

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

**LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL
VENEZOLANO**

**Autor: Liliana del Carmen Camacho
C.I: 15.620.533**

Barinas, junio de 2009

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

**LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL
VENEZOLANO**

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

Autor: Liliana del Carmen Camacho

Asesor: Rhonna V. Sanchez D.

Barinas, junio de 2009

**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 la ciudadana Abogado Liliana del Carmen Camacho, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **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 junio de 2009.

Rhonna Victoria Sánchez Duque.
Cl. 11.509.044

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	5
ANTECEDENTES, FINALIDAD Y CONCEPCION DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO	5
1. Antecedentes de la Institución	5
2. Concepción de la Audiencia Preliminar	10
3. Finalidad de la audiencia preliminar.	14
CAPITULO II	18
SITUACIONES PROCESALES PREVIAS A LA AUDIENCIA PRELIMINAR	18
1. La Demanda	18
2. El Despacho Saneador	24
3. La Admisión de la Demanda	26
4. Reforma de la Demanda	30

5. Notificación	31
CAPITULO III	43
LA AUDIENCIA PRELIMINAR	43
1. Principios Rectores de la Audiencia Preliminar	44
2. Oportunidad para la Celebración de la Audiencia Preliminar	47
3. Duración de la Audiencia Preliminar	47
4. Desarrollo de la Audiencia Preliminar	49
CAPITULO IV	73
EFFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA A LA AUDIENCIA PRELIMINAR	73
1. La Incomparecencia del Demandante a la Audiencia Preliminar	73
2. Incomparecencia del Demandado a la Audiencia Preliminar	76
3. La Incomparecencia del Demandado al Inicio de la Audiencia Preliminar	77
4. La Incomparecencia a la Prolongación de la Audiencia Preliminar	84
CAPITULO V	90
LOS RECURSOS UTILIZADOS POR LAS PARTES EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR	90

1. Recursos de Apelación	90
2. Oportunidad para Interponer el Recurso	93
3. El Recurso de Casación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo	101
4. Características del Recurso de Casación	103
5. Anuncio del Recurso de Casación	104
6. Formalización del Recurso	105
7. La Audiencia Pública	106
8. La Sentencia	107
CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN	110
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	115

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

LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL
VENEZOLANO

Autor: Liliana Camacho
Asesor: Rhonna V Sánchez D.
Fecha: junio 2009

RESUMEN

La investigación fue enfocada en el análisis de la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, por cuanto busca la resolución de la controversia por medio de la conciliación y mediación como principal objetivo de manera breve, sin embargo la ley procesal presenta vacíos en el desarrollo de la audiencia que han sido objetos de criterios solucionados por las jurisprudencia y doctrinas, por ello la importancia de su estudio. Enfocando los antecedentes, concepción y finalidad de la audiencia preliminar, las situaciones procesales previas, el desarrollo de la audiencia, los efectos de la incomparecencia de las partes a la audiencia y los recursos de impugnación utilizados por las partes en la misma. Para alcanzar los objetivos planteados, se utilizó metodológicamente una investigación teórica a nivel descriptivo, por medio de la revisión de textos legales, jurisprudencia y doctrinas, a través del análisis comparativo y de contenido en esta investigación monográfica y en repuestas a las interrogantes, se concluye que la audiencia preliminar es una etapa procesal fundamental donde descansa el éxito o fracaso del proceso laboral, por cuanto la misma persigue un proceso eficaz y oportuno con el menor gasto posible tanto para las partes como para el Estado de resolver los conflictos mediante la conciliación y mediación eficiente del juez de esta audiencia, por lo que se recomienda revisar continuamente la labor de estos jueces, quienes tienen la gran responsabilidad del cambio de paradigma tanto en trabajadores, patronos y abogados quienes deben orientarse en función de esta nueva concepción y perfeccionando cada día este nuevo sistema.

Descriptores: Audiencia preliminar, desarrollo, efectos, recursos.

INTRODUCCIÓN

El nuevo proceso laboral venezolano fue la consecuencia directa de la disposición transitoria cuarta de la Constitución vigente, lo cual significó un nuevo esquema bajo el cual se ha de desarrollar el nuevo procedimiento laboral, poniendo fin al anterior proceso, que solo logro frustraciones de los trabajadores que acudían ante los órganos judiciales en busca de ayuda y se encontraban con un procedimiento lento y tardío que lejos de solventar la situación, implicaba que cuando por fin se condenaba al pago de las tan anhelada prestaciones sociales y cualquier otro concepto laboral, resultaban que las mismas ya estaban devaluados por los tantos años de espera.

Por ello, el cambio originada en Venezuela con la implementación de esta nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo, resulta ser trascendental en nuestra historia, toda vez que significa un nuevo paradigma, mediante él se implementa un proceso, breve, oral, inmediato, y gratuito. En el cual se prevé una fase innovadora como lo es la audiencia preliminar, que permite resolver el conflicto en el menor costo posible tanto para el trabajador como al sistema de justicia venezolano, por medio de la función conciliadora y mediadora del juez en esta primera etapa del proceso, logrando así la solución del conflicto.

De tal manera, que la importancia que reviste el análisis del desarrollo de la audiencia preliminar, en la actualidad resulta ser significativo, por cuanto se trata de una sistema que recién es instaurado y el éxito dependerá necesariamente de la labor y estímulo que debe mostrar el juez de esta audiencia preliminar, junto con la disposición que deben tener las partes y sus abogados de permitirse estos arreglos. Por ello, con el presente estudio se busca estimular a los funcionarios en cuyas manos

esta la administración de justicia, a los litigantes y estudiantes de derecho, los beneficios y también deficiencias que hasta ahora ha tenido este nuevo instrumento como mecanismo rápido y efectivo en la solución de las controversias en materia del trabajo, el cual se adecua perfectamente a la nueva realidad imperante de nuestra sociedad, por cuanto garantiza esa justicia social que regula el hecho social trabajo como necesidad prioritaria del Estado.

En tal sentido, el propósito de la investigación, esta orientado ha presentar de manera sencilla, con un lenguaje de fácil comprensión una análisis general de lo que es la audiencia preliminar y ello implica hacer referencia a todos aquellos actos procesales que deben darse en ella, desde su origen con la introducción de la demanda como acto iniciador del proceso laboral hasta su conclusión definitiva que puede estar orientada necesariamente en dos posiciones, la primera es que puede declararse la extinción del proceso y fin de la controversia porque la conciliación y mediación del juez ha sido efectiva concluyéndose entonces, con el acta final que recoge los acuerdo de las partes. O en segundo lugar, que estos acuerdos no fueron posibles y en este sentido el juicio continúa a la fase siguiente que es la de juicio, debiendo el juez de la primera audiencia realizar actos previos antes de remitir el expediente al juez de juicio y con ello concluirá la actuación de este juez de la audiencia preliminar.

Para lograr estos enfoques que presenta la investigación fue necesario recurrir a la revisión de la doctrina especializada en esta materia, la cual si se quiere es bastante pero no suficiente, ya que por tratarse de un tema que representa un nuevo enfoque de la justicia laboral, se encuentran opiniones diversas en cuanto a que la ley adjetiva que rige la materia presenta algunos vacíos, los cuales son objeto de interesante discusiones doctrinarios como jurisprudenciales, siendo en consecuencia la sala social

del Tribunal Supremo de Justicia, quien ha venido llenando esos vacíos y ajustando esas correctas interpretaciones a las normas que lo rigen, las cuales tienen el carácter de ser de aplicación inmediata por parte de los jueces es esta materia, con la finalidad de ir matizando y precisando los nuevos criterios que debe seguir el juez de la audiencia con el propósito de cumplir con el fin de este proceso, buscando en todo momento no desvirtuó su esencia. Por ello resultó de gran sustento para la investigación la revisión de esta labor doctrinaria y jurisprudencial en la presente investigación.

En razón de ello, la investigación presentada fue lograda a través de 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, en referencia a la audiencia preliminar específicamente.

Por consiguiente, a los efectos de hacer didáctico y comprensivo, la investigación se estructuró en cinco capítulos a saber: El capítulo I se señalan los fundamentos de la audiencia preliminar, precisando brevemente los antecedentes de la misma, la concepción de la audiencia y su finalidad. En el capítulo II, fue estructurado las situaciones procesales previas a la audiencia preliminar como lo son: la demanda, el despacho saneador inicial, la admisión de la demanda y la notificación.

Asimismo, en el capítulo III, se señala los actos propios de la audiencia preliminar una vez instalada como son: 1. Oportunidad para la celebración de la audiencia. 2. Duración y prolongación de la audiencia. 3. Principios rectores de la audiencia. 4. Desarrollo propiamente dicho de la audiencia.

5. Las pruebas en la audiencia preliminar y 6. El despacho saneador final. En el capítulo IV fue dedicado a señalar los efectos de la incomparecencia a la audiencia preliminar: 1. Del demandante y 2. Del Demandado. Y un último o V capítulo referido a los recursos utilizados por las partes en la audiencia preliminar, haciendo señalamiento al el recurso ordinario de apelación y al recurso de casación de manera muy general.

Finalmente, solo se espera que en la presente investigación se haya alcanzado de manera significativa un análisis suficiente de los aspectos importantes y resaltante en la audiencia preliminar, los cuales resultan ser fundamentales en el desarrollo de la misma, por cuanto lo que se persigue es un proceso rápido y efectivo, a través del cual se materialice la tutela judicial efectiva, como uno de los preciados retos de la nueva justicia social venezolana.

CAPITULO I

ANTECEDENTES, FINALIDAD Y CONCEPCION DE 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 preliminar, así mismo se tratará la concepción y finalidad de la misma en el proceso laboral.

1. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN

Los inicios del derecho del trabajo en Venezuela en el siglo XX, se oriento a la creación de una jurisdicción especial de trabajo en julio de 1936, cuando se promulgó la primera ley del trabajo y se estableció la figura de la jurisdicción del trabajo, la cual inicialmente estuvo integrada por un inspector del trabajo quien actuando solo o con dos asesores designados por las partes contendientes, conocía de todos los asuntos contenciosos del trabajo distintos a la conciliación y el arbitraje, dictaba sentencia y la ejecutaba, aun cuando las excepciones dilatorias y las de inadmisibilidad, al igual que las apelaciones, eran conocidas por la oficina nacional del trabajo, pero el procedimiento se regia por el código de procedimiento civil de 1916, observándose así la mezcla que había de órgano y de ley de procedimiento.

Asimismo, en 1936 se crearon por primera vez cuatros (4) tribunales del trabajo, de los cuales uno era superior con sede en Caracas y competencia Nacional; dos (2) de Primera Instancia con sede en Caracas y otro en Maracaibo Estado Zulia, hasta que en el año 1940, 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, que 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).

Asimismo, puede señalarse que el Código de Procedimiento Civil actual, también es fuente o antecedente, en el cual se encuentra previsto el procedimiento oral, el cual resulta aplicable a las causas que no excedieran a doscientos cincuenta mil bolívares, ahora reformada con la Resolución del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2009, con el N° 2009-0006, que extendió la cuantía de tres mil unidades tributarias Y aplicable en los procedimientos de tránsito, procedimiento que resulta ser fuente inspiradora de la nueva ley, en lo que respecta a la audiencia de juicio concretamente, más no así a lo referido a la audiencia preliminar.

Siguiendo con los lineamientos de los convenios internacionales en esta materia en el año 1999, la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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.

Es por ello, que 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.

De igual manera, en el mismo año, la reforma del reglamento de la ley orgánica del trabajo (1999), 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 y en procura de alcanzar uno proceso laboral, que respondiera a la exigencia que la nueva constitución reclamaba, 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, como primeras iniciativas, sin embargo, 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 Republica 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.

2. CONCEPCION DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Es preciso iniciar señalando en este punto, que la audiencia preliminar esta concebida en el nuevo proceso laboral, 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.

En este sentido, la doctrina especializada en esta materia, se han encargado desde la promulgación de la ley, de expresar la concepción que sobre ella debe tenerse, en tal sentido resulta ajustada toda las opiniones que serán citadas de seguida a lo que en definitivas se debe entender por la audiencia preliminar, que sirven de complemento y explicación al concepto que sobre la misma da la ley, antes citado.

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).

Para Zepeda (1990), la audiencia preliminar es un acto procesal concentrado, que se desarrolla en forma oral y que tiene lugar una vez que se ha instruido la causa, con la finalidad de depurar el proceso a los efectos del juicio oral o del logro de una decisión compositiva anticipada. De esta definición, se siguen ciertas aclaratorias en primer lugar a esta audiencia se le llama preliminar porque siempre es previa al juicio oral y en segundo lugar, se realiza siempre después que se ha instruido la causa, es decir, después de que se ha citado legalmente al demandado y se conocen sus defensas, así como las pruebas de que han de valerse las partes y sus respectivas oposiciones (p.278).

Asimismo, a criterio de Bruzual (2003,113), define la audiencia como 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 con la mayor diligencia posible en que estas pongan fin a la controversia a través de los medios de autocomposición procesal.

