

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

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

Autora: Marla V. Martínez P.
Asesor: José Gregorio Macías Cham

Barquisimeto, Junio de 2010

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

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

**Trabajo Especial de Grado para optar al Grado
de Especialista en Derecho Procesal**

**Autora: Marla V. Martínez P.
Asesor: José Gregorio Macías Cham**

Barquisimeto, Junio de 2010

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la Ciudadana Abogado Marla V. Martínez P., para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: La Contumacia Intencional en 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 Caracas, a los 09 días del mes de Junio de 2010.

Abog. José Gregorio Macías Cham
C.I. 9.612.807

ÍNDICE GENERAL

	pp.
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
 CAPÍTULO	
I. LA CONTUMACA EN EL DERECHO PROCESAL VENEZOLANO	15
Definición	15
Purga de la Contumacia	32
Riesgos del Contumaz	36
Tutela del Contumaz	38
La Confesión Ficta	39
II. LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO	44
La Audiencia Preliminar	44
Finalidad	50
Garantía de los Resultados del Juicio	53
Duración de la Audiencia Preliminar	54
III. LA CONTUMACIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL DERECHO COMPARADO	57
La Mediación Laboral en Chile	57
La Mediación Laboral en Córdoba, Argentina	58
La Mediación Laboral en Colombia	66

pp.

IV. EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES DE LA CONTUMACIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO	73
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	88
Conclusiones	88
REFERENCIAS	96

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

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

Autora: Marla V. Martínez P.

Asesor: José Gregorio Macías Cham

Fecha: Junio, 2010

RESUMEN

Al entrar en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el proceso laboral cambió de escrito a oral, por ello en caso de existir un conflicto es en la audiencia preliminar donde el Juez busca mediante su mediación la mejor vía para resolver la diferencia entre las partes, siendo su asistencia obligatoria, por ello el propósito del estudio fue analizar la contumacia intencional en la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, partiendo de los postulados del Derecho Procesal, analizando la audiencia preliminar en la LOPT, conociendo el Derecho Comparado en esta materia y buscando establecer los efectos jurídicos-procesales de la contumacia. El estudio está dentro de la corriente jurídico-formalista apoyado en una investigación documental. Las fuentes legales que sustentan el contenido son la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Se concluye que al no asistir el demandado a la audiencia preliminar se da por confeso presumiendo la admisión de los hechos (confesión ficta), pero hay que destacar que tanto las presunciones iuris tantum como las iuris et de jure presentan dos hechos, uno el hecho base de la presunción y el otro el hecho presumido, lo que para ambos casos debe ser probado o admitido el hecho. Pero la diferencia se presenta porque la presunción iuris tantum puede ser desvirtuada por quien la opera y la parte favorecida es eximida de probar el hecho presumido, mientras que en la presunción iuris et de jure el hecho presumido no puede ser desvirtuado. Por tanto hay que lograr el conocimiento de las partes en lo referente a la confesión ficta en la audiencia preliminar y adecuar la audiencia preliminar, ya que su fin primordial es mediar, y de no poder realizarlo, dar una nueva oportunidad, es allí donde aparece la contumacia intencional.

Descriptores: Contumacia Intencional, Audiencia Preliminar, Proceso Laboral venezolano.

INTRODUCCIÓN

Toda sociedad construye sus diferentes sistemas jurídicos, políticos, económicos, entre otros; para buscar vivir en armonía y poder desarrollar cada uno de sus miembros, para que éstos puedan hacer respetar sus derechos y los de otras personas. Es por ello que, el ser humano ha creado diversas reglas de convivencia que permiten dar forma a la misma, basta dar una mirada a todos los instrumentos jurídicos internacionales que postulan normas para la protección y dirección de todos.

El Derecho ha buscado siempre estar a la par de esta realidad, y es por eso que en todo momento ha pretendido lograr el respeto de todos y cada uno de los individuos, así como el cumplimiento de sus deberes. Es así, que los principios que rigen el proceso laboral son el por qué de la sociedad, el para qué del Derecho y el cómo, toma cuerpo en la elaboración de las leyes de cada Estado.

Desde esta perspectiva social, el Derecho no se aisló, sino que ha avanzado al proponer doctrinas como la socialización del Derecho y el Derecho Social. Al respecto González (2004, 38), explica que ambas corrientes se acercan más hacia la consideración humana de las partes en los conflictos judiciales.

Por su parte Ripert (1955, 58), propone que la socialización del Derecho es una guía hacia una sola finalidad, es decir, la renovación integral de todas las ramas del Derecho. Por el contrario Radbruch (1930, 32), se inclina a defender la tesis del Derecho Social, al considerar que éste constituye el conjunto de normas jurídicas nacidas precisamente con el objeto de proteger y organizar los grupos más débiles de la sociedad.

Sin embargo, más allá de estas consideraciones doctrinarias, el Derecho Social debe tener como objetivo principal el construir una rama jurídica especialísima, que parta de un tronco común del Derecho Civil, para crear legislaciones que converjan a equilibrar las desigualdades del poder contractual y/o social, esto para asegurar la asistencia jurídica y compensar el desequilibrio procesal de los sectores afectados, y la aplicación de un Derecho eminentemente formalista que colinde con los principios básicos de la justicia social, en donde está también inmerso el Derecho Laboral.

En este orden de ideas, el proceso laboral puede ser considerado como un instrumento necesario para satisfacer las necesidades humanas, adecuándose a las necesidades a las cuales sirve. Stafforini (1995, 125), opina que el derecho procesal laboral resulta ser una disciplina autónoma, caracterizada por la naturaleza de sus instituciones, por los principios en que se funda y por la naturaleza de sus propósitos y fines, fundamentando su autonomía en la diferencia que media entre los conflictos

sociales y los de Derecho común, y como lógica consecuencia, entre las normas que rigen la controversia y conflictos que dan lugar a unos y otros.

Asimismo Obando (2001, 69), considera que la misma especialidad, el contenido material y las características que distinguen el proceso laboral de las demás ramas del Derecho, con sus principios, jurisdicción especializada y sujetos calificados que intervienen en el proceso, hacen del Derecho procesal laboral una disciplina científica autónoma.

Es por eso, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), consagra en su artículo 26:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Partiendo de la norma antes citada, el ámbito jurídico venezolano, específicamente el laboral, ha dado un giro completo al hacer su aparición la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002), instrumento que vino a proponer

cambios en la manera de administrar justicia en este campo del Derecho. Esto se explica en la Exposición de Motivos de esta Ley, al exponer claramente que:

... la justicia del trabajo en Venezuela, se ha deshumanizado por completo convirtiendo la administración de justicia laboral, en una enorme y pesada estructura burocrática que en vez de contribuir a mantener la armonía social y el bien común, se ha convertido en un instrumento de conflictividad.

Por ello, esta Ley laboral viene a dar respuesta a esta situación, en donde se utiliza el proceso como instrumento fundamental para lograr la justicia y la equidad, tal como lo expresa la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 257:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficiencia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades esenciales.

De igual forma, atendiendo a la disposición 4° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), donde se propone la aprobación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se dejó establecido que ésta se regiría por los principios de “gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del Juez o Jueza en el proceso”.

Asimismo, una de las innovaciones más trascendentes de la LOPT (2002), es que se creó una jurisdicción especializada en materia laboral, y a la vez se ciñó a la doctrina más contemporánea al delinear los principios fundamentales del actual proceso laboral venezolano, cuando directamente señala en su artículo 2º, que el Juez laboral tiene como obligación ineludible orientar su actuación en los “principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad”.

Lo anterior, aunado a las garantías del debido proceso plasmadas en el artículo 49 de la Constitución, como el derecho a la defensa, presunción de la inocencia, derecho a ser oído, a ser juzgados por jueces naturales, a no declarar en forma coercitiva, principio de la legalidad y al resarcimiento por parte del Estado por daños causados por faltas judiciales; deben garantizar a todas las personas, la solución justa de sus conflictos o controversias.

Sin embargo, según González (2004, 77), algo novedoso en el proceso laboral vigente, es que la libertad que en forma indiscutible otorga el principio dispositivo a las partes procesales, no puede ser ilimitada y a la vez irregulable, porque la técnica jurídica que tiene naturaleza pública limita esa autonomía de voluntad procesal y la somete, para su validez, a ciertas reglas preestablecidas para la materialización de los actos procesales que impulsan el proceso hacia su finalización natural.

Un aspecto que llama la atención en la nueva Ley, es la reglamentación efectuada en este Título IV en cuanto a la falta de lealtad y probidad en el proceso (artículo 48), razón por la cual el Juez tiene la obligación de tomar las medidas que considere convenientes para prevenir o sancionar las faltas de las partes.

En este sentido La Roche (2003, 56), considera que la solidez de la posición jurídica procesal laboral de los contendores en procura de una decisión sobre el mérito de la pretensión, va a depender en alto grado del disfrute del debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución vigente; ya que juicios llenos de dilaciones injustificadas y formalismos inútiles, atentan contra el derecho de acceso a la justicia de los trabajadores, su derecho a la defensa y contra el derecho a la tutela efectiva por parte de la jurisdicción; ya que si los litigantes no sucumben a transacciones desventajosas o resignados desistimientos, los propios retardos o inconvenientes le causarán más daño o le restringirán sus oportunidades, que el daño producido por desconocimiento del derecho sustantivo reclamado.

De igual forma, la tutela de los derechos constitucionales, en el proceso, debe consistir fundamentalmente, y en principio, completamente, en facilitar los medios para obtener una decisión que se ajuste a lo alegado y probado en autos, y que en su transcurso se respeten los derechos correspondientes a cada una de las partes; es decir, proveer el acceso sin requisitos de inadmisibilidad desnaturalizantes del

derecho de acción, promover la conciliación de los contendientes, asegurar el control a las partes de los medios de prueba, evitar dilaciones injustificadas, entre otros.

De allí, que el proceso debe permitir el acceso y fijar una ruta segura que le permita a los litigantes y al Juez, llevar a cabo todas aquellas condiciones para discernir sin que existan presiones desmedidas, tomando en cuenta lo que más les convenga, y que no sea sólo la apremiante necesidad de recursos la que los lleve a componer una *litis* en posición de clara desventaja.

En este sentido, la oralidad en la LOPT es entendida como un instituto procesal fundamental, por medio del cual el proceso judicial del trabajo se convierte en un instrumento que permite la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento de su fin social. Este sistema desarrolla el principio de oralidad a través de la audiencia, a su vez subdivida en audiencia preliminar y audiencia de juicio, en donde participan el demandante y el demandado como sujetos procesales.

En este aspecto la Exposición de Motivos de la LOPT (2002), expresa:

La audiencia preliminar es uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio del trabajo. Su realización y conducción se materializa en la fase de sustanciación del proceso, estando a cargo del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

La audiencia preliminar, es presidida por el Juez y a ella deben comparecer las partes de manera obligatoria, bien sea personalmente o

mediante apoderados en el día y hora que determine el Tribunal, previa notificación del demandado.

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 ... tales como el arbitraje, la mediación y conciliación; con el fin de evitar el litigio o limitar su objeto.

La inasistencia del demandante a la audiencia preliminar, trae en su contra el desistimiento de la Instancia, sin que ello signifique la renuncia o extinción del derecho subjetivo sustancial, cuyo reconocimiento y satisfacción se pretende, aunado a la prerrogativa procesal que tiene el actor de apelar frente al *aquem* alegando caso fortuito o fuerza mayor como elementos materiales que impidieron la asistencia a la audiencia in comento.

En este aspecto la LOPT (2002), en su artículo 130 consagra:

Si el demandante no compareciere a la audiencia preliminar se considerará desistido el procedimiento, terminando 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. Parágrafo primero: El desistimiento del procedimiento solamente extingue la instancia, pero el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes que transcurran noventa (90) días continuos...

Ahora bien, la incomparecencia o contumacia del demandado a la audiencia preliminar denota otras consecuencias. A este respecto el artículo 131 de la LOPT (2002), prevé:

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 del fallo.

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 considere que existieren justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado por caso fortuito o fuerza mayor plenamente comprobables, a criterio del tribunal.

La decisión se reducirá a forma escrita y contra la misma será admisible el recurso de casación, si alcanzare la cuantía a la que se refiere el artículo 167 de esta ley, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha decisión.

En todo caso si el apelante no compareciere a la audiencia fijada para decidir la apelación, se considerara desistido el recurso intentado.

De modo pues, de conformidad con el precepto transcrito Supra, si el demandado falta a la audiencia la ley hace pesar sobre éste la presunción de la confesión ficta, traducida en una simple pero pesada admisión de los hechos, cuya desvirtualización sólo procede ante el *aquem* explanando los motivos y circunstancias que le impidieron la asistencia a la audiencia mencionada, motivos estos que a su vez deben necesariamente girar en las órbitas del caso fortuito o de fuerza mayor.

Ahora bien, en otros fueros, como el civilista, se ofrecen otras interpretaciones en dicha materia, toda vez que en caso de incomparecencia por parte del demandado al acto de contestación de la demanda, se tiene como consecuencia la confesión ficta, a tenor de lo que dispone el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil (1987), lo cual limita la capacidad probatoria de este. El demandado contumaz, en cuyo caso, sólo tendría la facultad procesal de ir a contraprueba de los hechos alegados por el actor como generadores del derecho invocado, lo que traduce la imposibilidad de alegar en su defensa hechos nuevos.

