la notificación a la que se refiere el artículo 130 de esta Ley.

En cuanto a los requisitos referidos a los sujetos demandantes y demandados debe tenerse presente que la ley orgánica procesal del trabajo resuelve el problema planteado por la sentencia N° 388 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo del 28 de noviembre de 2001, la cual había considerado improcedente la acumulación impropia. Así, el artículo 49 dispone:

“Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso judicial de trabajo en forma conjunta, sea activa o pasivamente, siempre

que sus prestaciones sean conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia a dictar con respecto a una de ellas pudiera afectar a la otra”.

En la sentencia N° 80 del 25 de marzo de 2004 proferida por la Sala Social del Tribunal Supremo la cual limita el número de los litisconsortes:

“Este tribunal supremo de justicia en su sala de casación social, exhorta a los jueces de sustanciación, mediación y ejecución de la jurisdicción laboral, admitir litisconsorcios activos exclusivamente cuando los mismos no exceden de veinte (20) integrantes, todo con el propósito como se explicó, de resguardar el derecho a la defensa y tutela judicial efectiva de las partes”. No encontramos razón alguna para establecer dicho límite ya que la norma legal no previó el mismo.”

Debe, igualmente tenerse en cuenta la posibilidad de que se demande a un grupo de empresas. Pese a que el artículo 139 del código de procedimiento civil plantea la capacidad procesal de las sociedades irregulares, entre las que se podría incluir los grupos de empresa, se cree que si se demanda a todas o varias de las empresas conformantes del grupo, será necesario identificarlas a cada una de ellas y a sus representantes.

En cuanto al objeto de la pretensión, la nueva disposición no exige que el objeto de la demanda se debe determinar con la mayor precisión posible, ni tampoco que los hechos en los que se apoye la demanda, se expongan con detalle; a nuestro entender, la omisión de tales exigencias en la nueva norma, no implican que en el libelo de la demanda, el objeto pueda señalarse en forma tan amplia o escueta que enerve o dificulte el ejercicio al derecho a la defensa por parte del demandado.

Según se ha citado, no hay que olvidar que tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, han acogido la llamada teoría de la

sustanciación, conforme a la cual se requiere que en la demanda sean señalados los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basa la pretensión del actor, puesto que se considera que ello redundaría en beneficio de la lealtad procesal, del derecho a la defensa y favorece por demás el principio del contradictorio (Mora, 2005,134).

De igual manera, en cuanto a los fundamentos, tampoco se requiere que en la demanda se expongan los fundamentos de derecho de lo que se pretende, como si lo exige el artículo 340 del código de procedimiento civil. Escovar (1987,110) sostiene, al comentar esta disposición, que no sólo los hechos fundamentan la demanda, sino también el derecho, ahora bien, dadas las amplias facultades que la ley da al juez para depurar de vicios la demanda, y los demás actos del proceso en general, creemos que corresponderá al juez hacer llenar este requisito en aras de garantizar el derecho a la defensa y así lograr la correcta calificación jurídica de las pretensiones de las partes.

En lo referente a la especificación de los daños y sus causas, la norma procesal laboral comentada no contiene una previsión similar a la del ordinal 7º del artículo 340 del código de procedimiento aplicable a aquellos casos en los que se reclame una indemnización de daños y perjuicios, la cual ordena especificar los daños y causas. En nuestro criterio consideramos que la omisión de tal exigencia no implica que la intención del legislador fue la de que no era necesaria tal especificación. Ello por cuanto las reclamaciones por daño moral o material que se plantean en materia de trabajo, de no estar tarifada su indemnización (como en los casos de lesiones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, o con ocasión de un despido injustificado) se fundamentan en el hecho ilícito del patrono, situación esta que no se encuentra reglamentada en la ley orgánica procesal

del trabajo, sino en el código civil en los artículos 1.185 y 1.196, razón por la cual en este caso, con el fin de garantizar el derecho a la defensa del demandado, se hace necesaria tal especificación.

Por el contrario, lo referente al instrumento fundamental, es lógico que se omita la exigencia de acompañar los instrumentos en los que se fundamente la demanda, como lo requiere el artículo 340 del código de procedimiento civil, puesto que en materia de trabajo se plantean casi siempre cuestiones que no constan en documentos como tales. El contrato de trabajo es por excelencia consensual y carece de todo tipo de formalidades, generalmente se celebra en forma verbal, de allí que no sea frecuente el otorgamiento de un documento que contenga las estipulaciones convenidas.

Como se observa, en la convención colectiva cuando esta se alega en un libelo de demanda como una fuente de ciertos derechos que se reclaman, la jurisprudencia de la sala de casación social, ha sostenido el criterio que en ningún caso puede considerarse la convención colectiva de trabajo como el documento fundamental de la demanda, pues se entiende que, en materia de trabajo, lo único fundamental es la propia legislación. Se omite de igual manera la indicación del tribunal ante el cual se presenta la demanda, lo cual parece no ser necesario, puesto que es obvio que el escrito contentivo de la demanda debe ser dirigido a una autoridad judicial.

En lo referente al requisito de dirección de las partes, la norma comentada exige la dirección del demandante y del demandado, y no tan sólo su domicilio, con la finalidad de que en esa dirección se practique la notificación a que se refiere el artículo 126 de la ley orgánica procesal del trabajo. No se alude al requisito del artículo 174 del código de procedimiento civil relativo al domicilio procesal. En la práctica creemos que la dirección es

un requisito indispensable para poder practicar las notificaciones de las partes y que no puede, como en el caso del artículo 174, ser reemplazado por la sede del tribunal, en caso de que la dirección no se determine con precisión.

2. La Admisión de la Demanda

En cuanto al acto procesal, mediante el cual el órgano jurisdiccional, le da nacimiento a la demanda, se encuentra previsto en el artículo 124 de la ley orgánica procesal del trabajo que regula todo lo relativo a la admisión de la demanda:

“Si el juez de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo, comprueba que el escrito libelar cumple con los requisitos exigidos anteriormente, procederá a la admisión de la demanda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al recibo del libelo. En caso contrario, ordenará al solicitante con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación, que a tal fin se le practique. En todo caso, la demanda deberá ser admitida o declarada inadmisibile dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al recibo del libelo por el tribunal que conoce de la misma. La decisión sobre la inadmisibilidad de la demanda deberá ser publicada el mismo día en que se verifique”.

Como se desprende de la norma transcrita, la ley ha dotado al Juez de Sustanciación de los más amplios poderes para corregir los defectos que pudiere presentar la demanda, ello con el fin de obviar la oposición de cuestiones previas para, de esa manera, garantizar, en parte, la celeridad del proceso. Esta potestad se ha denominado “Despacho Saneador”, expresión tomada de la legislación brasilera.

Al respecto señala Henríquez (2003,351): “No debe incluir cuestiones de inadmisibilidad ya que éstas no sanean sino que impiden el nacimiento del proceso.”

La norma no determina los efectos del despacho judicial que sanee el proceso en cuanto a la jurisdicción, competencia, accesoriedad, conexión, continencia, acumulación prohibida, ilegitimidad del personero o del apoderado, etc, siendo esto sucedáneos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a la norma señalada se pueden presentar varias situaciones:

1. El juez, analizada la demanda, considera que la misma llena todos los requisitos exigidos por la ley. En ese caso debe proceder a admitir la demanda, dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la misma.
2. El juez, al revisar el libelo presentado, consigue que el mismo no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 123. en este caso el juez, que ha tenido el lapso de dos días hábiles para hacer la revisión, ordenará al demandante que corrija los defectos de los que el libelo adolece y que presente la demanda corregida dentro de los dos días hábiles siguientes, advirtiéndole que si no lo hace, declarará perezosa la demanda.
3. La demanda es presentada en forma oral y el juez levanta un acta y que, presumimos, llena los requisitos exigidos por el artículo 123. La ley sólo señala que el acta debe ser puesta por cabeza del proceso, pero en este caso, no creemos que sea necesario que el juez se tome dos días para analizar si admite o no la demanda, puesto que si es hecha por él, no debería presentar defecto alguno, no existiendo, por ende,

razón alguna que obstaculice su admisión. De allí que una vez levantada el acta deberá proceder el juez a admitir la demanda y ordenar la notificación del demandado.

4. Que el demandado presente en el término legal la demanda corregida. En este caso el juez debe pronunciarse al día siguiente acerca de la admisibilidad o no de la demanda, puesto que la ley señala que el tribunal de sustanciación tiene un lapso máximo de 5 días hábiles para admitir o negar la demanda.

Cabe señalar que la ley no contempla las causas de inadmisibilidad de la demanda, de allí que habría que acudir a otras normas supletorias, como es el caso ya anotado de las demandas que se intenten en contra de la República cuando no se haya agotado el proceso de reclamación previo ante el órgano.

Respecto de los efectos de la falta de subsanación de los defectos que ordena corregir al libelo de la demanda, el artículo 124 dispone que, al ordenar la corrección, lo hará con “apercibimiento hecha en forma diferente a como lo ordene el juez, debe, desde luego, producir el mismo efecto.

En cuanto a la negativa de admisión, si bien del auto de admisión de la demanda, por ser considerado de mero trámite, no se concede apelación, en cambio, del que lo declara inadmisibile, la ley expresamente le concede apelación, acogiendo, de esta manera, el criterio establecido en el artículo 341 del código de procedimiento civil el cual a su vez recoge el sostenido por la jurisprudencia venezolana en materia contencioso – administrativa. Así el párrafo único del artículo 128 de la ley dispone que:

“de la negativa de la admisión de la demanda se dará apelación, en ambos efectos, por ante el tribunal de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo y para ante el tribunal superior del trabajo competente, si se intenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso establecido para la publicación de la sentencia interlocutoria que decidió la inadmisibilidad de la demanda. Al día siguiente de recibida la apelación, el tribunal de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo, remitirá el expediente al tribunal superior del trabajo competente”.

Resulta oportuno resaltar, que la ley no contempla las razones por las cuales no se debe admitir la demanda, y en tal sentido habría que acudir a otras disposiciones legales, tales como el código de procedimiento civil, la ley orgánica de la procuraduría general de la república y la ley orgánica del tribunal supremo de justicia, para encontrar algunas de las causas de inadmisibilidad de la demanda. Y entre tales supuestos de admisibilidad pudieran citarse, por ejemplo:

1. Por exigir la ley el cumplimiento de un requisito previo, como es el caso de la reclamación previa en las demandas que se intenten en contra de la república como lo exige el artículo 54 de la ley orgánica de la procuraduría general de la república.
2. Por falta de competencia del tribunal, por ejemplo, cuando se trate de una demanda intentada por un funcionario público de carrera.
3. Cuando se acumulen pretensiones o acciones que se excluyan mutuamente, como sería el caso de acumular en una misma demanda la solicitud de calificación de despido y la indemnización por causa del despido injustificado y las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador en caso de terminación de la relación de trabajo por causa imputable al patrono.

En tal sentido, la no admisión, tiene apelación en ambos efectos, y en virtud de ello, el juzgado superior competente, deberá dentro de los cinco

días hábiles siguientes al recibo del expediente, fijar una audiencia para oír al apelante y decidir la apelación en forma oral. Y sí no comparece, se entenderá desistido el recurso de apelación interpuesto.

Contra la decisión del tribunal superior que confirma la inadmisibilidad de la demanda, se admitirá el recurso de casación, ya que la misma causa un gravamen irreparable y pone fin al juicio. Para que se admita el recurso de casación será necesario que se cumpla con los requisitos que se exigen para que éste se pueda proponer, es decir, que se intente en tiempo hábil y se cumpla con lo establecido en el artículo 167 de la ley orgánica procesal del trabajo, en cuanto al monto del interés principal.

3. Reforma de la Demanda

El demandante podrá, por aplicación analógica del artículo 343 del código de procedimiento civil, reformar, por una sola vez, el libelo de demanda antes de la instalación de la audiencia preliminar. En este supuesto, deberá el Tribunal pronunciarse en torno a la admisión de la reforma libelar, ejerciéndose la potestad saneadora a que se contrae el artículo 124 de la ley orgánica procesal del trabajo. Admitida la reforma del libelo de demanda se procederá a notificar al accionado a los fines de la instalación de la audiencia preliminar.

4. Notificación

Es indispensable, señalar a continuación breves referencias a la forma como previó esta ley, el llamado del demandado al proceso, que en principio es de resaltar, que lo llamó notificación y no citación, a los efectos de

garantizar el ejercicio al derecho a la defensa y el debido proceso para el demandado.

En tal sentido, señala el artículo 126 de ley orgánica del trabajo, admitida la demanda deberá procederse a la notificación del demandado, con el objeto de celebrar la audiencia preliminar.

a. La ley orgánica procesal del trabajo prevé tres modalidades de notificación: carteles según el artículo 126 de la ley orgánica procesal del trabajo, medios electrónicos según el artículo 126 de la ley orgánica procesal del trabajo y correo certificado con acuse de recibo según artículo 127 ejusdem).

a.1 Carteles:

a.1.1) Formalidades: El alguacil, de conformidad con lo pautado en el artículo 126 de ley orgánica procesal del trabajo fijará un cartel “a la puerta de la sede de la empresa” (o dirección del demandado, si se tratare de un trabajador, organización sindical u organismo del sistema de seguridad social), “entregándole una copia del mismo al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere”. Como se observa, la notificación de esta especie exige, para su perfeccionamiento, de una doble condición: [I] fijación del cartel y [II] entrega de una copia del mismo al demandado o se representante, o su mera consignación ante su secretaría u oficina receptora de correspondencia (si se tratare de personas jurídicas).

a.1.2) Contenido: El cartel deberá indicar, “el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar”. Sin embargo, aun cuando nada

prevé la ley al respecto, dicho cartel ha de prever, igualmente, la identificación del demandante y una referencia lacónica del objeto de la demanda.

- a.1.3) Compulsa: Del mismo modo, a pesar de la omisión en que incurre la ley orgánica procesal del trabajo, los Tribunales, con el presumible objetivo de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa, anexan a la copia del cartel de notificación (la que han de entregar al patrono o su representante, o consignar ante su secretaría u oficina receptora de correspondencia) un ejemplar del libelo de la demanda, y a tales fines, imponen al demandante, como condición para proceder a la admisión de la demanda, que presente ésta en original y copia.
- a.1.4) Lapso de comparecencia: El lapso de comparecencia a la audiencia preliminar se computará a partir del día siguiente a aquel que conste en autos el cumplimiento de las formalidades correspondientes a la notificación por carteles.
- a.1.5) Notificación del representante ex lege del patrono: De otra parte, es de advertir que el artículo 52 de la ley orgánica del trabajo, preveía que la citación del representante del patrono “a quien no se le hubiere conferido mandato expreso para darse por citado o comparecer en juicio, se entenderá hecha directamente a éste”. No obstante dicha derogatoria, por aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo (“Los directores, gerentes, administradores [...] y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono aunque no tengan mandato expreso, y obligarán a su representado para todos los fines derivados de la relación de trabajo”), la notificación verificada en la persona del

representante ex lege del patrono se entenderá hecha directamente a éste, en los términos previstos en el artículo 126 de la ley orgánica procesal del trabajo.

- a.1.6) Negativa a recibir la copia del cartel de notificación: Finalmente, cabe avanzar opinión en lo concerniente a la eventual negativa del patrono o su representante, o del trabajador que atienda su secretaría u oficina receptora de correspondencia, a recibir el cartel de notificación o aportar al alguacil sus datos personales, impidiéndole el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 126, encabezamiento de la ley orgánica procesal del trabajo (“...el alguacil dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito en este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió la copia del cartel”). En este supuesto, el alguacil deberá dejar constancia en el expediente de lo acontecido y, a partir de ese momento, se reputará perfeccionada la notificación, sin necesidad de trámites complementarios.

Esta conclusión, que pudiere percibirse, prima fase, como atentatoria de la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, se fundamenta, no obstante, en las siguientes consideraciones:

1. Por aplicación analógica del artículo 183 del Código Orgánico Procesal Penal (“Cuando la parte notificada se niegue a firmar, el alguacil así lo hará constar en la misma boleta, y, a todo evento, procurará hacer la entrega de la misma [...] Se tendrá por notificada a la parte desde la fecha de consignación de copia de la boleta en el respectivo expediente, de lo cual se deberá dejar constancia por Secretaría”).

2. La opción legislativa de referir a la notificación del demandado (en lugar de la citación) tiene el objetivo explícito de flexibilizar el procedimiento de inserción del demandado al proceso (“El llamado del demandado se produce mediante su simple notificación y no a través de una citación, porque se quiere desde luego, garantizar el derecho a la defensa, pero mediante un medio flexible, sencillo y rápido [...] La citación [sic], es de carácter eminentemente procesal y debe hacerse a una persona determinada, debiendo agotarse la gestión personal, en cambio, la notificación puede o no ser personal, pero no exige el agotamiento de la vía personal, que es engorrosa y tardía. Es más expedita la notificación, con el propósito de abreviar los términos, procedimientos y lapsos...).
3. Admitir que el demandado, por su propia voluntad, puede retardar el proceso (negándose a recibir el cartel de notificación y/o informar sobre sus datos personales al alguacil) constituiría una severa lesión a los principios rectores del nuevo proceso (por todos, ex artículo 2 ley orgánica procesal del trabajo, brevedad, celeridad y primacía de la realidad o de los hechos).
4. No se prevé en la ley orgánica procesal del trabajo, como si lo indica expresamente el artículo 218 del código de procedimiento civil (el secretario libraré y entregará al citado boleta de notificación en la cual comunique la declaración del alguacil) y lo expresaba igualmente el (derogado) artículo 50 de la ley orgánica de tribunales y de procedimiento del trabajo (el recibo que se exigía al citado podía suplirse con la declaración del alguacil y de un testigo que hubiere presenciado la entrega y conociere a la persona citada), un mecanismo sucedáneo de notificación para el supuesto que el patrono o su representante, o los trabajadores que atiendan su secretaría u oficina

receptora de correspondencia, se negaren a recibir el cartel de notificación o aportar sus datos personales.

a.2) Medios Electrónicos:

Asimismo, el tribunal podrá practicar la notificación “por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan. A efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en la ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas en todo cuanto le sea aplicable (...) A todo evento, el juez dejará constancia en el expediente, que efectivamente se materializó la notificación del demandado”.

