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

LA CONCEPCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DEL CRÉDITO LABORAL Y LA TUTELA CAUTELAR QUE SALVAGUARDE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CRÉDITO LABORAL

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al Grado de
Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Abg. Glenn Daniel Atars Mata

Asesor: Abg. Luis Alfredo Hernández Merlanti

Caracas, 20 de junio de 2011

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 el ciudadano Abogado Glenn Daniel Atars Mata, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: LA CONCEPCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DEL CRÉDITO LABORAL Y LA TUTELA CAUTELAR QUE SALVAGUARDE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CRÉDITO LABORAL; 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 10 días del mes de diciembre de 2010.

_____

LUIS ALFREDO HERNÁNDEZ MERLANTI
C.I. V-6.494.608

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

APROBACIÓN DEL JURADO

LA CONCEPCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DEL CRÉDITO LABORAL Y LA TUTELA CAUTELAR QUE SALVAGUARDE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CRÉDITO LABORAL

Por Glenn Daniel Atars Mata

Trabajo Especial de Grado en Derecho Procesal, aprobado en nombre de la "Universidad Católica Andrés Bello", por el jurado abajo firmante, en la Ciudad de Caracas, a los 20 días del mes de junio de 2011.

_____ _____

DEDICATORIA

A mí padre Laimons Atars Zelte, a mí esposa Yosefin y a Dios que me ha permitido evolucionar.

AGRADECIMIENTOS

En la cultura familiar europea dentro de la cual me he criado y formado un hogar en Venezuela los agradecimientos más expresos son los más verdaderos, por lo tanto quiero agradecer a mí asesor el Dr. Luis Alfredo Hernández Merlanti, autor excelente en materia de pruebas y análisis sobre la jurisprudencia laboral venezolana, a los autores venezolanos como los Dres. Omar García Valentiner, Rafael Narciso Ortiz-Ortiz, Mario Pesci-Feltri, José Vicente Puppio, Román Duque Corredor, ya que gracias a sus estudios y teorías, he podido inspirarme para efectuar esta tesis, sin su apreciado aporte doctrinal, este trabajo estaría incompleto.

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

LA CONCEPCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DEL CRÉDITO LABORAL Y LA TUTELA CAUTELAR QUE SALVAGUARDE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CRÉDITO LABORAL

Autor: Abg. Glenn Daniel Atars Mata
Asesor: Abg. Luis Alfredo Hernández Merlanti
Diciembre 2010

RESUMEN

Este trabajo de investigación estuvo dirigido al estudio y análisis a profundidad de la salvaguarda de la tutela judicial efectiva cuando estamos en presencia de un crédito laboral y la posible tutela cautelar del mismo, bajo la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral que, dependiendo la concepción que adoptemos, tendrá efectos inmediatos en el proceso laboral. Ello se encuentra íntimamente vinculado, unido a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares a partir de la entrada en vigencia de la LOPT en el 2003, toda vez que pueden conjuntamente influir en los criterios para el otorgamiento de la tutela cautelar a los créditos laborales, que va dirigido a que se logre la tutela judicial efectiva y a que el proceso laboral logre la realización de la justicia. Para ello desarrollamos como objeto de esta investigación establecer la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral y los criterios en el otorgamiento de la necesaria tutela cautelar para que se salvaguarde la tutela judicial efectiva del crédito laboral, desarrollando la investigación mediante la vinculación de la jurisdicción y la institución cautelar, examinar los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT, catalogar la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral para la concreción de la tutela judicial efectiva y analizar la imbricación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva. En la presente investigación se aplicó como método la investigación monográfica, a nivel descriptivo basada en una revisión de bibliografías, doctrinas, leyes y jurisprudencias a los fines de su recolección y posteriormente su análisis se incorporara al presente trabajo especial de grado.

Descriptores: Derecho Procesal, Crédito Laboral, Tutela Cautelar, Tutela Judicial Efectiva.

ÍNDICE GENERAL

	Página
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
APROBACIÓN DEL JURADO	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
RESUMEN	vi
ÍNDICE GENERAL	vii
LISTA DE SIGLAS	ix
INTRODUCCIÓN	1
I. JURISDICCIÓN Y LA INSTITUCIÓN CAUTELAR	5
EL DERECHO DE JURISDICCIÓN Y DERECHO A LA JURISDICCIÓN	5
LA INSTITUCIÓN CAUTELAR COMO FUNCIÓN JURISDICCIONAL	19
LA JURISDICCIÓN Y LA PETICIÓN CAUTELAR	24
II. LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA ACORDAR LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LOPT	26
LA TUTELA CAUTELAR EN LA LOPT	27
CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	31
LA PRESUNCIÓN GRAVE DEL DERECHO QUE SE RECLAMA: (*Fumus boni iuris*)	37
EL PELIGRO O RIESGO DE INFRUCTUOSIDAD DEL FALLO: (*Periculum in mora*)	39
EL PELIGRO DE DAÑO INMINENTE (*Periculum in damni*) COMO REQUISITO PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS	42

III. LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DEL CRÉDITO LABORAL Y LA CONCRESIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 43
LA NOCIÓN DEL CRÉDITO LABORAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL 43
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PROCESO LABORAL 54

IV. LA IMBRICACIÓN ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 80
PROCESO Y TUTELA CAUTELAR 82
LA JUSTICIA MATERIAL PREVENTIVA 87

CONCLUSIONES 93
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 97

LISTA DE SIGLAS

CPC	=	Código de Procedimiento Civil
CRBV	=	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CE	=	Constitución Española
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Civil
LFRFA	=	Ley Fundamental para la República Federal de Alemania
LOPT	=	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
T.C.	=	Tribunal Constitucional Español
TSJ	=	Tribunal Supremo de Justicia
S.C.	=	Sala Constitucional
S.C.S.	=	Sala de Casación Social
SPA	=	Sala Político-Administrativa
STC	=	Sentencia Tribunal Constitucional (Español)

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como tema la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral y la tutela cautelar que salvaguarde la tutela judicial efectiva del crédito laboral.

Este trabajo tiene como Objetivo General establecer la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral y los criterios en el otorgamiento de la necesaria tutela cautelar para que se salvaguarde la tutela judicial efectiva del crédito laboral. Y como objetivos específicos vincular la jurisdicción y la institución cautelar; examinar los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT; catalogar la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral para la concreción de la tutela judicial efectiva y analizar la imbricación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva.

Se trata de una monografía, de una investigación que se realiza en forma teórica, lo que ofrece la ventaja de precisar los puntos esenciales para el desarrollo del tema escogido. Todo esto configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo en una amplia revisión bibliográfica.

En tal sentido, el trabajo debe ser considerado como un estudio monográfico a nivel descriptivo. Monográfico de acuerdo a lo señalado en el manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho (UCAB, 1997), lo que consiste en el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales.

La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, conclusiones, recomendaciones y, en general, el pensamiento del autor (p. 01) y descriptivo tomando como base lo que dice Danhke (1998, citado por Hernández y

otros, 2003, p.117), lo cual consiste en especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Selecciona una serie de cuestiones y mide cada una de ellas independientemente y así descubrir lo que se investiga.

Entre los distintos niveles de profundidad de una investigación se ha llegado a señalar que puede ser exploratorio, descriptivo, interpretativo, reflexivo-crítico o explicativo. El presente trabajo investigativo gozará de un nivel de profundidad descriptivo, pues consiste en especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Selecciona una serie de cuestiones y evalúa cada una de ellas independientemente para así descubrir lo que se investiga.

Lo anteriormente señalado será reforzado con el uso del análisis de contenido de naturaleza cualitativa, análisis comparativo y la construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis. Ello permitirá hacer un análisis deductivo-inductivo para así cumplir con los objetivos planteados.

La CRBV nos establece la noción del crédito laboral en el artículo 92 como salario y las prestaciones sociales y nos estableció el carácter de exigibilidad inmediata del mismo, también nos establece la CRBV la tutela judicial efectiva en el artículo 26, el derecho al debido proceso en el artículo 49 y el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia en el artículo 257 *eiusdem.*

Esta exigibilidad inmediata puede tener diversas concepciones que, dependiendo del criterio que adoptemos, tendrá efectos inmediatos en la tutela cautelar para los créditos laborales y también tendrá influencia en la salvaguarda de la tutela judicial efectiva que se dirige a garantizar los créditos laborales en el proceso laboral.

Si la tutela judicial efectiva no se logra en el proceso, el proceso no logrará la realización de la justicia. Por lo que, la tutela judicial efectiva requiere que la tutela cautelar salvaguarde su eficacia futura, mediante el proceso.

Este trabajo consta de cuatro capítulos: el primer capítulo se refiere a la jurisdicción y la institución cautelar.

Desarrollamos nuestra investigación, partiendo de la vinculación de la jurisdicción con la institución cautelar, comenzamos investigando sobre la jurisdicción, para vincularla con la institución cautelar.

Nos enfocamos en los antecedentes de la tutela judicial efectiva y en su contenido, que para nosotros la fuente más importante e inmediata es la tutela judicial establecida en la CE de 1978, aunque en España sus doctrinarios y el mismo T.C. la denominen tutela judicial efectiva, no nos hemos de extrañar, por qué esta denominación 'tutela judicial efectiva' forma parte integrante de nuestro artículo 26 CRBV.

En el segundo capítulo se estudian los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT. La tutela cautelar ha existido en todo ordenamiento jurídico, ya que el poder cautelar para acordar medidas cautelares es esencial a todo proceso.