En igual opinión Mundaray (2005,121), sostiene que la audiencia preliminar constituye un acto procesal de naturaleza compleja, cuyo objetivo primordial es materializar el postulado constitucional de estímulo de medios alternos de resolución de conflictos.

En tal sentido, la audiencia preliminar, se le denomina preliminary hearing en el proceso anglosajón. Su oralidad conforma la nota característica común del proceso laboral. Es también privada, porque la confidencialidad de los actos de mediación resultan conveniente para lograr la “transacción asistida” que supone la conciliación de las partes o un acuerdo de arbitraje a los cuales reconduce el juez en su función mediadora como vías alternas en la solución de conflictos, en la cual la función del juez es fundamental en el logro de esa conciliación u acuerdos (Henríquez 2004,350).

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).

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 lo litigantes; además, de no llegarse a algún acuerdo, el caso será juzgado bajo la jurisdicción del otro juez (Mora,2005 ,157).

De las opiniones citadas puede concluirse que todas ellas tienen un denominador común, y es que la audiencia preliminar es el acto fundamental en el proceso laboral, por cuanto descansa en la misma la responsabilidad del juez de presidirla personalmente con el propósito de lograr entre las partes intervinientes la conciliación, la mediación o el

arbitraje y cumplir con ello el postulado constitucional de alcanzar una justicia rápida y expedita en la solución de los conflictos en esta materia.

3. FINALIDAD DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

A los efectos de precisar más lo anterior, los artículos 133 y 134 de la ley orgánica procesal del trabajo, establecen la finalidad y función de esta etapa procesal, toda vez que disponen que el juez encargado de la audiencia preliminar deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que estas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal y de ser positiva esa mediación, el juez dará por concluido el proceso, mediante sentencia oral que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, reduciéndolo a un acta que tendrá efecto de cosa juzgada y en caso contrario, esto es, cuando no fuere posible la conciliación ni el acuerdo entre las partes, entonces deberá el juez de sustanciación, mediación y ejecución a través del despacho saneador, resolver en forma oral todos los vicios procesales que pudiera detectar, sea de oficio o a petición de parte.

En el ordenamiento procesal laboral la audiencia preliminar cumple con dos de las funciones que la doctrina le atribuye a esta institución procesal las cuales son: La función conciliadora (exclusión del proceso), es decir, evitar el juicio, logrando el acuerdo entre las partes que ponga fin a la controversia y que adquiera valor y efecto de cosa juzgada con la homologación que haga el tribunal y por otra parte la función saneadora, que cumple la función de depurar el proceso de obstáculos procedimentales que le impidan llegar a su natural fin o lo que es lo mismo, poner al proceso en condiciones de ingresar al merito de la causa.

Para Cordero (2005), las dos funciones que cumple la audiencia preliminar en nuestro proceso laboral, adquiere especial relevancia la destinada a conciliar los intereses de las partes, pues la principal finalidad de este instituto procesal entre nosotros es evitar el juicio, de allí que su trámite se haga ante un juez distinto al que conocerá del mérito del asunto a fin de lograr que este juez mediador, pueda avanzar opinión sobre el fondo del asunto al realizar propuestas viables a las partes y su actuación no comprometa el resultado de la litis y por el contrario evite el juicio logrando la solución de la controversia por medios alternos de resolución de conflictos, para lo cual la ley exige de este juez mediador, poner la mayor diligencia posible en lograr la resolución de la controversia a través de los medios de autocomposición procesal y para ello debe, personalmente mediar y conciliar las posiciones de las partes (p.36).

En este sentido, sólo a modo de ilustración conviene acotar algunas diferencias existentes entre el rol de mediador y el conciliador. La diferencia de estos roles surge, de la diferencia entre los conceptos mediación y conciliación, mientras la mediación consiste en que un tercero imparcial asista o facilite el acuerdo entre las partes, alcanzando una solución a la que les hubiera sido difícil llegar sin esa asistencia, la conciliación se reduce a llamar a las partes a un acuerdo, exponiéndoles las razones de su conveniencias.

En el año 2005, Cordero hace referencia que indistintamente de las diferencias que puedan existir entre los roles de mediador y conciliador, lo cierto es que nuestra ley orgánica procesal del trabajo exige del juez de sustanciación, mediación y ejecución que con la mayor diligencia posible procure poner fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal y para lograrlo, cualquiera que sea el rol que asuma el juez, como conciliador o como mediador, encuentra como principales herramientas para esa finalidad, la privacidad de la audiencia

preliminar, pues de permitirse la publicidad de esta se corre el riesgo de comprometerse de la litis en la fase de juicio y se dificulta la llana discusión de las partes y sus posiciones, el predominio de la oralidad en este trámite procesal y la inmediación del juez en su conducción, principios estos últimos que rigen para todo el proceso laboral (p.37).

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 la posición que el juez tomar en 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.

De todo lo expuestos puede concluir que la finalidad de la audiencia preliminar, no es otra que permitir un diálogo entre el juez y las partes y entre éstas y sus apoderados, con el único fin de asesorarlas para proponer fórmulas de arreglo, por medio de los modos de autocomposición previstos tanto en la Constitución como en la ley, y evitarle con ello el menos costo posible tanto a las partes como al Estado mismo y materializarse a través de ella, la tutela judicial efectiva.

Por ello, la importancia en la presente investigación de analizar con detalle, todos y cada uno de los actos procesales que deben desarrollarse tanto antes como dentro de la audiencia preliminar, a los efectos de alcanzar la finalidad y objetivo propuestos por la nueva justicia laboral, la cual represente una nueva visión cónsona con los principios constitucionales y los fines del Estado de alcanzar una verdadera justicia social, que como se revisó en los antecedentes, fue largos años de lenta evolución en ámbito laboral, que hoy se ve concretada y reflejada en esta novedosa ley, que proporciona un procedimiento, rápido y expedito, en el cual la audiencia preliminar funge como prioritaria y fundamental, pasando de seguida en los capítulos siguientes de la investigación al conocimiento y desarrollo de la misma.

CAPITULO II

SITUACIONES PROCESALES PREVIAS A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Como quedo señalado en el capítulo anterior, ahora el proceso laboral venezolano, se resuelve mediante un proceso por audiencias, en la búsqueda de solución de los conflictos laborales, siguiendo para ello los principios que guían este nuevo proceso, como son la intermediación, concentración y publicidad entre otros, por lo que resulta necesario resaltar en la presente investigación los actos previos a la audiencia, es decir, partiendo desde el acto iniciador del proceso laboral, que es la demanda, la admisión de la misma y la notificación de la otra parte del proceso, para que una vez notificado pueda llevarse a cabo la misma. Por ello, la necesaria precisión de los mismos en el presente capítulo, ya que sin estos procesales previos, no pudiera hablarse de audiencia preliminar.

1. LA DEMANDA

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 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, lo cual ha de entenderse que es a instancia de parte interesada por cuanto regula conflictos de intereses entre las mismas partes.

En cuanto a la forma de la demanda, el artículo 123 de la ley orgánica 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) 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 supondría han señalado 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. 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 de ideas, 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 que conforman el 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. Escobar (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, 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. La omisión de tal exigencia no implica que la intención del legislador fue la de que no era necesaria tal especificación.

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 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. EL DESPACHO SANEADOR

El despacho saneador constituye una manifestación contralora encomendada al juez competente, a través de la facultad de revisar la demanda in limine litis, con el fin de obtener un claro debate procesal o evitar la excesiva e innecesaria actividad jurisdiccional que pueda afectar el proceso.

En diversas oportunidades la Sala Social se ha pronunciado en relación con el despacho saneador y es así como en la sentencia N° 0248 de fecha 12-04-2005 sostiene lo siguiente:

“El despacho saneador es una herramienta indispensable para la humanización del proceso laboral, por lo que se exhorta a los jueces a aplicar el despacho saneador con probidad y diligencia y no simplemente dejen de aplicarlo por falta de diligencia, lo cual no debe caracterizar la conducta de nuestros jueces, pues la sala encontró que se desprende del libelo una inepta acumulación de pretensiones las cuales deben ser corregidas cuando se aplique el despacho saneador”.

La naturaleza jurídica de esta institución puede ser establecida a partir del objeto de la misma, que es como se dijo, depurar el ulterior conocimiento de una demanda cuando adolece de efectos en el libelo o vicios procesales. Por ello se ha atribuido al juzgador; como director del proceso y no como espectador, no sólo la facultad sino también la obligación, de controlar que la demanda y la pretensión en ella contenida, sean adecuadas para obtener una sentencia ajustada a derecho. Comúnmente esta actividad contralora del juez es exigida en la primera etapa del proceso, dependiendo del defecto que lo motive (Santana 2007;103).

En algunas legislaciones ha sido incluido el despacho saneador dentro del ámbito de los presupuestos procesales y concretamente de los que tutelan tanto el contenido como la forma, siendo considerado ineficaz el proceso afectado por errores estructurales, derivados, por una demanda mal elaborada en cuanto a sus requerimientos legales.

El artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela considera al proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, para que el proceso pueda cumplir tan elevado cometido, debe ofrecer garantías formales y sustanciales, cuya efectividad es atribuida a los órganos judiciales. En tal sentido, los artículos 124 y 134 de la ley orgánica procesal del trabajo consagra, la institución del despacho saneador.

En este sentido, Hernández (2003) señala que por mandato expreso del artículo 129 de la ley orgánica procesal del trabajo en el procedimiento laboral no se admite la oposición de cuestión previa, ante el uso para dilatar el proceso que para depurarlo, el legislador procesal concibió la figura del despacho saneador sacándola de la esfera de las partes para depositarla en la esfera y bajo la responsabilidad del juez de sustanciación, mediación y ejecución (p.254).

Este primer despacho saneador debe atender a los presupuestos sustanciales, condiciones requeridas para que una demanda sea declarada estimatoria o desestimatoria y garantizar el pleno derecho a la defensa de la parte demandada requisito del libelo.

Es así, como el despacho saneador de inicio se vaya más allá de la simple revisión de los salarios y el juez utilice la técnica de presumir una admisión de los hechos por la incomparecencia del demandado al inicio de la audiencia y se pregunte el juez si tiene los elementos suficientes

para determinar sin lugar a dudas la legalidad de lo peticionado y dictar una decisión justa y congruente, si falta algún elemento que le impida formarse una convicción, ese será el elemento a sanear.

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.

3. 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 de trabajo 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”.

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.

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 inadmisibilidad 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 del trabajo por causa imputable al patrono.

Respecto a la inepta acumulación de pretensiones, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, tiene establecido doctrina en sentencia N° 1371 del 14 de octubre de 2005, lo siguiente:

“...El artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que en ausencia de disposición expresa en la ley, el juez podrá aplicar analógicamente disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de las normas laborales y los principios que informan el proceso laboral y a tal respecto la norma en aplicación sería el artículo 78 del código de procedimiento civil, que establece que no pueden acumularse en un mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contraria entre sí. En tal sentido, los objetivos a los cuales esta orientada la acción de estabilidad laboral y la relativa al cobro de prestaciones sociales, son totalmente diferentes y excluyentes. ...Ambas acciones derivan de la relación laboral que se genera entre los sujetos que en ella concurren; sin embargo, las prestaciones sociales son causadas, se deben y son exigibles en función del término de la relación laboral, sin importar cuál haya sido la razón para que finalice; mientras que los juicios de estabilidad laboral fueron concebidos para procurar la permanencia y continuidad en las relaciones de trabajo, siendo que su objetivo primordial no es el pago de las prestaciones sociales, en virtud a que precisamente lo que se trata de evitar en este procedimiento es la cesación de la relación de trabajo...”

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.

4. 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.

Sin embargo, referente a este punto, la Sala de Casación Social del tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 502 del 20 de marzo de 2007, ha asentado opinión en lo que debe entenderse por reforma de la demanda, considerando que se trata del derecho que tiene el demandante de modificar, añadir o suprimir aspectos del escrito contentivo de la misma que ya ha sido presentado ante la autoridad judicial, lo cual según señala el artículo 343 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable por analogía, que lleva a entender que será antes de celebrarse la audiencia.

De igual manera, estableció que por cuanto en esta materia de la reforma de la demanda, no existe una doctrina pacífica y las posiciones son diversas, se considera necesario dejar sentado a partir del presente

fallo, que la misma en el ámbito de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo debe tener ciertos límites, pues no puede ser utilizada para lograr una especie de novación de la obligación que se pretende, que resulta derivarse en otra totalmente antagónica por su naturaleza; es decir, se ha considerado prudente y útil advertir que no puede convertirse un procedimiento de estabilidad en un procedimiento ordinario.

5. NOTIFICACIÓN

Siguiendo con este orden de ideas, no puede dejarse pasar por alto, que antes de desarrollarse la audiencia, es necesario llamar al proceso a los efectos de cumplir con la garantía constitucional de la defensa, al demandado o sujeto pasivo de la relación laboral, tal llamado se hace a través de una notificación, en términos más breves y más rápidos, previéndose distintas formas, cónsonos con los principios rectores en este proceso, las cuales se revisarán seguidamente.