La expresión medios electrónicos pareciera aludir, básicamente, a la información susceptible de transmisión bajo formato electrónico. En este caso, se exige que la ejecución de esta modalidad de notificación se verifique a través de facilidades o herramientas afectas al tribunal para, de este modo, revestir de cierta seguridad lo concerniente al origen de la información (Aragón, 1999,105).

El tribunal deberá garantizar la preservación del mensaje de datos que sirva de notificación al demandado (o demandante), en los términos previstos en el artículo 8º de la ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas el cual hace referencia a lo siguiente:

”... Cuando la ley requiera que ciertos actos (...) consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado (...), estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. 2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea

demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida. 3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido...”

A los fines de establecer con precisión el origen y destino del mensaje de datos es de observar que:

1. La constancia del origen del mensaje de datos, esto es, del emisor del mismo, operará de conformidad con lo pactado entre las partes o, en su defecto, cuando fuere posible evidenciar que el mismo fue, efectivamente, enviado por “(1) el propio emisor, (2) por persona autorizada para actuar en nombre del emisor respecto de ese mensaje o (3) por un sistema de información programado por el emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente, artículo 9º de la ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas.
2. Por su parte, el artículo 11 de la ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas dispone que el momento de recepción de un mensaje de datos se producirá cuando éste hubiere ingresado al sistema de información que el destinatario hubiere designado al efecto o, en caso de que ningún sistema se hubiere designado, cuando, salvo prueba en contrario, ingrese en un “sistema de información utilizado regularmente por el destinatario”.

No obstante, puede sostenerse que esta modalidad no resulta, en la actualidad, operativa (o, por lo menos, confiable) pues se carece de la infraestructura tecnológica adecuada a los fines de certificar la recepción y origen de la información, así como la integridad del documento. En efecto, la ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas, que regula – por disposición del artículo 126 de la ley orgánica procesal del trabajo- lo concerniente a la

certificación de la notificación del accionado, contempla a tales fines la existencia y funcionamiento de proveedores de servicios de certificación (artículos 31-37), debidamente acreditados por ante la superintendencia de servicios de certificación electrónica en los términos previstos por la ley, los medios electrónicos destinados a la notificación del demandado resultan inadecuados por la inseguridad de que revisten una formalidad esencial al ejercicio del derecho constitucional a la defensa (Ciancio,1997,89).

Cabe decir, que de lo antes expresado, Carballo (2004,226) señala lo siguiente:

1. El juez de sustanciación, mediación y ejecución deberá – como en la práctica lo han observado- agotar otros medios de notificación más confiables, como la fijación de carteles o el correo certificado con acuse de recibo. Sólo cuando no fuere posible perfeccionar la notificación a través de las indicadas modalidades, cabría la utilización de los medios electrónicos, como mecanismo para provocar la incorporación del demandado al proceso; y
2. Si el demandado no se diere por notificado, resulta conveniente insistir con otra modalidad de notificación antes de decretar la confesión ficta pues ello podría dar origen a incidencias onerosas y que, en definitiva, culminarían, muy probablemente, con la nulidad de lo actuado y la reposición al estado de nueva notificación. Así, si el demandado objetare la notificación sería menester demostrar que, efectivamente, la misma se verificó a través de medios electrónicos, requiriéndose para ello de la intervención de un perito o forense electrónico.

a.3) Correo certificado

Corresponderá al alguacil, ex artículo 127 de ley orgánica procesal del trabajo, adelantar las gestiones pertinentes ante la oficina de correo depósito del cartel en sobre abierto, identificación del destinatario y dirección de su oficina o del lugar donde ejerza su comercio o industria a los fines de practicar la notificación por correo certificado.

A vuelta de correo, el administrador o director de la oficina de correo enviará al tribunal remitente el aviso de recibo firmado por el receptor del sobre (...) el mencionado aviso de recibo será agregado al expediente por el secretario del tribunal, dejando constancia de la fecha de esta diligencia y al día siguiente comenzará a computarse el lapso de comparecencia del demandado.

En otro orden de ideas, en cuanto al demandante, se ha planteado la duda en torno al imperativo de notificación del demandante como condición previa a la instalación de la audiencia preliminar, en términos análogos a las formalidades exigidas respecto del demandado. La raíz del debate se ubica en la norma contenida en el artículo 123, numeral 5 ley orgánica procesal del trabajo, en concordancia con el artículo 7 ejusdem.

Así, la norma referida en primer término dispone, como contenido esencial del libelo de demanda, lo referente a “la dirección del demandante y del demandado, para la notificación a la que se refiere el artículo 126 de esta Ley”. Por tanto, siendo que el referido artículo 126 de la ley orgánica procesal del trabajo contempla el requisito de la notificación del demandado a los fines de su comparecencia a la audiencia preliminar, se ha interpretado que dicha formalidad deberá operar, igualmente, en relación con el demandante. En refuerzo del criterio expresado se advierte que el artículo 7 de la mencionada

ley consagra que “hecha la notificación para la audiencia preliminar, las partes quedan a derecho y no habrá necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del proceso, salvo lo casos expresamente señalados en esta Ley”.

Sin embargo, debe tenerse claro, que el demandante quedo a derecho con la presentación de la demanda y en tal sentido, la notificación del demandante como condición para la celebración de la audiencia preliminar, toda vez que éste conoce de la demanda por él incoada y de su debida admisión, conspira contra los principios de brevedad y celeridad procesal según el artículo 2 de la ley orgánica procesal del trabajo

Por tal razón, a manera de precisar, la dirección procesal del demandante, cuya precisión es requerida en el libelo de demanda sirve a los fines de realizar cualquier notificación que el proceso requiera y, en particular, para advertirle de: los eventuales errores u omisiones de que adoleciere el instrumento libelar y así proceder éste a subsanarlos o corregirlos dentro del lapso estipulado en el artículo 124 de la ley orgánica procesal del trabajo, y la reconvencción que, eventualmente, incoare el demandado (artículos 365 al 369 del Código de Procedimiento Civil)

Una vez realizada la revisión de los actos introductorios o previos, de obligatorio cumplimiento, para dar inicio al proceso laboral, como lo es la demanda, seguido de su admisión y posterior notificación emitida por el órgano jurisdiccional, a los efectos de llamar al demandado al proceso y cumplir con la garantía constitucional de la defensa; pudiera permitirse entonces, unas breves precisiones a los efectos de concluir el presente capítulo.

En primer lugar, precisar el gran avance que ha tenido en Venezuela, el nuevo proceso laboral y los esfuerzos en la modernización de la administración de justicia y erradicar la mora judicial, por un nuevo plan de administración

participativa y mediante procedimientos que permitan el acceso a una justicia rápida y económica al alcance de todos los venezolanos, lo cual se ve materializado en este nuevo proceso, inspirado en esos principios de oralidad, inmediación, celeridad entre otras para alcanzar los postulados constitucionales.

En segundo lugar, se puede destacar, que este nuevo proceso, se encuentra alejado al formalismo y ritualidad en los que hoy todavía inspira el procedimiento civil, y es en la demanda como acto iniciador del proceso, donde se aprecia, que se abandonó ese formalismo, porque ahora se tiene en proceso accesible a cualquier ciudadano, al que se le permite inclusive exponer su demanda en forma oral, sin mayores exigencias, entre ellas no se exige el acompañamiento de los instrumentos en que se fundamenta la demanda, puestos que en materia, casi siempre no constan en documentos y si es así, estos no lo tiene en la mayoría de los casos el trabajador. Igual sucede con los señalamientos de derechos, en los que se establece que el juez, en uso de los amplios poderes, sea este quien haga la correspondiente calificación jurídica de las pretensiones de las partes.

En tercer lugar, a los efectos de cumplir una vez más con esos principios de celeridad, brevedad, sencillez entre otros, en los que respecta al llamamiento al demandado a la causa, puede verse claramente que también persigue su finalidad de forma más expedita y sin dilaciones indebidas, por tal razón se prevé la notificación de manera rápida, efectiva y adecuada a las nuevas tecnologías puestas al servicios de los administrados, como lo es la notificación por vía electrónica; sin embargo, el juez debe ser cuidadoso en el cumplimiento de esta modalidad, porque pudiera incurrirse en violación al derecho a la defensa y al debido proceso, en el sentido que se deje indefenso al demandado, porque nunca se notificó realmente en el proceso.

CAPITULO II

MECANISMOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

A. ANTECEDENTES

La búsqueda de lo alternativo, se perfila como uno de los valores más preciados de las sociedades contemporáneas. Esa gran necesidad de elegir que experimenta el ciudadano de hoy para sentirse libre, se extiende a todos los ámbitos de la vida civil, incluyendo los modos de solución de conflictos individuales como colectivos de trabajo.

Por ello, la solución de conflictos mediante la conciliación, mediación y el arbitraje no es ningún descubrimiento novedoso, se trata más bien de recuperar y adaptar técnicas muy antiguas de uso ancestral en todas las civilizaciones. En el derecho venezolano, sus referencias vienen del derecho peninsular, porque se aplicaba el derecho de castilla, el cual contenía normas expresas sobre la conciliación y especialmente del arbitraje (Longo, 2004,28).

Posteriormente, las diversas constituciones luego de la independencia y durante el siglo XIX han establecido que los ciudadanos gozan de libertad para resolver los conflictos por la conciliación y el arbitraje.

Asimismo, en el siglo XX la Constitución de la República (1961), guardó silencio en este tema de los medios alternativos, pero bajo su vigencia

distintas leyes contemplaron el arbitraje como el código de procedimiento civil (1987) y la ley de reforma agraria, del trabajo y orgánica del trabajo, de seguros y reaseguro de protección al consumidor, de derecho de autor, de arbitraje comercial, de promoción y protección de inversiones y más recientemente en el código orgánico tributario y la ley de hidrocarburos (Longo, 2004,37).

De igual manera, en 1988 con el proyecto de código procesal civil modelo para Ibero América, en el que se acogió el proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración de los procesos civiles, penales o laborales, en Venezuela se fue asentando dicha tendencia con el código de procedimiento civil, el cual previó el procedimiento oral y dentro de éste una etapa preliminar, dada para la conciliación de las partes y además de ello, reguló también el arbitraje, como alternativo de solución de conflictos (Duque, 2004,412).

Es por ello, que en materia internacional, en el año 1995 en la II conferencia sobre justicia y desarrollo en América Latina y del Caribe (BID, 1995) incluyó el tema de la modernización del sistema judicial como factor estratégico de desarrollo y consideró que sistemas alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación, el arbitraje, los jueces de paz y los defensores del pueblo, dinamizan el funcionamiento del sistema judicial y dan fluidez al funcionamiento general de la economía y considerar a los mecanismos alternativos como formas de justicia más adecuados para resolver los conflictos de nuestra época (Zulueta, 2004, 529).

De la misma manera, se previó en el convenio N° 154 y en la recomendación N° 92 de la Organización Internacional del Trabajo, lo siguiente:

- a) Que los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales deben ser concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva;
- b) Que los procedimientos de resolución de conflictos deben ayudar a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las opongá;
- c) Que los conflictos que se planteen en el sector público deben resolverse por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje;
- d) Que los gobiernos deben proporcionar los mecanismos de conciliación voluntaria, los cuales deben ser gratuitos y expeditivos, para asistir en la promoción y resolución de controversias laborales;
- e) Que se deben estimular a las partes contendientes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a cierres patronales mientras dure el procedimiento de conciliación;
- f) Que los acuerdos alcanzados mediante el proceso de conciliación a la terminación del mismo deberían redactarse por escrito y considerarse equivalentes a contratos celebrados normalmente ; y
- g) Que en la práctica, los principales métodos de resolución de controversia utilizados por muchos países y sugeridos por los instrumentos de la OIT, son los siguientes: a) conciliación/mediación (los cuales pueden o no diferenciarse); b) arbitraje; y, c) pronunciamiento de sentencia (fallo judicial).

Con referencia a estos pronunciamientos, en 1999, la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no fue ajena a los nuevos valores democráticos de autonomía del ciudadano y dio reconocimiento a los medios alternativos de conflictos integrándolos al sistema judicial y prescribió en el

artículo 258 lo siguiente: “La ley promoverá el arbitraje, la mediación, la conciliación y cualquiera otros medios alternativos para la solución de los conflictos”.

Igualmente, el reglamento de la ley orgánica del trabajo (1999), también hace referencia de manera expresa a los medios de autocomposición como son: la conciliación, la negociación directa entre las partes y la consulta directa a los trabajadores y empleadores involucrados en el conflicto, mediante una comisión de expertos y señaló que los medios de heterocomposición son el arbitraje y la decisión judicial.

Finalmente, la novedosa ley orgánica procesal del trabajo que entrara en vigencia en el año 2003, introdujo en el proceso judicial la conciliación, mediación y el arbitraje dentro de una fase preliminar de agotamiento para la solución de los conflictos individuales de trabajo. La cual sustituyó al viejo esquema procesal de la abrogada ley orgánica de tribunales y procedimientos del trabajo.

B. CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

En sentido amplio, “la conciliación es un medio de solucionar las diferencias surgidas entre sujetos con intereses contrapuestos, por la vía del diálogo y con la presencia del facilitador neutral e incitante, para obtener un arreglo justo y benéfico, que se documenta en un acta amparada de cosa juzgada”.

Los objetivos que atañen a la conciliación como fenómeno jurídico, consisten específicamente en lograr prevenir los litigios, siendo un medio eficaz para descongestionar los tribunales, ya impidiendo que surjan

procesos, bien poniéndole término a los que están en curso y en consecuencia, evitando el dispendioso trámite del proceso, que genera costos, trabajo, tiempo y agrava el conflicto surgido entre las partes, que no se zanja por la decisión, pues ésta implica vencedores y vencidos”.

B. 1 Base Constitucional y Legal

La principal fuente, sobre el modo de autocomposición voluntaria, se encuentra previsto en el artículo 258 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela: “...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

De igual manera, el artículo 194 del reglamento de la ley orgánica del trabajo: “los modos de autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, salvo disposición en contrario de la ley o de este reglamento, se preferirán a los heterocomposición”.

Son modos de autocomposición:

- a) La negociación directa entre las partes.
- b) La conciliación, donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo.
- c) La mediación, donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo.
- d) La consulta directa de los trabajadores y empleados involucrados en el conflicto, la celebración de un referéndum o cualquier otra modalidad que se estime apropiada.

Son modos de heterocomposición:

- a) El arbitraje.
- b) La decisión judicial.

Por su parte, el máximo tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, en su sala de casación social, actuando en perfecta armonía con el mandato constitucional contemplado en el artículo 258, introduce en la ley orgánica procesal del trabajo, la mediación y la conciliación como mecanismo obligatorio, a través del cual, el juez de sustanciación, mediación y ejecución, deberá personalmente mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal (Perdomo, 2007,182)

En este propósito, la sala constitucional del tribunal supremo de justicia, en sentencia N° 963, de fecha 5 de junio de 2001, estableció que:

“La justicia alternativa arbitramientos, justicia por conciliadores, es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencia que se convierten en cosa juzgada, ejecutables y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdiccional”.

Asimismo, también señaló la sala de casación civil del tribunal supremo de justicia, en sentencia N° 89 del 8 de Febrero de 2002, reiterando el criterio de que el ordenamiento jurídico venezolano faculta a los particulares para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, salvo las cuestiones de estado, divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los que no es admisible la

transacción, incluyendo las diferencias derivadas del llamado hecho social del trabajo.

Como puede observarse, el alto tribunal de la república le da perfecta cabida a la utilización de los medios alternativos, razón por la cual en el análisis que se haga a lo largo de la investigación, es necesario revisar estos criterios conjuntamente con las precisiones legales del tema.

Por otro lado, la actividad conciliatoria tendrá lugar en la audiencia preliminar, la cual se realizará en forma oral, privada y presidida por el juez de sustanciación, mediación y ejecución, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados, tal y como quedó establecido en el artículo 133 de la ley orgánica procesal del trabajo, entendiéndose que a este juez además de conciliar, le correspondió la tarea quizás más importante, como lo es, la de servir de mediador en esa controversia (Carballo,2004,194).

En la ley orgánica procesal del trabajo, encontramos que el juez de sustanciación, mediación y ejecución, tiene un doble papel como mediador y conciliador, va a utilizar un modelo mixto de intervención; en momentos tendrá que ser más activo y menos activo en otro, dependiendo de las particularidades de cada caso en concreto.

Ante la situación planteada, Luna, et al (2005) mencionan que la Ley hace referencia a una Conciliación Contenciosa, definida como: “Todo tipo de composición amigable por medio de un convenio o acuerdo que suscriben las partes intervinientes en un proceso debido a la mediación del Juez, lográndose dar por terminado el juicio y produciendo los efectos de una sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada” (p.99).

Así pues; la actividad del juez de sustanciación, mediación y ejecución con función conciliadora se ubica dentro de la concepción más actualizada del proceso, que es consustancial con la idea de un juez moderno, proactivo y protagonista, consciente de la labor de dirección del proceso, y si fuere nugatorio su intento conciliador, no correría el riesgo que ocurre con legislaciones de otros países de adelantar opinión, o que pronunciase, o asumiera posición sobre el fondo del problema judicial planteado, que le hiciera perder su imparcialidad, por ser el Juez de Juicio quien va a decidir la causa, siendo una de las grandes ventajas que presenta nuestra Ley.