Por lo tanto, el accionado, debe limitarse sólo a desvirtuar los hechos que configuran el trasfondo del libelo de la demanda, o en su defecto promover prueba contundente contra derecho, de allí, que el demandado, aún cuando se encuentre confeso puede enervar la demanda en el lapso probatorio.

Sin embargo, en al ámbito laboral la situación cambia radicalmente, aún cuando los principios de la confesión ficta civilista ilustran en cierto modo al ordenamiento adjetivo de dicha especialidad. Ahora bien, hay que dejar en claro que la situación difiere en que la única oportunidad para promover pruebas es precisamente en la audiencia preliminar, dejando esto entrever una limitante seria, procedimental, que aborda al patrono, lo cual en cierto modo menoscaba el precepto constitucional del derecho a la defensa (artículo 49).

Esto es una problemática que ha venido siendo abordada por la jurisprudencia, por el hecho que se pueden dar diversas hipótesis en relación a este tema; verbigracia, cuando es necesaria la prolongación de la Audiencia Preliminar de conformidad con lo dispuesto en el presupuesto 132 de la LOPT, en concordancia con el artículo 136 ejusdem, podría plantearse una admisión de los hechos por la incomparecencia del demandado a alguna de esas prolongaciones, que a su vez enredaría más la situación al verificarse la entrega de las probanzas por parte de éste *ab initio* de la audiencia preliminar.

Asimismo, pueden darse claras ventajas a alguna de las partes incompareciente frente a la que sí ha comparecido, independientemente de su posición, demandante o demandado, y ello se aduce, en virtud que aquel que no asistió a la audiencia preliminar, tiene la prerrogativa procesal de apelar a la decisión del Juez de Primera Instancia, alegando por supuesto los extremos ya mencionados de caso fortuito y fuerza mayor, lo cual arguciosamente, y valiéndose de cualquier medio disponible, el litigante contumaz puede lograr la celebración de una nueva Audiencia Preliminar; argucias que pueden ser perfectamente factibles amparados en la verdad procesal y no de la verdad verdadera, y que negar su materialización sería como negar que el ser hombre es un ser humano.

Es así, que estas circunstancias que notablemente vislumbrarían una clara ventaja frente al otro litigante, por cuanto que el primero ha tenido acceso a las actas procesales y en consecuencia, ya conoce todas las pruebas que el asistente a la Audiencia Preliminar promovió, lo cual representa una excelente jugada por parte del litigante desleal por cuanto que, evidentemente estudiaría las probanzas promovidas por la contraparte a los efectos de poder enervarlas.

Además, la LOPT (2002) no establece ninguna regla que confiera mayor seguridad de conocimiento de causa por parte del demandado que es objeto de la notificación para la audiencia preliminar, a pesar de ser tan graves las consecuencias que se producen desde el punto de vista de la administración de justicia.

En este aspecto La Roche (2003, 63), explica que el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica establece en su artículo 265, numeral 3, que “en caso de no comparecer el citado, a pedido del citante, podrá el tribunal convocar a una nueva audiencia bajo apercibimiento de que la incomparecencia se tendrá como presunción simple en contra de su interés en el proceso ulterior”, es decir, una presunción *hominis*, no una presunción legal *iuris tantum*.

En este sentido, para Marín (2003, 41), hay que dejar atrás todo aquello que pueda ser considerado atentatorio contra la vigente Ley, tomando en cuenta el

incremento exorbitante de la conflictividad laboral, en presencia de la grave crisis económica y social de los últimos tiempos. De allí, que todo este panorama ha definido, que no existe justicia laboral propiamente dicha, primero porque las decisiones no son oportunas, y segundo porque la gratuidad no ha sido tal.

Por tanto, la solución a la conflictividad laboral propuesta ahora en la LOPT debe garantizar de manera efectiva la justicia, sin dejar de proteger al trabajador ante todo, pero tampoco amedrentando al patrono. Es así, que la LOPT busca la adecuación entre la justicia laboral y los principios, valores y normas constitucionales, causa de necesarios cambios en los paradigmas de la actual cultura venezolana. En ese sentido, cada uno de los principios enunciados en ella, vienen a constituir las garantías de una efectiva justicia laboral.

Es por ello que el propósito principal de este estudio es analizar la contumacia intencional en la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, por que en los contenidos del trabajo se presentan de la siguiente manera:

En el Capítulo I, trata sobre la contumacia en el derecho procesal venezolano, haciendo referencia a su definición, la purga de la contumacia, riesgos del contumaz, la tutela del contumaz y la confesión ficta. El Capítulo II, la audiencia preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, contiene los siguientes aspectos: La audiencia

preliminar, finalidad, garantía de los resultados del juicio, y duración de la audiencia preliminar.

En el Capítulo III, se expone la contumacia en la Audiencia Preliminar en el Derecho Comparado, específicamente, la mediación laboral en Chile, la mediación laboral en Córdoba, Argentina; y la mediación laboral en Colombia. El Capítulo IV, se refiere a los efectos jurídico-procesales de la contumacia en la Audiencia Preliminar en el proceso laboral venezolano, haciendo un discernimiento sobre los efectos jurídicos y los efectos procesales. En el Capítulo V, se exponen las conclusiones a las que llegó la autora, y se finaliza con las referencias consultadas.

CAPÍTULO I
LA CONTUMACIA EN EL DERECHO
PROCESAL VENEZOLANO

Definición

En cuanto al demandado, la Ley establece que si no asiste al acto de contestación de la demanda se produce una presunción de confesión judicial, ya que de acuerdo al artículo 347 del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1987), dispone:

Si faltare el demandado al emplazamiento, se le tendrá por confeso como se indica en el artículo 362, y no se le admitirá después la promoción de las cuestiones previas ni la contestación de la demanda, con excepción de la falta de jurisdicción, la incompetencia y la litispendencia que pueden ser promovidas como se indica en los artículos 59, 60 y 61 de este Código.

De igual manera, el artículo 362 del CPC (ibídem), consagra:

Si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. En este caso, vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiere promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de aquel lapso, ateniéndose a la confesión del demandado. En todo caso, a los fines de la apelación se dejará transcurrir íntegramente el mencionado lapso de ocho días si la sentencia fuere pronunciada antes de su vencimiento.

En este orden de ideas Cuenca (1992), explica que para que la presunción de confesión caiga sobre el demandado contumaz, se requiere que se cumplan con las dos condiciones; la primera, que la petición del demandante no sea contraria a derecho, ya que es natural que el actor pueda reclamar cualquier acción sólo dentro de las pautas legalmente establecidas; pero si el demandado no concurre, la ley atiende no sólo al interés particular de este, sino también al propio interés social del Estado, y de este modo no castiga la contumacia del demandado declarándolo confeso, siendo como es contraria a derecho la petición del demandante; y la segunda, que si durante el lapso probatorio, el demandado contumaz no ha probado nada que le sea favorable.

En este aspecto, la autora antes citada explica, que la interpretación de esta norma de la Ley ha tenido grandes tropiezos en la práctica, ya que existen dos opiniones, una es que desde el momento en que la ley hace pesar sobre la contumacia del demandado la presunción de la confesión ficta, ese demandado no puede, ya en el lapso de las pruebas, alegar hechos de ninguna clase, sino que debe limitarse a hacer prueba contra el derecho; y la otra es, que pueden hacer cualquier clase de pruebas en su oportunidad legal.

En este sentido, Sanojo (citado por Cuenca, 1992), propone que hay que tener presente, que la ley al establecer la presunción de la confesión ficta, la condiciona de

modo que se cumplan las dos formalidades, es decir, que la petición del autor no sea contraria de derecho, y que el contumaz en el lapso probatorio no pruebe nada que le favorezca; de allí que la presunción de confesión es consecuencial de estas dos formalidades.

En este orden de ideas, hay que destacar que pudiendo el contumaz promover toda clase de pruebas que le favorezcan en el respectivo término probatorio, la ley lejos de castigar la contumacia, mejora la condición del demandado inasistente, ya que desde ese momento pone sobre el contumaz toda prueba, que de otro modo estaría a cargo del actor. De allí, que el verdadero sentido de la presunción de confesión con que la ley castiga la contumacia del demandado, es colocar sobre éste todo la carga de la prueba.

Por tanto, la contumacia del demandado no termina en la *litis* contestación, sino que se prolonga a todos los estados del juicio, ya que estos juicios siguen todos los trámites del procedimiento hasta la sentencia definitiva, la cual puede ser recurrida por el contumaz por las vías legales.

En consecuencia, para que estos juicios seguidos frente a la contumacia persistente de la contraparte lleguen a producir la presunción absoluta de cosa

juzgada, es preciso que su fallo reúna las condiciones esenciales ya establecidas, es decir, validez, definitividad, ejecutoriedad y perpetuidad.

Por su parte Duque (1999), expresa que para la confesión ficta que se consagra en el artículo 347 del CPC (1987.), hay que tener presente el artículo 362, lo cual da origen a dos suposiciones de confesión ficta:

- Primero: Cuando el demandado emplazado para contestar la demanda, no la contesta ni opone cuestiones previas, o sea que en este caso existe la contumacia o la rebeldía absoluta del demandado.

- Segundo: Cuando el demandado comparece para oponer cuestiones previas, pero después de declaradas sin lugar o de continuar el procedimiento, no lo hace para contestar la demanda.

Al primero de los supuestos es al que se refiere en el artículo 347 del CPC (1987), cuando el demandado se considera que ha incurrido en una contumacia absoluta.

Por otra parte, el artículo 362 del mismo Código, puede comprender ambos supuestos, cuando el demandado incurre en contumacia absoluta, o cuando habiendo

opuesto cuestiones previas, después no comparece para contestar la demanda, que también adquiere el entendimiento de dicha contumacia.

Ahora bien, Duque (1999), explica que tratándose de una confesión presunta, el demandado puede destruirla haciendo la contraprueba de los hechos constitutivos de la demanda, en otras palabras, de su inexistencia, porque al invertirse la carga de la prueba, al demandado sólo le queda la demostración en contrario de la presunción que obra en su contra, de que los hechos que la demanda no son ciertos, es decir, que no existen, e incluso que han sido eliminados, modificados o extinguidos.

Asimismo, Cabrera, citado por Duque (ob. cit.), expresa que por tratarse de presupuestos de validez del proceso, que el demandado puede demostrar y hasta el Juez dictar de oficio, la prohibición de la ley de admitir la acción, la caducidad legal, la cosa juzgada y la falta de cualidad o interés.

Es así, que aparte de la inasistencia del demandado al acto de la contestación, y de que nada pueda probar en contra de la demanda, para que el Juez pueda darlo por confeso, es necesario que la demanda no sea contraria a derecho, o sea, que no esté prohibida por la ley, o que ésta niegue validez al derecho pretendido o a la obligación reclamada, lo cual el Juez puede declarar en la sentencia de oficio, aunque no lo haya alegado el demandante.

En caso de litis-consorcio, hay que tener presente que la cuestión en litigio se debe resolver de manera uniforme, y en los casos de litis-consorcio es necesario la comparecencia de algún codemandado para contestar la demanda o para oponer cuestiones previas, beneficiando a los litis-consortes contumaces, porque se les extienden los efectos de los actos realizados por el litis-consorte compareciente, según lo dispuesto en el artículo 148 del CPC (1987), el cual dispone:

Quando la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes, o cuando el litisconsorcio sea necesario por cualquier otra causa, se extenderán los efectos de los actos realizados por los comparecientes a los litisconsortes contumaces en algún término o que hayan dejado transcurrir algún plazo.

Por lo tanto, los litis-consortes no comparecientes no incurren en confesión ficta, y no precluye para ellos la oportunidad de apelar las defensas y alegatos de acuerdo al artículo 361 del CPC (1987), cuando consagrar:

En la contestación de la demanda el demandante deberá expresar con claridad si las contradice en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación, y las razones, defensas o excepciones perentorias que creyere conveniente alegar.

En este orden de ideas, es necesario ahondar un poco más en la no comparecencia, para tener una visión más amplia y clara de la contumacia en el proceso. Es así que, siguiendo al maestro Cernelutti (1999), este propone que la no comparecencia puede ocurrir por varias razones:

a. No comparecencia.

- Cuando una u otra de las partes o bien ambas no comparecen ante el oficio.

Tal como se observa, esta es una anomalía del procedimiento, ya que las partes son sujetos necesarios, o al menos útiles en el proceso, de allí que si una de ellas o ambas no se ponen a disposición del oficio constituye, por lo menos una dificultad, para lo cual se debe tratar de ver si se puede superar y en qué forma.

- La falta de comparecencia total o bilateral, y la falta de comparecencia parcial o unilateral.

En este punto coinciden dos clasificaciones, la primera es la falta total o bilateral, en un sentido, otra es la falta parcial o unilateral; la segunda se basa partiendo del supuesto del proceso simple; pero si el proceso es litis-consorcial se puede presentar una falta bilateral, que no sea total; por eso es más comprensiva y exacta la fórmula de la falta total o parcial.

Considera Carnelutti (1999), que como consecuencia de esta diversidad es que la ley trata las dos hipótesis con un régimen profundamente diferente.

- La falta de comparecencia supone lógicamente la carga de la comparecencia.