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

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

Esta ley, quiso utilizar la figura de la notificación, en lugar de la citación, para facilitar el emplazamiento del demandado, al considerar dicho mecanismo más flexible, sencillo y rápido, que tal acto fundamental del proceso no puede de ninguna manera relajarse por cuanto esto conllevaría a la violación flagrante a la garantía constitucional del derecho

a la defensa y del debido proceso, pues la figura de la notificación es un acto indispensable y por demás de orden público, mediante el cual se le informa al demandado el hecho de que se ha intentado una acción en su contra, y por ello se le emplaza a que comparezca al acto de la audiencia preliminar allí fijado.

a. Carteles:

a.1 Formalidades: el alguacil, de conformidad con lo pautado en el artículo 126 de ley orgánica 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: fijación del cartel y entrega de una copia del mismo al demandado o su representante, o su mera consignación ante su secretaría u oficina receptora de correspondencia (si se tratare de personas jurídicas).

En cuanto a la modalidad de notificación por carteles del demandado, la citada norma procesal, no contempla el modo en que deberá practicarse este tipo de notificaciones, en el caso de que los demandados sean personas naturales, como ocurre en el caso de autos, situación ésta en la que pueden presentarse dudas con relación al lugar en el que debe practicarse dicha notificación, puesto que, si bien, los accionados realizan una actividad económica, el domicilio en el que la realizan puede no encontrarse legalmente constituido.

A tal situación la Sala de Casación Social, en sentencia N° 811 de fecha 08 de julio de 2005, expresó: “que en los casos de notificación de personas naturales, el Juez debe extremar sus deberes, pues en virtud del principio de la rectoría del juez en el proceso, éste debe garantizar que el lugar en el cual se realizó tal acto procesal es efectivamente el lugar en el que desarrolla su actividad económica la persona demandada, con esta actitud el juez está velando porque la persona que está siendo llamada a juicio, a través de tal acto procesal, sea efectivamente la demandada...”

a.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.

De igual manera, la Sala Social, en la misma sentencia citada, haciendo uso de su labor interpretativa, estableció en referencia a que la notificación se haga en un representante de la sucursal o agencia de la empresa demandada, que aunque el juez de la causa pueda admitir y sustanciar en otra jurisdicción diferente a aquella en la cual se encuentra ubicado el domicilio estatutario principal de la empresa demandada, también es cierto, en virtud de la rectoría del proceso, que debe garantizar que el lugar donde se lleva a cabo la notificación sea efectivamente una sucursal o agencia de la empresa demandada y debe oficiosamente verificar que la persona que se señala como representante legal tenga esa atribución, y igualmente darle la oportunidad a la empresa demandada, en su domicilio principal, de tener el tiempo necesario para preparar su defensa, debiendo también en estos casos conceder el tiempo de la distancia, previsto en el Código de Procedimiento Civil, que resulta aplicable por analogía, para no vulnerar el derecho a la defensa.

a.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.

Con respecto a la compulsa, debe señalarse que, contrariamente a lo señalado por el Código de Procedimiento Civil, el cual contiene normas relativas a las citaciones y notificaciones, previendo que el no cumplimiento de sus formalidades, son objeto de nulidades textuales, y dentro de estas formalidades está la entrega de la compulsa de citación al citado. Pero en modo alguno la nueva ley en esta materia laboral adjetiva, exige que la notificación a la parte demandada deba practicarse con o mediante compulsa. Todo ello, por cuanto el nuevo procedimiento exige menos formalismo, más flexibilidad y sencillez, por ello esta ley adjetiva, sustituye la citación y las reglas que la contemplan por estas nuevas normas, más ajustadas a la realidad imperante.

a.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.

Con respecto al computo del lapso de comparecencia para la audiencia preliminar, en sentencia Nº 1257 de fecha 6 de octubre de 2005, ha señalado que cuando la notificación de la demandada haya de practicarse fuera de la residencia del tribunal o de la Circunscripción

Judicial en la cual se interpuso la demanda, caso en el cual se tiene que conceder el término de la distancia, resulta necesario garantizar, a las partes certeza y seguridad jurídica del momento a partir del cual debe computarse el inicio del lapso de comparecencia.

En tal sentido, para el caso de las notificaciones practicadas fuera de la residencia del Tribunal o de la Circunscripción, una vez recibidas las resultas de la notificación en el tribunal de la causa, o cuando el demandado se dé por notificado expresamente en el expediente, de ser el caso, el secretario procederá a dejar constancia de la notificación o de la última de ellas, en caso de que fueran varios los demandados, debiendo computar en primer lugar, el término de la distancia que le fue otorgado a la parte demandada y posterior el lapso de comparecencia para la celebración de la audiencia.

Igual proceder debe indicarse, cuando la notificación fue realizada por un tribunal comisionado de acuerdo al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía, en tal caso, el término de la comparecencia comienza a computarse a partir del día siguiente al recibo de la comisión en el tribunal de la causa, el el cual es el secretario, quien debe otorgarle certeza jurídica a la actuación realizada precisando fecha y hora de la recepción, a los fines de determinar con exactitud, principalmente, el cómputo de los días a transcurrir para que tuviera lugar la audiencia preliminar.

a.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.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.

b) 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 materializo 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, archivo 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 la ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas.

2. Por su parte, el artículo 11 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.

c) 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

le secretario del tribunal, dejando constancia de la fecha de esta diligencia y al día siguiente comenzará a computarse el lapso de comparecencia del demandado.

Es necesario además precisar en este punto, que cuando se demande a una empresa, y se pida la notificación bien sea por medio del alguacil o por medio del correo certificado de una agencia o sucursal de la misma y, no coincida el lugar de la celebración del contrato, o el lugar de la presentación del servicio, o el lugar donde se dio por terminada la relación con la agencia o sucursal a la cual se pretende dirigir la notificación, la misma debe practicarse en el domicilio estatutario principal de la empresa a los fines de preservar la garantía del derecho a la defensa y el debido proceso, tal como lo a recogido la Sala de Casación Social, en sentencia N° 174 de 22 de junio de 2005.

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.

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

Una vez realizada la revisión de los actos introductorias 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, las cuales están enfocada e las lagunas o vacíos que presenta la ley en referencia a estos tópicos. En primer lugar, en cuanto a la demanda, es necesario precisar que es el acto iniciador del proceso, el cual aunque no lo señala la ley, es a instancia de parte interesada por cuanto regula conflictos de intereses entre las partes, con una significación que como toda demanda en ella debe plasmarse la pretensión o pretensiones que deben concurrir sus elementos como son los sujetos involucrados, es decir las partes, con referencia a las mismas, la ley permite el litisconsorcio voluntario activo, referente al cual la sala estableció límites, en un número no mayor de veinte, por cuanto la ley no precisa nada al respecto, en virtud de garantizar un proceso no solo rápido sino efectivo, lo que implica que un número mayor pudiera complicar el desarrollo del mismo.

En segundo lugar, pude precisar también que aún la ley no señala los motivos de inadmisión de la demanda, debe no sólo aplicarse el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, sino que además del orden público, debe declararse cuando resulte incompetente o por la acumulación indebida de pretensiones, ya que en este procedimiento no hay lugar a cuestiones previas, sino que las mismas resultan sustituidas por el despacho saneador, que al nos ser corregidas o en los supuestos mencionados no le queda otra opción al juez que declarar su inadmisibilidad.

En tercer lugar, resulta también útil acotar lo referente a las posibles confusiones que se han dado en la practica, en la correcta aplicación de la notificación, ya que en este proceso con el propósito de su brevedad y

celeridad no fue seguido el sistema de la citación, sino que es por medio de la notificación la forma más sencilla y menos de alcanzar el emplazamiento de la otra parte y ponerlo a derecho en el mismo. En tal sentido, la Sala de Casación Social, ha pronunciado criterio en cuanto a que cuando el demandado sea una persona natural, el juez debe comprobar que la practica de la notificación se lleve a cabo en el lugar donde se desarrolla la actividad económica, porque de lo contrario esto iría en detrimento del derecho de la defensa de la otra parte. Igual ha sostenido postura, en el caso que se trate de una persona jurídica, debe llevarse a cabo en el domicilio de la empresa y si el demandado es una sucursal de la empresa, debe coincidir con el lugar donde se prestó el servicio o se firmo el contrato, de lo contrario debe practicarse en el establecimiento o domicilio principal de la empresa y en estos casos además debe señalarse el término de la distancia.

De esta manera, se aprecia como la labor de la jurisprudencia resulta fundamental, si bien es ciertos, se persigue rapidez y prontitud, no es menos ciertos que la misma deba implicar la violación de otras garantías igualmente fundamentales como son el derecho a la defensa y el debido proceso, el cual una forma de materializarlo es precisamente con la notificación de la otra parte, lo que significa que si esta no se practica correctamente dará lugar a la nulidad del acto que conlleva una reposición del proceso, lo cual altera grandemente el objetivo de este proceso, por ello el juez debe ser cuidadoso en la forma y manera como se practica la misma, para evitar en lo posible vulnerar el derecho a la defensa y evitar esa reposiciones.

CAPITULO III

LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Una vez revisado en el capítulo anterior, los actos previos a la audiencia, se analizará en el presente capítulo, el desarrollo de la audiencia preliminar, desde el momento de su constitución hasta su conclusión, la cual puede terminar efectivamente con los acuerdos de las partes, los cuales pueden ser totales y en tal sentido se pondrá fin al proceso laboral mediante esa conciliación y mediación por parte de las partes. Pero de no lograrse estos acuerdos, es necesario pasar a la etapa subsiguiente que es la audiencia de juicio y en tal sentido, finalizada la audiencia debe darse la contestación a la demanda, el segundo despacho saneador por parte del juez de sustanciación y la remisión del expediente al juez de juicio. Situaciones estas que se revisarán con detalle en el presente capítulo desde la doctrina hasta los criterios sostenidos por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En la audiencia preliminar, deben estar presentes como se señaló inicialmente, los principios de simplificación, uniformidad y eficacia de los actos procesales en este nuevo proceso y en especial la oralidad entendida 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. Principio que se desarrolla a través de la audiencia, en donde participan directamente las partes. Por ello antes de entrar en el desarrollo, amerita una breve referencia a los principios que deben aplicar el juez de sustanciación en esta audiencia preliminar.

1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

1.1 LA ORALIDAD:

A través de la historia, se ha permitido afirmar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y exigencias de la vida actual, por cuanto garantiza la bondad intrínseca de la justicia, porque la oralidad hace posible la aplicación efectiva de otros principios como los de inmediación, concentración, celeridad y simplicidad.

Aunque no es posible ni aplicable un procedimiento estrictamente oral, que prescinda de todo registro o memoria de las actuaciones del juez y de las partes, por cuanto atentaría contra el principio de seguridad jurídica. Por ello, las leyes procesales exigen ciertos actos fundamentales se realicen por escrito y otros se conserven mediante sistemas de grabación o de transcripción.

En lo que concierne a este proceso laboral, señala que el mismo será oral y la escritura es la excepción aplicable a casos específicos. Así son orales: La audiencia preliminar, la audiencia de juicio, el interrogatorio de los testigos, de las partes, las observaciones de las pruebas de la contraria, y la sentencia. Son también orales la audiencia de segunda instancia y la audiencia de alegatos de las partes en el recurso de casación.

Sin embargo, son necesariamente escritos el libelo de demanda, la contestación a la demanda, la promoción de pruebas, el informe de los peritos, la sentencia escrita, la apelación y el anuncio, formalización y la contestación del recurso de casación.

De tal manera, que el principio de oralidad se hace presente en este procedimiento, en la etapa de la audiencia preliminar, que como se ha señalado, en ella ha de concurrir las partes, sus apoderados y el juez, la cual se lleva o se realiza en privado, pero bajo los principios de oralidad, que impone la nueva justicia laboral.

Al destacar el carácter oral y la importancia de ello en la audiencia preliminar, se reseña la necesidad del proceso de inmediación del juez en la solución del conflicto sometido a su conocimiento.

1.2. LA INMEDIACION:

Es una de las consecuencias obligadas de la oralidad, a medida que se consolida la tendencia legislativa de instituir la oralidad del procedimiento, crece la necesidad de la inmediación. La inmediación es el principio regulador del proceso que precoloniza una relación directa entre el juez, las personas o cosas que integran el litigio. La presencia sin intermediación del juez en todos los actos del proceso, ha sido siempre defendida por la doctrina, puesto que esa conducta judicial, favorece la aprehensión y correcta evaluación de todos los hechos que habrá de seguir al juzgador para la decisión de la controversia.

Se ha dicho, que el juez es en esencia un reconstructor de hechos, un investigador de la verdad, un examinador de afirmaciones y negaciones nacidas, por lo general del interés personal de las partes. De tal manera, que el juez como buen historiador, no puede conformarse con el conocimiento indirecto, fragmentario o deformado, que otros sujetos le transmiten, interponiéndose entre los hechos y su percepción directa, que el juez debe estar en contacto con la fuente de información de los hechos del proceso y que esa fuente de conocimiento se encuentra en las partes,

en la cosa litigiosa y en los medios de convicción o pruebas aportadas por los interesados (Villasmil 2006,31).