En tal sentido, lo primero que debe hacer el Juez es brindar a las partes un proceso organizado y un ambiente confortable que les genere confianza y seguridad, cuya atmósfera plantee las condiciones propicias para iniciar el restablecimiento de las relaciones que facilite el acuerdo; manteniendo el rumbo del proceso, que impulse y asista a las partes en la búsqueda e identificación de opciones.

Asimismo, debe abrir el proceso al libre flujo de opiniones, permitiendo el juez, indicar algunas sugerencias en las que se reconozcan necesidades comunes que amplíe el panorama, y permitir fomentar la cooperación y motivación de las partes, que a su vez los conduzca a crear una gran variedad de posibilidades, para dirimir el conflicto y renovar la esperanza de las partes.

Seguidamente, se hace necesario e imprescindible que el juez como mediador y conciliador, debe poseer habilidades para conducir eficientemente el proceso, comunicarse efectivamente con las partes, mediante un lenguaje claro y escuchar activamente. Habilidades para evaluar intereses, valores y necesidades, para negociar y establecer metas, para

desactivar emociones externas o interrumpir estancamiento y técnicas para idear normas de procedimiento.

Finalizada la mediación y conciliación, bien porque las partes llegaron a un arreglo o bien por no lograr acuerdos, por tal razón la ley procesal adjetiva, señala que sí la mediación es positiva, el Juez dará por concluido el proceso, mediante sentencia en forma oral, que dictará en forma inmediata, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada.

En señal de ello, la formalización y diseño para la implementación de los acuerdos, requieren de gran cuidado, debido al grado de satisfacción que produce observar cuidadosamente esta última etapa del proceso, para que el respeto y el cumplimiento de los acuerdos arrojen un alto índice de éxito. Y la suscripción del acta final es la confirmación de llegar al acuerdo, en la cual debe constar de manera pormenorizada y por escrito todas las decisiones resultantes, por ello al firmar el convenio final, las partes se encuentran convencidas de suscribirlas con el ánimo de observar y cumplir lo acordado.

Seguidamente, se señalará algunas consideraciones generales sobre la conciliación y mediación, que deben cumplirse en cualquier momento y en cualquier proceso que sea utilizada, a los efectos de alcanzar la composición de cualquier conflicto, y para ello, deben llenarse una serie de requisitos de fondo, los cuales versan sobre dos aspectos, como lo es lo relativo a las personas entre quienes la celebra y la materia sobre la cual recaen.

En cuanto a las personas, se refieren a la calidad de partes, implica que se actúe dentro del proceso en esa condición y además, que sea principal,

como sucede con el demandante, el demandado o tercero interviniente, excepto cuando se trata de coadyuvante.

Lo concerniente a la capacidad, en la conciliación es igual que en la transacción, por la similitud de estas dos figuras, pues la diferencia esencial consiste en que la primera requiere la intervención del funcionario y la segunda, en cambio, se efectúa directamente entre las partes.

Asimismo, la legitimación, recae sobre quien tenga diferencias con otra persona acerca de una relación jurídica de carácter material, exista o no por esa causa un proceso en curso. En el litisconsorcio necesario requiere que emane de todos los litisconsortes.

Por otro lado, lo atinente al acto mismo y en particular al objeto sobre el cual recae, se contrae a que la pretensión sea incierta, provenga de las dos partes, que se acepte o renuncie el derecho reclamado y la intervención del funcionario. Esta pretensión incierta o discutida, implica no sólo incertidumbre en lo pretendido, sino que se controvierta o discuta, por lo cual no es procedente en los procesos donde estas situaciones no tienen ocurrencia, como son los llamados de jurisdicción voluntaria y en los que se persigue la satisfacción de un derecho, como es el ejecutivo.

También, debe recalarse que es un acuerdo entre las partes. La conciliación es acuerdo, entendido en su acepción más amplia, por lo cual comprende una amplia gama de situaciones. Es así como la conciliación se configura por la aceptación total de una parte a las pretensiones de otra, lo cual en el fondo, constituye allanamiento; bien una renuncia igualmente total, supuesto que, en esencia, entrañará un desistimiento.

De igual manera, exige la presencia del funcionario. El funcionario ante quien se efectúe la conciliación puede intervenir activamente y, por tanto, presentar fórmulas de acuerdo, sin que esto implique, en ningún caso, prejuzgamiento sobre el fondo.

En este mismo sentido, se requiere que el derecho o relación material sobre el cual recae la conciliación sea susceptible de renuncia. Por tal razón, la conciliación no procede sobre el estado civil de las personas, ni ciertos derechos que no admiten disposición, como acontece con el de alimentos, al igual que sobre los derechos morales prohibidos expresamente por la ley.

Se exige además, que la norma consagre o permita la conciliación. La conciliación obligatoria sólo puede tener ocurrencia cuando la norma establece una audiencia con esa específica finalidad, o, permite realizarla a solicitud de cualquiera de las partes. En nuestra legislación, específicamente en el campo laboral había tenido un carácter optativo.

En cuanto a los requisitos de forma, los mismos se refieren a las circunstancias de: lugar, tiempo y modo. La conciliación produce los mismos efectos de la transacción, cual es, estar revestida la decisión de la fuerza de la cosa juzgada y no da lugar a imposición de costas, salvo que las partes acuerden lo contrario, implicando la terminación del proceso y como consecuencia de la cosa juzgada, cierra la posibilidad de volver a plantear los puntos materia de la controversia entre las mismas partes y por igual causa en un proceso judicial.

La conciliación al ser un acto jurisdiccional complejo, que produce efectos de cosa juzgada, está sujeto a las formalidades o requisitos propios de la figura jurídica del contrato, por lo cual es factible que el acuerdo conciliatorio

esté afectado por cualquiera de los vicios que determinan su nulidad, como es falta de capacidad, consentimiento.

b.2 Ventajas de la Mediación y la Conciliación

Entre las grandes ventajas que ofrece la conciliación, se pueden mencionar:

1. Es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo.
2. Es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarla a las circunstancias y a las personas.
3. Mantiene relaciones en lugar de destruirlas.
4. Permite encontrar soluciones basadas en un sentido común.
5. Produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas de juego.
6. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar sus conflictos.
7. Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación.
8. Comparativamente con el proceso judicial, es reducido en sus costos y de igual manera es reducido en el tiempo.

Entre las reglas básicas para la mediación, se tiene que comprender y aceptar que la mediación es voluntaria, no vinculante.

- El mediador debe estar bien formado en el arte de la mediación.
- Debe cumplir en estricto código ético y deontológico.
- Debe infundir confianza y respeto en ambas partes de que es imparcial.

b.3 Características del Proceso de Mediación

- El proceso de mediación es de carácter privado entre las partes y el Juez, lo que permite la confidencialidad de los puntos discutidos y debatidos.

- Es un proceso sencillo, y esta falta de formalismo es lo que le da flexibilidad al proceso, y ventajas a la mediación en comparación con el arbitraje.

- Las partes implicadas en el conflicto deben estar presentes en la mediación y deben estar representadas por una persona con poder para llegar a acuerdos.

- La mediación empieza con una sesión conjunta en la que el mediador explica el proceso como parte de su presentación. Después de que haya contestado a cualquier pregunta hecha por las partes, cada parte tiene la oportunidad de describir los hechos del caso y explicar su posición.

Por otro lado, según Perdomo (2007,125) debe señalarse la habilidad que los mediadores deben tener y demostrar, entre ellas:

- 1- Definir y analizar las diferencias de criterio de las partes.

- 2- Identificar intereses respecto de posiciones.

- 3- Generar un clima, muchas veces a través de sus ideas y opciones, que conduzca a la solución del conflicto.

Respecto a lo señalado, en opinión similar Duque (2004), no obstante el carácter de privacidad que caracteriza al proceso de mediación, en una conducta preactiva el juez de sustanciación, mediación y ejecución – como director del proceso – puede, previa anuencia de las partes – dada la confidencialidad de los alegatos – levantar actas que contengan los acuerdos parciales a los cuales éstas hayan llegado, ello permite delimitar ante el juez de juicio, los hechos controvertidos y los hechos no controvertidos, siendo que estos últimos, por no existir discrepancia entre los litigantes, estarían fuera del debate probatorio (p.150).

Sin embargo, esta conducta preactiva del juzgador, en modo alguno podría violentar la privacidad de esta primera fase del proceso, por lo que la elaboración del acta que contenga el acuerdo parcial, de ningún modo puede ser impuesta por el juzgador a las partes.

La habilidad de los mediadores y su estilo es diferente, al igual que la complejidad y circunstancias de cada caso. Por todo ello, ninguno de los puntos reflejados en este apartado debe ser tenido como verdad absoluta y si como guía y ayuda de las características que impulsan el trabajo en la resolución de conflictos, y sobre todo y más importante, en la generación de confianza de las partes con respecto al mediador.

C. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Una vez iniciado el proceso, el juez como rector del mismo está facultado para impulsarlo, bien a petición de parte o de oficio, hasta su culminación, y de igual forma puede promover y mediar ante las partes para hacer uso de medios alternos para la solución del litigio, entre ellos, la conciliación, con el fin de lograr el advenimiento de las partes hacia una transacción o convenio para evitar la continuación del proceso, dándole fin al mismo. También pueden las partes escoger el arbitraje como forma alterna para la solución del conflicto, por ello a continuación se hará una breve referencia a los medios alternativos de solución de conflictos.

C.1. De la Transacción:

La transacción judicial es el acto mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, ponen fin al proceso. Según lo establece el artículo 256 del código de procedimiento civil: “las partes pueden terminar el proceso

pendiente, mediante la transacción celebrada conforme a las disposiciones del código civil. Celebrada la transacción en el juicio, el Juez la homologará si versare sobre materias en las cuales no están prohibidas las transacciones, sin lo cual no podrá procederse a su ejecución”.

En el artículo 1.713 del código civil define la transacción así: “La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente y precaven un litigio eventual”. El artículo 1.716 del mismo Código señala: “La transacción no se extiende a más de lo que constituye su objeto. La renuncia a todos los derechos y acciones comprende únicamente lo relativo a las cuestiones que han dado lugar a la transacción”.

El artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana, en su numeral 2 señala: “Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que impliquen renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley”.

Según doctrina de la sala de casación social N° 265 de fecha 13-07-00, en referencia a la transacción dijo la sala: “debe precisar esta sala que la transacción en materia laboral está prevista en el párrafo único del artículo 3 de la ley orgánica del trabajo, por tanto la aplicación de las normas del código civil y del código de procedimiento civil en los casos de transacción de derechos de trabajadores debe hacerse siempre en concordancia con la citada norma laboral.

El párrafo único del artículo 3 de la ley orgánica del trabajo establece como requisitos esenciales de validez de la transacción laboral, que la misma

se haga por escrito y contenga una relación detallada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos. Establece la misma norma que para que la transacción pueda tener efectos de cosa juzgada, la misma debe ser celebrada ante un funcionario del trabajo”.

C.2. Del Convenimiento.

El convenimiento en cambio es el acto procesal mediante el cual el demandado acepta todo lo que se le reclama en la demanda. Según el artículo 363 del código de procedimiento civil: “Si el demandado conviene en todo cuanto se le exija en la demanda, quedará ésta terminada y se procederá como cosa juzgada, previa la homologación del convenimiento por el Tribunal”.

Con respecto a la intervención del Juez en la audiencia preliminar, dice la exposición de motivos de la ley procesal del trabajo lo siguiente:

“La Comisión, convencida de lo imperativo que es para la administración de justicia disminuir, en lo posible, la litigiosidad y tomando en cuenta la experiencia, si bien limitada y puntual, que entre nosotros ha tenido la conciliación como forma de autocomposición procesal, ha considerado un imperativo el establecer, con carácter obligatorio, la presentación de la demanda ante un Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, que tenga atribuida la facultad de mediar y conciliar las diferencias de las partes en conflicto, para lograr una respuesta satisfactoria para el problema de ambas y así evitar que su convocatoria llegue a juicio, con economía de tiempo y dinero y en beneficio de toda la administración de justicia, son varias las razones que han persuadido, para adoptar este sistema: 1) La función de mediación y conciliación es especial y distinta de la de administrar justicia, ambas no pueden estar atribuidas a la misma persona; 2) La función de mediación y conciliación, en principio, debe ser realizada antes del inicio del juicio, pues es allí, antes de la trabazón de la litis, es cuando hay más posibilidad que la misma tenga éxito; y, 3) Debe ser obligatoria, porque la experiencia ha

demostrado, al menos entre nosotros, que la conciliación voluntaria o la simple facultad atribuida al Juez de la causa, de llamar a las partes, a conciliación, ha resultado un estruendoso fracaso, en el derecho procesal del trabajo.”

Ahora bien, de nada serviría que la ley consagrara el carácter obligatorio, si al mismo tiempo no se plasman mecanismos procesales, para persuadir a las partes a que acudan a la audiencia preliminar a resolver sus diferencias, por ello, se ha considerado necesario que si el demandante no compareciere, se considerará desistido el procedimiento y si no compareciere el demandado, se presumirá la admisión de los hechos alegados y el tribunal declarará terminado el procedimiento, en el primer caso, o resolverá el mérito del asunto ateniéndose a la confesión, en el segundo caso, en ambas circunstancias resolverá mediante sentencia oral, que reducirá a escrito, contra esta decisión hay apelación en ambos efectos y recurso de casación, si hubiere lugar a ello (artículo 130 y 131). Se piensa que este mecanismo garantiza que las partes no van a faltar a este importante acto del procedimiento.

El carácter ineludible de la audiencia preliminar, la complejidad y diferencia que hay entre las demandas presentadas y la importancia que se le atribuye dentro de la estructura del nuevo proceso, lleva a fijar un límite razonable de duración de esta etapa. En primer lugar, no se establece un número mínimo y máximo de audiencias y en segundo lugar, se establece el principio de la continuidad de la audiencia, pues ésta, una vez iniciada debe prolongarse, hasta agotarse toda posibilidad de arreglo; pero en ningún caso debe prolongarse por más de cuatro meses (artículo 136), pues se considera que este lapso es suficiente para lograr una solución, si es que existe, en el caso concreto, tal posibilidad y para evitar que la buena intención de reducir

la controversia a un arreglo, se constituye en un obstáculo para el acceso a la justicia.

También resalta el carácter privado de esta etapa de la audiencia preliminar, artículo 129 de la ley orgánica procesal del trabajo, que está sobradamente justificado, porque al resguardo de la conversación reservada, es cuando las partes pueden, en forma franca y abierta, manifestar sus limitaciones y aspiraciones, sin que la difusión de su posición trascienda a la colectividad y se convierta en un medio de presión o coacción, que cercene toda posibilidad de arreglo. De lograrse la conciliación entre las partes, se dará por terminado el proceso, mediante un acto de autocomposición procesal, caso en el cual el tribunal dará por concluido el procedimiento, reducirá el acuerdo a un acta y lo homologará, adquiriendo el mismo carácter de cosa juzgada, artículo 133 de la ley orgánica procesal del trabajo”.

C3. Del Arbitraje

En la constitución de la República Bolivariana de Venezuela está consagrada la institución del arbitraje como mecanismo alternativo de administración de justicia. El artículo 253 de la carta fundamental establece:

“...el sistema de justicia está constituido por el tribunal supremo de justicia, los demás tribunales que determine la ley, el ministerio público, la defensoría pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio”.

En el artículo 258 de la misma Carta Fundamental señala: "... La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

La ley procesal del trabajo, siguiendo la norma constitucional, acogió al arbitraje como forma alterna para resolver el conflicto laboral. Así, el artículo 138 de la ley procesal del trabajo expresa: "el juez, a petición de las partes ordenará la realización de un arbitraje que resuelva la controversia, a fin de estimular los medios alternos de resolución de conflictos en la forma prevista en esta ley".

Como se ve, se les permite a los litigantes optar entre la justicia impartida por el juez laboral natural o la de los particulares juristas especializados en derecho del trabajo o seguridad social, a quienes de común acuerdo les otorgan el poder para decidir la controversia.

El Tribunal arbitral tiene plena jurisdicción para decidir el caso, ya que está facultado para declarar y aplicar el derecho al caso sometido a su consideración, por lo tanto, el fallo que dicte el Tribunal arbitral causará ejecutoria, con plena autoridad de cosa juzgada, cuando se hayan agotado los recursos que contra esas decisiones concede la ley (Casación o Control de la Legalidad), siempre que se haya constituido cumpliendo las formalidades establecidas en la ley procesal del trabajo.

Los árbitros asumen la condición de juez con las mismas atribuciones jurisdiccionales que el Juez del Estado, con la diferencia de que su constitución se realiza por mutuo acuerdo de las partes en litigio y sus funciones no consisten solamente en admitir las pruebas sino también en evacuarlas, apreciarlas y declarar el derecho, ya que de acuerdo como está

concebida la institución en el proceso laboral, son verdaderos especialistas en derecho laboral. Por ello, los integrantes del arbitraje constituyen jueces de derecho con facultad para interpretar las normas jurídicas y resolver los casos sometidos a su consideración (Mora, 2005,159).

Por otro lado, es menester señalar la forma de constituir el arbitraje, la cual se dispone de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la ley orgánica procesal del trabajo: “para la realización del arbitraje se procederá a la constitución de una junta de arbitraje formada por tres (3) miembros. Los tres (3) árbitros serán escogidos al azar por el juez, de una lista de árbitros establecida oficialmente por el tribunal supremo de justicia en sala de casación social e integrada por distinguidos y calificados especialistas en derecho del trabajo o seguridad social”.

Asimismo, se puede señalar los requisitos necesarios para ser árbitros, los cuales se encuentran previstos en el artículo 140 de la ley orgánica procesal del trabajo: “Para ser árbitro se requiere:

- 1) Tener la nacionalidad venezolana.
- 2) Ser ciudadano de reconocida honorabilidad.
- 3) Ser abogado de reconocida competencia en derecho del trabajo, o profesional de otra área especializada en seguridad social.