La LOPT de 2003 también estableció la tutela cautelar pero con la novedad de su redacción del artículo 137 al establecer como único requisito la circunstancia a través de la cual el juez pueda determinar la presunción grave del derecho que se reclama a fin de acordar las medidas cautelares que considere pertinentes y evitar que se haga ilusoria la pretensión. El problema radica en si es suficiente para que el juez decrete una medida cautelar basado en la propia redacción del artículo 137 LOPT o si tendrá que complementarlo, aplicando conjuntamente el artículo 11 *eiusdem* que lo remitirá

a aplicar las normas del CPC para poder decretar una medida cautelar. La doctrina se divide entre autores como Henríquez (2004), García (2003) y González (2004), expresándonos que para acordar una medida cautelar simplemente es necesario probar el *fumus boni iuris* (presunción de buen derecho), pues, el legislador no exige como requisito probar el *periculum in mora* en materia de créditos laborales.

Otro sector de la doctrina con Ortiz-Ortiz (2002) sostiene que es común a toda medida cautelar el requisito del *periculum in mora*. Unido a la división en nuestra doctrina en torno a la necesidad o no de probar el *periculum in mora* para acordar una medida cautelar, la concepción del carácter de exigibilidad inmediata del crédito laboral (salario y prestaciones sociales) que establece el artículo 92 CRBV, influirá en la forma como la tutela cautelar ha de funcionar ya que determina los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares.

En el tercer capítulo nos enfocamos en la exigibilidad inmediata del crédito laboral y la concresión de la tutela judicial efectiva, esto es, la forma de efectuarse en el proceso laboral el derecho a la exigibilidad inmediata del crédito laboral, nos permitirá conocer la concresión de la tutela judicial efectiva o si la misma es vulnerada dentro del proceso laboral. Para ello, estudiamos la noción del crédito laboral en el orden constitucional: el mismo es un derecho constitucional, más no pertenece a la categoría o rango de derecho fundamental constitucional como es la tutela judicial efectiva, esta distinción, es muy clara en España.

Nuestro cuarto capítulo se refiere a la imbricación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva; tal imbricación se produce de muchas formas, la más simple de ellas es que la tutela cautelar forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva, hasta las formas más compleja de imbricación que se produce por el proceso y por la justicia material preventiva.

I. JURISDICCIÓN Y LA INSTITUCIÓN CAUTELAR

Desarrollamos nuestra investigación partiendo de la vinculación de la jurisdicción con la institución cautelar.

Acogeremos la definición de Couture (2007) sobre jurisdicción en sus palabras:

> "definir la jurisdicción en los siguientes términos: función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución." (p.45).

Y acogeremos la denominación utilizada por Ortiz-Ortiz (2002) de 'institución cautelar,' para referirnos al poder cautelar como naturaleza de las medidas cautelares.

EL DERECHO DE JURISDICCIÓN Y DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Se desarrollan el derecho de jurisdicción y el derecho a la jurisdicción como sentidos o vertientes de la jurisdicción, se comprende dentro del contenido de derechos que integran la tutela judicial efectiva, en específico ambos comprenden el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia.

Para Ortiz-Ortiz (2002, p.47) la jurisdicción la podemos concebir desde el punto de vista de la ciencia del derecho procesal, en dos (2) sentidos, en el sentido como 'derecho de jurisdicción' y en el sentido como 'derecho a la jurisdicción'.

Los Antecedentes de la 'Tutela Judicial'

Por su parte, De Esteban y González-Trevijano (2004) expresan que la tutela judicial efectiva tiene como antecedentes la Constitución Italiana de 1947 en su artículo 24. (p.91).

Posteriormente se estableció en los artículos 19 y 103.1 de la LFRFA de 1949 promulgada en la ciudad de Bonn.

En el derecho internacional, De Esteban y González-Trevijano (2004) expresan que:

> "el derecho de la tutela judicial, se establece en los artículos 4 y 13 de la Convención de Derechos del Hombre de Roma de 1950, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2.3. literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966."(p.91).

En Venezuela, el antecedente inmediato y más cercano es la CE de 27 de diciembre de 1978, la cual estableció la tutela judicial efectiva en su artículo 24.1 y de acuerdo al cual todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Contiene la norma el derecho fundamental del acceso a la Justicia.

La CRVB cuando establece el derecho a la tutela judicial efectiva se ha inspirado evidentemente en la tutela judicial de la CE, ya que la doctrina y jurisprudencia española al referirse a la tutela judicial del artículo 24.1 CE se refieren en muchas ocasiones como tutela judicial efectiva. Conforme a ello, somos de la opinión que la tutela judicial española es la misma figura procesal de tutela judicial efectiva.

La CRBV también incluyó en el artículo 26 la tutela judicial efectiva siguiendo a la CE. En efecto, el artículo establece que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

En cuanto al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que en España es tutela judicial y para nosotros tutela judicial efectiva, en ambas denominaciones, el acceso a la jurisdicción o acceso al proceso no es un derecho separado o distinto del derecho a la tutela judicial efectiva sino ínsito a éste.

La tutela cautelar que deben otorgar los Jueces se vinculada estrechamente con la tutela judicial efectiva y con el artículo 257 CRBV que establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

La 'Tutela Judicial' como moderna institución procesal, comprende un conjunto de derechos que integran su contenido y sin los cuales no puede darse o existir la misma. Por esta razón comparamos el contenido de estos derechos que la integran por ser nuestro antecedente inmediato en España y en Venezuela, en efecto:

En España para el T.C. el contenido de la 'Tutela Judicial' comprende los derechos: De acceso libre a la jurisdicción; a la motivación de la resolución (sentencia) de fondo; a ejercitar los recursos legalmente previstos; a obtener la ejecución de la sentencia, y la prohibición de la indefensión.

En Venezuela para la S.C. el contenido de la 'Tutela Judicial' Efectiva comprende los derechos: De acceso a los órganos de administración de justicia (derecho de jurisdicción y derecho a la jurisdicción); a una decisión ajustada a derecho; a recurrir de la decisión; a ejecutar la decisión y al debido proceso.

De Esteban y González-Trevijano (2004) expresan que establecido desde el punto de vista jurisprudencial, este derecho puede descomponerse en los siguientes derechos derivados: El derecho de libre acceso a los Jueces y Tribunales que a su vez comprende a) un órgano judicial competente, b) admisión de cualquier tipo de pretensión y c) que el coste de los procesos no sea un obstáculo; el derecho a obtener una sentencia; el derecho al cumplimiento de la sentencia y el derecho a ejercer los recursos legales.

En efecto, la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo, que para el T.C. se ha reconocido en los siguientes derechos mencionados por Picó I Junoy (1997, p.40), González (2001) y Sáez (2004) comprenden: El derecho de acceso a los tribunales o a la jurisdicción; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la ejecución de la sentencia para su efectividad y el derecho al recurso legalmente previsto.

Para la doctrina compuesta por Bello y Dorgi (2009) "el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, que en nuestro texto constitucional se ubica, no en el debido proceso constitucional sino en el derecho a la tutela judicial efectiva," (p.63).

No obstante, el T.C., vinculó la tutela judicial efectiva con el debido proceso, nuestra S.C. efectuó igual vinculación y extendió sus efectos más allá al incluir el debido proceso dentro del contenido de la tutela judicial efectiva. En efecto, la (STC, 149/1986) estableció que:

> "El derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en todo caso y al margen del proceso legalmente establecido, sino que ha de ser ejercitado dentro de éste y con el cumplimiento de sus requisitos, interpretados de manera razonable".

La jurisprudencia de la S.C. (TSJ, S.C. N°708) se ha pronunciado sobre la naturaleza de la tutela judicial efectiva, en tal sentido:

> "El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura."

El Derecho de Jurisdicción

Para Ortiz-Ortiz (2002) es uno de los dos sentidos en que podemos concebir la jurisdicción desde el punto de vista de la ciencia del derecho procesal: En el sentido como 'derecho de jurisdicción' en la forma de función pública y de un servicio público que presta el Estado a través de unos órganos especializados. (p.47)

Para comprender qué se entiende por derecho de jurisdicción Fairén (1990, citado por Ortiz-Ortiz, 2001, p.109) nos define la jurisdicción en tal sentido como la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales así determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y en los tratados internacionales.

Para Montero (2000) la jurisdicción "es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado." (p.29).

La jurisdicción para Ortiz-Ortiz (2001) "se define en términos de las pretensiones planteadas y de los efectos que la decisión jurisdiccional comporta en la esfera jurídica de los justiciables." (p.112).

El derecho de jurisdicción debe acompañarse de la imparcialidad e idoneidad de los jueces, para poder garantizar la confianza en el sistema judicial, ya que esto forma parte de la tutela judicial efectiva.

Para Montero (2000, p.76), en otras palabras, el derecho de jurisdicción es un deber general de los órganos del poder judicial de prestar la tutela judicial efectiva, en los términos de la Constitución.

Es también el deber del Estado de mantener un aparato judicial que pueda prestar el servicio público de la jurisdicción a toda persona natural o jurídica que reclame del Estado la jurisdicción, ya que el artículo 26 CRBV establece el derecho de acudir a la jurisdicción dentro del contenido de la tutela judicial efectiva.

El derecho de jurisdicción que se garantiza a través de los órganos judiciales, para Duque (2008, p.159) es un deber del Estado que tiene como finalidad asegurar la tutela judicial efectiva que comprende el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia y de trámites que no lo dificulten, asegurándose por los tribunales la integridad de la Constitución.

El derecho de jurisdicción, se desarrolla según la materia de su competencia, manteniendo como servicio público una forma de funcionar el servicio. En tal sentido, en materia laboral González (2004) nos expresa que: "La jurisdicción laboral en la República Bolivariana de Venezuela funcionará en forma autónoma, imparcial y especializada." (p.111).