Si no comparece quien no debía comparecer, no se puede hablar de no comparecencia; en efecto, no hay negación sino respecto de una afirmación. Por eso, si quien estaría legitimado para la intervención por adhesión no ejercita la facultad respectiva y no se presenta ante el oficio, no determina un caso de no comparecencia. Por lo tanto, debe tratarse de una de las personas indicadas como actor o como demandado en la proposición del procedimiento, a fin de que se pueda presentar la situación que se denomina como no comparecencia.

Pero, si este es un presunto necesario de la no comparecencia, no es el presupuesto suficiente, debido a que puede ocurrir que a pesar de su indicación en la citación o en el recurso, una persona no haya tenido la carga de comparecer por no haberse verificado los hechos constitutivos de la misma.

Tal como se puede apreciar de lo expuesto anteriormente, esto sucede con una cierta frecuencia, sobre todo por no haberle sido notificada, de una manera válida la citación, pero puede darse también respecto del actor, como es el caso de la contracitación.

Por lo tanto, cuando una de las personas indicadas como partes en la citación o en el recurso no comparece a pesar de tener la carga de la comparecencia, esta no comparecencia asume el significado de incumplimiento de la carga de comparecer, y recibe el nombre de contumacia, la misma etimología de esta palabra, del latín *contemnere*, se refiere a una falta de cuidado respecto de lo que la parte habría debido hacer. De aquí que, contumaz no es la parte por el simple hecho de no comparecer, sino por el hecho de no comparecer debiendo hacerlo.

- El no comparecer debiendo hacerlo es algo que puede tener lugar, con o sin la voluntad del que está sometido a esta carga; en otras palabras, el incumplimiento de la carga de comparecer puede representar o no el resultado de una elección suya. Por eso, la no comparecencia cuando se califique como contumacia puede ser voluntaria o involuntaria.

- Es casi inútil advertir, que si la no comparecencia en general y la contumacia en particular, es una especie de inactividad de la parte en el proceso, no toda actividad se desenvuelve en la contumacia; es decir, el concepto de inactividad es más amplio que el de contumacia, porque comprende también el caso de la parte que se limita a comparecer sin hacer después alegación alguna. Cuando mucho, se puede decir que la contumacia es una especie más grave de inactividad, que se verifica cuando una de las partes ni siquiera comparece.

b. No comparecencia total.

- Cuando ninguna de las partes indicadas en el acto de la citación se pone a disposición del oficio.

En este caso la situación es tan clara que no existen dificultades para resolverla, ya que por un lado el proceso prácticamente no podría seguir adelante sin ninguna de las partes; y por otro, la falta total de comparecencia es un síntoma manifiesto de que el proceso no es necesario para ninguna de las partes. La solución de este problema sobre que el Juez no tiene nada que hacer es absolutamente natural.

Por lo tanto, se entiende así que la contumacia bilateral determina la cesación del procedimiento, el cual no puede continuar si no se inicia de nuevo.

- Si el proceso es acumulativo, la cesación no se verifica sino en cuanto la falta de comparecencia sea total, verbigracia caso de *litis* consorte pasiva contumaz; la comparecencia de alguna de las partes la excluye, aunque la contumacia se extienda a más de dos partes, como es el caso de que si una persona demanda a otra para obtener su condena al pago de una deuda solidaria, basta la comparecencia de uno de los dos demandados para que el procedimiento deba seguir adelante, aplicándose los principios de la falta de comparecencia parcial.

- Precisamente, porque la situación generada por la falta de comparecencia es muy clara, y la solución de la misma muy simple, no hay lugar ni a pronunciamiento del juez, ni por tanto, a investigación alguna en torno a la existencia de la carga de comparecer respecto de los no comparecidos; basta que ninguna de las personas indicadas como partes se constituya en juicio para determinar las consecuencias.

- Comparecencia parcial. Contumacia.

- Este problema de la comparecencia parcial es mucho más delicado y complejo, ya que ésta no constituye un síntoma de la inutilidad del proceso, ni una razón de su imposibilidad; mediante una comparecencia trivial, se puede observar que, si cuando le faltan las dos piernas, el hombre no puede caminar, una pierna sola por el contrario, le permite moverse aunque sea con dificultad.

En este sentido, supuesta la contumacia de una de las partes, el problema no consiste en si el procedimiento debe proseguir, sino en cómo debe procederse para eliminar, dentro de los límites de lo posible, los inconvenientes de la falta de una de las partes.

- Técnicamente, la contumacia, al menos cuando es involuntaria, constituye desde luego un peligro para el proceso, ya que el mejor medio para hacer conocer al

juez el litigio es la actividad de la parte, y puesto que la actividad de cada una de ellas está dominada por un interés en el litigio, es necesaria la actividad combinada de las dos partes juntas, a fin de que tal conocimiento resulte exacto y completo.

De allí que el peligro no procede de la contumacia real, sino de la contumacia involuntaria, porque aún sabiendo que el proceso se abre y pudiendo comparecer, una de las partes se abstiene de hacerlo, esto indica que la misma no tiene ninguna actividad útil que ejercer, solamente cuando la misma quiera comparecer, pero no comparece porque no sabe o no puede, es cierto, o al menos probable, que le falte al proceso una actividad necesaria, o cuando menos útil a los propósitos del mismo.

Esto quiere decir que el remedio contra el peligro de la contumacia no debe buscarse en el sentido de obtener siempre la comparecencia, sino en el de eliminar, dentro de lo posible la contumacia involuntaria.

En este sentido, sobre esta cuestión se establece la diferencia entre el antiguo régimen y el moderno del proceso contumacial. Hay que recordar que en el proceso romano, o más exactamente, en aquella fase de su evolución histórica que se designa como proceso privado (*ordo iudiciorum privatorum*), la política se dirigía precisamente a impedir la contumacia en general, bien sea permitiendo el uso de la fuerza (*manus iniectio*) con el propósito de llevar al demandado ante el Juez; o

estimulándolo a la comparecencia mediante la amenaza de la *bonorum venditio*, constituyéndole finalmente a los fines del contradictorio en el proceso, un sucesor universal (*bonorum emptor*), que comparecía en lugar suyo.

Actualmente, esta directriz técnica se halla profundamente modificada en el sentido de que se tiende a impedir la contumacia involuntaria, perfeccionando dentro de lo posible, los medios que tienden a procurar al demandado el conocimiento del proceso y la posibilidad de comparecer. Sin embargo, se observa una diferencia profunda en materia de régimen de la contumacia, según la interpretación que se da a la misma, y según la energía de la carga de la contumacia, en este aspecto hay que observar dos hechos:

1. Un régimen más suave y más cauto es el que, por no excluir que la contumacia, a pesar de las medidas adoptadas para garantizar a la parte el conocimiento del proceso y la posibilidad de comparecer, pueda ser involuntaria, no la considera como demostración de que el contumaz no tenga nada que oponer al adversario y, por eso, no deduce motivo para derogar la necesidad de la instrucción en sus fases posteriores. Esto no excluye que la instrucción, cuando el procedimiento se siga en contumacia, pueda tener lugar según las reglas particulares del proceso.

2. Según un régimen más enérgico, a la contumacia se le atribuye siempre carácter voluntario y, argumentando que el contumaz nada tiene que oponer a la demanda contraria, lo que permite deducir la inutilidad de la instrucción acerca de la demanda de la parte comparecida.

Este segundo tipo de ordenación de la contumacia, a su vez, se desdobra según que el Juez deba acoger la demanda de la parte comparecida, sólo si la considera fundada en derecho, o bien debe incluso omitir su valoración en derecho.

De allí que Carnelutti (1999), razonando ordenadamente observa un gravísimo problema, el cual se desarrolló en cuatro puntos sucesivos.

1. En primer lugar, se trata de establecer si la falta de comparecencia es o no incumplimiento de la carga de comparecer y, por tanto, si constituye o no un caso de contumacia (declaración de contumacia).

2. En segundo lugar, se trata de favorecer mediante la comparecencia al contumaz, para el restablecimiento de la normalidad del proceso (purga de la contumacia).

3. Se trata todavía de poner remedio a los inconvenientes que a la instrucción y, de reflejo, a la decisión se puedan derivar de la unilateralidad de la acción (tutela del contumaz).

4. Finalmente, se puede preguntar también, si de la contumacia de una parte se pueden deducir razones para la simplificación del procedimiento en perjuicio del contumaz (riesgos del contumaz).

c. Declaración de contumacia.

Carnelutti (1999), explica que cuando se trata de la no contumacia de quien está indicado en la citación o en el recurso como actor, basta que el mismo no comparezca para que se pueda hablar de contumacia, porque el documento de la citación o del recurso prueba que él ha pedido la notificación, y no hace falta nada más para constituir a su cargo el gravamen de la contumacia. En este caso, la contestación de la no contumacia agota el acercamiento de la contumacia.

La situación es diferente para la parte demandada, es decir, para la persona contra la cual se propone la demanda representada en la citación o en el recurso; aquí por el contrario, no basta para constituir la carga de la contumacia que aquélla esté

indicada como parte demandada, sino que es necesario que la citación o el recurso estén válidamente notificados.

Ahora bien, ya que la debida citación constituye la carga de comparecer, la declaración de contumacia, tanto del actor como del demandado, es acertadamente no de la falta de contumacia de una de las partes, sino del incumplimiento de la carga de comparecer que pesa sobre ella.

Sin embargo, la declaración de contumacia no se resuelve en ninguna fórmula sacramental, sino solamente en la obligación del Juez de no dejar proseguir la instrucción con la comparecencia de una sola parte, sin haber comprobado que sobre la otra pesa la carga de comparecer y no la ha cumplido.

Por tanto, el cometido del Juez frente a la falta de comparecencia de una de las partes, es idéntico tanto en el procedimiento formal ante el tribunal o en la Corte de Apelación, como en el procedimiento sumario o en el procedimiento ante el conciliador; que pronuncie la fórmula precisa de la declaración de la contumacia no tiene importancia alguna, lo que realmente importa es que lleva a cabo el acercamiento con respecto del objeto indicado.

En este orden de ideas, la declaración de contumacia se resuelve lógicamente en el accertamiento de un doble objeto: carga de comparecer e incumplimiento de tal carga. Así, el autor propone que en lo referente al actor, la carga surge sin más del hecho de haber pedido la notificación de la demanda, mientras que para el demandado es necesaria la notificación válida, ya que cuando la parte que no comparece es el demandado, esto no puede ser declarado contumaz, sino cuando al Juez haya verificado la validez de la notificación, la cual debe realizarse de oficio.

Pero, puede ocurrir que el accertamiento de los hechos normalmente constitutivos de la carga de comparecer no sea suficiente para la declaración de la contumacia, para la cual sea necesaria además, el accertamiento de que la notificación ha sido reiterada.

En este sentido, una vez comprobada la carga de comparecer y la no comparecencia, no es necesario nada más para declarar la contumacia; en particular, no se consiente ninguna otra investigación en torno a los motivos de la no comparecencia; por tanto, la contumacia involuntaria también es voluntaria.

Así, la contumacia se declara por el Juez mediante la sentencia que al cerrar la instrucción desarrollada sin contradictorio, pronuncia. Esto quiere decir solamente, que una vez terminada la instrucción, el Juez llega al pronunciamiento, si una de las

partes no ha comparecido, antes de nada declara la contumacia, o en otras palabras, se pronuncia en contumacia.

Esto quiere decir, que si la parte, en lugar de comparecer en la primera audiencia o en lugar de apersonarse dentro del término aclaratorio, pero no perentorio, comparece más tarde, pero antes de terminarse la instrucción, la comparecencia excluye la declaración de la contumacia; como es el caso del actor en el procedimiento sumario ante el tribunal, en lugar de llevar a cabo la discusión en la primera audiencia, pide y obtiene un reenvío, el demandado puede comparecer en la nueva audiencia sin que este retardo determine en absoluto, su contumacia.

Purga de la Contumacia

Siguiendo a Carnelutti (1999), se puede expresar que salvo el caso de que se halle señalado un término perentorio para la comparecencia, el contumaz puede comparecer siempre. La comparecencia cuando haya tenido lugar en cancillería dentro del término para comparecer o bien en la primera audiencia, se llama comparecencia tardía; y también, porque trata dentro de los límites de lo posible, eliminar los efectos de la contumacia, es decir, purga de la contumacia.

Es así, que la comparecencia tardía puede tener lugar durante la instrucción, después de haberse terminado la instrucción y, finalmente, después de la declaración de contumacia, siempre que sea antes de la audiencia definitiva, ya que se entiende que ésta cierra el proceso ante el Juez que conoce de la causa, dado que la sentencia toma existencia jurídica con la publicación, se comprende antes de la publicación de la sentencia, porque mientras no ha sido publicada la comparecencia es posible.

Además, si el contumaz comparece durante la instrucción, la comparecencia tiene lugar en la misma forma que si se hubiera hecho a tiempo; en particular, en el procedimiento ante el conciliador, ante el Tribunal o la Corte de Apelaciones, la parte que no haya comparecido en la primera audiencia, puede comparecer en la audiencia sucesiva a la que el procedimiento se haya remitido, sin que la comparecencia ofrezca en tal caso diferencia alguna con la que se habría practicado en la audiencia anterior. En la práctica, especialmente el proceso acumulativo, la constitución de las partes en audiencias sucesivas es un fenómeno muy frecuente.