Después del breve señalamiento, en lo concerniente a los diversos modos de autocomposición voluntaria, los cuales pueden utilizar las partes en la audiencia preliminar, a los efectos de componer el litigio y con ello la solución de los conflictos planteados, se hace necesario, precisar a manera de conclusión en las presentes anotaciones, primeramente que la actividad del juez de sustanciación se ubica dentro de la concepción más actualizada del proceso, que va de la mano con la idea de un juez moderno, proactivo,

protagonista, consciente de la labor de dirección y de su función conciliadora y mediadora, al cual se le permite utilizar todas las herramientas posibles, entre éstas el tiempo, la paciencia, el fomento de un clima emocional que dé confianza a las partes para lograr el objetivo deseado como lo es resolver el conflicto de manera satisfactoria para ambas partes.

En cuanto el arbitraje, puede precisarse que debe ser voluntario y en ningún momento podría ser impuesto por un juez, en tal sentido es necesario un acuerdo entre las partes por medio del cual estos deciden extraer la solución de los conflictos a los árbitros. La ley orgánica procesal del trabajo no establece la oportunidad procesal para que las partes soliciten el arbitraje, ni señala el momento preclusivo para ello, sin embargo, lo correcto es en el cierre de la audiencia preliminar y ante el juez de sustanciación. Lo cual es posible inferirlo, de la ubicación que regula el arbitraje, que se encuentra después del capítulo II, del mismo título referido a la audiencia preliminar, de acuerdo al orden cronológico previsto en la ley, a menos que las partes decidan acudir al arbitraje para resolver la controversia, si entre ellas no fuera posible la conciliación.

CAPITULO III

DESISTIMIENTO EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

A continuación, se revisará en este capítulo la procedencia del desistimiento, como modo de poner fin al proceso, en función de la no comparecencia del actor, a la audiencia preliminar. Toda vez que el juez debe proceder atendiendo a la asistencia o presencia de las partes, pues solo así es posible incitar a las partes a la solución de los conflictos mediante la mediación, la conciliación, como finalidad primordial de la audiencia preliminar.

En efecto, la asistencia a la audiencia preliminar es obligatoria; si no acude alguna de las partes, es sujeto de aplicársele la consecuencia jurídica prevista por el legislador, pero el tribunal que imponga la sanción prevista debe ser competente para conocer de ese pleito.

Si no están presentes las partes, al anunciarse el acto y señalar el funcionario, el tribunal de sustanciación, mediación y ejecución que conocerá el asunto, el juez procede de acuerdo a la parte (demandante, demandado) cuya incomparecencia se verifica.

En la exposición de motivos de la ley orgánica procesal del trabajo se lee:

Ahora bien, de nada serviría que la Ley consagrara el carácter obligatorio, si al mismo tiempo no se plasman mecanismos procesales, para persuadir a las partes a que acudan a la

audiencia preliminar a resolver sus diferencias, por ello, se ha considerado necesario que si el demandante no compareciere, se considerará desistido el procedimiento y si no compareciere el demandado, se presumirá la admisión de los hechos alegados y el Tribunal declarará terminado el procedimiento, en el primer caso o resolverá el mérito del asunto atendándose a la confesión, en el segundo caso (...). Se piensa que este mecanismo garantiza que las partes no van a faltar a este importante acto del procedimiento.

Conforme a lo transcrito anteriormente, si no comparece el accionante, el juez de sustanciación, mediación y ejecución debe dar por terminado el proceso, dictando sentencia oral que reducirá inmediatamente en un acta, por la incomparecencia del actor, entendiéndose desistida la instancia, debiendo esperar el transcurso de noventa (90) días continuos para presentar nuevamente la demanda.

De lo anteriormente señalado González (2003) hace referencia a lo siguiente:

El desistimiento es, en materia procesal, el acto de abandonar la instancia, la acción o cualquier otro trámite del procedimiento. Puede ser expreso o tácito; el desistimiento tácito se opera al vencer voluntariamente el término procesal. Puede también desistirse del derecho material invocado en el proceso. Es obvio que el caso de la norma en comento, estamos en presencia de un desistimiento tácito, mediante el cual al no presentarse el demandante a la audiencia preliminar, el legislador considera como consecuencia de su acto voluntario, que el proceso queda terminado, mediante sentencia dictada en forma oral, la cual debe ser reducida en un acta y publicada en la misma fecha. O sea, que estamos en presencia de lo que hemos señalado y que la doctrina ha denominado predominantemente oral, debido a que siempre se hace necesario la existencia de la escritura y del expediente (p. 175)

No obstante, si el accionante asiste a la audiencia preliminar sin abogado no se entiende desistido; en teoría se fija nueva oportunidad

asignándole un abogado de una lista de Procuradores del Ministerio del Trabajo y sí no viene con el abogado-procurador en la segunda oportunidad si hay desistimiento. El accionante puede desistir su acción sin estar asistido de abogado, pero no puede seguir el juicio sin estar asistido o representado por un abogado.

Asimismo, puede señalarse que en diversas oportunidades se sanciona la incomparecencia de la parte interesada a un determinado acto, bien que revista la condición de demandante, de demandado, de apelante o por haber ejercitado algún otro recurso.

La jurisprudencia ha establecido que la regulación del proceso es impositiva, es decir, que es obligatoria para las partes y para el juez, ya que los formalismos impuestos en la ley procesal son los que el estado considera apropiados y convenientes para garantizar la tutela jurisdiccional de los ciudadanos (Pierre, 2000, 231).

De acuerdo con lo anterior, tal posición jurisprudencial, de la garantía al debido proceso deriva el principio de la legalidad de las formas procesales, según el cual los actos procesales deben producirse de acuerdo con los mecanismos desarrollados por el ordenamiento jurídico, por lo que el artículo 11 de la ley orgánica procesal del trabajo preceptúa que los actos procesales se desarrollan en la forma prevista en la ley, sin olvidar la existencia del artículo 257 de la constitución, lo que permite concluir en que las formas procesales no carecen de significación en la ordenación del proceso, pues no puede dejarse al libre albedrío del juez y mucho menos de las partes, su eficacia o alcance (Henríquez, 2006, 76).

Sin embargo, la decisión del juez, que declara desistido el proceso, por ausencia del demandante, tiene apelación en ambos efectos si el recurso se interpone dentro de los cinco días hábiles siguientes. El desistimiento solamente extingue la instancia, no la acción, conceptos éstos totalmente diferentes; pero el demandante como ya se señaló, no podrá volver a proponer la demanda antes que transcurran noventa (90) días continuos.

A. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO

Al recibir el expediente por el tribunal superior del trabajo, dentro de los cinco días hábiles siguientes se fijará una audiencia para decidir la apelación, y de ser declarada con lugar ordenará al tribunal a-quo a la celebración de una nueva audiencia preliminar. El tribunal superior tomará en cuenta las razones y motivos que alegare y demostrare el apelante relacionados con el caso fortuito o fuerza mayor que le imposibilitaron su asistencia, la decisión se reducirá en forma escrita y contra la misma será admisible el recurso de casación, si alcanzara la cuantía prevista en el artículo 167 de la ley orgánica procesal del trabajo y se interpondrá entre los cinco (5) días hábiles siguientes a la decisión (Pierre, 1999,236).

El caso fortuito y fuerza mayor están referidos a todas aquellas situaciones que no han podido preverse y que por lo tanto impiden el cumplimiento de la obligación. En estos casos, quedará a criterio del Juez la valoración de los hechos alegados y probados que justifiquen la inasistencia, lo que se hará bajo las reglas de la sana crítica.

B. LA CAUSA EXTRAÑA NO IMPUTABLE

Sin embargo, lo establecido en el artículo 130 de la ley orgánica procesal del trabajo, el juez de juicio puede ordenar la realización de un nueva audiencia preliminar cuando a su juicio existieren fundados y justificados motivos o razones de la incomparecencia del demandante por caso fortuito o fuerza mayor plenamente comprobables, a criterio del tribunal (Pierre,2003,54).

En ese orden de idea, la ley adjetiva del trabajo faculta al juez de juicio o al superior del trabajo, según las circunstancias, a revocar aquellos fallos constitutivos de la presunción de admisión de los hechos por la incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar, bien en su apertura o en sus posteriores prolongaciones, siempre y cuando la contumacia responda a una situación extraña, no imputable al obligado o demandado, criterio aplicado al caso del desistimiento del demandante a la audiencia preliminar (Duque,2004,135).

Además, tales causas extrañas no imputables que configuran el incumplimiento involuntario del deudor las adminicula el legislador en correspondencia con la norma transcrita en el caso fortuito y la fuerza mayor y ante tal categorización, debe la sala necesariamente aclarar las condiciones necesarias para su procedencia y consecuente efecto liberatorio. Toda causa, hecho, obstáculo, debe necesariamente probarse. Tal condición limitativa o impeditiva debe resultar de orden práctico (Villasmil, 2003,72).

Así mismo, tal imposibilidad plena en ejecutar la obligación necesariamente debe instaurarse como sobrevenida, es decir, que se

consolida o materializa con posterioridad a contraerse legítimamente la obligación.

Igualmente debe especificarse que la causa del incumplimiento no puede responder a una actitud volitiva, consciente del obligado, la causa motora para la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar no constituye jurídicamente un eximente de la obligación de asistencia, pues, la misma entre otras cosas, aun siendo imprevisible resultaba evitable, como sucede, por ejemplo, cuando en la representación judicial de la demanda se constituyen como apoderados dos profesionales del derecho (Tribunal Supremo de Justicia, 2004).

Mientras tanto, al no existir señalamiento alguno de la oportunidad para la promoción de las pruebas que demuestren la imposibilidad de no haber asistido a la audiencia preliminar por una causa extraña no imputable, estos medios de prueba deben ofrecerse antes de la audiencia, con el fin que el tribunal que decidirá sobre la apelación pueda pronunciarse sobre su admisibilidad (Duque, 2004,156).

En los casos de confesión ficta y desistimiento del procedimiento cabe recurso de apelación, el cual deberá ejercerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a partir de la publicación del fallo. En esta circunstancia, la parte afectada sólo podrá alegar el caso fortuito o la fuerza mayor que hubiere impedido su presencia en la audiencia preliminar, según se evidencia en los artículos 130, parágrafo segundo y 131, primer aparte de la ley orgánica procesal del trabajo. La noción de fuerza mayor o caso fortuito atiende a aquellas circunstancias que impiden el cumplimiento del obligado y que no son imputadas al mismo, la fuerza mayor es atendida como todo

acontecimiento que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido resistirse y que por lo general emana del hombre (Maduro, 1997,189).

Al respecto, en sentencia N° 2003-000039 de fecha 18 de noviembre de 2003, del tribunal superior quinto del circuito judicial del trabajo del área metropolitana de Caracas, ha negado que constituyen supuestos de fuerza mayor o caso fortuito lo siguiente:

“La recurrente justifica la inasistencia de la parte demandada por si o por medio de apoderado a la audiencia preliminar, por encontrarse participando en otra audiencia preliminar, razones que para esta alzada, son absolutamente insuficientes e injustificada y que bajo ningún aspecto se subsume dentro de los supuestos fácticos permitidos por la norma, como lo son el caso fortuito o la fuerza mayor, máxime, si cuando se lleva a cabo una audiencia preliminar se notifica de la misma a las partes con diez (10) días de anticipación, según lo establecido en el artículo 128 de la ley orgánica procesal del trabajo y que por vía de consecuencia permite establecer que la parte demandada, ya tenía conocimiento previo de la coincidencia de las dos audiencias, por lo que en tal sentido, ésta debió tomar las previsiones necesarias en cuanto a la realización de sus actividades, para la mejor defensa de sus derechos e intereses”.

Para Cabanellas (1974), la fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito, reservando para éste los accidentes naturales, más adelante el mismo autor, opina en relación a la fuerza mayor, que se equipara a la necesidad, porque exime del cumplimiento de la ley.

En tal sentido, la sala de casación social en sentencia N° 866 de fecha 17 de febrero de 2004, con ocasión del recurso de apelación al caso fortuito expone lo siguiente: "por caso fortuito, se puede entender el suceso imprevisto que no se puede prever ni resistir y que emana de la naturaleza, tales como: inundaciones, terremotos, y la fuerza mayor la que proviene de una persona como por ejemplo el robo”.

En tal sentido, Carballo (2004) hace referencia que en ambos casos la confesión ficta o el desistimiento del procedimiento, la incomparecencia del apelante a la audiencia oral ante el tribunal superior equivaldría a desistimiento del recurso estipulado en el artículo 130, párrafo tercero y 131 último aparte de la ley orgánica procesal del trabajo (p,66).

Sin embargo, si el caso fueren varios los apoderados, la circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor que se alegare como explicativa de la incomparecencia habría de afectar a la totalidad de estos. Si tales circunstancias sólo fundamentaren la incomparecencia de algunos apoderados, aunque entre estos se encontrare quien hasta entonces hubiere participado en la audiencia preliminar, se decretará el desistimiento del procedimiento o la confesión ficta, según se tratase de la parte actora o del demandado (Carballo 2004,35).

En este propósito, lo hechos que es menester demostrar fehacientemente a los fines de justificar la incomparecencia a la audiencia preeliminar, resultará imperativa a la promoción y evacuación de pruebas durante la audiencia que se celebre ante el tribunal superior que conozca del recurso. No prevé la ley orgánica procesal del trabajo la apertura de un lapso probatorio, resultando aplicable, entonces, el régimen observado en la audiencia preliminar en cuanto a la promoción de pruebas, esto es, en la oportunidad de su instalación salvo que el juez fijare una oportunidad anterior a estos fines, reservando la audiencia oral para la evacuación de las pruebas admitidas. En lo relativo a la evacuación de las pruebas, habrá de observarse lo estipulado en el ámbito de la audiencia de juicio, artículo 152 de la ley orgánica procesal del trabajo, es decir, oídos los alegatos se evacuarán las pruebas en la forma y oportunidad que determine el tribunal (Pierre, 2002,159).

El artículo 158 de la ley orgánica procesal del trabajo, en concordancia con el artículo 165 de la misma ley, menciona que concluida la evacuación de pruebas, el juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de sesenta minutos. Mientras las partes permanecerán en la sala de audiencias como lo dispone el último de los artículos referidos, concluido dicho lapso, el juez superior del trabajo deberá pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco días hábiles siguientes, sin formalismos innecesarios dejando expresa constancia de su publicación.

A los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso. En casos excepcionales por la complejidad del asunto debatido o por caso fortuito o de fuerza mayor, el juez superior del trabajo podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco días hábiles, después de concluido el debate oral. En todo caso, deberá por auto expreso determinar la fecha para la cual han diferido el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia obligatoria del apelante.

Cuando sea justificada la incomparecencia, se ordenará la celebración de una nueva audiencia preliminar, según los artículos 130 párrafo segundo y 131 primer aparte de la ley orgánica procesal del trabajo, aunque la norma, literalmente, alude a la celebración de una nueva audiencia preliminar, pareciera conveniente, más bien, por razones de celeridad, ordenar la prosecución de la que ya se hubiere instalado, si la ausencia fue en alguna de sus prolongaciones (Perdomo, 2007,156).

Finalmente, a modo de concluir con las ideas expuestas, puede señalarse, en primer término que si ambas partes dejan de comparecer a la

audiencia preliminar, el juez deberá decretar la extinción del proceso, puesto que la idea central de esta audiencia es lograr que ambas partes asistan y de motivar e impulsar los medios de autocomposición a los efectos de poner fin a la controversia. Sin embargo, la misma suerte de extinción del proceso, sufre la no comparecencia del demandante a la audiencia preliminar, y en tal sentido, se castiga con el desistimiento del procedimiento, lo cual se considera lógico con los principios que envuelve este proceso laboral, en la que está clara la carga que tiene el demandante de ser previsorio y atento a los actos que se desarrollan en su interés. Y en tal sentido, cuando se descuida ese interés, debe sufrir las consecuencias del mismo. Y para ello, la sala social, como se revisó en líneas anteriores, permite que pueda demostrar, la causa no imputable a él, como el caso fortuito o fuerza mayor que le impidieron asistir a la audiencia.

CAPITULO IV

LA CONFESIÓN FICTA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO

A continuación se hará una breve referencia sobre la procedencia de la confesión ficta en el proceso laboral, como consecuencia de la incomparecencia del demandado al llamado al proceso laboral, a objeto de ejercer su derecho a la defensa.

En tal sentido, este nuevo proceso laboral, tal como se ha expuesto en los capítulos anteriores, como consecuencia de los principios de brevedad, celeridad, inmediación, establece la presencia obligatoria de las partes, y la falta de asistencia del demandado a la audiencia preliminar, acarrea drásticas desventajas y en tal sentido, presume la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal procederá a sentenciar en forma oral conforme a dicha confesión.

En ese sentido, ha hecho referencia, el tribunal 1º superior de primera instancia, en sentencia N° AP21-R-2003-00019, de fecha 23 de octubre de 2000, hace referencia a lo siguiente:

“...En forma alguna podemos permitir a las partes llegar mas tardes de la hora exacta fijada por el tribunal para la celebración de la audiencia preliminar, salvo caso fortuito o fuerza mayor, por los siguientes motivos: a. Podría pensarse que el juez, no obstante que el legislador no previo expresamente tiempo de espera en estos supuestos, puede concederlo, a los fines de obtener la mediación o conciliación de las partes, pero ello iría en contra de la seguridad y el nuevo orden, según el cual cada juez de

sustanciación, mediación y ejecución del trabajo debe cumplir un número determinado de audiencia preliminar cada día; b. Las partes tienen el deber constitucional de cumplir y acatar a cabalidad el acto del juez que ordena la comparecencia a una hora determinada; y c. Las partes tienen el deber constitucional de cumplir puntualmente con su responsabilidad de participar activamente y coadyuvar en la administración de justicia...”