El derecho de jurisdicción, como garantía constitucional, constitucionalizó además la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el derecho de jurisdicción forma parte del contenido de este derecho, para Puppio (2006, p.66) en otras palabras, la tutela judicial efectiva es la garantía jurisdiccional que preconiza como valor de la sociedad, impregnar de justicia al ordenamiento jurídico para la solución de las controversias a través del proceso como fundamental instrumento de la paz social, por lo que, se concreta el concepto de la tutela judicial efectiva con la constitucionalización y la internacionalización del derecho a una justicia accesible, imparcial, oportuna, autónoma y eficiente.

Nosotros opinamos que el derecho de jurisdicción es la forma de otorgar la tutela judicial efectiva por parte de cualquier Tribunal, en ejercicio de la soberanía del Estado.

Fundamento Constitucional y Rasgos Constitucionales Como Servicio Público del Derecho de Jurisdicción

El artículo 253 CRBV establece que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas, por lo que el Poder Judicial es una rama del Poder Público, pero, en cuanto al derecho de jurisdicción dentro del Poder Judicial solamente el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley son los órganos de carácter público del Poder Judicial que ejercerán la jurisdicción y ante los cuales se tiene el derecho de jurisdicción.

Con relación a los rasgos constitucionales como servicio público, Ortiz-Ortiz (2001, p.114) sostiene que:

1. Emana de la soberanía del Estado, por delegación del artículo 253 CRBV.
2. La jurisdicción, puede ser inderogable e indelegable sólo por los particulares, pues su institución es de orden público, correspondiéndole al órgano que la ejerce no a la persona.
3. Todos los tribunales tienen 'jurisdicción' por integrar del Poder Judicial, aunque la competencia establezca a un objeto material concreto la limitación de la 'jurisdicción'.

El Derecho a la Jurisdicción

Para Ortiz-Ortiz (2002) desde la perspectiva de la ciencia procesal concebir la jurisdicción, como 'derecho a la jurisdicción' significa que:

> "que constituye el derecho de acción, concebido como posibilidad jurídico-constitucional que tiene toda persona de acudir ante los órganos del servicio de jurisdicción, para salvaguardar los derechos e intereses que les correspondan. Este derecho de jurisdicción se conoce también como el "derecho a la justicia", es decir, la posibilidad de realizar peticiones ante el sistema de justicia." (p.47)

El derecho de acceder a la jurisdicción se encuentra en la Constitución en los artículos 26 y 51 CRBV. Pero también se encuentra gracias a la justicia alternativa de los medios alternativos de resolución de conflictos en el artículo 258 CRBV.

El Derecho a la Jurisdicción, el Derecho de Accionar y a la Acción

La tutela judicial origen español de nuestra tutela judicial efectiva, es concebida por el artículo 24.1 CE como derecho a la jurisdicción. También se concibe el derecho de acceso a la jurisdicción para obtener una respuesta del órgano judicial.

De Esteban y González-Trevijano (2004, p.92) en tal sentido en otras palabras, sostienen lo siguiente: El derecho a la jurisdicción se recoge en el artículo 24.1 CE, y consiste en el derecho a reclamar la protección jurisdiccional para la resolución de un caso concreto mediante la aplicación de la ley.

Compartimos la opinión de Ortiz-Ortiz (2001) que con la CRBV "el derecho de accionar se coloca en la cúspide de los derechos fundamentales como 'derecho de acceso a la justicia' con todas las connotaciones que ello comporta". (p.115).

La definición del derecho a la jurisdicción para Ortiz-Ortiz (2001) expresa que "el 'derecho a la jurisdicción' significa el acceso ante los órganos jurisdiccionales, y tal posibilidad se denomina 'acción';". (p.115).

En relación con el derecho de accionar, Ortiz-Ortiz (2001, p.326), en otras palabras, dentro de su concepción la acción se define como la posibilidad jurídico-constitucional por la cual se dirigen peticiones ante el servicio público de la jurisdicción, el artículo 26 CRBV consagra este 'derecho de accionar' que comprende o comporta dos derechos, uno como 'acceso a los órganos de justicia', y otro cuando la petición comporta 'derechos e intereses' debe tener como establece el artículo una "decisión con prontitud" y además, una "tutela efectiva" de los mismos. Y en este sentido el autor nos explica que el llamado derecho de accionar se confunde con el derecho a la jurisdicción como unidad indisoluble y continuada.

Pesci-Feltri (2007, p.47) nos explica que la acción está definida en el artículo 26 CRBV cuando establece: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente", este derecho lo denomina la doctrina "derecho de acción". Y este derecho de acción es la causa para que el Estado preste la función jurisdiccional.

En concreto Pesci-Feltri (2007) define el derecho de acción como: "el derecho subjetivo público de pedir la intervención del órgano jurisdiccional para resolver la controversia que plantea la demanda, mediante la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto." (p.48).

Nos explica este autor (2007, p.48) que la definición de acción que ha propuesto, la misma se cobija en el artículo 26 CRBV y el Estado está obligado a la prestación de la función jurisdiccional cuando se ejerza el derecho de acción.

Para Montero (2000, p.83) el derecho a la jurisdicción es el derecho a la acción, que reconoce a los ciudadanos el derecho fundamental de acudir a los órganos jurisdiccionales impetrando su tutela.

Nosotros pensamos que la tutela judicial efectiva es el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia, que constituye el derecho de acción. En nuestra opinión, el derecho de acción o acción procesal es la posibilidad jurídico-constitucional a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses jurídicos. Y el derecho de accionar, no es más, que el derecho de acceso a la jurisdicción que la tutela judicial efectiva garantiza.

Para la S.C. (TSJ, S.C. N°708), vulnerar el derecho de acción es vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en tal sentido:

> "...considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisible una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual si bien no ha sido alegado por los accionantes, puede ser analizado de oficio por el juez constitucional..."

En España, el derecho a la tutela judicial también se denomina derecho a la tutela jurisdiccional, González (2001) la define:

> "es el derecho de toda persona a que se le haga 'haga justicia'; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas." (p.33).

El acceso a la jurisdicción o acceso a los Tribunales, es el contenido esencial de la tutela judicial efectiva, en tal sentido, González (1983, p.69), menciona que el artículo 24.1 CE, lo garantiza como elemento esencial del mencionado contenido.

En el mismo sentido Picó I Junoy (1997, p.41), es decir, nos expresa que: Las tres grandes materias de T.C. referidas al acceso a los Tribunales se encuentran el derecho a la apertura del proceso; la llamada de la parte al proceso y la exigencia de la capacidad de postulación en juicio.

Este acceso a la jurisdicción constituye el derecho de acción existiendo una fuerte vinculación entre la jurisdicción y la tutela judicial efectiva. En tal sentido, González (2001) menciona que: "El derecho a la tutela judicial supone la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, cualquiera que sea su fundamento y el objeto sobre el que verse." (p.69).

Para Ramos (2000) la tutela judicial además de ser una de las garantías más importantes del sistema procesal, la define como "… el derecho a obtener la tutela efectiva de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos." (p.68).

Dentro de la tutela judicial efectiva, Bello (2009, p.68) ubica "el derecho de petición, el derecho a una decisión motivada y congruente".

Nos menciona Bello y Dorgi (2009), que se ejercita el derecho de acción como manifestación de la tutela judicial efectiva materializándose en el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, por lo cual se accede a la jurisdicción.

Para Duque (2008, p.6) el Juez, por ser el director del proceso, tiene los poderes que forman el contenido del principio fundamental de la jurisdicción, estos poderes los utiliza el Juez en el proceso.

Duque (2008) nos expresa que:

> "Los poderes del juez, como principio primordial de la jurisdicción, por otra parte, permiten al Estado realizar el tipo de justicia que el constituyente le fijó en el artículo 26 de la Constitución como modelo de una justicia eficaz, breve, expedita, idónea y transparente" (p.7).

Contenido del Derecho de Acceso a la Jurisdicción

No obstante analizamos el alcance del contenido del derecho de acceso a la jurisdicción dentro del tribunal laboral. El ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción en nuestro procedimiento laboral se controla mediante el despacho saneador que ejerce el tribunal laboral en dos oportunidades de conformidad con el artículo 123 LOPT.

El despacho saneador no es contrario al derecho de acceso a la jurisdicción y no atenta contra la tutela judicial efectiva, salvo, la actuación arbitraria por parte del tribunal, que atentaría contra la tutela judicial efectiva en el acceso a la jurisdicción para acceder al proceso.

Sáez (2004) comentando la jurisprudencia del T.C. (STC 51/1982, de 19 de julio, Fj3), expresa que "*la arbitrariedad* en la actuación judicial implica un actuar sin

razones formales ni materiales y que resulta de una simple expresión de la voluntad." (p.42).

La arbitrariedad para Sáez (2004, p.42) puede ser *ad causam* o *ad personam* según como se brinde la solución que no ha sido consecuencia de la aplicación abstracta de la norma, lo que conlleva a una actuación sin sentido.

La tutela judicial efectiva en su contenido no se agota en el derecho de acceso a la jurisdicción. Tampoco el acceso a la jurisdicción supone o implica *per se* la existencia de la tutela judicial efectiva, como expresan Serrano y Ortiz-Ortiz (2001, p.147).