Por lo que puede precisar, que la labor del juez en la audiencia preliminar, en la cual debe necesariamente desarrollar este principio de inmediación, por cuanto las partes estarán presentes en la misma, teniendo el juez, esa percepción de los hechos en forma directa, los cuales son expuestos de manera abierta y sincera por las partes, oportunidad ésta que debe aprovechar el juez a los efectos de conseguir arreglos entre ellos, por ello que aunado a este principio de inmediación presente en esta audiencia preliminar, debe el juez presentarse como un verdadero conciliador y mediador.

En tal sentido, en esta audiencia funge como prioritario en este principio de inmediación, el instrumento del que puede valerse el juez, para inducir a las partes a un acuerdo que ponga fin al litigio pendiente. Por ello, se requiere que el juez de sustanciación, mediación y ejecución, debe personalmente mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia, que estas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal, como el desistimiento, el convenimiento y muy especialmente la transacción.

Esta función conciliadora, se le asigna en este proceso laboral, al juez de la audiencia preliminar, por cuanto éste puede opinar y hacer recomendaciones a las partes, sin que ello constituya causa de recusación, puesto que en definitiva, la decisión de la causa corresponde a otro juez. Sin perder de vista, que esta función de conciliación también puede ser ejercida en cualquier otra etapa del proceso e incluso por el juez de juicio.

2. OPORTUNIDAD PARA LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Siguiendo en este orden, es necesario señalar la oportunidad de la audiencia, la cual esta prevista en la ley orgánica procesal del trabajo al prescribir, que el demandado deberá comparecer a la hora fijada o que fije el tribunal, el cual deberá hacerlo personalmente, pero asistido de abogado o representado por él. La audiencia preliminar 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.

En el capítulo anterior, se señaló el computo de este lapso, es decir, que el lapso de los diez días hábiles para la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar comenzará a computarse a partir de la constancia en autos el secretario del cumplimiento de esta formalidad, cuando se haya practicado bajo la modalidad de cartel, medios electrónicos o por correo certificado con aviso de recibo. Si se comisionó la practica a otra autoridad, será una vez recibidas las resultas de la notificación en el tribunal de la causa, o cuando el demandado se dé por notificado expresamente en el expediente, de ser el caso, el secretario procederá a dejar constancia de la notificación o de la última de ellas si fueren varios, a los fines de garantizar a las partes la certeza y seguridad jurídica del momento a partir del cual debe computarse el inicio del lapso de comparecencia.

3. DURACION DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Por los principios de la oralidad e inmediación la audiencia debe durar en cuanto sea posible, el menor número de días hábiles. Hay casos sencillos, pero los hay complejos. No será lo mismo un juicio laboral con

un solo demandante que otro que tenga veinte (20) demandantes o muchos testigos, como a veces suele suceder en materia laboral. En tal sentido, la duración de la audiencia, va a depender de esa complejidad y de la necesidad para llegar acuerdos conciliatorios, considerando para ello, el límite general de duración de la audiencia que es de cuatro meses.

En este orden de ideas, Bruzual (2003, 114) menciona que 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.

Por otro lado, la ley agrega que en todo caso, si no fuere suficiente la audiencia preliminar fijada para agotar completamente el debate, éste continuará el día hábil siguiente y así cuantas veces sea necesario, hasta agotarlo artículo 132 de la ley orgánica procesal del trabajo. Como la audiencia preliminar o de juicio es una sola y puede efectuarse en uno o varios días hábiles, por tal motivo la no comparecencia de las partes a los actos sucesivos tendrá como efectos los previstos en los artículos 130,131 y 151 de la ley en comento.

Sin embargo, el juez debe cuidarse de no acceder a suspensiones y diferimientos de las audiencias, formuladas con un propósito ventajista o retardador, así como tampoco imponer a las partes, la continuación de las audiencias fueras de las horas de despacho sino cuando ello fuere absolutamente necesario, valorado de acuerdo a un criterio racional.

Para Bruzual (2003,116), es muy diferente la audiencia preliminar que se da en el procedimiento oral previsto en el código de procedimiento civil en el artículo 859 y siguientes, la cual se verifica después de la contestación de la demanda y que no tiene efecto de desistimiento la no concurrencia de ellas o algunas a este acto. De acuerdo con el código de

procedimiento civil en esa audiencia cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad aquellos que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación, las pruebas que consideren superfluas o impertinentes o dilatorias y las que se proponen aportar en el lapso probatorio y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia, de esta audiencia se levantará una acta y se agregara a ella los escritos que hayan presentado las partes.

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

En el presente punto, solo se revisará lo referente al desarrollo de la audiencia preliminar, en el supuesto que ambas partes estén presentes y asistan a la misma, por cuanto el punto relativo a la incomparecencia tanto del actor, en el cual se estará en el supuestos de desistimiento, o en el caso de inasistencia del demandado, que se estará hablando de admisión de los hechos, serán desarrollados en el capítulo siguiente. Por lo que se concretará a exponer las defensas y distintas posiciones que pueden darse durante el desarrollo de la audiencia, tanto en su inicio como en las prolongaciones que puedan existir, a los fines de lograr el objetivo fundamental de la misma que es la conciliación y autocomposición del proceso.

En tal sentido, como ya se señaló la audiencia preliminar es una fase procesal, que se inicia después de notificado el demandado, y en la que a través de una serie de audiencias orales, se escuchará a las partes y se intentará su conciliación o su sometimiento a arbitraje o se procurará el saneamiento del proceso por medio del despacho saneador, pero salvo que el demandado no asista injustificadamente y se le declare confeso, no habrá una solución de fondo que implique vencimiento.

Llegado el día fijado para la comparecencia de las partes, se llevará a cabo entonces la audiencia preliminar. En tal sentido, en su inicio 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 se debe ser flexible ante la aplicación de las normas procesales, habida cuenta de lograr el fin fundamental de la audiencia preliminar, lo cual se entiende como una mediación exitosa. Durante el desarrollo de la audiencia, el juez debe procurar un acercamiento y crear un clima de confianza que permita conciliar posiciones opuestas.

4.1 Acta de Inicio:

En el acta que se levanta al inicio de la audiencia preliminar, debe hacerse constar el tiempo de espera que se va a conceder para las próximas prolongaciones de la audiencia o la voluntad manifestada por algunos de los que integran la litis el tiempo adicional que decide conceder frente a la incomparecencia de la otra parte, todo en brusquedad de la resolución de conflicto.

Sin embargo, es menester revisar circunstancias que pueden darse una vez instalada la audiencia, entre estos:

4.1.1. La comparecencia sin la asistencia del abogado

En el artículo 4 de la ley de abogado establece lo siguiente:

“Toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la ley o en virtud de

contrato, deberá nombrar abogado para que lo represente o asista en todo proceso”

El contenido de este artículo es el que ha despertado la discusión de que si es necesario que tanto para la introducción de la demanda, como para la asistencia a la audiencia preliminar se requiere de la asistencia de un profesional del derecho, ya que, como se afirma en la norma quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado deberá nombrar abogado para que lo represente o asista en todo proceso.

Por otro lado, si se toma en cuenta el criterio de la jurisprudencia según el cual para incoar el amparo no se requiere la asistencia o representación de abogado, pero si para la continuidad del proceso ya que la presencia de este profesional del derecho se hace indispensable para la efectiva defensa de cada una de las partes, podíamos concluir en que durante la audiencia preliminar y demás etapas del proceso, las partes deben actuar con la asistencia de un abogado (Martin, 2005,156).

Al respecto, la sala constitucional en sentencia N° 1744 de fecha 23 de agosto de 2004 en el expediente N° 0344 hace un señalamiento muy breve al respecto de la comparecencia sin la asistencia de abogado:

“Se observa que la demandante no esta asistida ni representada por ningún profesional del derecho, razón por lo cual esta sala, congruente con su jurisprudencia de no impedir el acceso a la justicia artículo 26 de la constitución, admite la pretensión de autos, pero hace del conocimiento de la parte actora que según, lo que dispone el artículo 4 de la ley de abogado, dentro el lapso de cinco días de despacho después de su notificación, mas el termino de la distancia, tiene que hacerse asistir o representar por abogado para que ratifique su pretensión. De lo contrario se aplicará la consecuencia que el propio artículo 4 dispone a tal efecto. El mismo lapso se otorga para que pruebe los hechos que afirma en la demanda, salvo que los documentos ya se encuentren en autos”

Con lo que queda claro, que es necesaria la asistencia de cada una de las partes con su abogado, por cuanto a través de la asistencia o representación de postulación, es que puede entonces cumplir con la garantía que prevé el artículo 49 de la Constitución, al señalar en el ordinal 3 que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y justamente una de esas garantías es la asistencia de un profesional del derecho, que en definitiva es quien tiene los mejores conocimientos técnicos para realizar la mejor defensa de los derechos de las partes en conflicto.

4.1.2 Representación sin poder

Asimismo, se ha formado discusión en cuanto a la figura de la representación sin poder, la cual es rechazada bajo la idea que el nuevo proceso laboral tiene como finalidad lograr la solución de los conflictos por lo medios alternos, entre los cuales se encuentran el convenio, la transacción que requiere de una facultad expresa del artículo 1688 del código civil, la cual no está contenida en la representación sin poder.

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.

Por lo que, pudiera resultar que lo aconsejable no es la prohibición de la representación sin poder, sino que lo oportuno sería la prolongación de la audiencia para que en próxima oportunidad el abogado compareciente consigne el poder o se haga acompañar de la parte que va a ratificar su actuación, a los efectos de garantizar el derecho a la defensa, que debe privar por encima de cualquier otro formalismo.

4.1.3 Insuficiencia de poder

Igual discusión, se ha dado, referente a la insuficiencia del poder. En tal sentido 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 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, en este sentido considera la sala social en sentencia N° 0421 del 10-05-05 que cuando el juez declara que los apoderados cumplieron con su carga procesal de asistir a la audiencia preliminar no es de naturaleza coercitiva esta aplicando correctamente las disposiciones relativas a la audiencia preliminar.

4.1.4 El defensor ad litem

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 item.

En este sentido, la sala constitucional del tribunal supremo de justicia en sentencia N° 25 de 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, formandose 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 item, 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, arquetípicamente quien ostento u 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.

En tal sentido, debe tenerse claro, que tal figura procesal, tiene perfectamente cabida en este nuevo procedimiento, por cuanto al igual que lo anteriormente referido a la representación sin asistencia, o la representación sin poder o en caso del poder insuficiente, debe apreciarse desde la visión constitucional y desde la garantía de no quebrantar el derecho a la defensa. Sin embargo, aunque el defensor ad litem, no pudiera convenir o conciliar, porque para ello, se requiere facultad expresa. No es menos cierto, que la única función de la audiencia preliminar no es la conciliación, sino que también es la defensa, y es aquí donde la figura del defensor ad litem resulta prioritaria a los efectos de garantizar esa defensa.

En virtud de los razonamientos expuestos, debe señalarse que en estos casos, no es obstáculo para que no se lleve a cabo la audiencia, y menos aun establecer las sanciones de desistimiento o admisión de los hechos en estas figuras, por el contrario son una garantía constitucional en la defensa de los derechos de los trabajadores y bajo esta perspectiva deben ser tratadas por los jueces.

4.2 Actuación del Juez de sustanciación como conciliador y mediador:

Tal como lo señala la norma del artículo 133 de la ley al señalar: “ que el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá mediar, personalmente con la mayor diligencia que estas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Si esa mediación es positiva, el juez dará por concluido el proceso, mediante

sentencia en forma oral, que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada”.

En virtud de la norma, la conciliación que establece esta ley es judicial, obligatoria y compositiva. Por cuanto el juez de sustanciación, en el desempeño de su función mediadora, tiene obligatoriamente que intentar conciliar a las partes. Ese logro del acuerdo conciliatorio dependerá del grado de gravedad de la controversia, que permita a las partes mayores o menores flexibilidades, así como de la habilidad negociadora del juez para explotar esas flexibilidades y el acuerdo que se logre debe satisfacer las más altas exigencias de justicia.

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.

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 la 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.

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.

De todo lo dicho, pudiera resumirse las grandes ventajas que ofrece la conciliación, entre estas 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.

Asimismo, el mediador, esta sujeto a 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.

Por otro lado, según Perdomo (2007,125) debe señalarse las habilidades 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.

Finalizada la mediación y conciliación, bien porque las partes llegaron a un arreglo, en tal razón la ley procesal adjetiva, señala que si 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.

También pudiera suceder, que no se llegó a un arreglo o composición de la lites, sin embargo pueden darse acuerdo parciales. En opinión a esto a señalado 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.

Además de la labor que cumple fundamentalmente el juez en esta audiencia preliminar, como conciliador o mediador e incluso en esa labor, proponer el arbitraje como fórmula de arreglo.