Sin embargo, la casación ha flexibilizado desde la vigencia de la ley, un poco, en cuanto a los efectos que produce la incomparecencia, y se ha hecho distinción en cuanto a si la incomparecencia ocurre al inicio de la audiencia, o si por el contrario, la ausencia se produce en algunas de las prolongaciones, por ello a continuación se citará breves reflexiones sobre la procedencia de la confesión ficta, en cuanto se produzca al inicio o en las futuras prolongaciones.

A. LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO AL INICIO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El proceso laboral actual, señala que en el acto de la audiencia preliminar, el juez de sustanciación, mediación y ejecución procederá a dictar sentencia bajo la premisa de que han sido admitidos los hechos alegados por el actor, la apreciación del derecho corresponderá al juez toda vez que la confesión sólo se extiende sobre los hechos alegados y no sobre el derecho que ha de regularlos (Acevedo, 2005,59).

Es así, como el juez se encuentra obligado a analizar la pretensión y los hechos expuestos por el actor en el libelo, a los fines de determinar si esos hechos acarrearán las consecuencias jurídicas que atribuye el actor, en otras palabras, debe exponer el juez en su fallo los motivos de derecho que le lleven a decidir de determinada manera, ya que lo que debe tenerse por

aceptado son los hechos alegados, mas no el derecho incoado por la parte actora.

Dadas las condiciones que anteceden, se observa que no existía criterio unánime en relación con la incomparecencia del demandado o su apoderado, a pesar de que vinculado con este punto se analizan las sentencias de la Sala Social, N° 115, de fecha 15-10-2004, la cual declara lo siguiente:

En este orden de ideas la sala señala que para el supuesto de apertura o inicio de la audiencia preliminar, la contumacia del demandado es calificada por la ley de manera plena advirtiéndose según el artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo, que 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 contrario a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a una acta que elaborará el mismo día...

Ahora bien, respecto a la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar, la Sala Social en sentencia de fecha diecisiete (17) de febrero del año dos mil cuatro (2004), precisó el alcance jurídico de la contumacia o incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar.

En tal sentido, precisa la sala social, que la audiencia preliminar se informa por el principio de concentración procesal y morfológicamente, por la noción de unidad de acto, ello, con independencia de las múltiples actuaciones que se pueden verificar en el ámbito de su escenificación o desarrollo.

Una vez que se agotan las horas del despacho o el tiempo predeterminado para ello, la audiencia debe prolongarse por lo que se extenderá sin solución de continuidad hasta por un máximo de cuatro (4)

meses previsto en los artículos 132 y 136 de la ley orgánica procesal del trabajo.

De allí, que los efectos o consecuencias legales de la incomparecencia del demandado fluctúen dependiendo del estado procesal de la audiencia preliminar (apertura o prolongación).

En virtud de ello, sí la incomparecencia es al inicio de la audiencia preliminar, tal contumacia, de conformidad con el artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo, es plena, por lo que se presumirá la admisión de los hechos alegados por el actor en su demanda, estando compelido el juez de sustanciación, mediación y ejecución a dictar sentencia oral reducida en acta elaborada el mismo día al de la incomparecencia y, además, no desvirtuarle por prueba en contrario (Acevedo,2005,61).

En apoyo de su posición la sala remite a la exposición de motivos de la ley orgánica procesal del trabajo, según la cual:

“de nada serviría que la ley consagrara el carácter obligatorio, si al mismo tiempo no se plasman mecanismos procesales, para persuadir a las partes a que acudan a la audiencia preliminar a resolver sus diferencias, por ello, se ha considerado necesario que si el demandante no compareciera, se considerará desistido el procedimiento y si no compareciere el demandado, se presumirá la admisión de los hechos alegados y el tribunal declarará terminado el procedimiento, en el primer caso o resolverá el mérito del asunto ateniéndose a la confesión, en el segundo caso ...”

La decisión de la Sala dice que se rechaza la prueba en contrario a los fines de desvirtuar la confesión de admisión de los hechos, toda vez que el demandante con su contumacia, vulnera el principio preclusivo de los actos procesales, ello, al no presentar tempestivamente los medios probatorios

pertinentes para acreditar sus respectivas afirmaciones de hecho o en todo caso, para ofrecer la contraprueba de los hechos alegados por el actor.

Finalmente, el artículo 120 de la señalada ley adjetiva del trabajo prescribe ex lege, cuando una conclusión se presume con carácter relativo, no enmarcándose el citado artículo 131 *eiusdem* en la esfera de tales presunciones.

Al margen de lo antes afirmado, consideran algunos jueces que es sumamente difícil el tener que sentenciar tan pronto suceda la inasistencia del demandado en la apertura de la audiencia preliminar, ya que el volumen de causas muchas veces no lo permite.

En conocimiento de esa situación, la Sala Constitucional decidió que:

“Es una práctica viciosa de los tribunales de sustanciación, mediación y ejecución, cuando hay admisión de los hechos, no hacer ningún pronunciamiento al respecto y disponer la publicación del fallo en los cinco días hábiles siguientes a la fecha de dicho acto, acogiéndose al artículo 159 *eiusdem*. En realidad ese artículo sólo es aplicable a los jueces de juicio. El juez de sustanciación, mediación y ejecución debe decidir oralmente de inmediato reduciendo la sentencia a un acta elaborada en la misma oportunidad en que se materializa la referida incomparecencia, sin hacer diferimiento alguno. Ante tal realidad, esta Sala considera, bajo los supuestos del presente análisis, establecer la posibilidad de que en el momento en que se suscite tal situación y cuando la complejidad del caso lo amerite, se difiera el pronunciamiento del dispositivo del fallo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, oportunidad en la cual deberá reducir en forma de acta el fallo con la motivación que soporte el dispositivo, en aplicación extensiva del artículo 158 *eiusdem*, dejándose constancia en el acta de la audiencia preliminar la identificación de la parte compareciente y la no asistencia de la parte demandada, -de ser el caso- sin mayor abundamiento en cuanto a la presunción de admisión de los hechos, para que no sea confundida ésta con la decisión a que

alude el tan referido artículo 131 ibídem, que activaría el ejercicio subjetivo de los recursos ordinarios contra dicha decisión.

Después de lo anteriormente expuesto, la Sala Social también emitió su criterio según lo señalado por Perdomo (2007,94), donde hace referencia a lo siguiente:

“Conforme a las normas de los artículos 131 y 151 de la ley orgánica procesal del trabajo, cuando las decisiones de los jueces de sustanciación, mediación y ejecución y los jueces de juicio se producen bajo el supuesto de admisión de los hechos por incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar o a la audiencia de juicio, no gozan ellos del lapso de cinco (5) días para publicar el “fallo completo”, como sí lo tiene el sentenciador de fondo según lo establecido por los artículos 159 y 165 eiusdem.

Con vista en ello, la Sala considera oportuno establecer cuál será el lapso para publicar o “reproducir” el contenido de la sentencia que contiene la audiencia oral, dado que en múltiples casos, aunque haya admisión de hechos por la incomparecencia del demandado bien sea en la oportunidad de celebración de la audiencia preliminar o en la audiencia de juicio, los tribunales, en la práctica, se han visto limitados, entre otras cuestiones, por el tiempo invertido en la realización de varias audiencias en un mismo día, lo que implica una seria reducción del tiempo necesario para publicar una sentencia que, aunque sin formalismos, debe cumplir con los principios fundamentales establecido en la Ley, pues los jueces están obligados a revisar si la petición no es contraria a derecho y decidir conforme a las normas legales y constitucionales y con apego a la doctrina de esta Sala, de manera que el fallo permita el control de su legalidad (Perdomo, 2007,96).

Por analogía y en interpretación de las citadas disposiciones legales, la Sala establece que los tribunales de instancia podrán en la oportunidad de “reproducir” el fallo que de manera oral e inmediata hubieren dictado en los

supuestos de incomparecencia, publicar la sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la audiencia oral, en un texto que reúna los requisitos formales y sustanciales de la sentencia y que permita, el control de legalidad de la misma, pudiendo también acogerse, excepcionalmente, a la previsión sobre el diferimiento contemplado en los artículos 158 y 165 de la ley orgánica procesal del trabajo, caso en el cual deberá dejar expresa constancia de esa circunstancia, a fin de que las partes puedan, dentro de la oportunidad procesal, interponer los recursos a que hubiere lugar...”.

También, es oportuno señalar lo mencionado por Henríquez (2006), que si ante la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, la ley tiene por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y por tanto, debe decidirse conforme con dicha presunción, es lógico admitir que el demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales, si por ejemplo, certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho. Lo antes expuesto es lo que justifica que a pesar de la presunción de admisión de los hechos antes comentada reviste carácter absoluto, tal admisión opera esencialmente sobre los hechos ponderados por el demandante en su demanda y no con relación a la legalidad de la acción o de la pretensión (p.115).

Ciertamente, la legalidad de la acción supone que la misma no se encuentra prohibida por la ley, no tutela por el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda proposición (contrariedad de la pretensión con el derecho) se orienta a la desestimación de la demanda por no atribuir la ley a los hechos alegados, la consecuencia jurídica petitionada, todo con prescindencia a la virtualidad de los mismos, bien sea por haber sido formalmente probados o por refutarse como admitidos por ley (presunción), criterio varias veces ratificado.

La decisión del Juez de sustanciación es apelable en ambos efectos, a objeto de que la parte pueda justificar y demostrar que su incomparecencia obedeció a un caso fortuito, o fuerza mayor, o a aquellas eventualidades del quehacer humano que siendo previsibles, e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares, que escapen a las previsiones ordinarias de un buen padre de familia, al deudor, para cumplir la obligación adquirida (Carballo, 2004,35).

De no poder demostrarse la razón de la incomparecencia, el demandado puede alegar que la acción no está amparada por la ley o de que la pretensión del actor es contraria a derecho, lo que obliga al Juez de Juicio a pronunciarse sobre tales afirmaciones.

Por otro lado, se señala una diferencia entre la desestimación de la confesión ficta por ser contraria a derecho la petición del demandante y la desestimación de la demanda por improcedente y no fundada en derecho.

En cuanto a la primera, supone que la acción propuesta está prohibida por la ley, no está amparada o tutelada por ella, por lo que resuelta en sentido negativo la cuestión de derecho, no tiene objeto entrar al examen de la veracidad o falsedad de los hechos o la trascendencia de los mismos.

En cambio, la desestimación de la demanda por ser improcedente e infundada en derecho, presupone que los hechos son ciertos en base a la confesión ficta del demandado, por lo que la demanda debe rechazarse si la ley no atribuye a los hechos presuntamente admitidos, la consecuencia jurídica solicitada en la demanda.

Al respecto, la sala de casación social en sentencia N° 1300, de fecha 15 de octubre de 2004, señaló que el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución deberá tener en cuenta, a efecto de emitir su decisión las siguientes circunstancias:

Si la incomparecencia del demandado surge en el llamado primitivo para la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia (confesión ficta), revestirá carácter absoluto, por lo tanto, no desvirtuable por prueba en contrario (*presunción juris et de jure*). Es decir, la potestad del contumaz no representará la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino la de enervar la pretensión del actor bajo la afirmación de que ésta es contraria a derecho. En este caso, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución decidirá la causa conforme a lo señalado en el artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo, es decir, sentenciará inmediatamente 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, contra la cual el demandado podrá apelar, apelación que se oirá en dos efectos, dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación del fallo. El Tribunal Superior que conozca la apelación, sólo decidirá con respecto a los motivos que le impidieron al demandado a comparecer al llamado primitivo para la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia, y si ésta resultara improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir verificando, obviamente, que la acción no sea ilegal o que la pretensión del actor no sea contraria a derecho, como así se dejó establecido por esta Sala.

B. LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO A LA PROLONGACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Para el caso de que la audiencia preliminar se prolongue para un día de despacho distinto al de su apertura, debe igualmente entenderse que sobre las partes recae la carga de comparecencia instituida en el estudiado artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo, pues, cualquier afirmación en contrario, socavaría las bases filosóficas de la audiencia (lograr

fundamentalmente la disolución del conflicto sirviéndose de los medios alternos de justicia) como los principios que la gobiernan (concentración y unidad de acto, entre otros).

En este contexto se inclina la exposición de motivos de la ley adjetiva del trabajo al expresar que la obligatoriedad a la comparecencia de esta audiencia, es con el objeto de garantizar y facilitar un primer encuentro ante el juez de primera instancia de sustanciación, mediación y ejecución, el cual estimule los medios alternos de resolución de conflictos, tal como los señala la exposición de motivos de la constitución de la republica bolivariana de Venezuela, que establece la incorporación de medios alternos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y conciliación, con el fin de evitar el litigio o limitar su objeto (Carballo,2004,40).

En sentencia N° 1300 de la Sala Social, de fecha 15 de octubre del año 2004, respecto a los efectos legales de la incomparecencia a la audiencia preliminar por parte del accionado, se flexibilizó el criterio que se venía manteniendo estableciendo que cuando el demandado no comparezca a una de las sucesivas prolongaciones de la audiencia preliminar, lo cual le acarrea idénticas consecuencias jurídicas a la de la incomparecencia al inicio o apertura de la misma, no se puede obviar el hecho de que el demandado ha promovido pruebas, por lo que la confesión que se origine por efecto de tal incomparecencia revestirá un carácter relativo, permitiéndole por consiguiente al demandado desvirtuar dicha confesión, es decir, desvirtuar la confesión ficta que recae sobre los hechos narrados en la demanda mediante prueba en contrario (presunción juris tantum), siendo éste el criterio aplicable a partir de la publicación del fallo.

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 según lo establecido en el artículo 74 de la ley orgánica procesal del trabajo, quien es el que verificará, una vez concluido el lapso probatorio, el cumplimiento de los requisitos para que la admisión de los hechos 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 (Mirabal, 2004,110).

Se observa claramente que en cuanto a la incomparecencia del demandado a la prolongación de la audiencia preliminar, se encuentran diversidad de opinión:

- a) El juez de mediación debe pronunciarse dando por terminada la audiencia, incorporando el material aportado por las partes durante el desarrollo de la audiencia preliminar, a los fines de que el juez de juicio las evacue, las valore y tome su decisión.
- b) Es posible apelar del auto que declara la admisión de los hechos, mientras que otros se oponen a ello, ya que consideran que la apelación es de la decisión del juez de juicio.
- c) Los principios de economía y celeridad procesal, obligan a enviar el expediente al juez de juicio para que éste en una sola decisión se pronuncie sobre el alegato eximente de la obligación de comparecer y sobre el fondo del asunto, ya que si se remitiere el expediente sólo a los fines de que el juez de juicio se pronuncie sobre la justificación de la inasistencia, para apelar de dicha decisión, la cual, una vez que

quede firme daría paso al análisis de la materia de fondo se correría el riesgo de “dilatarse” (rectius: dilación indebida) el proceso.

- d) El artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo en la forma en él establecida, es decir, sin diferenciar si la incomparecencia es en la primera oportunidad o en la prolongación, ya que el juez de sustanciación puede perfectamente analizar las pruebas cursantes de autos por cuanto se trata del cumplimiento de una obligación legal del juez de sustanciación de decidir en base a la admisión de los hechos, “pudiendo entonces auxiliar su pronunciamiento en las pruebas cursantes en autos, toda vez que todo proceso judicial supone la existencia de cargas procesales absolutas y relativas para cada una de las partes, cuyo incumplimiento genera perjuicio grave tratándose de cargas absolutas.

De tal suerte que frente al incumplimiento de una carga absoluta el litigante debe soportar las nefastas consecuencias de su incumplimiento, a lo que cabría adicionarle el desproporcionado trato que se evidenciaría entre la consecuencia jurídica atribuida a la incomparecencia a la audiencia preliminar prolongada, artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo, y la consecuencia jurídica que genera la falta de contestación, artículo 135 eiusdem, en cuyo último caso el juez de juicio deberá decidir la causa dentro de los tres días siguientes al recibo del expediente, sin que exista posibilidad de admisión y evacuación de prueba alguna, aún cuando, al igual que en el caso de la incomparecencia a la preliminar, ya las pruebas fueron incorporadas a los autos, con lo cual se estaría dando un trato menos favorable a quien siempre demostró, con su comparecencia a las prolongaciones de las audiencias, su voluntad de someterse a los mecanismos de conciliación, frente al trato dado a quien no asistió a una audiencia de prolongación”.

- e) Para otro grupo de jueces, con el fin de tratar igualitariamente las situaciones planteadas con la incomparecencia de las partes, si la parte demandada no comparece a la prolongación de la Audiencia Preliminar se debe remitir el asunto a juicio para que sea éste quien “declare la confesión ficta” (pienso que la admisión de los hechos), con lo cual se le daría una mayor oportunidad para su defensa ya que tendría derecho a justificar su incomparecencia y a que se admitieran, evacuaran y valoraran sus pruebas.
- f) Si quien no comparece es la República, se debe considerar contradicha la demanda, con lo cual la celebración de la audiencia de juicio es imprescindible para dictar la sentencia correspondiente.

Dictada la sentencia, puede suceder que la representación de la República, si es que le correspondiere ejercer la apelación, no lo hiciere o habiendo apelado la decisión del Juez de Juicio, no asistiere a la Audiencia de la apelación ante el Superior.

Para resolver lo conducente debemos tener presente que el artículo 12 de la ley orgánica procesal del trabajo, obliga a los jueces a acatar los privilegios de la República “consagrados en leyes especiales” y una de esas leyes es la ley orgánica de hacienda pública nacional, cuyo artículo 9 es del tenor siguiente: “Se consultará con el Tribunal Superior competente toda sentencia definitiva dictada en juicio en que sea parte el Fisco Nacional, salvo disposiciones especiales”.

La conjugación de ambas normas trae como consecuencia:

- a) Que en el caso de la República, no podrá considerarse desistida la apelación, por lo que el Juez debe necesariamente decidir el fondo de

la controversia conforme a los alegatos y defensas cursantes en autos.