Analicemos lo que para nosotros es el derecho a la jurisdicción, bajo la perspectiva del T.C. y nuestra perspectiva, los derechos inherentes al derecho de acceso a los Tribunales:

1. El derecho a la apertura del proceso:

Picó I Junoy (1997) nos comenta que en cuanto a su alcance y contenido se encuentra en la CE y le establece el derecho a todas las personas de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. En Venezuela, dicha previsión se encuentra consagrada en términos similares en el artículo 26 CRBV. Este derecho implica la apertura del proceso en el sentido de su acceso, pero no significa el derecho a la culminación del proceso con una sentencia de fondo favorable, esto es evidente, porque el derecho a la acción es abstracto y no concreto. El no existe de manera exclusiva para que decidan de manera favorable sino para que se aplique la norma a un caso determinado.

Existe la prohibición de poner obstáculos excesivos o irrazonables al acceso al proceso, por lo cual el legislador puede configurar el derecho a la jurisdicción, pero no puede poner obstáculos que irrespeten el contenido de la tutela judicial efectiva que a través del acceso a la jurisdicción accede al proceso para ejercer sus pretensiones con la finalidad de verse protegido por el ordenamiento jurídico dentro del orden jurisdiccional.

Se debe respetar y tutelar el principio *pro actione* evitando los formalismos y las reposiciones inútiles y permitiendo la subsanación de los defectos procesales.

La titularidad para solicitar la tutela judicial efectiva para acceder a la jurisdicción la tiene cualquier persona con capacidad para ser parte en un proceso.

Existe la prohibición de obstáculos excesivos o irrazonables al acceso a la jurisdicción que impiden el acceso al proceso, en nuestro procedimiento laboral el Juez tiene el despacho saneador para permitir un mejor acceso a la jurisdicción.

Es contrario al principio *pro actione* poner obstáculos excesivos o irrazonables al ejercicio de la acción mediante la cual se ejerce el derecho a la jurisdicción.

2. La llamada de la parte al proceso:

La notificación de la parte al proceso laboral debe hacerse respetando las normas procesales, efectuándose correctamente las notificaciones cuidando que sea la dirección correcta y la identificación plena del notificado.

3. La capacidad de postulación en juicio:

Para ello debemos entrar en el tema de la justicia gratuita y en la asistencia de un procurador del trabajo para una sola de las partes, en este caso para el trabajador, que no cuente con recursos económicos suficientes para poder obtener un abogado que ejerza en su nombre la capacidad de postulación en juicio.

El debido proceso comprende el derecho de acceso a la jurisdicción o derecho a la jurisdicción.

Para completar la importancia de la tutela judicial efectiva cuando garantiza el derecho a la jurisdicción como función de la jurisdicción, Couture (2007), acertadamente nos explica que: "La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción." (pp.43-44).

LA INSTITUCIÓN CAUTELAR COMO FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Las medidas cautelares son una institución de derecho adjetivo tendentes a salvaguardar las resultas de un juicio, en proyección a la eventual ejecución de un fallo definitivo o de las resultas de la actividad jurisdiccional.

La categoría jurídica de las medidas cautelares como institución procesal autónoma e instrumental la propuso Ortiz-Ortiz (2002, p.128). Para este autor, se trata de una institución ya que su existencia comporta un bien digno de proteger y su inexistencia sería echada de menos, de carácter procesal, ya que está establecida y dispuesta por y para el proceso, goza además de dos notas cualificantes: es instrumental, por la

noción de servicio y 'autónoma' por su independencia ontológica y la fijación de propios trámites procedimentales.

Por su parte Duque (2000), simplemente la denomina "función jurisdiccional cautelar" (p.137), para referirse a la facultad de los Jueces, "cuya finalidad es la de garantizar la eficacia de las sentencias que lleguen a dictarse y la de evitar daños irreparables o de difícil reparación a las partes mientras dure el proceso". (p.137).

Mientras, para Ortiz-Ortiz (2002), en cuanto al órgano jurisdiccional las medidas cautelares es función jurisdiccional. (p.52), o función tutelar (2001, p.156). Nos expresa que en cuanto a las partes la cautelar es una emanación del derecho de accionar de las mismas y no es una facultad de los jueces. (2002, p.55).

Para garantizar que la tardanza de los procesos judiciales de cognición y que la indebida actuación de las partes perjudiquen o dañen el derecho mismo; de modo que el asegurar preventivamente el derecho reclamado mediante una medida cautelar su decreto es, al mismo tiempo, un momento de la función jurisdiccional y aquí es donde surge la vinculación estrecha entre las medidas cautelares con la función jurisdiccional. Ortiz-Ortiz (2002, p.51).

Nos expresa Ortiz-Ortiz (2002) que la institución de las medidas cautelares está entre las que menos atención científica ha tenido, a pesar del interés que la jurisdicción preventiva ha despertado (p.54).

Ortiz-Ortiz (2001, p.191) nos explica, en otras palabras, que en cuanto al poder cautelar de la función jurisdiccional es el deber y potestad reglada de los jueces de evitar cualquier daño que se presente como probable, inminente y concreto dentro de un proceso en perjuicio de alguna de las partes y en detrimento de la administración de justicia.

La institución cautelar la denomina función tutelar Ortiz-Ortiz (2001, p.156). Para nosotros también las medidas cautelares es función jurisdiccional pero por mandato constitucional de garantizar la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la concreción del proceso como instrumento para lograr la justicia.

El decretar medidas cautelares implica un análisis de la institución cautelar que está en función de que se alcance la justicia a través del proceso.

Las garantías procesales constitucionales, entre las que se encuentra como principal la tutela judicial efectiva, por una parte, nos vincula la función jurisdiccional con el proceso y a través de éste, con la institución de la tutela cautelar.

Nos expresa Ortiz-Ortiz (2002) que:

> "en la medida en que el Estado garantiza el orden establecido (es decir las reglas del proceso) está garantizando su propia subsistencia; por esta razón Fairén Guillén ha propuesto la tesis de la jurisdicción como un elemento de satisfacción jurídica, a cuya plenitud (en el proceso) están destinadas las llamadas garantías procesales superiores, esto es, el derecho a la defensa y el derecho al debido proceso, lo que por una parte vincula la función jurisdiccional con el proceso y, a través de éste, con la institución de las medidas cautelares." (p.49).

Couture (2007), para referirse a la función jurisdiccional, acertadamente nos explica: "La configuración técnica del acto jurisdiccional no es, solamente, un problema de doctrina. Es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos." (p.37).

Rengel-Romberg (2004) se refiere como "esta clase de tutela jurisdiccional" (p.153), a las medidas preventivas que integran las institución cautelar.

En relación a la función jurisdiccional como potestad pública, Duque (2008) nos menciona que: "**es un derecho-deber y constituye una competencia obligatoria,** de origen constitucional." (p.4)

En opinión de Duque (2009, p.4) la función jurisdiccional es potestad pública la función que ejerce el juez de juzgar mediante el trámite legal.

González (2001, p.34) opina que el artículo 24 CE reconoce el derecho de acceso al proceso sea a un proceso no desnaturalizado, que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se le formulen.

Las pretensiones que se le formulen deben entonces garantizarse mediante una efectiva tutela cautelar cuando exista la necesidad de la tutela cautelar.

La tutela judicial efectiva no supone más que el acceso a la jurisdicción, vinculándose con la acción ya que constituye el derecho de acción, pero no supone la tutela judicial efectiva una sentencia favorable, ni siquiera supone un pronunciamiento sobre el fondo por parte del tribunal ya que la tutela judicial efectiva también se cumple cuando se inadmite la demanda.

Couture (2007, p.44), nos explica que, en su eficacia la función jurisdiccional es un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho, a su vez, el derecho es un medio de acceso a *'los valores'* que son los que merecen la tutela del Estado. Y nosotros agregamos al maestro Couture, que ésos son los que merecen la tutela judicial efectiva.

Caracteres del Poder Cautelar Dentro de la Función Jurisdiccional

Nos explica Ortiz-Ortiz (2001, p.192) que:

1. Tiene carácter preventivo este poder-deber y nunca carácter 'satisfactivo' de la pretensión principal. Esto se corresponde con la característica de la homogeneidad de las medidas cautelares.

2. El poder cautelar, comporta un acto de creación judicial cuando es general, ya que la medida cautelar innominada se puede crear para la específica situación planteada entre las partes objeto de la controversia. Adecuándose la creación de la medida al daño.

3. El poder cautelar tiene mayor eficacia que el amparo constitucional, porque en su objeto abarca tanto a los derechos y garantías constitucionales como a los derechos de carácter legal y sublegal; y en cuanto al procedimiento la medida cautelar se puede decretar y ejecutar *inauditam alteram parte*, mientras el procedimiento de amparo requiere la presencia debidamente constituida de las partes.

Expresiones de la Institución Cautelar o Poder Cautelar

Ortiz-Ortiz (2001, p.193) explica que tiene dos expresiones, en tal sentido:

1. Poder cautelar especial, típico, específico o determinado. Se refiere a las medidas nominadas, estas medidas cautelares están previamente establecidas por el legislador, es el caso de las medidas cautelares establecidas en el artículo 588 ordinales 1°, 2° y 3° CPC.

2. Poder cautelar general, atípico inespecífico o indeterminado. Se refiere a las medidas cautelares innominadas cuyo contenido no está expresamente determinado en la ley, por lo que el juez puede decretar cualquier medida cautelar adecuada y pertinente con la situación jurídica tutelada. No tienen ningún

procedimiento específico previamente determinado ni una determinación de su contenido.

Ortiz-Ortiz (2002, p.50) expresa que donde se manifiesta la institución de las medidas cautelares es en el proceso.