En cuanto al procedimiento ordinario ante el Juez unipersonal, se puede admitir la comparecencia del contumaz después de la discusión, en el intervalo entre la práctica de ésta y la publicación de la audiencia. En tal caso, la purga de la contumacia se resuelve en una reapertura de la instrucción y, por tanto, en una restitución en término.

Esta reapertura exige un acto de la parte y acto del Juez. El acto de la parte, o sea, el contumaz, consiste en la presentación de un escrito, acompañado, naturalmente, del mandato y de los eventuales documentos que sirvan de apoyo a las razones expuestas. El acto del Juez, es un proveimiento (decreto) con el que se abre de nuevo la instrucción, se fija una nueva audiencia en la que las partes deben comparecer.

Esta reapertura de instrucción en beneficio del contumaz favorece en la práctica un notorio abuso, en virtud del cual aquella de las partes que tienen interés en dilatar el proceso y, por tanto, ordinariamente, el demandado está en condiciones de frustrar la diligencia de la otra evitando apersonarse y purgando después de la contumacia antes de la publicación de la sentencia, con el propósito de sustraer a este peligro, la parte comparecida remite la discusión con la esperanza o promesa, de que la otra comparecerá en la audiencia siguiente.

Otro aspecto que se considera importante destacar, es que la contumacia puede purgarse hasta después de haber sido declarada, comprendiendo siempre que la declaración haya tenido lugar en un sentencia no definitiva. En tal caso, la comparecencia tiene lugar en el procedimiento sucesivo, el cual se abre de nuevo después de la sentencia interlocutoria. Esta comparecencia puede practicarse también

en el procedimiento de trabajo, cuando después de la discusión, el Juez, en lugar de pronunciar sentencia definitiva, haya pronunciado una sentencia interlocutoria.

Pero, esta contumacia tardía no produce efecto alguno sobre los proveimientos pronunciados por el Juez en contumacia de la parte comparecida tardíamente. Esta fórmula es inexacta, ya que por un lado, se refiere mediante interpretación extensiva, a todos los proveimientos emanados en el procedimiento de contumacia; y por otro, las sentencias tienen efectos, aunque puedan ser impugnadas, como lo tendrían si hubiesen sido dictadas en contradictorio, en otras palabras, cuando hayan transcurrido los términos para su impugnación, el contumaz no las puede impugnar, esto es, que los términos para la impugnación corren también para el contumaz.

Además, ni siquiera después de la sentencia definitiva se prohíbe comparecer al contumaz, en cuanto, contra la sentencia le está permitida la oposición, la cual, puesto que se propone ante el mismo oficio, puede relacionarse con el concepto de la comparecencia del contumaz. Pero, es necesario aclarar, que sólo en lo concerniente a la reapertura de la instrucción en el caso de que la comparecencia tenga lugar en el intervalo entre la terminación de la instrucción y la publicación de la sentencia, la comparecencia tardía del contumaz no produce a su favor ninguna *restitutio in integrum*, ni siquiera en materia de oposición contumacial.

Riesgos del Contumaz

Si la ley puede favorecer la comparecencia tardía, e incluso consiente la purga de la contumacia declarada, no debe hacerlo sin limitaciones, aunque se dejen abiertas las puertas del procedimiento con el propósito de que se pueda entrar en él aunque sea con retraso, pero si esta condescendencia fuera excesiva podría ocasionar al proceso una lentitud exagerada. Por tanto, el régimen de la contumacia debe ser una sabia combinación de indulgencia y de rigor.

En este sentido Cernelutti (1999), expresa que para este propósito, se debe pensar que ya el no haber comparecido coloca al contumaz en una condición desfavorable frente a la contraparte, ya que lo priva de la facultad de contradecir; ahora bien, el rigor no puede consistir en eso, que es la consecuencia natural de la contumacia, sino en algo distinto, esto es, sacar de la contumacia un daño mayor para la parte no comparecida. Este daño mayor no se infligirá a título de pena, puesto que la contumacia no es el incumplimiento de una obligación; precisamente la apreciación de la diferencia entre la obligación y carga lleva a decir por el contrario, que existe un riesgo.

Por lo tanto, el daño que la ley debe conminar al contumaz se resuelve en la potestad y en la obligación del Juez de rechazar la demanda de aquél, si es actor; o de

acoger la demanda contra él, si es demandado, sin instrucción o con una instrucción limitada. En cambio, si el procedimiento no pudiera abreviarse de manera que aún en contumacia, deba atravesar enteramente la fase de la instrucción, no se impone al contumaz ninguna medida de riesgo, salvo la consecuencia natural de la contumacia que es la de no poder contradecir.

En consecuencia, el riesgo del contumaz se resuelve en la posibilidad del pronunciamiento sin instrucción o con instrucción parcial. En esta materia se distingue y debe distinguirse, el régimen de la contumacia, según que se trate de la contumacia del actor o del demandado.

En este sentido, en lo referente al problema relativo al riesgo del contumaz demandado, hay que tener presente que el riesgo en un pronunciamiento en perjuicio de éste no cabe la solución de pronunciamiento negativo, ya que no debe haber otra solución que la de acoger, sin instrucción, la demanda del actor. Esto puede presentarse en dos formas. Una, en el sentido de que la contumacia del demandado exonere al actor solamente de la prueba de sus alegatos, quedando en libertad el Juez para valorizarlas según el Derecho, y conservando la potestad de rechazar la demanda, si ésta es infundada en Derecho, o bien, en el sentido de que el Juez de plano, deba acoger aquella demanda tal como es, sin investigación alguna, ni de hecho, ni de Derecho.

La otra forma, aparece como superlativamente peligrosa, aunque el riesgo del contumaz pueda encontrar una razón política en la conveniencia de agravar la carga de la comparecencia, esta ventaja podría resultar pagada con una injusticia, siempre que de ella se derivase la aceptación de una demanda infundada.

Es así, que la primera solución es mucho menos peligrosa y más aceptable, ya que la exoneración del actor en cuanto a la prueba se puede explicar atribuyendo a la contumacia del demandado el sentido de confesión de los hechos afirmados por su adversario, pero incluso en este caso, subsiste un grave peligro, porque no se puede excluir de una manera absoluta la contumacia involuntaria, ya que el demandado puede haberse abstenido de comparecer voluntariamente al considerar que basta la vigilancia del Juez para evitar la aceptación de una condena injusta. Esto, porque es cierto que la acción de la parte en juicio se considera cada día más como un *munus publicum*, del cual no debe el Juez sustraerse para castigar el incumplimiento con una injusticia.

Tutela del Contumaz

En opinión de Carnelutti (1999), la ley no sólo quiere sacar por regla general, de la falta de comparecencia de las partes las consecuencias de admisión de los

hechos alegados por su adversario, sino que ni siquiera admite equiparación alguna entre la falta de comparecencia y la inactividad de la parte compareciente.

Esto quiere decir, que la falta de comparecencia se toma en consideración para adaptar el régimen del procedimiento a tal situación y, por tanto, para hacer que no nazcan de ella inconvenientes que no existirían en el caso de haber tenido lugar la comparecencia. Esta adaptación del procedimiento a las exigencias de la contumacia es lo que se conoce como tutela del contumaz.

La Confesión Ficta

El efecto de no dar oportuna contestación a la demanda es lo que da origen a la confesión ficta. Sin embargo, en el proceso laboral el demandado puede incurrir en esta en tres oportunidades:

- a. Cuando no asista a la audiencia preliminar.
- b. Cuando no consigne la contestación de la demanda en forma escrita, o la conteste en forma tan vaga que se tienen por admitidos los hechos alegados en el libelo.

c. Cuando no asiste a la audiencia de juicio.

En este sentido Jaime (2003), explica que cuando se trate del procedimiento de estabilidad laboral, todavía hay una cuarta oportunidad, con carácter previo, para incurrir en la confesión ficta, y se produce al no participar el patrono al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de su jurisdicción el despido del trabajador, tal como se encuentra consagrado en la Ley.

En este orden de ideas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 131 de la LOPT, cuando el demandado no comparece a la audiencia preliminar, el tribunal presumirá que admite los hechos y sentenciará en forma oral, conforme a la confesión, siempre que la petición del demandante no sea contraria a derecho, de todo lo cual se levantará un acta. De la decisión del Tribunal de Primera Instancia, podrá el demandado apelar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la publicación del fallo.

Asimismo, en la audiencia que fije el Tribunal Superior para resolver la apelación, sólo se podrán plantear aquellos alegatos que están destinados a justificar la inasistencia del demandado, lo cual debe estar fundamentado en la existencia de una causa extraña no imputable a él, que le impidió la comparecencia a dicha audiencia.

Es este punto hay que resaltar que la ley sanciona con rigor la falta de comparecencia de las partes a los actos fijados por los Tribunales, ya que la inasistencia del demandante a la audiencia preliminar hace presumir el desistimiento del procedimiento y, de igual modo, la no comparecencia a la audiencia que el Tribunal Superior fije para resolver acerca de las apelaciones que se interpongan en el proceso, hace presumir que el apelante ha desistido de su recurso.

Es así, que este rigor con que el legislador, en el caso de la incomparecencia del demandado a la audiencia de juicio, puede ser considerado excesivo y contradictorio con el fundamento de la confesión ficta, porque ésta se basa en la presunción de que, al no rechazar los alegatos del demandante, se presume que el demandado los ha admitido. Por tanto, al celebrar la audiencia de juicio, ya el demandado ha debido haber contestado la demanda, y rechazado las pretensiones del demandante, de modo que no habría razón alguna para presumir que las ha admitido. De igual manera, puede tratarse de una situación en que el *thema decidendum* sea un punto de mero derecho que no amerite de la presentación de pruebas ni de la presencia de las partes.

Ahora bien, la LOPT se aparta del Código de Procedimiento Civil y de las demás normas procesales en general, de acuerdo con el cual el demandado, sin poder alegar hechos nuevos, puede presentar pruebas con el fin de desvirtuar la confesión ficta.

Es por eso que, según lo establecido en los artículos 131 y 135 de la LOPT (2002), si el demandado no comparece a la audiencia preliminar o no consigna el escrito de contestación a la demanda, el Juez de Sustanciación, Mediación y Control, procederá de inmediato a sentenciar conforme a dicha confesión, siempre que no sea contraria a derecho la petición del demandante, no obstante, conforme a lo previsto en el artículo 131, el demandado sólo podrá presentar alegatos, ante el Superior, destinados a demostrar la existencia de una causa extraña que le impidió acudir a la audiencia preliminar.

Recientemente, la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de algunas situaciones que podrían justificar de alguna manera la incomparecencia a la audiencia preliminar, y en consecuencia, evitar la confesión ficta. Sin embargo, en Sentencia del 17 de febrero de 2004, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° AA60-S-2003-000866, consideró que:

... la incomparecencia se considera un acto de prolongación de la audiencia preliminar, al cual acude la representación judicial de la demandada con retardo aproximado de siete (7) minutos ... se considera prudente y abnegado con los fines del proceso (instrumento para la realización de la justicia), el flexibilizar el patrón de la causa extraña no imputable no solo a los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, sino, aquellas eventualidades del quehacer humano que siendo previsibles e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares (que escapan de las previsiones ordinarias de un buen padre de familia) al deudor para cumplir con la obligación adquirida.

Aunque en esta sentencia se atenúa el rigor de la confesión ficta, en otra decisión del 30 de Septiembre de 2004, al analizarse una situación presentada por la falta de comparecencia del representante de la demanda a la audiencia preliminar, por haber sido víctima de una repentina enfermedad a las 7:30 a.m., que ameritó que fuera trasladado a una clínica, la Sala Social consideró que, como existía otro apoderado, la empresa había incurrido en confesión ficta ya que: “La comparecencia a la audiencia preliminar es una obligación de naturaleza absoluta, pues conforme a la visión ideológica de la misma, comporta el cimiento primordial para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa de las partes”.

En síntesis, el actual procedimiento del trabajo contiene algunos aspectos importantes que hacen prever, en principio, una justicia más rápida y eficiente para los trabajadores. Sin embargo, hay que tener presente que para que eso sea así será necesario la presencia de jueces que puedan interpretar correctamente la ley y aplicarla. Hecho que va a permitir la unidad del derecho procesal y el papel de la norma supletoria que debe tener el Código de Procedimiento Civil, para lograr de este modo una justicia laboral verdaderamente ajustada a la realidad y eficiente en todos sus aspectos.

CAPÍTULO II
LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN LA LEY
ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

La Audiencia Preliminar

La audiencia preliminar es uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio de trabajo, tal como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002), ya que es un acto fundamental y esencial en el proceso.

Es así que la LOPT (ibídem), en su Capítulo II de la Audiencia Preliminar, artículo 129, consagra:

La Audiencia preliminar será de forma oral, breve, privada y presidida personalmente por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados. En la misma no se admitirá la oposición de cuestiones previas.

Tal como se aprecia de la norma antes citada, la audiencia preliminar es la que da inicio al proceso, siendo el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución el encargado de llevarlo a cabo, para lo cual es necesario la presencia obligatoria tanto del demandado como del demandante. Además, la finalidad de esta asistencia

obligatoria es la de garantizar la posibilidad de que este Juez estimule los medios alternativos de resolución de conflictos como la conciliación y el arbitraje, tal como se expresa en el artículo 133 de la LOPT.