- b) No podrá declararse desistida la apelación de conformidad con el artículo 164 de la ley orgánica procesal del trabajo.
- c) La obligación de sentenciar el fondo obedece a la consulta que obligatoriamente, tiene dicha sentencia.
- d) En opinión de los jueces si el litis consorcio pasivo está conformado por una empresa privada y una con participación accionaria total o mayoritaria del estado y en general a un ente revestido de los privilegios establecidos en la ley orgánica de la hacienda pública nacional y si quien deja de comparecer es la persona moral o jurídica amparada por tales privilegios, debe remitirse la causa al juez de juicio, luego de dejar transcurrir íntegramente el lapso para contestación de la demanda, ya que no puede declararse de ninguna manera la presunción de admisión de los hechos y resolver conforme a dicha presunción.
- e) Indistintamente de que se comparta la posición asumida por la Sala, como lo reconocen algunos jueces, de que una vez que el demandado ha inasistido a la prolongación de la audiencia y antes de que el expediente sea enviado al juez de juicio, el demandado debe apelar de dicho auto y alegar los hechos que justificaron su incomparecencia, promoviendo las pruebas idóneas para demostrarlos, ya que ellos deben ser probados en la audiencia de juicio.

En razón de ello, durante la Audiencia de Juicio se evacuarán no solo las pruebas tendentes a demostrar los hechos que le impidieron asistir a la referida prolongación, sino aquellas que el demandado promovió al comienzo de la Audiencia Preliminar.

El juez de juicio en su sentencia si acoge el alegato de justificación de la incomparecencia, ordenará la continuación de la audiencia preliminar; si lo desecha, entrará a decidir el fondo.

Por esa razón siempre debe dejarse transcurrir en el juzgado de sustanciación el lapso para la interposición de dicho recurso (5 días)

La sala social ha considerado que la presencia de una de las partes, aún con retardo, en la prolongación de la audiencia preliminar evidencia el ánimo de someterse a los procesos alternos de resolución de conflictos que componen la audiencia preliminar, por lo que en vez de declararla desistida o admitido los hechos, ha debido celebrarse la audiencia preliminar (Rivera, 2006,49).

Por otro lado, Duque (2004) señala que si se incomparece a una prolongación de la audiencia, o a la audiencia en donde se va a dictar la sentencia en el caso de que la misma se hubiere suspendido como consecuencia de haberse instado las partes al empleo de los medios alternos de resolución de conflictos "... es de impretermitible cumplimiento que luego asistan a la audiencia donde se dictará la sentencia, so pena de que se declare el desistimiento de los recursos, valga decir, el de la apelación o el de Casación..." (p.87).

En caso de haberse demandado a un litis consorcio (contratista, sustitución de patronos, grupos de empresas, etc.), dado que ello no está previsto en la ley, el juez de sustanciación debe proceder a dejar constancia de la incomparecencia de uno de los litisconsorte, quedando al juez de juicio establecer las consecuencias de tal incomparecencia.

Para ello se piensa que las partes conforma un todo, por lo que el actor o demandado se encuentran en juicio como una unidad, en virtud de que la causa le es común, por lo que mal puede aplicarse en la audiencia preliminar una confesión ficta o un desistimiento, pues la conexidad, inherencia o solidaridad de una de las partes en juicio es materia de fondo, por lo que el juez de mediación no tiene competencia para individualizar la responsabilidad de los mismos (Bruzual, 2003,83).

En caso de que fallezca uno de los integrantes de un litis consorcio activo, se suspende el proceso hasta tanto se incorporen al proceso los herederos del actor fallecido.

En relación con los terceros, algunos consideran que le es aplicable la admisión de los hechos, mientras que para otros, si el demandado principal no comparece la admisión de los hechos se le aplica a él solo y no al tercero.

C. EL RECURSO EN CONTRA DE LA DECISIÓN DEL JUEZ DE SUSTANCIACIÓN

En general, se puede decir que el demandado que deja de comparecer a la audiencia preliminar puede adoptar dos posiciones ante la decisión que publique el juez de mediación: alegar que su incomparecencia se debió a un caso fortuito o fuerza mayor y sustentar en este alegato su apelación, o ejercer el recurso soportando el objeto de dicha impugnación en la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la pretensión es contraria a derecho.

Si se alega la eximente de conformidad con el artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo, el juez de juicio debe revisar si la incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar o a su

prolongación, en virtud de la apelación interpuesta contra la presunción de admisión de los hechos alegados por el demandado, se debió a un caso fortuito o de fuerza mayor. De no ser así su análisis debe referirse al mérito de la controversia.

Bajo este mapa referencial, el juez de juicio tiene la inquebrantable misión de formarse convicción con relación a la legalidad de la acción y consecuentemente la pertinencia jurídica de la pretensión, aprovechándose del cúmulo probatorio incorporado al juicio.

Asimismo, la parte demandada tiene la prerrogativa de apoyarse en los medios probatorios promovidos por la parte actora, siempre y cuando como se aseverara, pretenda coartar la acción por ilegal o la pretensión por su contrariedad con el derecho.

En tal caso, ha quedado claro que la potestad del contumaz no representa la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión, por prueba en contrario, sino en la de enervar una acción no amparada por el estamento legal patrio, o porque a pesar de que la pretensión del actor está tutelada por el derecho, los hechos acreditados y admitidos por mandato legal no guardan relación o entidad alguna con el supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica petitionada si por ejemplo certifica el pago de lo condenado, es decir, devela la petición como contraria a derecho (Carballo, 2004,140).

Lógicamente, en ambos supuestos, el demandado tendrá la carga de demostrar la ilegalidad de la acción o contrariedad con el ordenamiento jurídico de la pretensión, no obstante que la obligación del juez de juicio, de verificar el cumplimiento de tales extremos emerge de pleno derecho, todo

ello indistintamente del examen que haya hecho el juez de sustanciación a los fines de la admisión de la demanda.

En este sentido, Carballo (2004) nos dice que la potestad del contumaz no representa la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino en la de enervar una acción no amparada por el estamento legal patrio, o de enervar la pretensión del actor por cuanto pese a que la acción está tutelada jurídicamente, los hechos acreditados y admitidos por consecuencia de la ley, no guardan relación o entidad alguna con el supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica peticionada (p.140).

En el caso de alegarse justa causa para la incomparecencia, el Juez de Juicio debe fijar la audiencia de apelación dentro de los cinco días hábiles siguiente al recibo del expediente.

En la situación de admisión de los hechos y si solo se apelare del fondo del asunto, el juez de juicio debe al quinto día hábil siguiente al recibo del expediente (no dentro de los cinco días), fijar por auto expreso el día y la hora de la celebración de la audiencia oral, la cual se llevará a cabo dentro de un lapso no mayor de quince días hábiles, contados a partir de dicha determinación, según los términos del artículo 163 de la ley orgánica procesal del trabajo, ya que su actuación debe asimilarse a la del superior, pues conoce del recurso de apelación ejercido contra la sentencia de fondo dictada por el juez de sustanciación, mediación y ejecución, lo que justifica que no se aplique lo previsto del artículo 150 ejusdem (Carballo, 2004,143).

Por otro lado, de no hacerse así se quebrantarían las formas sustanciales del proceso con lo cual se vulneran los derechos al debido proceso y a la

defensa del demandante, consagrados en el artículo 49, numeral 1 de nuestra Carta Magna.

Si se alega la causal que justifica la inasistencia, conjuntamente con la apelación a la sentencia de fondo, el juez de juicio que resulte competente decidirá en capítulo previo sobre las circunstancias que le impidieron comparecer a la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia del demandado y si ésta resultare improcedente, procederá el juez entonces a decidir verificando, obviamente, que la acción no sea ilegal o que la pretensión del actor no sea contraria a derecho, o dicho de otra forma: aléguelo o no el apelante, el juez debe verificar que la acción no se encuentre prohibida por la ley (ilegalidad de la acción), no tutelada por el ordenamiento jurídico; o que la ley no atribuya a los hechos alegados, la consecuencia jurídica peticionada (Santana, 2007,123).

Evidentemente, si el juez de juicio considera que el demandado logró demostrar que la causa de la incomparecencia a la audiencia preliminar (sea a la primera o las prolongaciones) se debió a un caso fortuito o una fuerza mayor, deberá reponer la causa al estado que se celebre o se continúe con la audiencia preliminar de conciliación y mediación.

En tal sentido, la sala social en sentencia N° 1300 de fecha 15 de octubre de 2004 señala 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*), caso en el cual, 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 (artículo 74 de la ley orgánica procesal del trabajo), 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).

Finalmente, en lo referente a la confesión ficta, señalada por este nuevo proceso laboral, es menester a los efectos de concluir después de lo referido en la doctrina y jurisprudencia patria, sobre el punto discutido, unas presiones particulares en cuanto a esta institución de la confesión o admisión de los hechos, de acuerdo a lo previsto en el procedimiento civil.

En tal sentido, se puede señalar, que esta figura procesal, de acuerdo a las previsiones prevista en el código de procedimiento civil, específicamente en el artículo 362, establece que para que la misma opere, se necesita el cumplimiento de tres extremos fundamentales, como lo es que el demandado no de contestación a la demanda, que no promueva ninguna prueba a su favor y que la petición no sea contraria a derecho, y finalmente solo es en la sentencia que puede hablarse de confesión, por cuanto los hechos quedan

admitidos por una ficción de la ley. En tal sentido, que si prueba algo a su favor, se desvirtúa el efecto de la confesión e incluso la propia jurisprudencia, en aras de garantizar en gran medida el derecho a la defensa, ha puntualizado que el juez, debe valorar las pruebas puestas en el proceso y aplicar el principio de la comunidad de la prueba y en virtud de ello, si de estas se desprende algo a favor del demandado, no podrá declararse la confesión ficta.

Por el contrario, si comparamos los efectos de la confesión en materia laboral, se puede apreciar que los efectos de la confesión previstas en la ley, son realmente drásticos y si se quiere pudiera apreciar un pequeño signo de violación al derecho a la defensa. A pesar que la jurisprudencia se ha encargado de flexibilizar los efectos, al establecer las distinciones en cuanto a que la incomparecencia se produce en el inicio de la audiencia o en algunas de sus prolongaciones. Porque si se da en la primera oportunidad, no se le deja al demandado ni siquiera hacer la contraprueba de los hechos alegados por el actor, porque inmediatamente se sentencia la confesión y se da la admisión de los hechos por ficción de la ley, es decir, es una presunción *iuris et de iuris*. Y si es en las prolongaciones, la presunción es *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, y en tal sentido el juez debe incorporar las pruebas. Pero de igual forma no las valora e igualmente se produce los efectos de la confesión.

La solución, ante el vacío quedó la ley en estos casos, y más que vacíos, es la comprensión desde el punto de vista procesal, del significado de la confesión ficta, por cuanto lo que le queda al demandado es apelar y demostrar que su incomparecencia es debido a un caso fortuito o a fuerza mayor. O por el contrario, demostrar que la petición es contraria a derecho o

infundad en derecho, toda vez que lo peticionado en el libelo, no produce la consecuencia jurídica pretendida por el actor.

Sin embargo, a pesar de estas posibilidades, quedan rasgos de dejar en estado de indefensión al demandado, al no permitirse poder probar algo a su favor, a los efectos de desvirtuar la confesión, y ese algo a su favor, no puede quedar circunscrito al caso fortuito o a la fuerza mayor, porque estos hechos tienen efectos netamente procesales, y nada tienen que ver con el objeto de la pretensión. Y esa violación se ve mayormente marcada, en el caso de la prolongación de la audiencia, toda vez, que ya están incorporadas las pruebas en el proceso y las mismas deben ser valoradas por el juez, a los efectos de fijar claramente si declara con lugar o no la pretensión. Por lo que queda esta reflexión, en cuanto a la posible violación al derecho a la defensa del demandado, al no permitirse demostrar su defensa, por los efectos tan severos impuestos por esta ley laboral, que no son cónsonos con los efectos de la confesión ficta como presunción *iuris tantum*. Si no más bien, sus efectos se inclinan a los de una confesión provocada, que a todas luces está prohibida por mandato del constituyente en el artículo 49.

CAPITULO V

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Finalmente, en este último capítulo, después de revisar los efectos procesales que produce la incomparecencia tanto del actor como del demandado, a la audiencia, se expondrá a continuación, las actuaciones tanto de las partes como del juez, en el desarrollo propiamente dicho de la audiencia preliminar.

A. ACTUACIÓN DEL JUEZ

El juez de sustanciación, mediación y ejecución tiene facultades amplias en la primera fase del proceso laboral y, particularmente, en la audiencia preliminar y en consecuencia se pueden señalar las siguientes:

1. La facultad de examinar la demanda que se presenta para determinar si cumple o no con las formalidades exigidas por la ley, y en caso contrario, bien porque se han omitido o incumplido los requisitos de toda demanda, artículo 123, se abstendrá de admitirla y ordenará al solicitante su corrección dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación. Debemos recordar que en el proceso laboral no están consagradas las cuestiones previas que tienen por objeto depurar la demanda y que el Tribunal puede conocerla previa alegación de partes. En cambio, en el proceso laboral, obedeciendo a su naturaleza, el Juez

tiene facultades para activar de oficio sobre esa corrección y depurar así la demanda.

2. Tendrá una participación activa como mediador y conciliador entre las partes para lograr un advenimiento que conduzca a una solución del conflicto mediante la autocomposición procesal.
3. En caso de estar en presencia de una litis consorcio activa o pasiva, está facultado para nombrar un representante que no podrá exceder de un número mayor de tres (3) personas por cada parte, a los fines de facilitar la mediación y conciliación de las partes.
4. El despacho saneador para corregir en forma oral todos los vicios procesales que pudiera detectar, sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual reducirá en un acta. En referencia al poder saneador del Juez dice la Exposición de Motivos de la ley lo siguiente:

“ Por otra parte, se ha considerado la conveniencia de adoptar la figura del despacho saneador en la segunda etapa de la audiencia preliminar (artículo 134), que ha demostrado ser exitosa en otras legislaciones y que tiene por finalidad, corregir y subsanar la controversia de todos los errores y omisiones que puedan haberse presentado, para permitir el correcto establecimiento de la relación jurídica procesal, para que se inicie, con la necesaria seguridad, el debate sobre la controversia y que el Juez pueda arribar sin obstáculos, al momento de dictar sentencia”.
5. Declarar la perención de la instancia en caso de inasistencia de la parte demandante a la audiencia preliminar, mediante sentencia que reducirá en un acta.
6. Para el caso de que el demandado no asista a la audiencia preliminar, se tendrán por admitidos los hechos y se decidirá en forma oral que se reducirá en un acta que elaborará el mismo día.
7. Recibir escrito de promoción de pruebas de las partes.
8. Para el caso de no ser posible la conciliación, ni el arbitraje, dictará un auto dando por concluida la audiencia preliminar, y esperará que

transcurran cinco (5) días hábiles para que el demandado consigne el escrito de contestación, y vencido dicho lapso remitirá el expediente al Tribunal de Juicio.

9. Está facultado para acordar medidas cautelares, que considere pertinentes, a petición de parte.

A.1 Despacho Saneador

Siguiendo con las amplias facultades del juez laboral, es preciso indicar que una de ellas, es la función saneadora en el proceso y todo ello, por cuanto este nuevo proceso laboral, no tiene previsto la posibilidad de oponer cuestiones previas, sin embargo, el juez ejerce funciones de control y depuración del proceso y en tal sentido, para llevar a cabo tal función, la ley estableció el llamado despacho saneador, recogido en el artículo 134 de la ley orgánica procesal del trabajo, el cual hace referencia a lo siguiente:

Si no fuera posible la conciliación, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, a través del despacho saneador, resolver en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual reducirá en un acta.

En este propósito, Villasmil (2001) hace referencia a los procesos de naturaleza dispositiva, donde se discuten intereses de los particulares donde suelen presentarse ciertas asimetrías, fallas y desigualdades, tales como la falta de cualidad de las partes y sus apoderados, fallas o fraudes en la citación, notificación o emplazamiento del demandado, pretensiones ilegales o abiertamente infundadas, manifestaciones de colusión o falta de probidad, que impiden una adecuada trabazón de la litis o establecimiento adecuado de la relación jurídico-procesal, lo que, a su vez, se traduce en severas dificultades en la solución del conflicto, lo que puede dar lugar a sentencias

omisas, contradictorias, inficionadas de ultrapetita o lesivas a tercero no oído el proceso (p.156).

Por otro lado, cuando el proceso es diseñado en la ley como estrictamente dispositivo bajo una concepción férreamente iusprivatista, entonces el juez deberá ser un ente pasivo frente a los vicios del proceso, los que sólo podrá entrar a corregir a instancia de parte afectada y en la oportunidad procesal prevista para ello (cuestiones previas, incidentes, etc.). Así, en ningún caso el juez podrá intervenir de oficio en la solución de estos problemas, ni podrá hacerlo al momento de detectárselos (González, 2003, 285).

Para Perdomo (2007,181), el desarrollo de la doctrina procesal civil condujo a la formación de diversos medios procesales, a través de los cuales el juez, actuando de oficio podía sanear el proceso y restablecer el equilibrio procesal, primero a nivel estrictamente procesal y luego en un nivel más cercano al fondo de la controversia. Uno de esos medios es el llamado despacho saneador, que surge por primera vez en el Código de Procedimiento Civil portugués de 1907, extendiéndose luego a Brasil y toda Latinoamérica, donde nuestros juristas le han prestado gran atención, saltando luego a la legislación procesal de España y de otros países de Europa.

La sala de casación social del tribunal supremo de justicia, en su sentencia N° 125 del 26 de febrero de 2000, define esta institución como:

“el instituto procesal (omissis) que inviste al Juez de las más amplias facultades, es decir, lo autoriza, ya de oficio o a petición de parte, para requerir de las mismas la subsanación de los errores en que hayan incurrido en el procedimiento”. El despacho saneador es, pues, una institución procesal que tiene como finalidad, como

su nombre lo indica, sanear el proceso, es decir, depurar la relación jurídico-procesal a los efectos de asegurar una óptima resolución del litigio conforme a las adecuadas pretensiones de las partes y a la ley.