LA JURISDICCIÓN Y LA PETICIÓN CAUTELAR

La jurisdicción para Ortiz-Ortiz (2004). "Se trata de órganos que pronunciarán sobre una *petición* o *pretensión jurídica*". (p.32). Por lo cual, siempre habrá jurisdicción cuando se trate de petición o pretensión jurídica en el proceso principal, o cuando se trate de la petición cautelar. Por lo tanto, cuando el Juez decreta una medida cautelar atiende a satisfacer la petición cautelar dentro del ejercicio de la jurisdicción o actividad jurisdiccional.

Ortiz-Ortiz (2002, p.138) sostiene la tesis que las medidas cautelares para las partes son una petición cautelar, que se ejerce de cara a una facultad que el estado de Derecho ha concedido a cualquiera de ellas.

La petición cautelar es el contenido que conforma la medida cautelar. Ortiz-Ortiz (2002) acertadamente nos explica que "la cautelar no es una facultad de los jueces sino una emanación del derecho de accionar de las partes". (p.55). Continúa Ortiz-Ortiz (2002) explicándonos que la petición cautelar, del cual se deriva el derecho a la tutela cautelar el cual es "un derecho ínsito en el derecho de accionar y a la tutela judicial efectiva."

No obstante, la opinión de Ortiz-Ortiz (2002) que sostiene que la tutela cautelar no forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva. Para nosotros la tutela

cautelar es parte de la tutela judicial efectiva, asumimos esta opinión por estar en concordancia con nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, que así se ha pronunciado. En efecto, la S.C., (TSJ, Sala Constitucional N°694), ha establecido que: "Las medidas cautelares, instrumentos de la justicia dispuestos para que el fallo jurisdiccional sea ejecutable y eficaz, son expresión del derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, previsto en el art. 26 de la Constitución."

La tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional, para nosotros no implica un pronunciamiento sobre el fondo, en tal sentido González (2001), comenta que:

> "el derecho a la obtención de una respuesta sobre el fondo de la pretensión, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, se satisface también con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal, que haya sido apreciada razonablemente por el órgano judicial."(p.38).

No obstante la petición cautelar dentro de la jurisdicción su cautela tiene autonomía con respecto al derecho material objeto de la misma.

En la jurisdicción laboral quien conoce de la petición cautelar generalmente es el Juez de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Trabajo.

Nosotros opinamos que la petición cautelar cuando es satisfecha configura una de las misiones o finalidades que tienen las medidas cautelares, en tanto que es función jurisdiccional, (Ortiz-Ortiz, 2002, p.52), en concreto la petición cautelar cumple con la misión de la seguridad en la satisfacción de los particulares, que una vez recorridas las fases del proceso, no será ilusoria la ejecución de la sentencia que el juez ha dictado.

La petición cautelar, es sólo una petición que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que, compartimos con Ortiz-Ortiz (2002, p.142), que la

petición cautelar como medida cautelar, que pertenece a una institución procesal, es un derecho y no puede hablarse de 'acciones cautelares' porque la acción es el vehículo que trae a juicio la posibilidad de ejercer la petición cautelar y la acción no 'cualifica' a la petición cautelar.

Ortiz-Ortiz (2002, p.95) nos explica que las medidas cautelares por su finalidad intrínseca de las mismas va dirigida a la vigencia y eficacia de todo el ordenamiento jurídico, por lo que, constituyen un aseguramiento de la prevención de las normas jurídicas.

Para nosotros la petición cautelar es una emanación del derecho de accionar de las partes, concordando con Ortiz-Ortiz, pero a la vez es la esencia de la medida cautelar ya que el contenido de ésta se determinará por la petición cautelar, en este sentido la petición cautelar pone en funcionamiento el sistema de prevención de las normas jurídicas mediante el aseguramiento que garantiza la medida cautelar.

II. LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA ACORDAR LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LOPT

Para González (2001) "Los requisitos procesales son aquellas circunstancias que el Derecho Procesal exige para que un órgano judicial pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se formula." (p.72).

Desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva y los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT, nos planteamos el sentido de la exigencia en materia laboral de la concurrencia de unos requisitos formales para que el Juez pueda acordar o no la medida cautelar y así pueda atender la protección cautelar de los derechos o intereses jurídicos.

Nos planteamos discernir en cuanto a si solamente es necesario o no el demostrar la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) para decretar una medida cautelar, sin distinguir si la misma es nominada o típica o innominada.

No obstante, como menciona González (2001) "En principio, que las leyes prevean determinadas circunstancias como requisitos o presupuestos para que el Tribunal ante el que se formula una pretensión pueda pronunciarse sobre el fondo, no supone un atentado al derecho a la tutela jurisdiccional." (p.73).

LA TUTELA CAUTELAR EN LA LOPT

La tutela cautelar se encuentra prevista en los artículos 137 y 11 de la LOPT.

En efecto el artículo 137 LOPT establece:

> "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."

Para nosotros, cuando el artículo 137 LOPT establece "a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión" esto es el establecimiento expreso del requisito del *periculum in mora.*

Y el artículo 11 LOPT:

> "Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en la ley; en ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso. A tal efecto, el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del

> trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la presente Ley."

Las disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico se refieren principalmente a las disposiciones del CPC, mediante el cual el Juez aplica los artículos 585 y 588 CPC en ejercicio de la función cautelar.

Nos explica Ortiz-Ortiz (2001) que "la tutela cautelar se ejerce por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del Derecho, no ante la aparente existencia de un peligro genérico sino la de un determinado peligro específico." (p.191).

Se pueden decretar medidas cautelares nominadas que se definen como aquellas medidas que están establecidas en forma taxativa por el legislador, en nuestro caso se trata de las medidas establecidas en los tres numerales del artículo 588 CPC, que establecen el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Los requisitos para esenciales para acordar una medida cautelar nominada en la LOPT son:

1. El *Fumus boni iuris,* el cual debe ser señalado por el solicitante de la medida, indicando claramente cuál es el derecho que se ha de tutelar por encontrarse amenazado, indicando cómo se vería protegido por la medida cautelar, explicando la pertinencia.
2. El *Periculum in mora,* el solicitante de la medida ha de explicar y probar cuáles son los daños temidos que integran su fundado temor, y no a una genérica y simple mención que quedaría ilusorio la ejecución del fallo analizándose por la parte solicitante cómo debería adecuarse la misma.

También el Juez podrá decretar medidas innominadas, que se definen para Rengel-Romberg (2004, p.174) como aquellas no previstas en la ley, que pueden ser

decretadas antes o durante el curso del proceso, por el prudente arbitrio del juez, con el objeto de prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo o existe el temor que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, se decretan para evitar el daño. En nuestro caso se trata de las medidas establecidas en el Parágrafo Primero del artículo 588 CPC.

Los requisitos para esenciales para acordar una medida cautelar innominada en la LOPT son:

1. El *Fumus boni iuris*. Se alega y prueba igual que para las medidas cautelares nominadas.
2. El *Periculum in mora.* Se alega y prueba igual que para las medidas cautelares nominadas.
3. El *Periculum in damni.* La parte solicitante debe alegar y probar el peligro inminente de daño concreto que puede sufrir, con la gravedad del mismo.

Las consecuencias del principio y derecho de la tutela judicial efectiva en la tutela cautelar, es que se permitirá la tutela cautelar mientras no se vulnere la tutela judicial efectiva, teniendo el Juez laboral el deber de adecuar su interpretación a la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar, en consecuencia:

Para González (2001, pp.75-86) menciona las consecuencias de la aplicación de la tutela judicial efectiva:

1. Inadmisibilidad de los requisitos procesales que constituyan formalismos enervantes o claramente desviados del sentido propio de los mismos interpretados a la luz de la Constitución.
2. Necesidad de establecer el requisito procesal en la Ley.
3. Que la norma reguladora de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable en el sentido favorable a la admisión de la pretensión procesal.

Nosotros opinamos que el principio *pro actione* es interpretado en la tutela judicial efectiva en sentido favorable a permitir el acceso a la jurisdicción, pero en el sentido de la tutela cautelar no es para admitir cualquier pretensión de tutela cautelar.

4. Que no debe declararse la inadmisibilidad de una pretensión por un defecto procesal si éste es subsanable, sin dar oportunidad de subsanación.

5. Protección jurisdiccional por el recurso de amparo.

Bello (2009, pp.331-332) menciona que las medidas cautelares son parte del derecho a la tutela judicial efectiva, para garantizar la efectividad de tutela judicial del Estado, garantizar la efectividad del proceso y asegurar la pretensión que pueda reconocerse en la decisión judicial o acto equivalente, esto es, que el derecho a la tutela judicial efectiva no quede insatisfecho. Y las medidas cautelares garantizan que la tutela judicial efectiva sea eficaz.

Para garantizar las resultas del juicio, las medidas cautelares se deben limitar estrictamente a los bienes necesarios, en función de salvaguardar el principio de equidad y de la bilateralidad procesal como nos lo expresa González (2004, p.437).

Dentro de la tutela cautelar en la LOPT, se encuentra la medida de embargo preventivo que se decreta en el proceso laboral por aplicación del artículo 137 LOPT en concordancia con el artículo 11 *eiusdem* y los artículos 585 y 588 CPC.

No obstante, el embargo preventivo en el proceso laboral siempre es la medida cautelar de mayor utilización para garantizar el crédito laboral, por resultar la más idónea. En tal sentido Montero (2000) opina que: “Esta medida cautelar es la regulada en la LPL más claramente, con lo que se pone de manifiesto la concepción de que en lo laboral a la postre todo puede reducirse a dinero.” (p.438).

Si las pruebas producidas de los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT, son pruebas deficientes, el Tribunal deberá aplicar el artículo 601 CPC.