García (2004), explica que la audiencia preliminar constituye la primera fase de la primera instancia en el procedimiento oral que la LOPT ha instituido para oír a las partes en el proceso e incitarlos a la conciliación en la búsqueda de arreglar sus diferencias. Hay que aclarar que esta audiencia no es una fase preparatoria para la audiencia de juicio, como a veces se ha confundido, ya que no toda demanda debe llegar hasta la fase de juicio.

Por el contrario, hay que tener presente que la audiencia preliminar está prevista justamente por el legislador para no ir a la fase de juicio, para evitarla, para que las partes por autocomposición procesal pongan fin voluntariamente a su pleito, porque el Juez de esta audiencia no tiene facultad para pronunciarse sobre la razón de las partes e imponer una solución, como si lo puede hacer el Juez de Juicio mediante la sentencia.

Lo que si se puede sostener según González y González (2003), como una afirmación bastante general, es que para estar en la audiencia de juicio, primero hay que agotar la audiencia preliminar y no haber llegado a una mediación por las partes.

El autor considera en este punto dejar en claro que en la fase preliminar son las partes quienes pueden poner fin al proceso mediante la conciliación, mediación o arbitraje; y en la fase de juicio es el Juez de Juicio quien pone fin con la sentencia, sin que se excluya en esta fase por supuesto, la conciliación.

En este orden de ideas González (2004), expone que para entender esta fase del juicio oral, breve y contradictorio establecido en la LOPT, hay que tomar en cuenta los motivos expresados en esta Ley para comprender mejor la manera cómo fue concebida. Es así, que la comisión redactora, aparte de tomar en cuenta la obligatoriedad de asistencia de las partes, pretende que en caso de no lograr la conciliación entre las partes, el Juez por intermedio del despacho saneador debe corregir los vicios de procedimiento que pudieran existir, evitando de esta manera reposiciones inútiles.

Asimismo, otro propósito de la audiencia preliminar, en caso de no lograrse la conciliación entre las partes, es la obligación del Juez de incorporar las pruebas que hayan sido promovidas por las partes con el propósito de poder remitir el expediente al Juez de Juicio o de mérito. De igual manera, en caso de no lograrse la conciliación en la audiencia preliminar, el Juez podrá acordar las medidas precautelativas correspondientes que garanticen la eventual ejecución de la sentencia.

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto Carballo (2004), expresa que lo señalado en la LOPT corresponde a la regla diseñada por el legislador, aunque hay que señalar que esto no niega, en modo alguno, que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, como resulta de ordinario para quienes cumplen funciones judiciales, se pronuncie mediante sentencia en torno a la controversia planteada de la siguiente manera:

- Confesión ficta por incomparecencia del demandado.
- Desistimiento tácito del proceso por incomparecencia del demandante.
- Homologación de la manifestación de voluntad unilateral, es decir, desistimiento de la acción o convenimiento; o bilateral, o sea, transacción; que pretende servir de instrumento de autocomposición laboral.
- Suficiencia de las cantidades dinerarias consignadas por el empleador, en la esfera del juicio de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos, a que se refieren los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo.
- Extinción del proceso por enervación de los presupuestos procesales.

De igual modo, siendo que el impulso de los llamados medios alternativos de solución de conflictos, en ejecución de los expresado en los artículos 253, último aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (ob. cit.), donde se consagra que: “El sistema de justicia está constituido ... por los medios alternativos de justicia ...”; y el 258, único aparte ejusdem, al proponer: “La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la resolución de conflictos; transversalizan el procedimiento laboral, nada impide que el Juez de Juicio, si lo cree conveniente, ejerza funciones de conciliación.

Tal como se puede apreciar, el éxito del nuevo modelo procesal laboral descansa, mayormente, en la audiencia preliminar; puesto que si efectivamente se alcanza en alto porcentaje la extinción del proceso por medio de la autocomposición o sometimiento de la controversia a arbitraje; se le permitirá a los Jueces de Juicio satisfacer los principios de inmediatez y celeridad.

Por el contrario, el número de causas que deberán ser resueltas en la audiencia de juicio conspirará hasta hacer naufragar indefectiblemente el nuevo modelo, contra la celeridad, y seguramente ante la frustración por el retardo procesal exorbitante, es posible que se pueda plantear la necesidad del retomar el viejo esquema, con los cambios que sean necesarios con el propósito de revestirlo de mayor equidad.

En este orden de ideas Bruzual (2003), explica que la LOPT prescribe que el demandado deberá comparecer personalmente y acompañado de su abogado a la hora que fije el tribunal a la audiencia preliminar, ya que no hay hora de espera. Además, hay que tener presente que la misma deberá efectuarse al décimo día hábil siguiente, posterior a la constancia en autos de su notificación, o a la última de ellas en caso de que fueran varios los demandados.

En este punto hay que tener presente que, si las partes concurren a la audiencia preliminar sin compañía del abogado, o sin estar asistidos por ellos, este hecho tendrá los mismos efectos a la no comparecencia prevista en los artículos 136 y 137 de la LOPT (ob. cit.).

Asimismo, no se permite que en la audiencia preliminar se opongan cuestiones previas, para eso está la facultad señalada en el artículo 124 de la LOPT (ob. cit.), que consagra que cuando la demanda no llenare los requisitos señalados en el artículo 123 de la LOPT (ob. cit.), el Juez ordenará al demandante que corrija el defecto. De allí, que la disposición del artículo 134 de la LOPT (ob. cit.) le permite al Juez resolver en forma oral en la audiencia preliminar todos los vicios procesales que pueda detectar. Cuando el Juez de Sustanciación esté en presencia de un litisconsorcio activo o pasivo, nombrará a una representación no mayor de tres (3) personas por cada parte con el propósito de mediar y conciliar las posiciones de las mismas.

Finalidad

En el ámbito de la LOPT, es posible adjudicar a la audiencia preliminar cinco (5) finalidades u objetivos, los cuales son: Extinción del proceso a través de medios alternativos de composición de conflictos, depuración del proceso, ajuste de pretensiones, recepción de pruebas y garantía de las resueltas del juicio.

- Extinción del proceso a través de medios alternativos de composición de conflictos.

El Juez deberá desplegar las funciones de conciliación y mediación que le atribuyen los artículos 6 y 133 de la LOPT (ob. cit.). Incluso, agotadas estas deberá sugerir a las partes la opción de convenir que la solución del conflicto sea sometida al conocimiento de una junta arbitral, en los términos previstos en el compromiso arbitral o, en su defecto, bajo el régimen consagrado en los artículos 138 al 149 de esta Ley.

- Depuración del proceso.

Esta se realiza a través del despacho saneador de clausura, según lo dispuesto en el artículo 134 de la LOPT (ob. cit.), por cuya virtud deberá el Juez resolver todos aquellos vicios procesales que se hayan podido detectar.

- Ajuste de pretensiones.

El ajuste de las pretensiones del demandante produce o provoca una reforma del libelo de demanda en ejercicio de los poderes inquisitivos del Juez laboral según los artículos 5 y 6, parágrafo único de la LOPT (ob. cit.), en concordancia con el artículo 134 ejusdem, sobre la oportunidad en que habría de materializarse la reforma libelar. Oscar en la última pagina te coloco la observación de todo lo marcado.

Esta reforma libelar deriva como imperativo de la norma contenida en el artículo 6, parágrafo único de la LOPT (ob. cit.), el cual consagra:

El Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones e indemnizaciones distintos a los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o también puede condenar el pago de sumas mayores a las demandas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con la Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas.

Según Carballo (ob. cit.), la norma transcrita sugiere prima facie, es decir, la facultad del Juez para dictar sentencias en *extrapetita* y *ultrapetita*. Sin embargo, el requerimiento de que en todo caso el fallo se funde en lo alegado y probado, enerva por definición las circunstancias del citado artículo 6. Ya que el Juez, al dictar la sentencia, debe atenerse a lo alegado y probado, por tanto no se admiten los supuestos de extra y ultrapetita. Incluso, hay que notar, que según el artículo 160 numeral 4 de la LOPT (ob. cit.), la sentencia proferida por el Juez laboral será nula cuando contenga ultrapetita.

- Recepción de las pruebas.

Según el artículo 73 de la LOPT (ob. cit.), “la oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”.

Es así, que los jueces han interpretado que la promoción de las pruebas deberá verificarse en el momento de instalación de la audiencia preliminar, no admitiéndose luego la promoción de otras. Para Carballo (ob. cit.), esta interpretación no resulta liberal, si es compatible con la función de mediación asignada al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, ya que sin las pruebas que avalan la posición

de las partes, el mediador no podría proponer alguna fórmula de arreglo, ni los apoderados de las partes ponderar las probabilidades de éxito de sus representados, hecho esencial para una determinar una solución negociada.

Hay que advertir, que las pruebas promovidas por las partes sólo se incorporan al proceso una vez agotada la audiencia preliminar y serán tramitadas por el Juez de Juicio, según lo dispuesto en el artículo 74 de la LOPT (ob. cit.), al consagrar: “...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”.

Vale la pena resaltar, que por excepción habría que admitir la promoción de pruebas luego de instalada la audiencia preliminar, cuando en el ejercicio de la potestad saneadora a que se contrae el artículo 134 de la LOPT (ob. cit.), se produjera la reforma, no meramente formal, del libelo de la demanda.

Garantía de los Resultados del Juicio

Partiendo del artículo 137 de la LOPT (ob. cit.), el cual consagra:

A petición de parte, podrá el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin

de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama...

Por una parte, pareciera ampliarse el objeto de las medidas cautelares, ya que la norma legal, al prever como finalidad de las mismas evitar que se haga ilusoria la pretensión, en lugar de la clásica ejecución del fallo, abarca un campo más amplio que incluye tanto el aspecto de aseguramiento de bienes, como de los derechos y, entre ellos, el derecho a probar.

Por otra parte, a diferencia de lo previsto en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (CPC), no se exige al demandante que acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de que, efectivamente, existe riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. Sin embargo, por tratarse de medidas cautelares o preventivas, resulta de su esencia la existencia de un riesgo que se pretende sortear, es decir, que dictado el fallo, resulte ilusoria su ejecución. Si el riesgo no fuera verificable, carecerían de fundamento las eventuales medidas cautelares que pudiese decretar el Juez.

Duración de la Audiencia Preliminar

Tomando en cuenta los principios de inmediación de la audiencia, ésta debe durar en cuanto sea posible, el menor número de días hábiles; tomando en cuenta la

sencillez o complejidad de cada caso, ya que no es lo mismo un juicio laboral con un solo demandante que otro que tenga veinte demandantes, como a veces suele suceder en materia laboral. En este sentido, la audiencia preliminar podrá prolongarse en el mismo día una vez vencidas las horas de despacho hasta que se agote el debate, previa aprobación del Juez.

Pero, agrega la LOPT en su artículo 132, que en todo caso, si no fuera suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, éste continuará el día hábil siguiente, y cuantas veces sea necesario, hasta agotarlo. Como la audiencia preliminar o de juicio es una sola y puede efectuarse en uno o varios días hábiles, se considera que la comparecencia de las partes a los actos sucesivos tendrá como efectos los previstos en los artículos 130, 131 y 151 de esta Ley.

Bruzual (ob. cit.), considera que las opiniones que exponga el Juez en la audiencia preliminar, sin que incurra en actos de parcialización a favor de las partes, no constituyen causal de recusación, porque el Juez de Sustanciación no sentenciará en la audiencia de juicio. De allí, que se considera que dividiendo el procedimiento de primera instancia en dos fases con dos jueces diferentes, se pierde en parte la inmediación que debe existir en los juicios orales, y hasta por razones de costo se duplican los mismos.

En síntesis, si la mediación es positiva el Juez dará por concluido el proceso mediante sentencia oral que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, reduciéndolo en acta y con efecto de cosa juzgada. Hay que tomar en cuenta que si no hay mediación positiva continúa el juicio.

CAPÍTULO III
LA CONTUMACIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR
EN EL DERECHO COMPARADO

Entender la contumacia en la legislación extranjera implica el análisis de la conciliación en la audiencia preliminar, ya que esta se encuentra establecida en atención al principio de inmediatez, donde se espera que el proceso termine de forma favorable para ambas partes, de allí, que se espera la comparecencia de ambos sujetos, razón por la cual se presentan las siguientes legislaciones extranjeras que toman en cuenta este hecho para prever la asistencia de las partes.

La Mediación Laboral en Chile

González (2004), explica que el Código del Trabajo de Chile de 1994, propone en su artículo 444 la audiencia conciliatoria con las partes por mediación del Juez de Trabajo, quien propondrá las bases que el considere convenientes para la discusión. Lo relevante de esta Ley, es que el Juez de Trabajo directamente propone las bases de la futura mediación en forma directa, para darle oportunidad a las partes de pronunciarse sobre la propuesta. Las opiniones que el Juez emita sobre las bases de la futura conciliación, no serán causal de inhabilitación (recusación).

Luego de esto, si las partes aceptan las condiciones en la mediación del Juez el proceso termina, sino continua su curso, presentando inmediatamente las pruebas al Juez para agregar cualquier otro elemento probatorio y llegar a la sentencia. Además, si se agota la audiencia en el día fijado para la conciliación por la mediación del Juez, y no se pueden evacuar todas las pruebas, el Tribunal correspondiente continuará recibiendo al día siguiente hábil y así sucesivamente. Pero, de no existir acuerdo, ni hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, que sustancia, el Tribunal dictará sentencia de manera inmediata, o a más tardar, dentro de un lapso establecido del décimo quinto día.