En cuanto a los deberes del juez, señala Carballo (2004,144) que debe, a instancia de parte y aún de oficio:

1. Controlar la cualidad y personería de las partes y de sus apoderados.
2. Determinar la necesidad o no de llamar a terceros al proceso.
3. Controlar su jurisdicción y competencia.
4. Verificar la existencia de cosa juzgada, conexidad o litispendencia.
5. Depurar las pretensiones de las partes.
6. Evitar desigualdades notorias.
7. Censurar la falta de probidad y combatir el fraude procesal en lo que esté a su alcance.

Resulta oportuno señalar también, lo previsto en el artículo 134 de la ley orgánica procesal del trabajo, el cual es del tenor siguiente: “Si no fuere posible la conciliación, el juez de sustanciación, mediación y ejecución deberá, a través del despacho saneador, resolver en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual reducirá en acta”.

En tal sentido, es función del deber que le impone al juez, el artículo transcrito, de resolver al finalizar la audiencia preliminar, como potestad saneadora, todos los vicios procesales que pudiera detectar, sea de oficio o a petición de parte; pareciera aludir a la inobservancia o trasgresión de los denominados presupuestos procesales, es decir, las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el deber

del juez de proveer sobre el mérito, razón por la cual debe ser analizado cuidadosamente en esta investigación.

En opinión al respecto, Henríquez (2006, 366) expresó:

Por tanto, bien sea la sugerencia de la parte interesada, bien sea oficiosamente, el juez debe sanear el proceso de la audiencia preliminar y si encontrare que carece de jurisdicción o de competencia, o existe litispendencia o el juicio debe acumularse a otro por razones de accesoriedad, conexión o continencia; o que el demandante carezca de capacidad procesal o no hay prueba legal de la representación que ejerce el abogado actor o representante de la empresa demandada o existe prejudicialidad penal sobre el juicio de responsabilidad por accidente de trabajo, deberá librar despacho saneador del proceso a fin de subsanar las cuestiones subsanables o disponer la corrección del libelo de demanda, todo con el propósito de depurar del proceso de toda cuestión que impida el análisis de la causa.

B. ACTUACIÓN DE LAS PARTES

En cuanto a la actuación de las partes, uno de los puntos que más se discuten entre los estudiosos del derecho laboral, sobre todo cuando se piensa si admitir o rechazar una pretensión al momento de su presentación, es un problema del despacho saneador o es un problema de inadmisibilidad de la demanda.

En efecto se considera que el referido artículo 129 de la ley orgánica procesal del trabajo debe interpretarse en el sentido en que la norma lo que impide es que se planteen cuestiones previas para ser sustanciadas y decididas siguiendo el procedimiento establecido en el código de procedimiento civil; más no así su alegación y aporte probatorio, con fundamento en los principios del derecho a la defensa y la depuración del

proceso, todo con ocasión de la celebración de la audiencia preliminar (Santana, 2007,138).

Se justificó la inexistencia de las cuestiones previas bajo el alegato de que mediante el despacho saneador se pueden solucionar los problemas regulados por las mismas, las cuales ya fueron referidas en el punto anterior.

Ahora bien, pueden las partes en la audiencia preliminar, realizar distintas defensas, entre éstas la caducidad de la acción puede ser opuesta en el procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos, en el supuesto que el trabajador no acuda dentro de los cinco días hábiles siguientes al despido a solicitar se califique éste y se ordene su reenganche y el pago de los salarios caídos, cuando resulte que fue despedido sin causa justificada (Mora, 2005,149).

Tal previsión se encuentra contemplada en el artículo 187 de la ley orgánica procesal del trabajo. En este caso, el demandado en el transcurso de la audiencia preliminar debería oponer como defensa, la caducidad de la acción y el juez de sustanciación, mediación y ejecución debe resolver esta circunstancia surgida en la audiencia preliminar, en aras de la celeridad y la economía procesal; sin embargo, la ley adjetiva que rige la materia nada establece con respecto al indicado aspecto procedimental, no obstante, indudablemente que dicha implicación le correspondería al juez de sustanciación, mediación y ejecución y no al juez de juicio, por cuanto, la referida defensa fue opuesta en la audiencia preliminar (Perdomo, 2007,188).

En esta misma fase preliminar, González (2003) señala que puede el demandado oponer la prescripción, en el caso que la acción esté evidentemente prescrita, este medio de defensa puede utilizarse al inicio de la audiencia preliminar, en el escrito de promoción de pruebas o en el desarrollo de la misma audiencia; sin embargo, debería ser el Juez de Juicio a quien le corresponda resolver como punto previo a su decisión el asunto planteado, toda vez, que esta figura de la prescripción no es de orden público y el juez de sustanciación, mediación y ejecución puede estimular los medios de auto composición procesal a fin de terminar el juicio y de esta forma, lograr una resolución en la cual impere la justicia y no lo establecido en la ley orgánica del trabajo, como lo es, la prescripción anual (p.178).

Existe la posibilidad que en el transcurso o desarrollo de la audiencia preliminar las partes soliciten al juez de sustanciación, mediación y ejecución, la suspensión de la causa derivado de la libre voluntad y autonomía de las partes en el proceso, el juez de esta fase debe acordar lo petitionado siempre y cuando no vaya en contra del principio de la economía y celeridad procesal y a su vez, contribuya con la resolución de la controversia.

Esta circunstancia, puede ocurrir la mayoría de las veces en las causas donde es parte demandada la República, Estados o Municipios y por razones de índole presupuestario y la correspondiente fijación de la fecha de pago de las obligaciones contraídas en la audiencia preliminar, mediante la fórmula de autocomposición procesal, se hace necesario, acordar la suspensión para dar oportunidad al organismo demandado a la realización de los trámites administrativos correspondientes y de esta forma no agotar los cuatro meses

concedidos como tiempo máximo de duración de la audiencia preliminar; cabe destacar, que la ley procesal laboral nada establece al respecto, sin embargo, por aplicación analógica y por remisión del artículo 11 de la ley orgánica procesal del trabajo puede el juzgador acordar un lapso prudencial de suspensión de la causa, indiscutiblemente, es otra de las situaciones que pueden surgir en el transcurso de la audiencia preliminar (Duque, 2004,89)

Así como también, puede surgir en algunas de las prolongaciones de la audiencia, que el juez considere oportuno y conveniente notificar a la máxima autoridad de la demandada, bien sea, de un organismo público o privado para que comparezca de manera obligatoria a la misma, a fin de tratar algún aspecto relevante o de interés para resolver el juicio, en el caso, de no comparecer al llamado del tribunal, el juez, podrá librar la notificación respectiva hasta por tres veces para que dicho funcionario o representante legal se presente a la audiencia, de no comparecer definitivamente se le debe aplicar una sanción suficiente por no acudir al llamado de la Ley.

Pueden también la parte demandada, durante la audiencia preliminar solicitar al juez la declinatoria de competencia por la materia o por el territorio o la falta de jurisdicción.

En este caso, de ser procedente el juez de sustanciación, mediación y ejecución debe pronunciarse declinando el conocimiento de la causa a un tribunal competente o en su defecto seguir conociendo la misma; en el supuesto de la falta de jurisdicción, pudiera presentarse la situación que el

demandante esté protegido por inamovilidad laboral; el juez puede hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 134 de la ley adjetiva laboral, para pronunciarse acerca de su falta de jurisdicción o falta de competencia y depurar el proceso de vicios. Indudablemente, es otra implicación que puede surgir en la aludida fase (Henríquez, 2006,98).

De igual manera, puede darse en el proceso laboral la litis pendencia, en la circunstancia que un trabajador demande el reenganche a su trabajo, conforme al procedimiento de estabilidad, ante un tribunal con competencia territorial, por cuanto lo hace en el tribunal del domicilio del demandado.

Posteriormente, por ante otro tribunal de otro circuito judicial, que resulta igualmente competente territorialmente, por ser el del lugar en que se desarrolló la relación de trabajo, introduce otra demanda en la que solicita el pago de la indemnización por despido injustificado y otros derechos. El titular del tribunal en donde se introdujo la segunda demanda no puede tener conocimiento de la primera demanda que cursa ante otro tribunal de otro circuito, razón por la cual admite la segunda demanda sin objetar nada.

La única posibilidad de tener conocimiento de la existencia de las demandas es mediante la información que suministra el demandado en la oportunidad de la audiencia preliminar. El Juez que admite la segunda demanda al conocer tal situación mediante las pruebas aportadas por la parte demandada, sobre la existencia de otra demanda tramitada por la misma causa, partes y objeto en donde se conoció y notificó primero, este

segundo juez de sustanciación, mediación y ejecución debe pronunciarse inmediatamente sobre la litis pendencia en aras de salvaguardar los principios especiales del derecho procesal laboral (Perdomo, 2007,187).

Por otro lado, García (2004) menciona que debe ser un mismo Juez que presencie, conozca y dirija los actos procesales derivados de una misma causa contenciosa del trabajo, por lo tanto, es factible que se resuelva esta situación de conformidad con el artículo 11 de la ley orgánica procesal del trabajo; y enterado del vicio que ocurre el juez no puede ser indiferente ante la verdad (p.211).

En este mismo orden de ideas, cabe señalar, que cuando existan vicios en un litigio laboral análogos a los preestablecidos en los ordinales 2º, 3º,4º, 5º y 6º del artículo 346 del código de procedimiento civil, perfectamente pueden ser depurados por el juez de sustanciación, mediación y ejecución; aplicando despacho saneador; sin embargo, de no ser advertido por el referido juez nada impide que la demandada oponga tal circunstancia en la audiencia preliminar y de ser este el caso el juez ordenará al demandante proceda a subsanar el vicio detectado o en su defecto, una vez terminada la mediación puede ordenar que se corrijan ciertos vicios de forma que aun persisten en el libelo (Carballo,2004,115).

Otra particularidad que puede surgir, es el caso de existencia de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto, es decir, cuando un trabajador mediante un procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos intentado por ante la inspectoría del trabajo, ha resultado triunfador y la empresa no quiere reconocer tal decisión, por alegar que la

misma no está ajustada a derecho, y ejerce un recurso contencioso de nulidad por ante el juzgado superior contencioso administrativo competente y solicita, y así es acordada, una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo.

Siendo así, el mismo trabajador intenta paralelamente un procedimiento judicial de cobro de prestaciones sociales por ante el tribunal laboral competente, pidiendo a su vez, el pago de las indemnizaciones del artículo 125 de ley orgánica del trabajo y los salarios dejados de percibir que ordena cancelar la providencia administrativa. Por lo tanto, es obvio, que existe una cuestión prejudicial que debe resolverse primero en un juzgado distinto; y dependiendo de la decisión respectiva, que versa sobre la legalidad o no de la providencia administrativa, es que se sabrá si al trabajador le corresponden tales indemnizaciones por despido injustificado; por tanto, el proceso judicial debe suspenderse, hasta tanto se haya verificado, la validez legal o no de la providencia administrativa, en el entendido de que previamente las partes no han podido conciliar en la audiencia preliminar.

Para Henríquez (2003) hace referencia que en la audiencia preliminar se puede presentar también la cosa juzgada, cuando un juez conoce un asunto contencioso del trabajo y la causa es decidida por éste y así queda el juicio mediante sentencia definitivamente firme; posteriormente, el ex trabajador, vuelve a interponer otra demanda, cuando versa sobre los mismos hechos la cosa demandada es la misma; está fundada sobre idéntica causa (la misma relación de trabajo que se suscitó entre las mismas partes), y que éstas estén en el juicio con el mismo carácter que el anterior, existe cosa juzgada:

por tanto, no se puede proponer otra demanda cuando dicha causa fue decidida anteriormente por un tribunal laboral competente (p.198).

El juez de sustanciación, mediación y ejecución debe resolver la situación planteada en la audiencia preliminar y de ser procedente declarar la cosa juzgada con las consecuencias jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia emanada del tribunal supremo de justicia.

Por otro lado, es preciso hacer referencia a si las partes, se puede presentar a la audiencia sin asistencia de abogado; al respecto, la sala social ha señalado que el acceso a los órganos de la administración de justicia está sujeto a las disposiciones y previsiones que al efecto prevé la ley de abogados, y que por tanto para estar en juicio se requiere estar asistido o representado por abogado y por tanto este requisito, lejos de constituir una formalidad u obstáculo, constituye una garantía constitucional al debido proceso, que abarca entre otras cosas la asistencia jurídica en todo estado y grado del proceso.

Esta asistencia, tiene por finalidad beneficiar a las partes en litigio, haciendo el mejor uso y aplicación del derecho entre sí y frente a los órganos de la administración de justicia. De modo que las partes puedan hacer valer la norma jurídica que les beneficie, con la asesoría técnica del abogado, de manera de situarlo en igualdad de condiciones frente a su contraparte. Y ante la situación planteada, lo correcto sería que se remita oficio a la dirección general de la procuraduría del ministerio del trabajo, para que proporcionen un abogado para que ejerza la asistencia o representación a la parte (Henríquez, 2006,216).

Igualmente, es objeto de discusión, lo referente a la insuficiencia de poder; si bien no hay un criterio unánime, y se considera que cuando el poder no tenga facultades para transigir, convenir, desistir, disponer del derecho en litigio, debe prolongarse la audiencia preliminar advirtiendo a la parte demandada la obligación que tiene de presentar, en la oportunidad fijada, poder suficiente.

El artículo 133 de la ley orgánica procesal del trabajo, impone una obligación de proceder al juez, para procurar que las partes lleguen a un acuerdo, pero no impone la consecuencia jurídica de considerar la incomparecencia de la parte porque en el poder no se faculta al representante para mediar y en consecuencia admitir los hechos alegados por el actor o el desistimiento de la demanda según sea el caso.”, considera la sala que cuando el juez declara que los apoderados cumplieron con su carga procesal de asistir a la audiencia preliminar, cumpliendo las instrucciones de su representado de continuar el juicio y que el arreglo en la audiencia preliminar no es de naturaleza coercitiva está aplicando correctamente las disposiciones relativas a la audiencia preliminar...”.

Otro punto, que resulta interesante resaltar, es lo relativo a la representación sin poder, y al respecto ciertos jueces, rechazan la figura de la representación sin poder bajo la idea que el nuevo proceso laboral tiene como finalidad lograr la solución de los conflictos por los medios alternos, entre los cuales se encuentran el convenimiento, la transacción, etc. que requieren de facultad expresa de disposición en el litigio y tal previsión no se desprende del artículo 168 del código de procedimiento civil, que es la norma que regula esta figura.

Sin embargo, por otro lado, se piensa que en cuanto a su posible admisión en el nuevo proceso laboral, en virtud de los criterios encontrados en la doctrina sobre el mismo, en los términos previstos en el artículo 168, único aparte del código de procedimiento civil, no hay ninguna norma o principio rector del nuevo proceso laboral a ello se opone, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para ello, como es que se trate de abogado que reúna las cualidades necesarias para ser apoderado judicial; y cumpla con las disposiciones establecidas en la ley de abogados y además que invoque la mencionada representación.

En refuerzo de lo expresado, cabe destacar que “en el anteproyecto de ley elaborado por el tribunal supremo de justicia se permitía expresamente la representación sin poder para la parte demandada, por quien reuniera las condiciones para ser apoderado judicial (artículo 46). Mientras que en el Proyecto aprobado en primera discusión (por la Asamblea Nacional) se prohibía explícitamente (artículo 47).

No así en la propuesta para la segunda discusión, en donde se eliminó esta prohibición expresa del artículo 46. Por ello, por aplicación analógica del principio general de la representación sin poder para la ampliación de la defensa de los demandados, contemplado en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en el artículo 11 de la ley orgánica procesal del trabajo, (...) el Juez laboral puede permitir la representación sin poder para el demandado”.

Como se observa, los órganos judiciales rechazan la representación sin poder en el ámbito del proceso laboral, basados, de modo preponderante, en la imposibilidad de alcanzar la autocomposición procesal, frustrándose así la finalidad primaria de la audiencia preliminar.

Sin embargo, el criterio expresado desconoce de una parte, el principio constitucional del derecho a la defensa que deviene lesionado al negarse virtualidad a la representación sin poder. Por otra parte, no es cierto que la autocomposición procesal fuere la finalidad esencial de la audiencia preliminar (hasta el grado de desvirtuarse dicha fase procesal en caso de que aquella opción estuviere negada a priori).

Siendo la autocomposición de la litis, sin duda, el objetivo más relevante de la audiencia preliminar, no debe perderse de vista que ésta sirve también para la promoción de pruebas, la depuración del proceso, el ajuste de las pretensiones del actor y el decreto de medidas cautelares. Por la razón expuesta, la imposibilidad de extinguir el proceso a través de los medios alternativos de solución de conflictos no ha de privar sobre el imperativo del más amplio ejercicio del derecho a la defensa y la satisfacción de las restantes finalidades propias de la referida fase del proceso laboral.

Finalmente, en lo referido a la actuación de las parte, es necesario hacer breve consideración respecto a la figura del defensor ad litem, en el caso de que la notificación no fuere posible, agotadas las diversas modalidades previstas en la de la ley orgánica procesal del trabajo (carteles, medios electrónicos y correo certificado con acuse de recibo), resultará procedente la aplicación analógica de los artículos 223 al 226 del Código de Procedimiento Civil, relativos al régimen del defensor ad litem.

En este sentido, la sala constitucional del tribunal supremo de justicia en sentencia N° 25, del 26 de enero de 2004, en el juicio de amparo constitucional precisó que a la defensoría ad litem ha de atribuirse un doble propósito:

“1. Que el demandado que no puede ser citado personalmente, sea emplazado, formándose así la relación jurídica procesal que permite el proceso válido. Desde esta vertiente, la defensa obra incluso en beneficio del actor, ya que permite que el proceso pueda avanzar y se dicte la sentencia de fondo. 2. Que el demandado que no ha sido emplazado o citado, se defiende, así no lo haga personalmente...”