El artículo 601 CPC establece la exigencia al Juez que encuentre 'bastante' la prueba sobre los extremos de ley, para hacer el decreto que declare procedente la medida cautelar.

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Jurisdiccionalidad: La tutela cautelar pertenece al Estado que a través del Poder Judicial, lo ejerce a través de sus órganos los tribunales, mediante el decreto de medidas cautelares. Y también pueden ser decretadas medidas cautelares en centros institucionales de arbitraje. En ambos casos, están subordinadas o dependen de la probabilidad o existencia de un proceso judicial principal o un tribunal arbitral.

2. Instrumentalidad: El proceso cautelar es instrumental, es decir, que depende de la existencia del proceso principal y existe para garantizar las resultas del proceso principal, por lo que las medidas cautelares tienen carácter accesorio respecto del proceso principal.

Ha sido Calamandrei quien ha resaltado esta característica de las medidas cautelares, (1945, citado por Ortiz-Ortiz, 2002, p.598).

Para Ortiz-Ortiz (2002) menciona que: "Es posible distinguir dos tipos de instrumentalidad: Una que hemos llamado 'instrumentalidad mediata' y otra que denominamos 'instrumentalidad inmediata'. (p.599).

La instrumentalidad mediata, Ortiz-Ortiz (2002) la concibe como:

> "Aquella propiedad del sistema cautelar por la cual las partes pueden solicitar y el juez decretar una medida, en orden a preservar la futura ejecución de un fallo o la efectividad de un proceso aún no iniciado pero para el cual existe la obligación de instaurarse en un lapso o término, fijado por la ley o que ésta deja a criterio del juez dicha determinación." (p.600).

La instrumentalidad inmediata para Ortiz-Ortiz (2002) sería:

> "Aquella situación mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que habrá de dictarse en un proceso actual en el cual al menos se ha presentado el libelo de demanda y aun cuando la parte afectada no estuviere citada (*inaudita alteram parte*). (p.615).

La Instrumentalidad va unida al *fumus boni iuris* y a la finalidad de la medida cautelar de prever el contenido de la futura sentencia para poder garantizar la futura ejecución del fallo.

Esta característica es esencial para la naturaleza y finalidad de las medidas cautelares, en efecto Ortiz-Ortiz (2002) nos expresa:

> "para quienes concebimos las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva y como una institución procesal autónoma e instrumental, esta característica de la autonomía sólo podrá establecerse con respecto a su procedimiento sino en cuanto a su finalidad y existencia, siempre estarán preordenadas a un proceso principal al cual sirve de soporte (instrumentalidad). (p.599).

Duque (2000) expresa que "la instrumentalidad significa que tales medidas se extinguen al finalizar el proceso principal" (p.143), ya que al dictarse sentencia las medidas cautelares ya no son necesarias y en caso de serlo simplemente se sustituyen por medidas ejecutivas del procedimiento de ejecución de sentencias.

La instrumentalidad de las medidas cautelares se vinculan con la tutela judicial efectiva del proceso principal, en tal sentido Duque (2000) nos expresa que:

> "la instrumentalidad de las medidas cautelares no puede interpretarse extensivamente, tampoco ha de serlo en forma restrictiva, hasta el punto que se excluyan de ellas las verdaderas medidas cautelares, que por sus fines garantizan la tutela judicial efectiva que llegue a prestarse." (p.145).

3. Temporalidad: Las medidas cautelares su duración es temporal, ya que está subordinada al proceso principal. Duque (2000, p.144) atribuye esta característica como consecuencia de la instrumentalidad.

4. Autonomía e independencia: Tienen autonomía en cuanto a su tramitación procedimental, en el expediente se tramita en cuaderno separado y con sus propios trámites, motivado a que el resultado de la sentencia en el proceso principal, en nada afectaría la validez de la sentencia que decretó la medida cautelar. La tramitación de la medida cautelar es independiente, ya que no prejuzga sobre el contenido de fondo de la controversia.

Se establece el carácter de autonomía en el artículo 137 LOPT establece:

> "Contra dicha decisión se admitirá recurso de apelación a un solo efecto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, contados a partir del acto que se impugna, la misma será decidida en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por el Tribunal Superior del Trabajo, sin admitirse recurso de casación contra dicho fallo.
> La incomparecencia del recurrente a la audiencia se entenderá como el desistimiento que el recurrente hace de la apelación."

Por aplicarse al procedimiento laboral el CPC, se establece también el carácter de la autonomía en el artículo 604 CPC, en tal sentido:

> "Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se

> agregará el cuaderno separado de aquellas, cuando se hayan terminado."

No obstante, para Duque (2000, p.141) la autonomía no implica un procedimiento verdaderamente autónomo del procedimiento cautelar, porque sin un juicio principal al que sirva inmediata o mediatamente, no podrá surgir el procedimiento cautelar. Por ello se habla también de accesoriedad de las medidas en relación al proceso principal.

La autonomía e independencia implica:
La adecuación de la medida con la pertinencia necesaria al objeto que tutela. La adecuación de la medida, para Ortiz-Ortiz (2002, p.597), es la aptitud del contenido cautelar para prevenir. También la adecuación es parte del carácter instrumental para Duque (2000) que expresa "por su instrumentalidad las medidas cautelares han de adecuarse al posible contenido de la sentencia". (p.144).

Diez-Picaso (2002, p.389) nos explica, por la adecuación debe existir correspondencia entre el contenido de la cautela y sus efectos en relación con la pretensión del proceso principal, la adecuación es para que la medida cautelar pueda cumplir con su finalidad que la establece el artículo 721.1 *in fine* LEC que es "asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare". O como establece el artículo 726.1.1ª LEC "ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria".

Homogeneidad: La homogeneidad no es la identidad con el derecho sustantivo deducido en el proceso y el contenido de la medida cautelar.

Nos comenta Ortiz-Ortiz (2002) que la homogeneidad tiene dos rangos, la homogeneidad material y la homogeneidad formal.

En la homogeneidad material, Ortiz-Ortiz (2002, p.593), explica que no puede en ningún momento coincidir la posición jurídica respecto del objeto material objeto de la medida cautelar con el objeto material del juicio principal, pero si pueden coincidir el objeto de la medida cautelar con el objeto material del juicio principal.

La homogeneidad formal, Ortiz-Ortiz (2002, p.594) nos explica que se da este tipo de homogeneidad cuando coinciden los derechos e intereses que se discuten en el juicio principal con los derechos tutelados por la medida cautelar. Pero, no puede la homogeneidad formal convertirse en 'identidad' jurídica respecto de los bienes jurídicos que tutela la medida cautelar y los que se tutela en el juicio principal.

5. Provisionalidad: Son provisorias las medidas cautelares ya que su duración es desde su decreto hasta la terminación del proceso judicial o hasta que cambien las condiciones que la ocasionaron. Su efectividad tiene una limitación en el tiempo de manera efectiva que el daño específico pueda concretarse materialmente, de forma tal que la medida es inepta o inadecuada, si el contenido de la medida cautelar no se dirige a ese 'concreto' daño denunciado sino a cualquier otra situación.

La revocabilidad es consecuencia de la provisionalidad. También pueden ser modificadas por la provisionalidad lo que hace la mutabilidad de la medida. Las medidas cautelares tienen que adecuarse a la situación de hecho que dio lugar al decreto de la medida cautelar, por lo que, si la situación de hecho cambia la medida cautelar también deberá cambiar ajustándose a la situación de hecho tutelada mediante la modificación ampliándose o reduciéndose, sustituyendo o extinguiéndose la medida cautelar al revocarse.

La modificación de las medidas cautelares se realiza en nuestro país por aplicación del conocimiento doctrinario que posee el Juez, no obstante, en España está

expresamente establecido en el artículo 743 LEC, en tal sentido: "Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas."

6. Urgencia: Se decretan con urgencia por el fundado temor de que quede ilusoria la ejecución del fallo, una vez cumplidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar, en apego a la celeridad procesal y a la tutela judicial efectiva. Ortiz-Ortiz (2001, p.255) nos explica que la cautela tiene por regla general su urgencia. La urgencia se vincula con el *fumus boni iuris* requiriéndose una mera posibilidad y verosimilitud y no la plena prueba.

7. Dispositividad: En el campo de las medidas cautelares existe la legalidad estricta, únicamente pueden decretarse medidas cautelares cuando se cumplen los extremos legales que son los requisitos exigidos por la Ley.

8. Flexibilidad: Las medidas cautelares, independientemente de ser de derecho estricto por el carácter de la dispositividad, el juez cuando tutela derechos constitucionales puede decretar de oficio medidas cautelares innominadas. Sin actuar con arbitrariedad.

9. Inaudita *alteram* parte: Se decretan las medidas cautelares inaudita parte, es decir, se ordenan sin oír previamente a la parte contraria. Por lo que, las medidas cautelares no requieren contradictorio en el proceso laboral ni en el civil.

10. Ejecutabilidad inmediata, se conceden en el solo efecto devolutivo los recursos que se interpongan contra una medida cautelar.

Gutiérrez (1974, citado por Ortiz-Ortiz 2001, pp.250-251), en otras palabras, en el sentido de la esencia de una medida cautelar, nos establece como características o elementos esenciales para considerar a una medida como cautelar, las siguientes: a) el efecto asegurativo de la medida; b) estar la medida preordenada a un proceso pendiente; c) exhibición de título; d) la homogeneidad y no identidad entre el derecho sustantivo tutelado y la medida cautelar; e) el carácter dispositivo de la medida y f) modificación o levantamiento de la medida cautelar.

En España, el artículo 738.1 LEC establece que acordada la medida cautelar, "se procederá de oficio, a su inmediato cumplimento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias."