Como se aprecia, el proceso laboral chileno tiene una brevedad inusual, ya que el juicio oral se agota en la audiencia de conciliación si no hay pruebas que evacuar ni actos para sustanciar, por lo que el Juez debe dictar sentencia inmediatamente, ya que al proponer las bases para la conciliación se da por sentado que éste conoce a profundidad el asunto tratado.

La Mediación Laboral en Córdoba, Argentina

La incomparecencia a la audiencia de conciliación tiene efectos diferentes según quién sea el que no ha comparecido, ya que conforme al artículo 49, la

asistencia es obligatoria para las partes, debiendo comparecer personalmente, sin perjuicio del patrocinio letrado.

Si no comparece el actor, se produce el desistimiento de la acción, salvo que previo a la audiencia haya acreditado impedimento para concurrir e imposibilidad de ser representado por las personas autorizadas para ello, en cuyo caso se suspenderá la audiencia y se fijará una nueva a los mismos fines.

Conforme al artículo 49 de la Ley 7987, si el actor no pudiese concurrir por causa debidamente justificada puede ser representado por familiares dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad (padre, abuelo, bisabuelo; hijo, nieto, bisnieto; hermano, tío o sobrino; suegros, yerno o nuera, cuñados). Aunque la ley no dice nada respecto del cónyuge, en tanto entre ellos no hay parentesco, creemos que debería admitirse la representación, pero reiteramos: la ley no lo prevé. También puede ser representado por las autoridades de las entidades gremiales o profesionales a que pertenezca el actor, siempre que cuenten con personería jurídica o gremial otorgada de conformidad a la ley.

Debe quedar absolutamente claro que no puede ser representado en la audiencia de conciliación por el abogado que lo patrocine o al que haya apoderado previamente, ya que si se da esa hipótesis la respuesta procesal es considerar al actor como

desistido de la acción (obviamente que esto es así siempre y cuando no se dé la situación de que ese profesional reúna a su vez las condiciones de vínculo familiar expresadas anteriormente, pero en ese caso debe quedar en claro que la representatividad es por el vínculo familiar y no por el título profesional habilitante).

Ello solamente determina el archivo de dicha causa judicial y no implica la pérdida del derecho, por lo cual podrá incoar una nueva demanda reclamando idénticas pretensiones, ya que el desistimiento no hace cosa juzgada material. Naturalmente que si nacen nuevas defensas para el demandado *a posteriori* del desistimiento producido (como sería el transcurso del tiempo, y por ende la posibilidad de interponer la excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento), es perfectamente válido que las pueda oponer en el nuevo juicio que se instaura, ya que el desistimiento de la acción por inasistencia del actor a la audiencia de conciliación no interrumpe la prescripción (artículo 3987, Código Civil Argentino).

Para el caso de la asistencia del demandado, es importante que quede claro que si éste es una persona física debe comparecer en forma personal, con carácter obligatorio salvo impedimento. Si se da esta hipótesis puede ser representado por parientes en los mismos grados establecidos para el actor, y también por su gerente, administrador, factor o empleado superior, con poder suficiente para obligarse.

También puede ser representado por la entidad profesional a la que pertenezca la empresa demandada (Centro de Empleadores de Comercio, Cámara de Industriales Metalúrgicos, Unión Industrial de Córdoba, entre otros), siempre y cuando la entidad profesional goce de personería jurídica y tenga mandato suficiente para representar a sus empresas asociadas.

Es muy importante cerciorarse debidamente de que el poder que acompaña el que concurre contenga la autorización para obligarse, para conciliar, pues si no la tiene no resulta idóneo, por insuficiente. Por ejemplo, un poder general que no contemple esa autorización no sirve, por más que tenga el carácter de poder general, pues debe ser expresamente autorizado al efecto.

Cuando las demandadas sean personas jurídicas, éstas deben comparecer por intermedio de sus representantes legales, designados de acuerdo a los estatutos o contratos respectivos, conforme a la ley 19.550 y a los artículos 33 y ss. del Código Civil.

Si la demandada no concurre sin causa que justifique su incomparecencia, se seguirá el juicio en la forma que determina el art. 25, es decir, se la considera rebelde y se le da por contestada la demanda, generándose una presunción de veracidad de los hechos relatados en la misma, los cuales pueden ser desvirtuados por prueba en

contrario, lo que implica, desde ya, que se produce la inversión de la carga probatoria del proceso.

Entre las características del proceso laboral se pueden mencionar:

a) Es público: porque surge del Estado. Es indisponible por las partes del proceso, en función de los principios del orden público laboral y de irrenunciabilidad.

b) Es instrumental: porque es el medio por el cual se realiza el derecho positivo de fondo, el derecho sustancial del Trabajo.

c) Es secundario: porque dependerá para su aplicación del derecho positivo de fondo. Para que exista acción habilitada debe existir una norma sustancial que contemple o comprenda el derecho denunciado como infringido o violado.

d) Es autónomo: porque sus normas tienen valor por sí mismas. No están supeditadas a la preexistencia de otros derechos adjetivos para su operatividad.

Se trata de una regulación que tiene vida propia, más allá de cierta supletoriedad, que por vía de remisiones directas o indirectas pueda realizar a otros ordenamientos procesales afines.

En esta provincia explica González (ob. cit.), que el artículo 49 del Código Procesal del Trabajo de 1991, a diferencia de la ley chilena, prevé que la asistencia a la audiencia conciliatoria es obligatoria para las partes, que deberán comparecer personalmente, sin perjuicio del patrocinio del letrado.

Asimismo, en el caso de que las partes por impedimentos legalmente comprobados no puedan comparecer a la audiencia de conciliación, estas podrán estar representadas por:

- Parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo en afinidad.
- Las autoridades de las entidades gremiales o profesionales a que pertenezcan, siempre que las mismas tengan personería jurídica o gremial otorgada de conformidad con la ley.
- El empleador podrá hacerse representar por su gerente, administrador, factor o empleado superior, con poder suficiente para obligarse. Si se trata de una persona jurídica, deberán comparecer por intermedio de sus representantes legales, los cuales deben ser designados de acuerdo a los estatutos o contratos respectivos o los que la Ley autorice a tales efectos.

Ahora bien, la sanción que establece esta legislación al demandante que no comparece a la audiencia de conciliación sin causa justificada, es que tendrá por desistida la demanda; en cambio, si la parte demandada no comparece sin causa justificada, se seguirá el juicio, y se tendrá por contestada la demanda, generándose de esta manera la presunción de veracidad de los hechos relatados en ella, que podrá ser desvirtuada por prueba en contrario.

En cuanto a la audiencia de conciliación, ésta se desarrolla en presencia del Juez de Trabajo, quien intervendrá personalmente, en forma oral y en audiencia privada, procurando el advenimiento de las partes, si éstas están de acuerdo sobre los hechos y la divergencia versa sobre la aplicación del Derecho.

En caso de que las partes estén de acuerdo sobre los hechos en litigio, pero difieren en la aplicación del Derecho, esta legislación prohíbe que celebren una transacción porque se menoscabarían los derechos irrenunciables y de orden públicos de los trabajadores.

Pero, si también se da el caso de llegar a una conciliación, debe dejarse constancia en acta de los términos y su aprobación por el Juez que ha mediado, la cual a su vez tendrá el efecto de cosa juzgada, y que da el derecho a las partes a exigir su cumplimiento por vía de ejecución de sentencia.

En este sentido, al momento de la audiencia preliminar, el Juez mediará para lograr que las partes lleguen a un acuerdo y de lograrse se dejará constancia por escrito. De no ser así, el Juez puede proceder a celebrar una segunda audiencia de conciliación, y si no hay acuerdo, se continúa con el juicio.

Asimismo, las partes pueden llegar a una conciliación parcial en algunos aspectos, hecho que implica que el juicio continúe en aquellos en donde no se logró un acuerdo entre las partes por la mediación del Juez. Este juicio pasa entonces a la Cámara del Trabajo respectiva para su resolución. En caso contrario, el no advenimiento de las partes, se hará constar en esta circunstancia sin expresión de lo que se dijo en la audiencia, no pudiendo ser posteriormente interrogados los intervinientes acerca de lo ocurrido en ella.

Ahora bien, si las partes no hubieran conciliado, el demandado deberá contestar la demanda, y en esa misma oportunidad deberá reconvenir u oponer bajo pena de caducidad, las excepciones que estime convenientes. En caso de reconvención, el plazo máximo para que el actor la realice es tres días. Resueltas las excepciones o contestada la reconvención, continuará el proceso.

El siguiente paso, es que el Juez de Conciliación, emplazará a las partes para que dentro del término de los siete días siguientes, ofrezcan pruebas, y una vez

admitidas, se procederá a su recepción dentro de un término no mayor a noventa (90) días. Inmediatamente hecha la recepción de las pruebas, el Juez de Conciliación podrá citar de oficio a una nueva audiencia de conciliación. Si en la segunda audiencia de conciliación no hubo acuerdo, las partes quedan notificadas de pleno derecho de la elevación de la causa a la Cámara de Trabajo respectiva.

La Mediación Laboral en Colombia

Partiendo de la Teoría General del Proceso, donde se distinguen dos sistemas procesales opuestos, que son el dispositivo y el inquisitivo, relativos al inicio del proceso, su impulso y la facultad del juez de decretar pruebas de oficio. Siguiendo las tendencias, el Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social colombiano estableció un sistema procesal mixto, pues el inicio del proceso está regulado por el sistema dispositivo, debido a que sólo se inicia a petición de parte mediante una demanda, es decir, el juez no lo puede iniciar de oficio. Por el contrario, su desarrollo está regido por el sistema inquisitivo, ya que el juez lo debe adelantar así las partes no comparezcan, presentándose la contumacia. En cuanto a la prueba, desde el Código originario el juez laboral tiene la facultad de decretar pruebas de oficio.

El proceso laboral y de seguridad social colombiano tiene las siguientes características:

1. Está regido por un sistema procesal mixto como se explicó anteriormente.

2. Es un proceso tradicional, no oral, es decir, está sometido a la escritura en sus formas, aunque su desarrollo en teoría, concretamente las pruebas se practican y la sentencia se profiere en audiencias.

La etapa inicial, que denomino siguiendo al maestro Devis Echandía (1990), *litis contestatio*, se desarrolla por escrito, es decir, conforme al sistema tradicional. Las etapas de instrucción y juzgamiento se adelantan en audiencias, pero más como un proceso de dictado. Además, se dilatan, lo que excluye la efectividad de la oralidad.

3. El juez de conocimiento es uno en la única o primera instancia, es decir, no hay etapas de la instancia que se adelanten por jueces diferentes.

4. La competencia es de jueces con categoría de circuito. En los lugares donde no exista Juez Laboral del Circuito conoce el Juez Civil del Circuito.

5. La cuantía determina el procedimiento, que puede ser de única o doble instancia. No existen procesos de mínima, menor o mayor cuantía.

6. Los autos de trámite o sustanciación no son susceptibles de recurso.

7. En materia de pruebas, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorga valor probatorio a determinadas copias simples.

8. La facultad del juez de fallar *extra y ultra petita*, que constituye una excepción a la congruencia de la sentencia.

El artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia de 2001, según González (ob. cit.), dispone que una vez contestada la demanda principal y de la reconvención, si la hay, el Juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente a una audiencia pública, con o sin apoderado.

Para eso, el Juez examinara previamente la totalidad de la actuación realizada, y será él quien la dirija, por medio de las siguientes reglas:

- Si las partes o una de ellas no tiene capacidad procesal, acudirá su representante legal.

- Si antes de la hora señalada para la audiencia alguna de las partes presenta una prueba fehaciente para no poder asistir, el Juez señalará una nueva hora y fecha para otra audiencia, sin que pueda haber otro aplazamiento.

- Si en la segunda audiencia, se presenta el hecho de que existe una causa de fuerza mayor que impide a una de las partes asistir, la audiencia conciliatoria con mediación del Juez se realizará con su apoderado, quien debe estar facultado para conciliar, admitir hechos y desistir.

- Con excepción de lo expuesto anteriormente, si el demandante o demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el Juez la declarará clausurada, y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

- Si se trata del demandante, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda, y en las excepciones de mérito.

- Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

- Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvencción.

- Si el apoderado tampoco asiste, se producen los mismos efectos nombrados anteriormente.

- Cuando los hechos no admiten prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como un indicio grave en su contra.

- La ausencia sin justificación de cualquiera de los apoderados da lugar a la imposición de multas.

En este sentido, una vez verificadas todas estas reglas, González (ob. cit.), explica que si concurren las partes, con o sin apoderados, el Juez los invitará para que en su presencia y bajo su vigilancia concilien sus diferencias, si son susceptibles de solución por este medio de mediación del Juez; y si no lo hicieren deberá promover las fórmulas que estime justas, sin que ello signifique prejuzgamiento y sin que las manifestaciones de las partes impliquen confesión. En esta etapa de la audiencia de conciliación, la Ley sólo permite diálogo entre el Juez y las partes, y entre éstas y sus apoderados con el único fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación.

Un aspecto resaltante en la legislación laboral colombiana, es que en la audiencia de conciliación, la Ley sólo le permite el diálogo entre el Juez como mediador y las partes, y entre estas y sus apoderados, sólo con el propósito de

asesorarlos para proponer posibles soluciones a la resolución del conflicto. Si se llega a un acuerdo total, quedará constancia por escrito y se declara terminado el proceso, asimismo sucede si el acuerdo es parcial.