“Ahora bien, la función del defensor ad litem, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor ad litem no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor ad litem ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa”.

En consecuencia, negar la opción de la defensoría ad litem en el seno del nuevo procedimiento laboral, obraría, básicamente, en detrimento de los intereses del accionante, al que típicamente quien ostenta la condición de trabajador en el ámbito del contrato o relación de trabajo, toda vez que, bajo tal premisa, resultarían de imposible tramitación aquellos procesos donde no conste la ubicación del demandado y, en este supuesto, procederse de conformidad con lo expresado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

C. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO LABORAL

Finalmente se hace indispensable realizar algunas consideraciones en cuanto a las pruebas en este nuevo proceso laboral, toda vez que éstas forman parte de las distintas actuaciones que se realizan en la audiencia preliminar, ya que tal como está previsto en el código adjetivo, la oportunidad para promover pruebas en el proceso laboral será en la audiencia preliminar,

no pudiéndose promover pruebas posteriormente, salvo las excepciones establecidas en la ley procesal del trabajo.

Entre estas excepciones encontramos la situación cuando en el proceso se haya quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaban el derecho de defensa y que requieren la reposición de la causa. Así, el artículo 173 de la ley establece: "... Podrá promoverse pruebas únicamente cuando el recurso se funde en un defecto de procedimiento sobre la forma como se realizó algún acto, en contraposición de lo señalado en el acta del debate o en la sentencia; la promoción se hará en los escritos de interposición o de contestación del recurso, señalando de manera precisa lo que se pretende probar...".

El artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece: "Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes.

El auto en que se ordenan estas diligencias fijará el tiempo para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno".

Las pruebas se promoverán en la audiencia preliminar, pero las admite el Tribunal de Juicio. El artículo 74 eiusdem, señala: "El Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, una vez finalizada la audiencia preliminar, en ese mismo acto, incorporará al expediente las pruebas promovidas por las partes, a los fines de su admisión y evacuación ante el Juez de Juicio".

Es bueno recordar que en materia civil en el escrito de promoción de pruebas, el promoverte debe indicar el objeto de la prueba, es decir, lo que

se persigue probar con el medio probatorio que se ofrece, y esta doctrina es la que impera en materia procesal civil. Se parte de la interpretación del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil que señala: “Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes...”.

De la interpretación de esta norma se ha deducido que debe señalarse el objeto de la prueba, no obstante que este objeto está delimitado por los hechos del libelo y de la contestación, esto sin tomar en cuenta la ilegalidad o impertinencia de la prueba que se producirá de acuerdo a su naturaleza, obedeciendo el fin que se persigue con ella, y el hecho de estar admitida en la ley, cuya apreciación y valoración será objeto de pronunciamiento por el Juez en la sentencia definitiva.

En cambio, en materia laboral, no se requiere señalar el objeto de la prueba, ya que los hechos estarán determinados en la demanda y en la contestación, tal como se indicó precedentemente. (Mora, 2005,140)

En este sentido y en cuanto al punto relativo al señalar el objeto de la prueba, el criterio de la sala social, ha sido que el hecho de no señalar el objeto de la prueba, no es atentatorio contra el derecho a la defensa y al debido proceso, toda vez que será en la sentencia definitiva, cuando el juez de juicio emitirá su valoración de las pruebas, aparte de que el artículo 257 dispone no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Según Rivera (2006), señala que para poder admitir una prueba es necesario que cumpla tanto con los requisitos intrínsecos, como con los

extrínsecos. Y estos requisitos son indispensables para que tengan efectiva aplicación los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la lealtad, la unidad, la igualdad de oportunidades, la formalidad y legitimación, la preclusión y la inmediación de la prueba (p.250).

Igualmente, se puede señalar que la oportunidad para impugnar las pruebas es la audiencia de juicio, ya que este tribunal es el que admite las pruebas y ante él se evacuan bajo el principio de inmediación, no obstante a ello, la parte puede impugnar u objetar lo que considere pertinente alegar contra alguna prueba determinada en la audiencia preliminar, pero debe insistir o hacer valer nuevamente dicha impugnación, objeción o desconocimiento en la audiencia de juicio.

La sala social del tribunal supremo de justicia, en sentencia N°. 1373 de fecha 14-10-05, con respecto a la oportunidad para impugnar los documentos privados, dijo lo siguiente:

1. Se ratifica que la oportunidad para el desconocimiento de instrumentos es la audiencia de juicio.
2. Igualmente se advierte, que la primera oportunidad para oponer las defensas tendientes a enervar lo pretendido por el demandante, es la celebración de la audiencia preliminar y no el acto de contestación de la demanda (tal y como así ocurría en el procedimiento laboral que se sustanciaba antes de la entrada en vigencia de la ley orgánica procesal del trabajo).
3. Los jueces de juicio deberán velar por la preservación del derecho a la defensa, para ello antes de producir la decisión deberán sustanciar las incidencias necesarias producidas en fase de mediación.
4. La sala exhorta a los jueces de sustanciación, mediación y ejecución en el decideratum del legislador laboral de cumplir una efectiva labor de mediación, para lo cual es preciso la revisión del acerbo probatorio suministrado por las partes, ello con la finalidad de que en cumplimiento de su función mediadora pueda extraer elementos que coadyuven a una efectiva composición procesal”.

D. EXTINCION DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y PROSECUCION DEL PROCESO EN LA FASE DE JUICIO

Culminada la audiencia preliminar, corresponderá al juez de sustanciación, mediación y ejecución, levantar un acta en la que expondrá:

- Corregir vicios formales del libelo no advertidos originalmente o que, habiéndolo sido, no fue posible subsanarlos dentro del lapso impostergable de cinco (5) días hábiles contados a partir de la presentación del libelo de demanda.
- Exhortar al demandante para que proceda a reformar el libelo de demanda, o si ostenta el carácter de orden público laboral, proceder de oficio a dicha reforma, para incluir o excluir pretensiones o ajustar el monto dinerario reclamado.
- Declarar terminado el proceso por enervación de los presupuestos procesales.
- Dejar constancia de las actitudes de las partes que pudieran constituir indicios endoprocesales.
- Describir brevemente las iniciativas adelantadas por el juez en procura de la autocomposición de la controversia.
- Dejar constancia de la extinción de la audiencia preliminar.
- Se incorporan al expediente las pruebas promovidas por las partes en la audiencia preliminar.
- Se apertura el lapso para dar contestación a la demanda mediante escrito que deberá presentarse ante el juez de sustanciación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la culminación de la audiencia preliminar.
- Por último la remisión del expediente al Juez de Juicio.

Finalmente, por todo lo antes expuesto y consecuente con ello, se puede concluir en el presente capítulo la importancia que tiene el hecho, que al sentenciador de la fase preliminar le corresponde resolver todas las circunstancias, situaciones, eventualidades e implicaciones que puedan surgir en la oportunidad del inicio de la Audiencia Preliminar o en su desarrollo, evitando innumerables vicios que impidan el normal desenvolvimiento del proceso laboral, es decir, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución se convierte en el filtro que impide las impurezas del procedimiento y permite de esta forma el descongestionamiento de los tribunales laborales, una recta administración de justicia, eficaz, eficiente, transparente, y la materialización de una tutela judicial efectiva, por estas razones, se puede afirmar categóricamente la gran importancia que reviste la labor efectuada por los jueces en la Audiencia Preliminar.

CONCLUSIONES

La investigación realizada, permitió determinar los efectos jurídicos de la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, toda vez que fue el objetivo general del tema en estudio, y por ello a continuación se señalan brevemente las conclusiones más resaltantes de la investigación en cuanto a los efectos procesales que derivan de la audiencia preliminar en este nuevo proceso laboral, que tiene como función primordial, garantizar una justicia breve, efectiva y justa en beneficio de la sociedad en general, en la cual la audiencia preliminar juega un papel esencial, por cuanto persigue la solución a los conflictos de trabajo a través de mecanismo de composición, por medio de la iniciativa del juez en ayudarle a componer el litigio con pronostico de éxito para ambas partes como para el Estado mismo.

En primer lugar, es preciso indicar que el proceso por audiencias, se desarrolla en dos fases las cuales son: la preliminar y la de juicio o de mérito; la preliminar es uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio del trabajo y su realización y conducción se realiza en la fase de sustanciación, mediación y ejecución; que tiene dentro su esfera de competencia, sustanciar, es decir, revisar y sanear el proceso, para luego admitir la demanda, ordenar la notificación a la parte demandada y fijar el día y la hora para celebrar la audiencia preliminar, la cual presidirá el juez y a ella deben comparecer las partes de manera obligatoria, bien sea personalmente o mediante apoderados en el día y hora que determine el tribunal, previa notificación del demandado.

En segundo lugar, la obligación de comparecer a la audiencia, es con el objeto de garantizar la posibilidad de que el juez de sustanciación y mediación

estímule medios alternos de solución de conflictos, la no asistencia de las partes ocasiona consecuencias jurídicas, según se trate del demandante o demandado, lo cual supone en el primer caso, la figura del desistimiento y en el segundo caso, la admisión de los hechos. Las partes deben promover las pruebas en la primera oportunidad de la Audiencia Preliminar.

En tercer lugar, la ley orgánica procesal del trabajo establece sanciones que se originan por la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar, y en este caso, sí quien asiste es la parte actora o demandante, se considera que la parte desiste del procedimiento y no de la acción, que es la consecuencia que opera cuando no asiste a la audiencia de juicio. En tal sentido, que este desistimiento en la audiencia inicial, trae como consecuencia los efectos de la perención, que implica que podrá intentar nuevamente la demanda, pasado noventa días continuos del auto que declara desistido el procedimiento.

En cuarto lugar, sí es el demandado el que 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, y tal confesión revestirá carácter absoluto, por lo tanto no se puede desvirtuar con prueba en contrario. Sin embargo, con el propósito de obtener justicia real, eficaz y fundada en la verdad como valor indispensable dentro de todo proceso judicial, la sala de casación social en el caso VEPACO, posteriormente extendida por el caso COCA-COLA FEMSA de VENEZUELA, S.A, flexibilizó las consecuencias procesales que origina la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar y de juicio en el nuevo proceso laboral y estableció, 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, caso en el cual, 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 quinto lugar quedó precisado igualmente que durante el desarrollo de la audiencia preliminar pueden surgir implicaciones como la caducidad, la declinatoria de competencia, prescripción, la falta de cualidad, la litispendencia, todos los motivos de las cuestiones previas, reposición de la causa por falta de notificación al Procurador General de la República, las cuales deben ser materias objeto de pronunciamiento por parte del juez de sustanciación, mediación y ejecución a fin de resolver los vicios procesales que pudieran afectar de nulidad la demanda.

Por último, todos los efectos jurídicos señalados permiten concluir, que la audiencia preliminar en este nuevo proceso laboral, persigue una justicia rápida y sin formalismo ni dilaciones indebidas, con el propósito, que el Estado alcance uno de sus fines esenciales como lo es la paz y seguridad jurídica de los justiciable, quienes pueden ir al proceso plenamente confiados en que se les garantizaran y respetaran sus derechos y que el Estado pondrá todo su empeño en la solución de los conflictos, poniendo mayor esfuerzo en que sean de manera pacífica, promoviendo para ello, los medios de autocomposición de conflictos.

Finalmente, quedan ciertas recomendaciones que hacer en esta investigación, las cuales van dirigidas a la preparación de los jueces laborales, quienes en todo momento deben tomar conciencia de la gran responsabilidad que tienen en sus manos, para que este nuevo procedimiento funcione y sea un éxito total, y para ello deben exigirse tanto preparación académica como moral, por cuanto el proceso exige de jueces probos y humanos para que puedan alcanzar el principal propósito que es dar por concluida la audiencia preliminar, con la conciliación llevada a feliz término por las partes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo, M. (2005). **Facultad del Juez**. I Convención nacional de jueces del trabajo. Tribunal Supremo de Justicia. N° 17.
- Aragón, R. (1999), **Incidencia de internet en los derechos fundamentales**. Madrid – España
- Bruzual, G. (2003). **El juicio oral en la justicia laboral venezolana**. Caracas: Cec,SA.
- Cabanellas, G. (1974). **Contrato de trabajo**. Omeba. Buenos Aires.
- Carballo, C (2004). **La Audiencia preliminar en la ley orgánica procesal del trabajo, en Derecho Procesal del Trabajo**. Caracas: Pitágoras.
- Ciancio, A. (1997). **Análisis interpretativo de la fase preliminar del contrato digital**.
- Código Civil de 1982.
- Código de Procedimiento Civil de 1987.
- Constitución de la República de Venezuela de 1.947 **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 1.221 (Extraordinario), marzo 12 de 1949.
- Constitución de la Republica de Venezuela (1961). **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 3.251 (Extraordinario), septiembre 12 de 1983.
- Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. (2000). **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 5.453 (Extraordinario), marzo 24 de 2000
- Convenio N° 154, (1981). **La negociación colectiva**. [Documento en línea]. Organización internacional del trabajo: Disponible: www.ilo.org/ilolex/ilcglilex/con_vdspl3c95. [Consultado 02 de mayo de 2008]
- Duque, R. (2004). **Apuntaciones Sobre el Procedimiento Oral Contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**. (Vol. I). Libro Homenaje a José R. Duque. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. N° 9.

- Escovar, R. (1987). ***El proceso laboral en Venezuela***. Caracas.
- García J. (2004). ***Procedimiento laboral en Venezuela***. Caracas.
- González, A. (2003). ***La reclamación judicial de los trabajadores***. Caracas: Vadel Hermanos Editores.
- González, J. (2004). ***La conciliación, la mediación y el control de la legalidad en el juicio de los trabajadores***. Valencia-Venezuela: Hermanos Vadell.
- Henríquez, R. (2006). ***Nuevo proceso laboral venezolano*** (3ª. Ed). Caracas: CEJUZ.
- (2003). ***Nuevo proceso laboral venezolano***. Caracas: Torino
- Ley Orgánica del Trabajo (1997). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
- Longo, P. (2004). ***Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia***. Editorial Torino. Caracas.
- Luna, B. et al. (2005). ***La audiencia preliminar***. I Convención nacional de jueces del trabajo. (pp. 133). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección eventos N° 17.
- Maduro, E. (1997). ***Curso de obligaciones***. (13^{era} Ed.). UCAB. Caracas.
- Marín, F. (2003). ***Curso de procedimiento laboral venezolano***. Barquisimeto – Venezuela. Jurídica Rincón.
- Mirabal, I. (2004). ***Audiencia de juicio en el proceso laboral, en Derecho Procesal del Trabajo***. Caracas: Pitágoras.
- Mora, O. (2005). ***I Convención nacional de jueces del trabajo***. I Convención nacional de jueces del trabajo. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección eventos N° 17.
- Parra, F. (2004). ***Ley orgánica procesal del trabajo***. Volumen I.. Editorial Organizaciones Grafica Capriles. Caracas.

- Perdomo, J. (2007). **Doctrina de la Sala de Casación Social**. Colección doctrina judicial N° 20. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Pierre, O. (2003). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (Tomo N° 10).
- (2002). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (Tomo N° 16).
- Pierre, O. (2000). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (Tomo N° 12).
- (1999). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (Tomo N° 14).
- Reglamento de la Ley del Trabajo. **Gaceta Oficial** Extraordinaria N° 5.292, Gaceta Oficial N° 36.538, Resolución 2500 del Ministerio del Trabajo N° 37.536 del 26 de septiembre de 2002.
- Rivera, R. (2006). **Recursos procesales penales y civiles** (2ª. Ed). Barquisimeto: Jurídicas Rincón.
- Sainz, C. (2002). **El derecho de los trabajadores en la ley orgánica del trabajo**. Caracas- Venezuela
- Santana, J. (2007). **El proceso laboral y sus instituciones**. Caracas- Venezuela: Ediciones Paredes.
- Toselli, C. 2005. **Oralidad en el proceso laboral**. II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Tribunal Supremo de Justicia. N° 16.
- Tribunal Superior de Primera Instancia, Sentencia N° AP21-R-2003-00019 del 23 de octubre de 2000.
- Tribunal Superior de Primera Instancia, Sentencia N° 2003-000039 del 18 de noviembre de 2003.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Sentencia N° 125, del 26 de febrero de 2000. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 15 de julio de 2007].
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Sentencia N° 265, del 13 de julio de 2000. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 25 de agosto de 2007].

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Civil, Sentencia N° 963 de fecha 05 de junio de 2001, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/sc/junio>. [Consultada el 03 de enero 2008]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Civil, Sentencia N° 388 de 28 de noviembre de 2001, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/sc/noviembre> [Consultada 27 de febrero de 2008]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Civil, Sentencia N° 89 de fecha 08 de febrero de 2002, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/scc/febrero> [Consultada el 01 de marzo 2008]
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 25, del 26 de enero de 2004. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 15 de abril de 2008].
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social, Sentencia N° 80, del 25 de marzo de 2004. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 15 de abril de 2008].
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Social, Sentencia N° 115 de fecha 15 de octubre de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/ss/octubre> [Consultada el 03 de mayo 2008]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Social, Sentencia N° 1300 de 15 de octubre de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/scs/octubre> [Consultada 27 de mayo de 2008]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Social, Sentencia N° 1373 de fecha 14 de octubre de 2005, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/ss/octubre> [Consultada el 01 de junio 2008]
- Varela, A. et al. (2005). **La conciliación y la mediación**. I Convención nacional de jueces del trabajo. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección eventos N° 17.
- Villasmil, F. (2003) **Nuevo procedimiento laboral venezolano**. Venezuela
- Villasmil, H. (2.001). **Estudios de derecho del trabajo**. Caracas. UCAB.
- Zulueta, C (2004). **Los medios alternativos en el nuevo proceso laboral venezolano**. Ley orgánica procesal del trabajo. Vol I. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 4.