LA PRESUNCIÓN GRAVE DEL DERECHO QUE SE RECLAMA: (*Fumus boni iuris*)

El *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho. Es el primer requisito para la procedencia de una medida cautelar.

Ortiz-Ortiz (2002) lo define como "la posición jurídica tutelable o verosimilitud en el derecho" (p.295). Se vinculan entre sí, en tal sentido Ortiz-Ortiz (2002) "con aquellas situaciones para las cuales el ordenamiento jurídico tutela *prima facie,* pero con la debida comprobación del *status* alegado y probado." (p.301).

La medidas cautelares para poder acordarse tienen que cumplir unos requisitos, nosotros nos enfocamos a catalogar cuáles son los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT y por ello tenemos que discernir en cuanto a si solamente es necesario o no, el demostrar la presunción grave del derecho que se

reclama (*fumus boni iuris*) para decretar una medida cautelar, sin distinguir si la misma es nominada o típica o innominada.

La doctrina compuesta por Henríquez (2004, p.398), García (2003, p.570) y González (2004, p.437), para quienes, simplemente el juez necesita que se le demuestre la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*), fundamentándose únicamente para el decreto de la medida cautelar en el artículo 137 LOPT.

En tal sentido González (2004) opina que:

> "el único requisito de procedencia de las medidas cautelares es que el mismo Juez de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, verifique según su propio criterio o juicio que en el expediente existe una presunción grave del derecho que se reclama, lo que averiguará de las pruebas aportadas por las partes, excluyendo los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil,". (p.437).

El *fumus boni iuris* en materia laboral en principio deriva de las propias alegaciones del demandante en su libelo de demanda, motivado a que no se requiere el acompañamiento del instrumento fundamental de la demanda, ni siquiera se requiere acompañar algún documento. Esto crea una especialidad del derecho procesal laboral.

En tal sentido, Montero (2000) opina que: "La verdadera especialidad laboral radica en la no necesidad de presentar un documento del que se desprenda *prima facie* el hecho constitutivo de la obligación, su cantidad, vencimiento y los elementos subjetivos de la misma." (p.440).

Para García (2003), con fundamento en el artículo 137 LOPT, basta probar el *fumus boni iuris* para que se decrete una medida cautelar de embargo preventivo, sostiene que "en créditos de prestaciones sociales, la prueba de presunción del buen derecho

se encuentra en instrumento auténtico del que se desprenda la condición de trabajador del solicitante;" (p.571).

EL PELIGRO O RIESGO DE INFRUCTUOSIDAD DEL FALLO: (*Periculum in mora*)

Para Serra (1974, p.5) más que un requisito o presupuesto de las medidas cautelares el *periculum in mora* es el fundamento de éstas.

La importancia de este requisito, nos expresa González (2001) que: "Es presupuesto de toda medida cautelar el *periculum in mora,* la existencia de un peligro derivado de la demora." (p.369).

Montero (2000, p.440), en relación con este requisito, lo denomina peligro en el retardo, retardo del cual se hace depender de existencia de cualesquiera actos que sentencia o situarse en estado de insolvencia.

Se aparta de las definiciones anteriormente expuestas, Ortiz-Ortiz (2002, p.55) nos define que "no es la 'tardanza' del juez sino la conducta de las partes", lo que constituye el *periculum in mora.* Nos comenta el autor, que técnicamente es "peligro de infructuosidad del fallo" (p.55), siendo la conducta y actitud de una de las partes frente a la otra las que genera el *periculum in mora* al querer una parte sustraerse del cumplimiento de la sentencia.

Ortiz-Ortiz (2002, p.55) nos expresa que sostiene el punto de vista de Amílcar Mercader, que por razones técnicas y humanas del órgano jurisdiccional no es la tardanza del juez la causa de la cautela, pareciéndoles errado vincular el *periculum in mora* con la tardanza de la sentencia definitiva.

Nosotros opinamos en el mismo sentido que Mercader y Ortiz-Ortiz en relación a que no puede resultar el fundamento del *periculum in mora* la tardanza del juez en dictar la sentencia definitiva, esto no es la causa de la cautela, pero, fundamentamos además en que esta tardanza del juez no es solamente por razones técnicas o humanas como sostienen Mercader y Ortiz-Ortiz, sino que nosotros opinamos que es errado el fundamentar la causa del *periculum in mora* en la tardanza del juez y no puede resultar esto el fundamento, pues es atentar contra la tutela judicial efectiva y el principio de celeridad procesal, es decir, si el fundamento del *periculum in mora* es la tardanza del juez encargado de otorgar y garantizar la tutela judicial efectiva, el acordar medidas cautelares con fundamento en tardanza del juez sería atentar contra la tutela judicial efectiva y el debido proceso ya que no puede haber debido proceso con una tutela judicial efectiva vulnerada.

García (2003) expresa que por ser crédito de exigibilidad inmediata el crédito laboral, el "decreto de embargo en juicios de cobro de prestaciones sociales no hay que probar el ***periculum in mora.***" (p.565). Sostiene que el artículo 137 LOPT, no establece la obligación de probar el *periculum in mora,* ya que, "no exige el legislador que se pruebe el riesgo de ilusoriedad. Sólo se exige que el fin de la medida preventiva sea 'evitar que se haga ilusoria la pretensión'." (p.570).

Henríquez (2004, p.398) expresa que la redacción del artículo 137 LOPT no incluyó la exigencia del requisito del *periculum in mora,* por lo que en principio, no hace falta demostrarlo, no obstante como el *periculum in mora* es un requisito que debe probarse en la mayoría de los procesos, considera que también habrá de probarse el *periculum in mora* por aplicación del CPC, el artículo 11 LOPT remite al CPC.

Pensamos, contrario a García (2003) y a Henríquez (2004), pues para nosotros el *periculum in mora* si se consagra en el artículo 137 LOPT cuando establece que acordará las medidas cautelares "a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión".

Mientras que se opone a Henríquez (2004, p.398), García (2003, p.570) y González (2004, p.437), en tal sentido, para el sector de la doctrina compuesta por Ortiz-Ortiz (2002, p.282), el juez para decretar una medida cautelar debe requerir que se le demuestre el *periculum in mora* y si la medida cautelar solicitada es innominada debe exigir el juez que se le demuestre además el *periculum in damni*.

Con respecto al contenido del *periculum in mora* en cuanto a que consiste su contenido y probanza, nos explica Ortiz-Ortiz (2002, p.284), en otras palabras que, se le denomina peligro de infructuosidad del fallo, debe manifestarse este peligro de manera probable o potencial, ser cierto y serio, que debe contener una presunción grave con un mínimo contenido probatorio, ya que no puede presumirse por la sola tardanza del proceso.

No obstante, haber manifestado García (2003) que no se requiere probar el *periculum in mora,* sostiene que si habría de probarse, el mismo se probaría por la mera negativa del patrono a pagar las prestaciones sociales, ya que esto "constituiría la presunción que la ejecución del fallo quede ilusoria. *La prueba de tal presunción estaría contenida en el simple hecho que el trabajador ha tenido que demandar al patrono para obtener el pago.*" (p.565).

La prueba para que se decrete la medida cautelar, sostiene García (2003) que "en las solicitudes de embargo en juicios de cobro de créditos exigibles el riesgo que el fallo quede ilusorio se encuentra en el desconocimiento del derecho, lo cual se probará a través de la misma demanda de cobro." (p.570).

EL PELIGRO DE DAÑO INMINENTE (*Periculum in damni*) COMO REQUISITO PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

Es el peligro de daño inminente de daño en perjuicio del derecho legítimamente invocado dentro del proceso. El *periculum in damni* es requisito únicamente para las medidas innominadas.

Se establece este requisito en el artículo 588 Parágrafo Primero CPC, en tal sentido:

> "Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión."

Ortiz-Ortiz (2002) nos lo define: "además del temor genérico de daño, debe existir un fundado temor de lesión inminente, posible, probable, que comporte un daño de difícil o imposible reparación, y a ello es a lo que hemos denominado *Periculum in damni*." (p.90).

Ortiz-Ortiz (2002, p.284) acertadamente nos explica que, el temor de daño o el daño no tiene que ser causado necesariamente por el deudor o demandado, como erróneamente se plantea, ya que, puede provenir también del mismo demandante o acreedor, en este coso el legitimado para solicitar la medida cautelar es el demandado.

Duque (2000) nos explica que:

> "el daño no es una mera posibilidad sino una probabilidad. En efecto, todo es posible e inclusive hasta lo que raramente sucede. Lo probable, por el contrario es algo que por fundarse en razones prudentes, es

> verosímil. Y por ello, puede creerse que se verificará o sucederá. Se trata de algo que camina a la certeza. Por tanto, esas razones pueden probarse." (p.168).

Su fundamento legal y definición está en el artículo 588 CPC que establece: "Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá." Estableciendo el artículo que se acordará la medida cautelar innominada "siempre y cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra".

III. LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DEL CRÉDITO LABORAL Y LA CONCRESIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el análisis de la exigibilidad inmediata del crédito laboral y la concreción de la tutela judicial efectiva, nos planteamos la posición del Dr. Omar García Valentiner quien asume la exigibilidad inmediata del crédito laboral como de aplicación inmediata en el proceso, permitiéndole al juez poder ejercer la tutela cautelar simplemente cuando esté en presencia de un crédito laboral.