En este sentido González (ob. cit.), explica que el legislador colombiano también estableció reglas para aquellas situaciones en donde el intento de conciliación no fue posible, entre ellas están:

- Si es imposible la conciliación por mediación del Juez, éste declarará terminada la etapa de conciliación, y en la misma audiencia decidirá las cuestiones previas, adoptará medidas para evitar nulidades y sentencias inhibitorias, pedirá a las partes y a sus apoderados que determinen los hechos en que estén de acuerdo y susceptibles de prueba de confesión, aclarar allí mismo, de ser necesario, las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

- Luego de lo anterior y en audiencia de trámite, el Juez decretará las pruebas que sean conducentes y necesarias, señalando día y hora para la audiencia de trámite, la cual se realizará dentro de los cinco días siguientes, para lo cual expedirá las órdenes de comparecencia y tomará las medidas legales para la práctica de las pruebas.

Como parte final de esta novedosa y clara audiencia de conciliación, el legislador colombiano establece que cuando la ley exige la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la etapa de conciliación prevista en el artículo 77, comentado anteriormente, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

CAPÍTULO IV
EFFECTOS JURÍDICO-PROCESALES DE LA CONTUMACIA
EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO
LABORAL VENEZOLANO

La audiencia preliminar constituye una fase necesaria del nuevo procedimiento laboral, con independencia del ánimo de autocomposición de la litis que pudieran existir entre las partes. En este sentido Carballo (2004), haciendo referencia a una Sentencia dictada por el Tribunal Supremo Tercero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, explica que el procedimiento debe inexorablemente iniciarse ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, ya que esta es la primera fase del juicio, donde el Juez es el encargado de admitir la demanda, tramitar las notificaciones necesarias, decretar las medidas preventivas si se han solicitado, y participar en la búsqueda de los medios alternativos que permitan resolver el conflicto.

Es por eso, que suprimir esta fase del proceso bajo la premisa que la suposición de las partes es inconciliable, sería violatorio de la garantía constitucional del debido proceso, ya que se le cercenaría la posibilidad a las partes de presentar sus pruebas, y de contestación a la demanda, actividades procesales que sólo se pueden efectuar ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

Por otra parte, la presencia de las partes en la audiencia preliminar, de acuerdo al principio de inmediación, constituye de conformidad con lo previsto en el artículo 129 de la LOPT (2002), una carga que acarrea las siguientes consecuencias:

- Si a ella no compareciera el demandado, se produciría confesión ficta, tal como se consagra en el artículo 131 de la LOPT (ob. cit.):

Si el demandado no compareciera 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 del plazo de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación del fallo.

- En el caso del demandante, la incomparecencia se considera el desistimiento del proceso, terminando el procedimiento con sentencia oral, contra esa decisión el demandante podrá apelar ante el Suo superior, según lo dispuesto en el artículo 130 de la LOPT (ob. cit.): “Si el recurrente no compareciera a la audiencia fijada para resolver la apelación, se considerará desistido el recurso de casación propuesto y se condenará al apelante en costas...”.

Ahora bien, si ambas partes dejaran de comparecer a la audiencia preliminar, el Juez deberá decretar la extinción del proceso, ya que es lógico sostener que ante la

incomparecencia del accionante pierde relevancia la presencia o no del demandado, ya que la ley exige esa condición con el fin de la prosecución del proceso.

Esto tiene una aplicación análoga de la norma contemplada en el artículo 151 in fine de la LOPT (ob. cit.), cuando se dispone: "... Si ninguna de las partes compareciere a la audiencia, el proceso se extinguiría y así lo hará constar el Juez, en acta que inmediatamente levantará al efecto".

Además, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución procederá a dictar sentencia en forma oral, que se reducirá en un acta que deberá publicarse en la misma fecha tal como se expresa en el encabezado del artículo 130 de la LOPT (ob. cit): "Si el demandante no comparece a la audiencia preliminar se considerará desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta, la cual deberá publicarse en la misma fecha..."; así como en el encabezado del artículo 131: "reduciendo la sentencia a un acta que se elaborará el mismo día".

En caso de que fuera declarado desistido el procedimiento, el actor podría proponer nuevamente la demanda luego de transcurrido un lapso de por lo menos noventa (90) días continuos, contados a partir de la fecha en que quedó firme la sentencia que declaró dicho desistimiento, lo cual aparece en el artículo 130 parágrafo primero de la LOPT (ob. cit.): "El desistimiento del procedimiento solamente

extingue la instancia, pero el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes que transcurran noventa (90) días continuos...”.

Por su parte García (2004), propone que si el actor no viene y si asiste el patrono, no se deberían agregar las pruebas, porque luego las conocería el trabajador y podría cambiar el libelo, con una evidente ventaja procesal en perjuicio del dador del trabajo.

En este caso, la decisión del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene apelación ante el Tribunal Superior; y la éste tiene recurso de casación, si alcanza la cuantía prefijada para recurrir en casación. Si se interpusieran recursos, no comenzaría a computarse el lapso de los noventa (90) días continuos hasta que no estuviese firme la decisión que declaró el desistimiento del procedimiento por incomparecencia del demandante.

Además, el supuesto de que el accionante venga a la audiencia preliminar sin abogado, no se entiende desistido; en teoría debe fijarse una nueva oportunidad designándole un abogado de los Procuradores del Ministerio del Trabajo, y si no viene con el abogado-procurador en la segunda oportunidad, entonces sí hay desistimiento; ya que el accionante puede interponer su acción sin estar asistido del

abogado, pero no puede seguir el juicio sin estar asistido o representado por un abogado.

En opinión de García (ob. cit.), en ningún caso se diferirá una audiencia preliminar porque el apoderado judicial de la parte actora le coincida con otro acto o audiencia, ya que el apoderado judicial del accionante tiene el tiempo suficiente para incorporar a otro abogado y otorgarle mandato, porque la oportunidad en que se llevará a cabo una audiencia es del conocimiento de las partes, por lo menos diez (10) días hábiles antes del acto.

En este orden de ideas, en caso de confesión ficta, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución procederá a dictar sentencia bajo la premisa de que han sido admitidos los hechos alegados por el actor. Es claro que 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, tal como se consagra en el encabezamiento del artículo 131 de la LOPT (ob. cit.): “Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante...”.

En este orden de ideas, Carballo (ob. cit.), considerando el artículo 131 de la LOPT, refiere una sentencia del Tribunal Segundo Superior del Circuito Judicial del

Trabajo del Área Metropolitana de Caracas donde se prevé de manera clara que si el demandado no concurre a la audiencia preliminar se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante, procediendo el Tribunal a sentenciar en forma oral la confesión ficta, siempre que no sea contraria a derecho la petición del demandante.

Asimismo, se explica que el Juez está en la obligación de analizar la pretensión y los hechos expuestos por el actor en el libelo con el propósito de determinar si esos hechos acarrearán las consecuencias jurídicas que atribuye el actor, es decir, que el Juez debe exponer en su fallo los motivos de derecho que le llevaron a decidir de esa manera, ya que lo que debe tenerse por aceptado son los hechos alegados, más no el derecho incoado por la parte actora.

En otra sentencia del Tribunal Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, citada por Carballo (ob. cit.), quien explica que la incomparecencia a la audiencia preliminar, conlleva para el demandado la admisión de los hechos alegados por el actor, por lo que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá decidir oralmente en la misma audiencia atendiendo a la confesión del demandado, en cuanto no sea contraria a derecho a petición del accionante. Esto quiere decir, que el Juez tiene la obligación de revisar los conceptos

reclamados y en caso de considerar que alguno de los conceptos o cantidades no procede, no la concederá en la dispositiva de fallo.

Por su parte García (ob. cit.), sostiene que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución no decide con base a las pruebas de autos, porque de hecho no las tiene, a menos que alguna estuviera acompañando al libelo; sino que condena por aplicación de la disposición adjetiva que se lo impone, e incluso no hace ningún tipo de examen o consideración sobre la demostración de los hechos porque no está facultado para analizar, examinar, apreciar o desechar pruebas, sólo que en este caso aplica la consecuencia jurídica establecida por el legislador, y que surge del supuesto de hecho previsto en la norma, sólo con el único cuidado de que no sea contraria a derecho.

En este caso, en lo que respecta al accionado, no se trata de una confesión ficta, en cuyo caso se le permitiría desvirtuar con pruebas los efectos de su incomparecencia; sino que se trata de una confesión por imperio de la ley lo cual hace presumir la aceptación de los hechos, no del derecho.

De esta manera, el Juez procede a sentenciar con el examen del escrito contentivo de la demanda y de las pruebas que haya podido consignar el accionante con su libelo de demanda, siempre que éstas demuestren a favor del accionado, como sería en el caso de recibos de pagos efectuados por el demandado. Cuando se trata de

un caso así, y el actor no se integra a la audiencia preliminar, esta no se inicia porque no hay que mediar y por tanto, tampoco presenta su escrito de pruebas.

Aclara García (ob. cit.), que la LOPT no contempla la figura del defensor judicial ad litem, porque éste se nombra cuando la persona buscada para citarla no es localizada y se acuerda la fijación de un cartel para que se de por citada en el Tribunal, entonces si no acude a darse por citada, se le designa un defensor con quien se entenderá la parte actora; pero como en este procedimiento se emplaza a la parte accionada mediante un cartel de notificación que se fija en la sede del demandado, no hace falta estar buscando a alguien para citarlo.

Ahora bien, si la parte accionada comparece puntualmente a la audiencia preliminar sin estar asistido de abogado, no se puede considerar que hay admisión de los hechos. En teoría, como se indica también en el caso del actor, se fija una nueva oportunidad designándole un abogado de una lista de Procuradores del Ministerio del Trabajo, y si no viene con el abogado-procurador en la segunda oportunidad si hay admisión de los hechos, debiendo proceder el Juez a dictar su sentencia oral, reduciéndola en un acta que se publica el mismo día.

Una recomendación que hace García (ob. cit.), que es favorable al actor, es que en los casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, el líbello debería

estar acompañado de las pruebas de estos, de manera que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, si no asiste el demandado, tenga mejores elementos en actas para proceder a las respectivas condenatorias.

En este orden de ideas, si no comparece ninguna de las partes se considerará terminado el proceso, dejando expresa constancia de ello en el acta que se levantará al efecto, y según García (ob. cit.), no se requiere dictar sentencia oral, ya que no hay partes para oír al Juez, bastando con la constancia escrita.

En síntesis, la contumacia en el proceso laboral venezolano debe ser apreciada desde la perspectiva del Derecho Procesal, ya que en atención a la especialidad de la materia, debe garantizarse en todo momento el respeto y la garantía de los derechos de las partes en el proceso laboral, y de esta forma lograr la justicia.

En este orden de ideas, vale la pena destacar que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° AA60-S-2003-000866 del 17 de Febrero del 2004, al precisar el alcance jurídico de la contumacia o incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar ordenada por Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), según lo expuesto en el artículo 131 de 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 contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día ...

Al respecto, la Sala comentó que el mandato inserto en tal pauta normativa ilustró a la Sala para cualificar la presunción de admisión allí contenida con un carácter absoluto y, por tanto, no desvirtuable por prueba en contrario. En efecto, las modalidades de tiempo y forma, previstas en la norma in comento para ejecutar el acto cognitivo declarativo del derecho (la decisión) limitan ésta a la confesión acaecida por la rebeldía y, adicionalmente su exteriorización, debe ejecutarse de manera inmediata (sentencia oral reducida en acta elaborada el mismo día al de la incomparecencia).

De otra parte, también expuso la Sala, que el propio sistema procesal confina 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 (apertura de la audiencia preliminar (artículo 73 de la LOPT) o en todo caso, para ofrecer la contraprueba de los hechos alegatos del actor. Incluso, el artículo 120 de la señalada Ley Adjetiva del Trabajo prescribe *ex lege*, cuando una conclusión se

presume con carácter relativo, no enmarcándose el citado artículo 131 eiusdem en la esfera de tales presunciones.

Ciertamente, afirmó la Sala que la ilegalidad de la acción supone que la misma se encuentra prohibida por la ley, no tutelada 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). Por ello, el demandado tendrá la carga de demostrar la ilegalidad de la acción o contrariedad con el ordenamiento jurídico de la pretensión, no obstante que la obligación del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en verificar tales extremos emerge de pleno derecho.

De esta manera, 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; 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.

Sin embargo, explicó la Sala que para el caso en 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 LOPT, 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 ese contexto se inclinó 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...

Por ende, en el escenario específico de la contumacia del demandado a la prolongación de la audiencia, surten idénticas consecuencias jurídicas a la de la incomparecencia al inicio o apertura de la misma. No obstante, una relevante circunstancia de orden procedimental debe advertir esta Sala, y se constituye en el

hecho formal de que las partes a priori, han aportado material o medios probatorios al proceso.

Bajo esta perspectiva referencial, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene la inquebrantable misión de formarse convicción con relación a la legalidad de la acción y consecuentemente la pertinencia jurídica de la pretensión, aprovechándose del cúmulo probatorio incorporado a juicio. Asimismo, la parte demandada tiene la prerrogativa de apoyarse de los medios probatorios promovidos, siempre y cuando como se aseverara, pretenda coartar la acción por ilegal o la pretensión por su contrariedad con el derecho.