De resultar positiva la labor y actuación del juez y declarar terminado el proceso, lo hará a través de un acta final de homologación de la conciliación o la mediación lograda entre las partes. Sin embargo, también puede el juez, de no lograrse la conciliación fijar los acuerdos parciales mediante acta. Y además de estas cualquier otras facultades dentro del proceso. Por lo que resulta necesario resumir a continuación los poderes y facultades del juez de sustanciación, mediación y ejecución en esta primera fase del proceso laboral, es decir, 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 una 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.

4.3 Final de la audiencia, cuando no se logra la conciliación:

Si se logra la conciliación y la mediación, 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. Pero si no se logró la conciliación de las

partes en el desarrollo de la audiencia, significa entonces según la ley procesal adjetiva, que el juez deberá, a través del despacho saneador, resolver 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.

4.3.1 De las pruebas

Pero antes de hablar de este segundo despacho saneador, es indispensable realizar algunas consideraciones en cuanto a las pruebas en el nuevo proceso laboral, toda vez que estas forman parte de las distintas actuaciones que se realizan en la audiencia preliminar, ya que tal como esta previsto en el código adjetivo, la oportunidad para promover pruebas en el proceso laboral será en la audiencia preliminar, aunque la ley adjetiva no señala una oportunidad específica, no pudiéndose promover pruebas posteriormente, salvo las excepciones establecidas en la ley procesal del trabajo. Debiendo ordenar el juez su promoción de seguida y asimismo ordenará agregarlas a las actuaciones que han de ser remitidas al juez de juicio.

Entre las excepciones señaladas en la ley, se encuentra la situación cuando en el proceso en que 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...".

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 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 en 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”.

Para Santana (2007) es posible promover pruebas durante las prolongaciones porque de no ser así se rompe con la unidad y concentración de la audiencia preliminar y el derecho a la defensa de las partes. El juez de juicio debe admitirlas todas (p.150).

En efecto, se considera como lo señala Rivera (2006, 192), que para que una prueba pueda ser admitida requiere reunir requisitos intrínsecos y extrínsecos, lo primero se refieren a utilidad del medio, pertinencia del hecho que se pretende probar, licitud del medio y la formalidad exigida. Lo segundo corresponde al proceso en general, como son: oportunidad procesal, legitimación del proponente y competencia del funcionario que la debe admitir.

Estos requisitos son indispensables para que tengan efectiva aplicación los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la lealtad, la unidad, la igualdad de oportunidad, la formalidad y legitimación, la preclusión y la inmediación de la prueba y para poder admitir una prueba es necesario que cumpla tanto con los requisitos intrínsecos como con los extrínsecos.

Las partes que se consideren afectadas con determinados medios probatorios se oponga a su admisión y valoración, todo ello con base al artículo 49 de la constitución que consagra el derecho de las partes

acceder a las pruebas y de disponer de los medios necesarios para el ejercicio de su defensa. El trámite de la referida oposición no acarrea incidencia alguna, por lo que el juez es libre de admitirla, indistintamente de que luego no la valore en la definitiva.

4.3.2 Del Despacho Saneador

Siguiendo con el orden de ideas, tal como lo prevé 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 consecuencia, el juez debe ordenar un segundo despacho saneador, para resolver todos los vicios del proceso, antes de remitir el expediente al juez de juicio. Por lo que vale la pena citar la exposición de motivos de la ley orgánica procesal de trabajo al respecto se estableció lo siguiente “Por otra parte de no ser posible la solución de la controversia por los medios alternos de resolución de conflictos propuestos por el juez, también la audiencia preliminar servirá para que el juez por intermedio del despacho saneador corrija los vicios de procedimientos que pudieran existir, evitando de esta manera reposiciones de la causa”.

La doctrina la ha calificado como segundo despacho saneador y a tal respecto el artículo 134 de la ley orgánica procesal del trabajo dispone:

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.

Las características más resaltante del despacho saneador son:

1. No se produce en todos los procesos, pues en principio requiere que no se logre la autocomposición procesal.
2. Puede ser solicitada por la parte o acordarse de oficio.
3. Lo acordado por el juez no tiene apelación
4. Su objeto esencial es que ante la observancia de vicios de tipo procedimental, se proceda a su corrección para purificar lo que irá a juicio y facilitar la tarea jurisdiccional.
5. Evitar reposiciones inútiles.

En este despacho saneador deben incluirse aquellos asuntos no corregidos por el juez antes de la admisión y los que hayan surgidos en el curso de la audiencia preliminar.

En este propósito, Pérez (2003) hace referencia a los procesos de naturaleza dispositiva, donde se discuten intereses de los particulares 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.163).

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 Pérdomo (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 optima 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 aun 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.

En opinión al respecto Henríquez (2004, 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 el proceso de toda cuestión que impida el análisis de la causa.

4.3.3 Contestación de la Demanda:

Seguidamente, concluida la audiencia preliminar sin arreglo por parte de las partes, se procederá a la contestación de la demanda, tal como esta previstos en el artículo 135 del Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que es del tenor siguiente: “ Concluida la audiencia preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar...”

De la norma, se puede precisar brevemente, que una vez depurado el proceso y no pudiendo haberse logrado la conciliación, el juez ordenará al demandado que dé contestación a la demanda dentro de los cinco días

hábiles siguientes a la emisión de esta orden, la cual debe emitirse indudablemente en audiencia oral. Asimismo, la norma impone la carga procesal al demandado de expresar cuales hechos admite como ciertos y cuales rechaza y también manifestar los hechos y fundamentos de su defensa. Considerando admitidos aquellos hechos sobre los cuales el demandado no hubiese expuesto los motivos de su rechazo.

Por lo que solo, solo interesa señalar brevemente estas consideraciones, por cuanto la contestación y sus efectos no son punto de estudio en esta investigación, recalcando que el juez de la audiencia preliminar debe recibir ese escrito de contestación, para luego remitir al juez de juicio, quien es en definitiva que pudiera sancionar la confesión ficta, en el supuesto que el demandado no conteste la demanda en el tiempo señalado por la norma comentada

4.3.4 Remisión del expediente al juez de juicio

Finalmente, el juez de la audiencia preliminar, al día siguiente de transcurrido el lapso para contestar la demanda remitirá el expediente al tribunal de juicio, a los fines de la decisión de la causa. Terminando con tal remisión la actuación del juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en este procedimiento laboral.

De todo lo antes expuesto y consecuente con ello, se puede concluir en el presente capítulo la importancia que tiene el hecho, en primer lugar, del juez de instar en esta etapa a la conciliación o mediación, y para ello debe hacer valer todas sus armas de persuasión, estimula y motivación en las partes y lograr ese ambiente cónsono y apropiado para que se den esos posibles arreglos, por ello la necesidad en este proceso laboral, que los jueces que sean designados en estos cargos, tengan además de los requisitos para ser jueces, virtudes personales que infundad esa

tranquilidad, ecuanimidad, serenidad y cordialidad que debe transmitir ese funcionario a las partes, lo cual resulta provechoso al momento de conciliar.

Asimismo, en segundo lugar, puede precisar que el juez 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. Por ello, 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. Fundamentalmente estas facultades son las que deben imperar en este juez de la audiencia preliminar, sin olvidar que la prioridad en este proceso, es lograr la conciliación a los efectos de cumplir con el objetivo que imperar que garantizar una justicia rápida y efectiva.

CAPITULO IV

EFFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El presente capítulo, enfocar los efectos que se pueden producir en el proceso si las partes, sea demandante o demandada no asisten a la audiencia preliminar, sea en sus instalación o en las sucesivas prolongaciones, los cuales son producto de la exigencias y rigidez que exige este proceso en cuanto a la puntualidad y asistencia por parte de las partes y sus apoderados de asistir a las horas y fechas señaladas para el desarrollo de la audiencia, en la que resulta primordial la asistencia de la mismas, toda vez que persiguen su conciliación, en tal sentido su incomparecencia es traducido con la falta de interés en que se le reconozcan sus derechos y de esta manera se sancionan los efectos que se desarrollan de seguida.

1. LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDANTE A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Esta incomparecencia esta prevista en el artículo 130 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece lo siguiente: “Si el demandante no compareciere a la audiencia preliminar se considera desistido el procedimiento, terminado el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta la cual deberá publicarse en la misma fecha. Contra esta decisión, el demandante podrá apelar a dos (2) efectos por ante el tribunal superior del trabajo competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes”.

En el párrafo Primero: se hace mención al desistimiento del procedimiento solamente extingue la instancia, pero el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes que transcurra noventa (90) días continuos.

Parágrafo Segundo: dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del expediente, el tribunal superior de trabajo decidirá oral e inmediatamente la apelación, previa audiencia de parte, pudiendo ordenar la realización de una 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 comprobable, a criterio del tribunal. La decisión se reducirá a formar escrita y contra la misma será admisible el recurso de casación, si alcanzare la cuantía a que se refiere el artículo 167 ejusdem y se intentare dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha decisión.

En este sentido, establece Pérez (2003;160) las consecuencias de la inasistencia injustificada del demandante a la audiencia preliminar. El primer problema que se plantea aquí es que siendo que este trámite procesal no es una audiencia, podrá aplicarse las consecuencias de dichas inasistencia no sólo a la audiencia inicial, sino a las sucesivas que se convocare, en razón de que las partes están a derecho y después de la primera audiencia, el juez debe acordar con las partes las sucesivas, de lo que debe quedar constancia en el acta la cual debidamente firmada por las partes, les es oponible como prueba de su conocimiento de la fecha de la siguiente audiencia.

El artículo 130 de la ley orgánica procesal de trabajo establece también una fórmula de perención breve de la instancia, pues la sanción del demandante inasistente será simplemente la prohibición de intentar

nuevamente la demanda dentro de los noventa (90) días continuos siguientes al decreto de decaimiento (Pérez, 2003,161).

En el año (2002) Iván Torres señala, lo que verdaderamente resulta incómodo, es la forma en que se declara y tramita la inasistencia del demandante, pues esta norma no prevé ningún tipo de audiencia en justicia o reconsideración por parte del juez de sustanciación. Éste, comprobaba la inasistencia del demandante, simplemente declarará la inasistencia y dictará y publicará el decreto perimidor en audiencia del mismo día, debiendo entonces el demandante decaído explicar sus razones al juez superior por vía de la apelación regulada en este mismo artículo. Esto equivale a decir que el juez de sustanciación no puede aceptar excusas del demandante a posteriori y reformar el decreto de perención, señalando una nueva audiencia (p.340).

Por otro lado, hay que considerar que pasa cuando en la fecha y hora de la audiencia no haya comparecido ningunas de las dos partes. En ese caso la respuesta es más sencilla de lo que el espíritu ligero puede imaginar. Todo individuo ungido de liviandad podrá pensar que lo correcto allí es aplicar es una nueva audiencia. Pero eso no es lo que indica la lógica, lo cual en este caso significaría que la actuación del demandante es causa de la actuación del demandado, sin la una no puede siquiera entrar a considerar la otra y por tanto es impretermitible establecer una relación de prelación entre la inasistencia del autor y la del demandado, debiendo aplicarse la regla de la perención breve el primero.

De esta manera, hay que dar por descontado, que si alguna parte alega, con suficiente antelación y justa causa, su imposibilidad de asistir a las audiencias, el juez podrá diferirlas, pero quedara siempre a su criterio la evaluación de la seriedad o no de las excusas (Zepeda, 1990;279).

Por último hace referencia Pérez (2003), que la acepción de demandante en esta norma debe incluir, obviamente a sus apoderados, pues si la noción del demandante se redujera simplemente a la persona que reclama para sí, entonces estaríamos ignorando la validez de la representación voluntaria como institución. El reclamante sólo puede ser personalmente requerido para su presencia en el proceso cuando la ley así expresamente lo establezca (p. 162).

2. INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

En tal sentido, este nuevo proceso laboral, tal como se ha expuesto en los anteriormente, 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 Nº 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 a 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 breve reflexiones sobre la procedencia de la confesión ficta, en cuanto se produzca al inicio o en las futuras prolongaciones. Por tal razón se revisaran por separado seguidamente.

3. 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 dictar sentencia bajo la premisa de que ha 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 acarrear 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 idea 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), preciso 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 el 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, siendo la oportunidad procesal para hacer, solo la audiencia preliminar.

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 *ejusdem*. 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 defiera 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 *ejusdem*, 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 anterior 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 (2004), 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 que hacer humano que siendo previsibles, e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares, que escapan a las previsiones ordinarias de un buen padre de familia, al deudor, para cumplir la obligación adquirida (Carballo,2004,35).

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.

4. LA INCOMPARECENCIA 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 república 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 de 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, 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 al 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 solo 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 “dilatar” (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 y 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”.

Si por el contrario, 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. Por cuanto se debe 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 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).

Finalmente, de los criterios jurisprudenciales expuestos, puede precisar que una vez más la sala de casación social emite criterio y aclara las dudas que en la practica se han venido presentando en esta materia, toda vez que se está ante un procedimiento novedoso y en este sentido,

la sala flexibilizó el criterio y abundando y precisando en los efectos de la incomparecencia de alguna de las partes a la audiencia preliminar.

De lo que necesariamente, se debe concluir, que habrá que hacer la distinción si la incomparecencia se produce al inicio o en las prolongaciones de la audiencia. Si es al inicio, el efecto es declara la admisión de los hechos, por cuanto la Sala señala que es una sanción severa por cuanto las partes deben Mostar su interés en procurar la solución del conflicto y lo sanciona como una presunción iure et de iure, lo que se traduce que no admite prueba en contrario y debe sentenciar inmediatamente la admisión de los hechos por el juez de sustanciación.

Pero si la incomparecencia es en las prolongaciones, la presunción que opera es iuris tantum, que significa que si puede operar prueba en contrario, las cuales son serán aquellas pruebas que puedan enervar la pretensión del actor, es decir, hacer la contraprueba de los hechos alegados por el demandante, sin que pueda alegar otros hechos distintos y por cuanto ya las pruebas para estas prolongaciones han sido aportadas por las partes en la audiencia inicial, significa que entonces, el juez de sustanciación debe agregar las pruebas a los autos y remitir de seguida el expediente al juez de juicio, quien en definitiva va admitir y valorar las mencionadas pruebas en la oportunidad de la sentencia, que es el momento donde se declarará o no la confesión ficta, valora como presunción que admite prueba en contrario, tal como se prevé en el procedimiento civil, en el artículo 362. Sin embargo, en uno u otro caso, el juez en la sentencia que declare la confesión deberá revisar que lo petitionado no sea contrario a derecho, ya que esto no se refiere a las pruebas sino al derecho y en este sentido debe revisar que esos hechos que quedan admitido por efecto de la confesión están ajustado a derecho y además producen la consecuencia pedida por el actor en la demanda.

De lo contrario aunque exista confesión o admisión de los hechos, el juez no podrá declarar la confesión.

Sin embargo, ante esta situación sea el actor o el demandado de incomparecencia, que produce los efectos antes citados, la ley da la posibilidad de apelar a esa decisión, que le pone fin al proceso al declarar el desistimiento o la admisión de los hechos, lo cual será objeto de revisión en el capítulo siguiente.

CAPITULO V

LOS RECURSOS UTILIZADOS POR LAS PARTES EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

En el presente capítulo, será revisado brevemente, los recursos que pueden invocar tanto la parte actora, que fue sancionada con un desistimiento del procedimiento, como la parte demandada en el supuesto de admisión de los hechos, por no asistir a la audiencia preliminar en cualquiera de sus momentos. En tal sentido, se tocará de manera sucinta el procedimiento de este recurso por ante el tribunal superior o el tribunal ad quem y brevemente se ilustrará sobre el recurso de casación que resulta procedente en estos casos, siempre que se reúnan los requisitos de ley para ello.

1. RECURSOS DE APELACION

La apelación proviene de la voz latina “Apellatio” que significa llamamiento, convocación o revocación. En tal sentido, Naranjo (1986) señala:

Se entiende por tal, el recurso ordinario por excelencia, por virtud del cual el juez de un grado superior conoce de la causa decidida definitivamente por uno inferior, o conoce de una interlocutoria, con la que la parte perdedora no esta conforme. Es, sin duda alguna, un derecho de la parte litigante quien se le niega su pretensión o excepción, tanto en materia de fondo como incidental de acuerdo con lo establecido en la ley.

En este sentido, Luis Loreto Citado por Bello (1999) hace regencia que la apelación “... es un recurso ordinario amplio, dirigido a reparar a la vez la injusticia de la sentencia y los vicios del procedimiento que pueden acarrear la nulidad del procedimiento” (p.105).

La apelación en el nuevo proceso laboral, en su acepción más amplia puede definirse como aquel medio de impugnación ejercido contra aquellas decisiones judiciales emanadas de tribunales de primera instancia, por la parte que se considere perjudicada por tal decisión, a fin de que un juez jerárquicamente superior revise el fallo. Es requisito no indispensable pero si necesario que la decisión respectiva agravie al litigante que lo deduce (Mirabal 2004,214).

La sala de casación social, en reiterada oportunidades, ha señalado que la finalidad del recurso de apelación es poner en conocimiento del juez superior, la inconformidad de las partes respecto a los términos que fue dicta la sentencia de primera instancia, para que la sentencia sea revisada y de ser el caso, se repare el gravamen ocasionado, lo que puede lograrse a través del análisis de uno de los señalamientos del recurrente sin que sea necesario un estudio in extenso del recurso (Sentencia N° 1253 de fecha 31-07-2008).

Los efectos que produce la interpretación del recurso de apelación se puede señalar que produce dos efectos, el efecto suspensivo y el devolutivo, es decir, que la apelación puede ser en ambos efectos o en un solo efecto, en primer caso, una vez que se interpone el recurso el juez de la causa debe remitir el expediente al juez de alzada, por lo tanto deja de conocer el asunto sometido a su consideración y se suspende la causa principal hasta tanto se decida la apelación. En el segundo caso, no se suspende la causa principal, por cuanto sólo se remite copia certificada de algunas actuaciones del expediente al juez superior.

Con referencia a lo anteriormente señalado, igualmente la sala de casación social en sentencia N° 2469 de fecha 11-12-2007 preciso que los poderes que el juez ad quem adquiere con motivo del efecto devolutivo de la apelación, depende de la manera que dicho recurso sea

interpuesto, es decir, si se hace de forma genérica o si por el contrario se precisa los puntos sometidos a juzgamiento, lo cual quedara establecido en el momento que sea propuesto en forma escrita el recurso. Si el recurso de apelación es ejercido de manera genérica el juez adquiere pleno conocimiento de la causa, en caso contrario deberá limitar su examen a los aspectos especificados en el escrito de apelación. Sin embargo en la audiencia oral de apelación, cada parte pudiera delimitar el objeto del recurso a puntos específicos quedando fuera del conocimiento de la alzada todo lo no señalado.

En este orden de ideas, es preciso mencionar las sentencias recurribles en el nuevo proceso laboral:

- a. Contra las sentencias definitivas emanadas de los tribunales de primera instancia en ambos efectos artículo 161 de la ley orgánica procesal del trabajo.
- b. Contra la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda en ambos efectos artículo 124 de la ley orgánica procesal del trabajo.
- c. Contra la negativa de admisión de una prueba, en un solo efecto artículo 76 de la ley orgánica procesal del trabajo.
- d. Contra la declaratoria del desistimiento del procedimiento por inasistencia del demandante, la apelación se oirá en ambos efectos artículo 130 de la ley orgánica procesal del trabajo.
- e. Contra la declaratoria de admisión de los hechos por inasistencia del demandado a la audiencia preliminar, se concede apelación en ambos efectos artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo.

2. OPORTUNIDAD PARA INTERPONER EL RECURSO

Según lo establecido en el artículo 131 de la ley orgánica procesal del trabajo si el demandante no compareciere a la audiencia preliminar se considerará desistido el procedimiento, terminado el proceso mediante

sentencia oral que se reducirá en un acta, la cual deberá publicarse en la misma fecha. Contra esta decisión, el demandante podrá apelar a dos (2) efectos por ante el tribunal superior del trabajo competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

Asimismo, el párrafo primero hace referencia al desistimiento del procedimiento, que solamente extingue la instancia pero el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes que transcurran noventa (90) días continuos.

Por otro lado el párrafo segundo, menciona que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibido el expediente, el tribunal superior del trabajo decidirá oral e inmediatamente la apelación, previa audiencia de parte, pudiendo ordenar la realización de una 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 comprobable y a criterio del tribunal.

Es así, que la decisión se reducirá a forma escrita y contra la misma será admisible el recurso de casación, si alcanzare la cuantía a que se refiere el artículo 171 de la presente ley, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha decisión.

En tal sentido, el párrafo tercero menciona si el recurrente no compareciere a la audiencia fijada para resolver la apelación, se considerará desistido el recurso de apelación y se condenará en las costas del recurso al apelante. Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo

día, contra la cual el demandado podrá apelar a dos efectos dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación de la litis.

De igual manera, el tribunal superior del trabajo competente decidirá oral e inmediatamente y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir del día de recibo del expediente, pudiendo confirmar la sentencia de primera instancia o revocarla, cuando considerare que existieren justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado por caso fortuito o fuerza mayor plenamente comprobables, a criterio del tribunal.

Pudiera darse el caso que el recurso de apelación pueda ser anunciado anticipadamente de manera eficaz, es decir, el mismo día que se pronuncia la sentencia, a tal situación, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido conteste en señalar que debe ser tomado como tempestiva, el ejercicio del mencionado recurso, por cuanto se evidencia con tal actitud, su intención de impugnar el fallo y además resulta cónsono con la garantía constitucional de la defensa.

De tal manera, que Mirabal (2004), considera que el principio in dubio pro defensa consagra que no debe castigarse a la parte que ha sido sobre diligente y ejerció su derecho a la defensa antes de la preclusión del lapso respectivo, en virtud de que su manifestación de apelar consta en autos, antes del vencimiento de lapso preclusivo de apelación (apelación illico modo), es decir, cuando una norma adjetiva arroje dudas y en autos conste el ejercicio del derecho de defensa realizado por la parte, la duda debe beneficiar al recurrente en aras del derecho a la defensa, en el entendido de que la apelación realizada anticipadamente debe ser eficaz, pero siempre y cuando la sentencia esté debidamente publicada, en virtud de que si no lo está la apelación simplemente sería inexistente (p.216).

En 1991, Rengel expuso que si bien el termino comienza a contarse al día siguiente de la publicación de la sentencia, se admite que pueda proponerse la apelación el mismo día, inmediatamente después del fallo (apelación inmediata), sin que pueda considerarse en este caso que hay apelación anticipada, pues ésta es la que se interpone antes de haberse pronunciado la decisión, para el caso de que el juez no resuelva favorablemente la cual evidentemente no tiene valor alguno (p.403).

En referencia, a la incomparecencia del apelante, la sala de casación social en sentencia N° 2068 de fecha 18-10-2007, ha comentado que la parte apelante tiene la carga de comparecer a la audiencia oral y pública que fije el tribunal de alzada, y su incumplimiento trae como consecuencia la declaratoria el desistimiento de la apelación, al presumirse que esta conforme con la decisión recurrida y el establecimiento de esta carga, se encuentra justificado en los principio de oralidad, intermediación y concentración que son los tres pilares fundamentales del nuevo proceso laboral.

En este sentido, sigue señalando la sala que conforme a estos principios y legalidad de los actos procesales y sin perjuicio del criterio flexibilizador del patrón de causa extraña no imputable adoptado por la sala, estas audiencias (preliminar, juicio, apelación, casación o control de legalidad) deben cumplirse con las condiciones de modo, lugar y tiempo establecida por la ley y su in observancia comporta la efectividad de la consecuencia establecida en la ley , por lo que el requisito de puntualidad en las audiencias es una obligación procesal de las partes y particularmente de los abogados que las representa, en virtud de ser fundamental para la consecución de los fines para las cuales están concebidas.

Sin embargo, también ha sido criterio de la sala, que cuando por razones de fuerza mayor o de hecho fortuito la parte no puede comparecer a la audiencia preliminar, los jueces tienen que humanizar el proceso y buscar la verdad. En virtud de ello, dado el diferente tratamiento en la jurisprudencia, el problema de la causa justificada suficiente para enervar los efectos fatales de la incomparecencia a la audiencia preliminar, y en atención a que no está expresamente previsto un lapso probatorio ante el superior de la apelación, la sala declaró lo siguiente:

“...los elementos o instrumentos que constituya o contribuyan a la demostración de esa causa justificada, deberán ser consignados o anunciados en la diligencia o escrito de apelación y consignados o ratificados en la audiencia ante el superior, quien de considerarlo necesario podrá ordenar la evacuación de la diligencia conducente a la prueba correspondiente”

Por ello, que el recurso de apelación en estos casos, persigue un objeto bien definido y según el artículo 130 de la ley orgánica procesal del trabajo, el juez de la apelación solo puede revisar en estos casos los motivos de la inasistencia, es decir, si obedecen a un caso fortuito o fuerza mayor.

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 sí 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 un 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, esta 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 el 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 ese orden de idea, la ley orgánica procesal del trabajo faculta al juez superior del trabajo, según las circunstancias a revocar aquellos fallos constitutivos de la presunción de admisión de los hechos o cuando ha sido declarado el desistimiento del procedimiento, por la incomparecencia de la parte demandada o la demandante 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 demandado o demandante.

Es así, como tales causas extrañas no imputables que configuran el incumplimiento involuntario del obligado las adminicula el legislador en correspondencia con la norma transcrita en el caso fortuito y la fuerza mayor y ante tal categorización, la sala social ha aclarado las condiciones necesarias para su procedencias y consecuentes efecto liberatorio, por tal

motivo toda causa obstáculos o circunstancias no imputables que limite o impida el cumplimiento de la obligación, debe necesariamente probarse. Tal condición limitativa o impeditiva debe resultar de orden práctico.