Dichas causas extrañas no imputables que configuran el incumplimiento involuntario del deudor (obligado) las adminicula el legislador en correspondencia con la norma transcrita en el caso fortuito y la fuerza mayor, y ante tal categorización, debe la Sala necesariamente aclarar las condiciones necesarias para su procedencia y consecuente efecto liberatorio. Toda causa, hecho, obstáculo o circunstancia no imputable que limite o impida el cumplimiento de la obligación, debe necesariamente probarse. Tal condición limitativa o impeditiva debe resultar de orden práctico.

De igual modo, tal imposibilidad plena en ejecutar la obligación necesariamente debe instaurarse como sobrevenida, es decir, que se consolida o materializa con

posterioridad a contraerse legítimamente la obligación. Por otra parte, aclaró la Sala que la causa externa (no imputable) generadora del incumplimiento no puede resultar previsible, y aun desarrollándose en imprevisible, la misma debe ser inevitable, a saber, no subsanable por el obligado. Igualmente y de manera conclusiva, debe especificarse que la causa del incumplimiento no puede responder a una actitud volitiva, consciente del obligado (Dolo o intencionalidad).

En otra sentencia, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° AA60-S-2004-0000718, de fecha 30 de Septiembre de 2004, al hacer referencia al artículo 131 de la LOPT (2002), 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 donde se evidencia de autos que la parte demandada no asistió el día y hora en que estaba fijada la celebración de la audiencia preliminar, por lo que, en consecuencia, tanto el Juez de Primera Instancia de Sustanciación como el Juez de Segunda Instancia, decidieron de conformidad con el artículo 131 mencionado, declarar la admisión de los hechos invocados por la actora, y en consecuencia, con lugar la demanda.

Del mismo modo, en cuanto a la institución de las costas procesales, bien es sabido, que las mismas proceden hasta un máximo del 30% de lo litigado, tal y como

lo establece la Ley. En este sentido, aun operando la admisión de los hechos, procedió el pago de tales costas con el límite anteriormente señalado y más aún cuando la parte demandante, en el presente asunto, lo que realizó fue la introducción de la demanda, por lo que resultaría totalmente violatorio a los principios de equidad y de justicia, establecer lo contrario.

Tal como se puede apreciar de las sentencias anteriormente analizadas, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la contumacia tiene ciertos efectos jurídicos procesales que acarrearán una serie de consecuencias para ambas partes, donde destaca que pueden darse por admitidos los hechos e incluso finalizar el proceso. De allí la importancia de conocer esta figura en el proceso laboral venezolano.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Para dar respuesta a los objetivos de la investigación, cuyo propósito fundamental era analizar la contumacia intencional en la audiencia preliminar en el proceso laboral venezolano, se presentan las siguientes conclusiones.

Conclusiones

El actual proceso laboral venezolano con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ha puesto en el ámbito jurídico una manera diferente de resolver los conflictos laborales de allí que:

- Los principios del Derecho Laboral se materializan en la nueva legislación venezolana, donde la oralidad, inmediatez, uniformidad, celeridad, entre otros; se convierten ahora en los pilares fundamentales del proceso laboral venezolano, sustituyendo el anterior que era escrito, lento y poco provechoso para la justicia.
- La Ley Orgánica Procesal del Trabajo ha permitido un avance en la justicia laboral en Venezuela, donde el Juez tiene bajo su responsabilidad el realizar su tarea

en la audiencia preliminar, buscando darle inmediatez y celeridad a los procesos, y de esta manera lograr que la justicia sea una realidad.

- El Derecho por ser todo un conjunto de normas que se interrelacionan entre sí, parte de un fin común, que es lograr la verdadera justicia. Por esta razón el Derecho Procesal es una de las ramas que mayor beneficio presentan al momento de resolver un conflicto, ya que sus estructuras son la base fundamental para otras áreas procesales, donde se encuentra ahora, el proceso laboral.

- Es innegable el avance del proceso laboral actual, sin embargo hay que tener presente que la experiencia va a permitir caminar con pasos firmes hacia una verdadera justicia, por tanto hechos como la contumacia deben ser analizados, entendidos y operados partiendo del Derecho Procesal para tratar de asentar bases firmes que no generen dudas en cuanto a las decisiones tomadas.

- En la audiencia preliminar del proceso laboral, en caso de que el demandado no comparezca se tomará como confeso, teniendo oportunidad de apelar en un tiempo determinado. Esta confesión ficta puede considerarse tomando en cuenta el artículo 334 de la Constitución vigente y el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil como inconstitucional, ya que esta sentencia produce efectos inherentes y de eficacia

concluyentes en cuanto a la causa, ya que la audiencia a la cual se deja de asistir no tiene que ver con el fondo del caso.

- Otro aspecto a tomar en cuenta en la contumacia de la audiencia preliminar, es que la sentencia que se produce que define la litis y condena al demandado, se produce en una audiencia donde el propósito fundamental está centrado en propósitos distintos y preliminares como la mediación entre las partes para lograr la conciliación (art. 133) o el arbitraje (arts. 6 y 138), sanación del proceso (art. 134), y promoción de las pruebas por las partes (art. 73).

- El demandado que no compareció a la audiencia preliminar no tiene la posibilidad de desvirtuar la confesión ficta en su contra a través de la promoción y evacuación de la contraprueba de los hechos libelados, tal como ocurre en el proceso ordinario (art. 362, CPC), porque la sentencia fundada en la confesión ficta se produce en la misma audiencia sin que la ley prevea un lapso para la promoción de pruebas.

- La Ley Orgánica Procesal del Trabajo no refiere ninguna regla que otorgue más seguridad en cuanto al conocimiento de la causa por parte del demandado citado para la audiencia preliminar, a pesar de las graves consecuencias que pueden producirse desde el punto de vista de la administración de justicia, aspecto que si se

toma en cuenta en las formas o modalidades del Código de Procedimiento Civil que coadyuvan a corroborar la presunción de conocimiento que involucran las normas de citación.

– Teniendo en cuenta la confesión por falta de comparecencia haciendo presumir la admisión de los hechos, hay que recordar que tanto en las presunciones *iuris tamtum* como en las *iuris et de jure*, se presentan dos hechos. El primero llamado hecho base de la presunción y el segundo hecho presumido. Para ambos casos el hecho base de la presunción debe estar demostrado o haber sido admitido, la diferencia se presenta cuando la presunción legal tiene carácter *iuris tamtum*, porque el hecho presumido por la norma puede ser desvirtuado por la parte contra quien opera y la parte a quien favorece es eximida de probar el hecho presumido. En cambio, cuando la presunción es *iuris et de jure*, el hecho presumido no puede ser desvirtuado.

– Cuando la parte contra quien opera esta presunción demuestra la inexistencia del hecho base de la presunción, aun cuando tenga carácter absoluto, el que la invoca no puede resultar favorecido por ella, ya que tanto en la presunción *iuris tamtum* como en la *iuris et de jure*, es necesario la existencia incontrovertida, en otras palabras, demostrado o aceptado el hecho base de la presunción, de allí que la confesión ficta vista como confesión tácita se produce si el demandado no asiste, no

contesta la demanda y no prueba lo que le favorece, el legislador le otorga un valor de confesión judicial, siempre y cuando la demanda no sea contraria a derecho y no pruebe nada que lo favorezca.

– Ahora bien, para el caso en 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 ese 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.”.

Por ende, en el escenario específico de la contumacia del demandado a la prolongación de la audiencia, surten idénticas consecuencias jurídicas a la de la incomparecencia al inicio o apertura de la misma. No obstante, una relevante circunstancia de orden procedimental debe advertirse, y se constituye en el hecho formal de que las partes a priori, han aportado material o medios probatorios al proceso.

Bajo este mapa referencial, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene la inquebrantable misión de formarse convicción con relación a la legalidad de la acción y consecuentemente la pertinencia jurídica de la pretensión, aprovechándose del cúmulo probatorio incorporado a juicio. Asimismo, la parte demandada tiene la prerrogativa de apoyarse de los medios probatorios promovidos, siempre y cuando como se aseverara, pretenda coartar la acción por ilegal o la pretensión por su contrariedad con el derecho.

– Un hecho que resalta, es que el proceso laboral en el Derecho Comparado da una idea un poco más clara de los alcances y posibles elementos que pueden ser mejorados en esta Ley, de allí que el análisis de estas legislaciones extranjeras deben tomarse como referencia para que el Juez pueda tener una clara idea de la audiencia preliminar, y la asistencia a la misma de las partes, pudiendo tomarse referencias de otros países para analizar el proceso laboral venezolano, como es el caso de

suspender la audiencia para otra oportunidad, y en caso de existir contumacia, proceder a sentenciar de acuerdo a la ley.

- Vale la pena resaltar que el proceso laboral venezolano puede decirse que se ha humanizado, porque el contacto tan cercano y directo entre el Juez y las partes en la audiencia preliminar, orientada por la mediación del Juez, es lo que va hacer posible una conciliación que favorezca a ambas partes, aspecto que al ser comprendido y entendido por cada una de las partes va a lograr la comparecencia y evitar la confesión ficta, y así lograr resolver los conflictos laborales de acuerdo a los principios orientadores de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

- Adecuar la citación personal para que el demandado tenga conocimiento pleno de la causa, la cual debe ser corroborada por el secretario del Tribunal (art. 218, CPC), a la citación por carteles y a la del no presente subsigue el nombramiento de un defensor ad litem con quien se entenderá definitivamente la citación (arts. 223 y 224, CPC).

- El Juez debería conversar con los apoderados de las partes para que conversaran con sus defendidos sobre la manera de realizar la audiencia preliminar, dando la oportunidad de que conozcan que mediante la conciliación pueden llegar a

posibles soluciones, que pueden ser conversadas y discutidas siempre bajo la óptica del Derecho, para resolver cualquier conflicto.

- Revisar la doctrina extranjera para adaptar a la legislación laboral venezolana aquellos aspectos que pudieran contribuir en mejorar la apreciación de la contumacia en el proceso laboral.

- Proponer aquellas reformas que puedan redundar en beneficio del proceso laboral venezolano, siempre bajo la apreciación de mejorar y no de considerar equivocada la Ley, esto para hacer realidad lo perfectible de cualquier instrumento jurídico.

- Establecer verdaderos criterios para realizar la contumacia, los cuales puedan dar los resultados de la aplicación de la Ley Orgánica Procesal Laboral; y que no se basen solamente en estadísticas, sólo con el ánimo de rendir en forma aparente resultados que no se compaginan con la realidad laboral.

REFERENCIAS

- Bruzual B., G. (2003). **El Juicio Oral en la Justicia Laboral Venezolana. Un Ensayo sobre la Nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo**. Caracas: CEC, S.A.
- Carnelutti, F. (1999). **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. (Vol. 5). México: Harla.
- Carballo M., C. A. (2004). **La Audiencia Preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos**. (Parra Comp.). (Vol. I). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 36.860 (Extraordinario), Marzo 24, 2000.
- Código de Procedimiento Civil. (Enero 22, 1987). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.694.
- Código del Trabajo de Chile. (1994). Ley 19759 de 7 de enero de 1994.
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia. (2001). Diario Oficial N° 2640. Diciembre 8, 2001.
- Código Procesal del Trabajo de Córdoba. (1991). Boletín Oficial de 15 de enero de 1991.
- Cuenca, H. (1992). **La Cosa Juzgada en el Derecho Civil Venezolano**. Caracas: Fabretón.
- Devis Echandía, X. (1990). **Compendio de Derecho Procesal Civil. El Proceso Civil, Parte General** (Tomo III, Volumen I) (7ma Ed.) Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
- Duque C., R. (1999). **Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario**. Caracas: Fundación Projusticia.
- García V., J. (2004). **Procedimiento Laboral en Venezuela**. Caracas: Melvin.
- González E., J. (2004). **La Reclamación Judicial de los Trabajadores**. Caracas: Vadell Hermanos.

- González, A. y González, A. (2003). **La Ley Orgánica Procesal del Trabajo**. Caracas: Liber.
- Jaime M., H. A. (2003). **La Demanda y la Contestación de la Demanda en la Nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo**. Caracas: Vadell Hermanos.
- La Roche, R. H. (2003). **Nuevo Proceso Laboral Venezolano**. Caracas: Liber.
- Ley Orgánica del Trabajo. (2006). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 37.504 (Extraordinario), Abril 28, 2006.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 37.504 (Extraordinario), Agosto 13, 2002.
- Marín B., F. (2003). **Curso de Procedimiento Laboral Venezolano**. Caracas: Jurídicas Rincón, C.A.
- Obando G., J. M. (2001). **Derecho Procesal Laboral**. Bogotá: Tunvimor.
- Radbruch, G. (1930). **Introducción a la Ciencia del Derecho**. (Luis Recaséns Siches, Trad.). Madrid.
- Ripert, G. (1955). **Las Fuerzas Creativas del Derecho**. París.
- Stafforini, E. R. (1995). **Derecho Procesal Social**. Buenos Aires: Alfa.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. (2004, Febrero 17). Sentencia N° AA60-S-2003-000866
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. (2004, Septiembre 30). Sentencia N° AA60-S-2004-0000718
- Universidad Católica Andrés Bello. (1997). **Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para Optar al Título de especialista**. Caracas: Autor.