Al no existir señalamiento alguno de la oportunidad para la promoción de las pruebas que demuestren la imposibilidad de haber asistido a la audiencia preliminar por una causa extraña no imputable, estos medios de pruebas deben ofrecerse antes de la audiencia, con el fin de que el tribunal que decidirá sobre la apelación pueda pronunciarse sobre su admisibilidad. 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, todos 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.

Con el pronunciamiento de la sentencia concluirá el procedimiento de segunda instancia, es decir de apelación, del cual resulta conveniente precisar algunas nociones al respecto:

En primer lugar: cuando la incomparecencia del demandado, se dá al inicio de la audiencia preliminar, se sancionará la confesión iuris et de iurois, es decir, que no admite prueba en contrario, al finalizar la audiencia preliminar, quedando admitido todos los hechos. En tal razón al demandado en estos casos sólo le queda apelar de esta decisión, la cual será decidida por el juez superior, tal como se señaló en la sentencia citada de la sala social de fecha 17 de febrero del año 2004, preciso el alcance jurídico de la contumacia o incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar. Si esta incomparecencia resultara improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir verificando, obviamente, que la acción no sea ilegal o que la pretensión no sea contraria a derecho.

En segundo lugar: si la incomparecencia del demandado es a la prolongación de la audiencia preliminar, la sala social flexibilizo el criterio que se venia 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 de apertura de la misma, no se puede obviar el hecho que el demandado ha promovidos 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.

Ante la situación planteada, el juez 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 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 el demandado no haya probado nada que le favorezca.

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 a decidir la causa, teniendo en consideración los requisitos impretermitible para que pueda declarar la confesión ficta.

Si por el contrario, el demandado logró demostrar que la causa de la incomparecencia a la audiencia preliminar sea a la primera o a las prolongaciones, se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, deberá reponer la causa al estado que se celebre la audiencia preliminar o se continúe con sus prolongaciones a los fines de la conciliación y mediación.

Precisado como quedo el punto anterior, es necesario revisar finalmente en esta investigación lo correspondiente al recurso extraordinario de casación, por cuanto las sentencias dictadas por el superior en la cual se ponga fin al proceso, referentes al desistimiento o a la admisión de los hechos, son revisables en casación, siempre que se reúnan los requisitos que se verán seguidamente para tener derecho a ello. Por ello se revisará de manera somera este procedimiento de casación, a los efectos de responder al objetivo previsto para este capítulo, en lo referentes a estos recursos, que son consecuencia de la audiencia preliminar.

3. EL RECURSO DE CASACION EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

Al respecto, la doctrina ha señalado varios conceptos de este recurso y en tal sentido Bruzual (2003), define la casación como un recurso extraordinario que tiene su fuente directa, con algunos cambios y adaptaciones al juicio oral, en los principios y conceptos del código de procedimiento civil de 1987. Se hace menos formalista y se elimina el reenvió. Se mantiene la casación de instancia y no hay término de distancia para la formalización del recurso. Lo conoce y decide la sala de casación del tribunal supremo de justicia (p.148).

De igual manera, Pérez (2003, 193), sostiene que la casación laboral venezolana, es un recurso ordinario, respecto a la cosa juzgada, pues se interpone contra decisiones que no han ganado firmeza y precisamente con la finalidad de evitarla, no es un recurso contra decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, como la invalidación o la revisión. También es extraordinario, respecto a la motivación que tanto solo puede

establecerse por los motivos que el legislador autoriza y no por cualquier otra razón. Y finalmente es de doble efecto suspensivo y devolutivo.

Dentro de esas particularidades especiales de este recurso está, que las doctrinas de casación es obligatoria para los jueces de instancia en la solución de los casos análogos para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia artículo 177 de la ley orgánica procesal del trabajo.

En cambio, el artículo 321 del código de procedimiento civil establece que los jueces de instancias procurarán acoger la doctrina de casación. Para las sentencias sin casación, pero que violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la retirada doctrina jurisprudencial de la sala de casación, se concede el recurso de control de la legalidad.

Asimismo, es necesario señalar que el recurso de casación es limitado en cuanto a las decisiones recurribles en casación y a tal efecto opera:

1. Contra las sentencias de segunda instancias que pongan fin al proceso cuyo interés principal exceda de 3.000 unidades tributarias, quedando comprendida en el las interlocutoria que hubieran producido un gravamen no producidas por ellas.
2. Contra los laudos arbitrales, cuando el interés principal exceda de 3.000 unidades tributarias.

4. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

- 1. Público:** Por las finalidades del recurso, que ya explicamos ampliamente, podemos afirmar su carácter público y constitucional, porque persigue mantener la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Ahora la nueva ley orgánica procesal del trabajo no habla de que los jueces procurarán como lo hace el código de procedimiento civil, sino que expresa los jueces de instancia

deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de jurisprudencia.

2. Extraordinario: El código de procedimiento civil de 1987 consagró el recurso de casación en un título separado (VIII) de los demás recursos (Título VII del libro segundo). Este recurso es extraordinario en el sentido que no procede mientras no se hubieren agotado los recursos ordinarios que da la ley o cuando la sentencia de instancia no tiene apelación. En Venezuela no existe la llamada casación per solum. La ley orgánica procesal del trabajo mantiene esos principios.

3. Carácter limitativo: El recurso de casación sólo procede por los motivos señalados en la ley orgánica procesal del trabajo, en tal sentido, tiene el carácter limitado el recurso en cuanto a que casación no puede pronunciarse, salvo el caso de casación de oficio, sino sobre las denuncias alegadas por el recurrente en su escrito de formalización. La casación de oficio no existía en el código de procedimiento civil de 1916, en el proceso laboral fue tomada del código de procedimiento civil de 1987, en su último aparte del artículo 175 de la ley orgánica procesal del trabajo el cual establece: “ Podrá también el tribunal supremo de justicia de oficio hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se le haya denunciado.

5. ANUNCIO DEL RECURSO DE CASACIÓN

Es la manifestación, expresa y por escrito de ejercer el recurso, el cual se hará ante el tribunal superior del trabajo que dictó la sentencia contra la cual se recurre, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir del vencimiento del término que se da para la publicación de la sentencia artículo 169 la ley orgánica procesal del trabajo. No prevé la ley orgánica procesal del trabajo que ante la imposibilidad material de hacerlo

en el tribunal que dictó la sentencia, como lo contempla el artículo 314 en su primer aparte del código de procedimiento civil, podrá anunciarse ante otro tribunal o ante un registrador o notario de la circunscripción para que éste la pase de inmediato al tribunal que debe admitirlo o negarlo.

Ese anuncio consiste en expresar la inconformidad con el fallo que puede ser recurrible de manera pura, simple y sucinta, se decir, solo expresar la voluntad de impugnar el fallo dentro de un lapso breve, bien dentro de los cinco días siguientes o el mismo día de pronunciamiento del fallo, si aquel fuere pronunciado en audiencia.

Una vez anunciado el recurso, se prosigue con el pronunciamiento del tribunal acerca de su admisión o rechazo. Puede en consecuencia no admitirlo en caso de extemporaneidad, falta legitimación del recurrente o improcedencia de la casación, por razones de cuantía o de la naturaleza de la decisión impugnada.

En este caso de negativa de admisión, el legislador confiere al recurrente fallido, el recurso de hecho, ante el órgano de casación, cuya única finalidad es lograr revisar la admisión o no del recurso de casación. El cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a la publicación que niega el recurso, por ante la Sala de Casación Social. De resultar declarado con lugar el recurso de hecho, el recurrente deberá presentar su escrito de formalización ante el órgano de casación. De resultar declarado sin lugar, quedará confirmada la sentencia de segunda instancia y se remitirá el expediente, al juez que deba conocer de la ejecución, con participación mediante oficio al tribunal donde provino el expediente.

6. FORMALIZACIÓN DEL RECURSO

Si resulta admitido el recurso de casación por el tribunal a quo, o declarado con lugar el de hecho, comenzará a correr desde el día siguiente al vencimiento de los cinco días hábiles para el anuncio, o el día hábil siguiente al de la declaratoria con lugar del recurso de hecho, un lapso de veinte (20) días consecutivos dentro del cual las partes recurrentes deberán consignar el escrito de formalización directamente ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, Bruzual (2003, 153), señala que la formalización del recurso de casación es una carga procesal que tiene que cumplir el recurrente y consiste en una manifestación escrita para fundamentar los motivos o causas del recurso. Cumpliendo además con los requisitos señalados en la ley. Que en este proceso laboral, se simplifica y se hace menos exigente, la fundamentación y los requisitos que debe cumplirse en el escrito, basado en los principios y garantías constitucionales previstas en el artículo 257.

Si la formalización no se hace en el lapso señalado, o cuando el escrito no cumpla con los requisitos, se declara pericido el recurso, sin entrar a decidir.

Vencido los veinte días de la formalización, por parte del recurrente legitimado, la contraparte podrá dentro de los veinte días consecutivos siguientes, consignar por escrito, los argumentos que ha su juicio contradigan los alegatos del formalizante, sin que esté obligado como lo exige el código de procedimiento civil, artículo 318, de citar en el escrito las normas que deben aplicarse para resolver la controversia, con expresión de las razones que demuestran dicha aplicación.

Asimismo, en esta ley, se elimina la replica y la contra replica, y no se exige para el nuevo proceso laboral, los requisitos previstos en el artículo 324 del código citado, para que los abogados puedan ejercer el recurso de casación.

7. LA AUDIENCIA PÚBLICA

Transcurrido el lapso de veinte días que se da para consignar por escrito, los argumentos que ha su juicio contradigan los alegatos del formalizante, la sala de casación social, dictará un auto fijando el día y la hora para la realización de la audiencia, en donde las partes deberán formular sus alegatos y defensas oralmente, de manera pública y contradictoria, según el artículo 173 de la ley adjetiva laboral.

En la mencionada audiencia, podrá promoverse pruebas únicamente cuando el recurso, se funde en un defecto de procedimiento, sobre las forma de cómo se realizó algún acto, en contraposición a los 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. En tal sentido, lo que se busca es que las partes expongan sus razones, alegatos y defensas, la audiencia, como en primera y segunda instancia podrá prolongarse en el mismo día, una vez vencida las horas de despacho hasta que se agote el debate y si no fue suficiente la misma, se continuará al día siguiente y así sucesivamente cuantas veces sea necesario.

Asimismo, se ha establecido que si el recurrente, no asiste a esa audiencia, se declarará desistido el recurso de casación y el expediente será remitido al tribunal correspondiente.

8. LA SENTENCIA

Una vez concluido el debate oral, el tribunal deberá dictar la sentencia en forma oral e inmediata. Sin embargo, la disposición que la regula, no lo dice, pero como en primera y segunda instancia, los jueces deberán retirarse por un momento de la sala de audiencia, para deliberar y sentenciar.

En tal sentido, ese fallo que se dicte, deberá reproducirse y publicarse dentro de los cinco días siguientes a la sentencia. Sin embargo, en caso excepcionales y dependiendo de la complejidad del asunto, pudiera diferir por una sola vez, la oportunidad para dictar sentencia, por un lapso no mayor de cinco días hábiles después de concluido el debate oral, pero fijándose el día, a los fines de la comparecencia de las partes al acto.

De igual manera, la sentencia que se pronuncie debe referirse a las infracciones denunciadas, no se establece ningún orden para los motivos de forma o de fondo. Siendo casación de instancia y sin reenvió, por ello se obliga a la sala a pronunciarse sobre el fondo de la controversia y apreciación de los hechos que hayan efectuado los tribunales de instancia y se convierte en una tercera instancia.

Además de lo señalado, la ley procesal expresa que si al decidir el recurso el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, hubiese detectado alguna infracción referida a que en proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho a la defensa, en tales casos se decretará la nulidad del fallo y la reposición de la causa, al estado que considere necesario para establecer el orden jurídico infringido, siempre que dicha reposición sea útil.

De igual manera, esta sentencia de casación, implica también la potestad de revisar el establecimiento de los hechos y apreciación de los hechos efectuados por los tribunales de instancia, debiendo esta sentencia de casación decidir el fondo de la controversia, casando o anulando el fallo, sin posibilidad de reenvío. Siendo confirmatoria la sentencia (Bruzual, 2003,156).

Igual señalamiento le hace la ley, en el sentido que podrá el Tribunal Supremo de Justicia, de oficio hacer pronunciamientos expresos, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontraré, aunque no se le haya denunciado.

Por último, también se ordena que en la sentencia del recurso se haga pronunciamiento sobre las costas, la cual será obligatoria su condenatoria en caso de desistimiento o cuando se le deje perecer.

Finalmente este procedimiento concluye cuando la sala de casación social remite el expediente al tribunal de sustanciación mediación y ejecución si fuere el caso, a los fines legales subsiguientes y enviará copia certificada del fallo al tribunal superior del trabajo.

De la revisión hecha brevemente del recurso de casación, debe concluirse que se esta también ante la presencia de un recurso novedoso y que señala menos trabas y exigencia que el recurso de casación conocido por todos, queriéndose señalar con estos que este recurso de casación laboral resulta aplicable como se señaló al inicio contra todas las sentencias de segunda instancia que pongan fin al proceso, de aquí que se ve la utilidad de tocarlo en la presente investigación, por cuanto el mecanismo de impugnación puede ser invocado por las partes contra las sentencias de segunda instancia que decidan la apelación ejercida en caso de incomparecencia del actor o del demandado a la audiencia

preliminar, en la que resulte o bien declarado desistido el recurso porque las parte apelante no asistió a la única audiencia de apelación o porque asistiendo no logró desvirtuar o demostrar que su inasistencia se debió a un caso fortuito o fuera mayor, que es el único objeto que va a revisar el superior en estos casos.

De tal manera que esa decisión pondrá fin al proceso, sea que se declare el desistimiento del actor o que se declare la admisión de los hechos al demandado, lo que puede traer como consecuencia que la parte no conforme con la decisión tengan derecho a ejercer el recurso de casación si su cuantía es superior a 3.000 unidades tributarias como exige la norma adjetiva.

De ser así, sólo restaría agregar a lo señalado que este procedimiento de casación cumple también con los objetivos planteados en este nuevo proceso laboral de ser, expedito, rápido, flexible a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva vista desde la nueva visión que impera en este sistema de garantizar una verdadera justicia social y así ese perspectiva va encaminada esa labor que ha venido realizando la sala social, que es a quien le compete la decisión del mencionado recurso, que como ya se señaló de casar sin reenvío, lo que resulta de gran significación para este proceso laboral.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La investigación realizada fue enfocada en el análisis de la audiencia preliminar, justificando su estudio en los actuales momentos por la importancia que representa los aspectos procedimentales de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por cuanto ahora se plantea un nuevo reto a la justicia laboral venezolana a través de este procedimiento que pretende dar soluciones rápidas y efectivas a los conflictos en esta materia, adecuados a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. En virtud de ofrecer alternativas para lograr la conciliación y mediación efectiva del juez y concluir con éxito la controversia, por medio de la audiencia preliminar, la cual justamente fue escogida para su análisis debido a que el éxito de este proceso se centra principalmente en esta audiencia.

Por ello, a los efectos de lograr los objetivos que fueron planteados en la investigación, se trató de realizar una revisión documental, utilizando los criterios legales, doctrinarios y jurisprudenciales, los cuales dan respuesta a dichos objetivos y en tal sentido puede precisar que para lograr una plena comprensión del análisis de la audiencia preliminar, abordar la misma desde sus antecedentes, hasta los mecanismos de impugnación que tienen las partes para objetar la decisión que puede dictar el juez de la audiencia preliminar al sancionar la incomparecencia de las partes con un desistimiento del procedimiento o la confesión del demandado. De lo que pudiera extraerse el aspecto más importante los cuales responden y resuelven las interrogantes planteadas en cada objetivo de la investigación, que en continuación se mencionan:

En primer lugar, fue necesario iniciar con los antecedentes que dieron origen a la misma, como lo fue el hecho de que la nueva ley procesal laboral, responde a esa necesidad inspirada en la constitución actual, y su punto de inicio fue esa disposición cuarta de la constitución que exigía una nueva ley adjetiva laboral diseñada bajo un nuevo sistema y bajo nuevos principios rectores, como lo son la oralidad e inmediación, y dentro de esa concepción se consagra dos audiencias estelares en este procedimiento, como lo es la audiencia preliminar y la de juicio. Siendo concebida la primera con la idea de reunir al juez de sustanciación y las partes con sus apoderados o abogados que las asistan, en privado en un satisfactorio con la mayor disposición de los integrantes de la misma, en proponer fórmulas de arreglo que permiten alcanzar esa finalidad primordial que tiene la audiencia preliminar, que es lograr la conciliación y mediación entre las partes en conflicto a fin de poner fin a la controversia.

En segundo lugar, resulta necesario precisar también, que dentro de los tópicos fundamentales de la audiencia preliminar, que fue objeto de estudio, está que la misma inicia a través de una demanda, y seguida a ella se encuentra su admisión y prosigue con la notificación de la parte demandada en este proceso, a los efectos de garantizarle su derecho a la defensa, tal notificación es una innovación por cuanto la misma, debe realizarse de manera rápida y efectiva sin mayores trámites, para garantizar con ello la celeridad del procedimiento, sin embargo, la misma debe ofrecer las garantías debidas para no violar el debido proceso y no producir un mayor perjuicio cuando esta se haga indebidamente y ocasione una reposición de la causa.

Por ello se tocaron diferentes situaciones analizadas por la jurisprudencia en cuanto a la notificación, precisando que el lugar de las notificación de personas naturales, el juez debe extremar sus deberes,

pues en virtud del principio de rectoría del proceso , este debe garantizar que tal acto se haga en el lugar donde se desarrolla la actividad económica, velando porque la parte demandada sea debidamente llamada al proceso y puede ejercer su defensa.

En tercer lugar puede precisarse que dentro del desarrollo de la audiencia preliminar debe es preponderante la labor del juez, en logar la conciliación, proponiendo fórmulas de arreglo efectivas y proponiendo los medios alternativos de solución de conflictos como la conciliación, mediación y arbitraje, por ello debe destacarse la necesidad de jueces idóneos y que reúnan las cualidades de mediadores, para que esto facilite objetivo prioritario que es poner fin al litigio planteado bajo estos medios, de lo contrario deberá proceder al despacho saneador y depurar el proceso antes de remitir el expediente a juicio.

En cuarto lugar, en lo referente a la incomparecencia de las partes a la audiencia, debe acotarse que este procedimiento plantea una sanción rígida en materia de inasistencia a la audiencia, aunque la misma resulta ajustada a los principios que imperan en este proceso. Sin embargo, tal rigidez, tuvo que ser flexibilizada por la sala social y permitir ciertas excepciones y en este sentido se abre el margen de poder demostrar que por un caso fortuito o fuerza mayor se dejo de comparecer a la audiencia. Pero de no demostrarse tales hechos, la sanción es drástica, e implica entonces que los efectos serán el desistimiento para el demandante y la confesión para el demandado.

En quinto lugar, derivado del efecto de incomparecencia, puede citarse también los mecanismo de defensa que tienen las partes para impugnar la sentencia del juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, basada en

el desistimiento o la confesión, según sea el afectado el demandante o el demandado, por medio del recurso de apelación, el cual será conocido por el Juez Superior, bajo un procedimiento breve y sencillo, que inicia con el recibido del expediente, seguido deberá fijar oportunidad para celebrar la audiencia de apelación y finalizada la misma sentenciará. Sentencia que esta limitada en función de si se logro demostrar la causa justificada o el caso fortuito como único medio de revisión de este recurso de apelación y ordenará en consecuencia que se fije nueva oportunidad y se realice la audiencia preliminar, si fue probada dicha incomparecencia. De lo contrario, confirmará la decisión del juez de sustanciación en cuanto a la extinción del proceso a consecuencia de tal incomparecencia, bien sea el desistimiento del procedimiento o la confesión en virtud admisión de los hechos. Y tal decisión también puede ser objetada por la parte afectada mediante el recurso extraordinario de casación, si la misma cumple con los requisitos especiales para la misma.

De todas estas precisiones, no queda más que acotar que en la audiencia preliminar descansa el éxito o el fracaso de este proceso laboral, en el sentido de poder alcanzar la metas propuestas por el legislador y el poder judicial en concreto, quien debe revisar continuamente la labor de los jueces de esta audiencia preliminar, quienes tienen la gran responsabilidad del cambio de paradigma tanto en los trabajadores, patronos y abogados quienes deben orientarse en función de esta nueva concepción y perfeccionando cada día este nuevo sistema.

Por ello, las recomendaciones pueden estar orientadas a seguir en la investigación de este tema, por cuanto pareciera ser sencillo hablar de la audiencia preliminar, sin embargo, en la misma puede presentar una cantidad de tópicos y situaciones que necesitan una mayor desarrollo doctrinario y criterio unificados. Por ello, se recomienda continuar en el

estudio y análisis de la audiencia preliminar, que no será por tanto un tema satisfecho en plenitud por la doctrina.

También resulta claro reconocer la labor eficiente que ha tenido la sala social, al ejercer su labor orientadora y llenar esos vacíos que ha dejado la ley y establecer en consecuencia en sus atinados fallos, la respuesta a muchas interrogante que fueron citadas en la investigación. Por ello, esa labor debe continuar y ser cada vez más acertada y ajustada a la realidad imperante, en búsqueda de esa nueva justicia social, en la que el derecho del trabajo y las consecuencia que de ello derivan inciden en la paz y seguridad jurídica como social que merece Venezuela.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Bruzual, G. (2003). ***El juicio oral en la justicia laboral venezolana***. Caracas: Cec,SA.
- Carballo, C (2004). ***La Audiencia preliminar en la ley orgánica procesal del trabajo, en Derecho Procesal del Trabajo***. Caracas: Pitágoras.
- Constitución de la República de Venezuela de 1947 ***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
- Código de Procedimiento Civil de 1987.
- Duque, R. (2004). ***Apuntaciones Sobre el Procedimiento Oral Contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo***. (Vol. I).
- 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. (2004). ***Nuevo proceso laboral venezolano*** (3^a. Ed). Caracas: CEJUZ.
- Hernández, O. (2003). ***Comentarios a la ley orgánica del trabajo y su reglamento***. Tomo I. (3^{era} ed.). Barquisimeto – Venezuela: Horizonte.
- 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.

Luna, B. et al. (2005). **La audiencia preliminar**. Memoria del I Convención nacional de jueces del trabajo. (pp. 133). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección eventos N° 17.

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.

Perdomo, J. (2007). **Doctrina de la Sala de Casación Social**. Colección doctrina judicial N° 20. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Pérez, E. (2003). **Comentarios a la ley orgánica procesal del trabajo**. Caracas. Vadell Hermanos.

Pierre, O. (2006). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (Tomo N° 20).

----- (2005). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (Tomo N° 24).

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.

Sainz, C. (1996). **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.

Torres, I. (1978). **El procedimiento del trabajo**. Barquisimeto. Jurídica Rincón.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala 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 mayo de 2009].

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Sentencia N° 1300, del 15 de octubre de 2000. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 21 de febrero de 2009].

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 963 de fecha 05 de junio de 2001, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones](http://www.tsj.go.ve/Decisiones) [Consultada el 03 de mayo 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Civil, Sentencia N° 89 de 08 de febrero de 2002, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/>[Consultada 27 de marzo de 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 25 de fecha 26 de enero de 2009, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones](http://www.tsj.go.ve/Decisiones) [Consultada el 01 de junio 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Social, Sentencia N° 80 de fecha 25 de marzo de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones](http://www.tsj.go.ve/Decisiones) [Consultada el 03 de mayo 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1744 de 23 de agosto de 2004, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones](http://www.tsj.go.ve/Decisiones)[Consultada 27 de enero de 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social, Sentencia N° 115, del 15 de octubre de 2004. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones.> [Consultado 15 de julio de 2008].
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social, Sentencia N° 0248, del 12 de abril de 2005. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones.> [Consultado 15 de marzo de 2009].
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social, Sentencia N° 0421, del 10 de mayo de 2005. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones.> [Consultado 23 de febrero de 2009].
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Social, Sentencia N° 174 de fecha 22 de junio de 2005, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones/](http://www.tsj.go.ve/Decisiones/) [Consultada el 03 de mayo 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Social, Sentencia N° 1257 de 06 de octubre de 2005, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones/>[Consultada 27 de enero de 2009]
- 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/> [Consultada el 01 de abril 2009]
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Social, Sentencia N° 1371 de fecha 14 de octubre de 2005, Caracas, Venezuela. Disponible en

línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones](http://www.tsj.go.ve/Decisiones) [Consultada el 03 de mayo 2009]

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Social, Sentencia N° 811 de 08 de julio de 2005, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. <http://www.tsj.go.ve/Decisiones>[Consultada 27 de marzo de 2009]

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Sentencia N° 502, del 20 de marzo de 2007. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 15 de febrero de 2009].

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Social, Sentencia N° 2068, del 18 de octubre de 2007. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 15 de marzo de 2009].

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Sentencia N° 2469, del 11 de diciembre de 2007. Caracas- Venezuela. Disponible en línea: <http://www.tsj.gov.ve.Decisiones>. [Consultado 15 de mayo de 2009].

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Casación Social, Sentencia N° 1253 de fecha 31 de julio de 2008, Caracas, Venezuela. Disponible en línea. [http:// www.tsj.go.ve/Decisiones/](http://www.tsj.go.ve/Decisiones/) [Consultada el 03 de mayo 2009]

Varela, A. et al. (2005). **La conciliación y la mediación**. Memoria del I Convención nacional de jueces del trabajo. (pp. 587). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección eventos N° 17.

Villasmil, F. (2006) **Nuevo procedimiento laboral venezolano**. Venezuela