LA NOCIÓN DEL CRÉDITO LABORAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

La noción del crédito laboral en cuanto a su exigibilidad inmediata como lo propone García (2003), cuando un trabajador demande un crédito laboral el mismo tiene exigibilidad inmediata por la CRBV, es decir, cuando el Juez del trabajo este en presencia de un crédito laboral o que la parte actora en su pretensión contenga un crédito laboral, actuará decretando una medida cautelar, ya que se le ha demostrado el

buen derecho, ya que el actor simplemente demostrando su condición de trabajador tiene a su favor la presunción de buen derecho de su crédito laboral, y como los créditos laborales por mandato constitucional gozan de exigibilidad inmediata, el juez puede decretar la medida cautelar, que para García (2003) sería la medida de embargo preventivo.

Con respecto a establecer la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral, su exigibilidad la ha establecido el artículo 92 CRBV. El problema se plantea es si esa exigibilidad inmediata del crédito laboral es fundamento suficiente para que el juez acuerde medidas cautelares en el procedo laboral, motivado a que la tutela cautelar está vinculada con la tutela judicial efectiva por sus fines de garantizar la justicia material y que también tienen fundamento constitucional tutela cautelar, la exigibilidad inmediata del crédito laboral y la tutela judicial efectiva, es necesario analizar en el proceso laboral la salvaguarda de la tutela judicial efectiva.

En efecto el artículo 92 CRBV, establece:

> "Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal."

La situación de la exigibilidad inmediata como derecho constitucional implica una armonización y análisis en el proceso laboral, motivado a que también hay derechos constitucionales que si bien no eliminan la exigibilidad inmediata del crédito laboral, si se oponen desde nuestra perspectiva a que por resultar por mandato constitucional el crédito laboral el juez por esto solamente, pueda decretar una medida cautelar.

Utilizaremos en esta investigación la noción del crédito laboral como salario y las prestaciones sociales, que es la establecida en el artículo 92 CRBV, que además dispone, la exigibilidad inmediata del crédito laboral.

La concepción que se adopte sobre la exigibilidad inmediata del crédito laboral, tendrá consecuencias en el proceso laboral, si tomamos la concepción que propone García (2003) mediante la cual, con la sola existencia de un crédito laboral se ha de acordar un embargo preventivo.

O si por el contrario a la posición de García (2003), tomamos la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral, como un derecho constitucional que si bien debe ser objeto de la tutela judicial efectiva en el proceso laboral, no es suficiente dicha exigibilidad *per se* para acordar un embargo preventivo, independientemente que discutamos sobre la naturaleza de este embargo preventivo bien sea que lo consideremos una medida cautelar o lo consideremos una medida de ejecución provisional de la sentencia como propone García (2003). Bajo la teoría de las obligaciones, la obligación que contiene el crédito solamente puede cobrarse cuando es líquida y exigible. La exigibilidad significa que la obligación no se encuentra sometida a ninguna condición o término, por lo que la obligación es exigible para el caso que la obligación verse sobre un crédito laboral su exigibilidad es inmediata por establecerlo la CRBV, pero su carácter de exigibilidad inmediata no implica la liquidez de la obligación que se determinará en el proceso laboral, en caso de resultar el deudor obligado al pago de la obligación laboral.

García (2003) plantea que existe una modalidad de embargo reflejada en los artículos 630 y 646 CPC, en los cuales "el legislador sólo exige una condición para el decreto de la medida preventiva de embargo, a saber el *fumus boni iuris*. No exige en estos caso la prueba del *periculum in mora* y no lo hace porque estos procedimientos 'contenciosos' especiales están referidos al cobro de créditos exigibles." (p.560).

Sostiene García (2003) que si el crédito es exigible se utiliza la modalidad de embargos, que el crédito exigible no sólo existe entre comerciantes, concluye que "**los créditos laborales también pueden ser créditos exigibles**" (p.561).

Por lo que para García (2003) los créditos laborales son créditos exigibles, es decir, las prestaciones sociales y el salario, son créditos laborales exigibilidad inmediata como establece el artículo 92 CRBV.

Motivado a que la CRBV establece la exigibilidad inmediata del crédito laboral, García (2003) concluye que:

> "se debe extender a los juicios que traten de cobro de prestaciones sociales el mismo beneficio que el legislador venezolano otorga a todos los otros créditos exigibles: posibilidad de acordar embargo preventivo con la sola presentación de medio de prueba suficiente de la existencia del buen derecho." (p.571).

La liquidez de las obligaciones se refiere a las obligaciones de dar y en concreto al monto debido, se habla de obligación líquida cuando el monto de la prestación de dar se encuentra numéricamente determinado que es cuando se conoce con exactitud la cantidad debida.

También analizaremos la concepción de García (2003), que en otras palabras ha propuesto que la exigibilidad inmediata del crédito laboral, es suficiente para que se decrete una medida de embargo preventivo, solamente demostrando el trabajador su condición de tal. Asemejando el embargo preventivo a la medida preventiva provisional de ejecución anticipada de embargo de los juicios especiales que se encuentra reflejado en los procedimientos de vía ejecutiva y de intimación consagrados en los artículos 630 y 646 del Código de Procedimiento Civil, aunque, hay muchos más casos como el procedimiento de créditos fiscales. Y por otra parte, también enfoca la exigibilidad inmediata del crédito laboral como el fundamento del

fumus boni iuris para que el juez acuerde una medida cautelar solicitada en nuestro proceso laboral, no obstante la similitud con el juicio ejecutivo o juicios especiales que propuso.

Esta respetable posición de García (2003) se asemeja más a los supuestos del juicio ejecutivo que a los de nuestro procedimiento laboral; el problema es que un crédito laboral no es un título ejecutivo y por lo tanto no pueden derivarse del mismo de forma inmediata un embargo preventivo. Falcón (2003) expresa en tal sentido que el título es esencial en el juicio ejecutivo. (p.97). Y nuestro proceso laboral no es un juicio ejecutivo.

El embargo preventivo para Montero (2000) es "en general, una medida cautelar tendente a garantizar obligaciones dinerarias, evitando las consecuencias de que el demandado se coloque en situación de insolvencia." (p.439).

Para nosotros, la medida de embargo preventivo a que hace referencia García, es una medida cautelar y pertenece a la institución de la tutela cautelar.

El título ejecutivo tiene que cumplir con todos los elementos para considerarse como tal para poder tener la fuerza ejecutiva. Por esta razón no basta con que un derecho pueda ser objeto de contenerse en un título ejecutivo, sin que el título que lo contiene tenga todos los elementos necesarios.

Falcón (2003, p.126) con respecto a los requisitos objetivos del título ejecutivo, nos señala que se trata de una deuda instrumentada, que consiste en una deuda de dinero, líquida y exigible por no estar sometida a condición ni a prestación y de plazo vencido es decir lo que para nosotros sería en la CRBV la exigibilidad inmediata.

La exigibilidad inmediata de un crédito laboral no significa certeza de la cuantía del crédito laboral, así como la existencia de un contrato de trabajo no significa *per se* que se adeuden cantidades ya que las mismas pueden estar pagadas.

Si bien es cierto que un contrato bilateral puede considerarse en ciertos y determinados casos como un título ejecutivo, no es menos cierto que siempre debe acreditarse en él fehacientemente que se trata de una obligación líquida y exigible, además que tiene que ser considerado por ley de forma taxativa como título ejecutivo.

De no tener el carácter de título ejecutivo el contrato bilateral, como es el caso del contrato bilateral de trabajo, el mismo no traerá aparejada ejecución por sí solo, no obstante servirá como prueba de la obligación asumida por el patrono deudor del crédito laboral que es exigible inmediatamente en el proceso laboral como lo establece la CRBV.

El contrato de trabajo, aunque establece el crédito laboral a favor del trabajador, no nos establece la certeza en cuanto a la cuantía del crédito laboral, por esta razón no se le puede considerar un título ejecutivo, ya que no tiene la fehaciencia de un título ejecutivo.

Para nosotros con la propuesta de ejecución inmediata del crédito laboral se adelantarían los efectos de la ejecución en el proceso laboral, por lo que esta concepción adoptada sobre la exigibilidad inmediata del crédito laboral, tendrá consecuencias en el proceso laboral, y esas consecuencias vulneran la tutela judicial efectiva y el debido proceso de la parte demandada, motivado a que la exigibilidad inmediata del crédito laboral es un derecho sustantivo que para poder materializarse ha de hacerlo dentro del proceso laboral. Además el decretar una medida cautelar es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que, sería contrario a la misma una tutela cautelar que la vulnere.

También, si se analiza y compartiendo la posición de Ortiz-Ortiz (2002) para quien el embargo preventivo de García (2003) se trata de una anticipación de los efectos de la sentencia definitiva mediante una ejecución provisional de la sentencia, fundamentada en la exigibilidad inmediata del crédito laboral, esto también es contrario a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, motivado a que el proceso laboral no establece anticipación de los efectos de la sentencia definitiva mediante una ejecución provisional de la sentencia.

La posición de García (2003) sobre la exigibilidad inmediata del crédito laboral, ejecutándose inmediatamente, en la práctica constituye una anticipación de los efectos de la sentencia definitiva mediante una ejecución provisional de la sentencia, en tal sentido nos expresa Ortiz-Ortiz (2002) acertadamente que "un amplio sector de la doctrina ha pretendido ver la ejecución provisional de la sentencia como una medida cautelar pero, a nuestro juicio, tiene todos los visos de medida ejecutiva." (p.595).

El otro obstáculo que presenta la posición de García (2003) en cuanto a la exigibilidad inmediata del crédito laboral para el decreto de la medida cautelar de embargo preventivo, lo sostiene Montero (2000), que en contraposición de García (2003), considera que el embargo preventivo laboral, como medida tendente a garantizar obligaciones dinerarias, tiene la apariencia de buen derecho en la existencia de un derecho de crédito a una prestación dineraria (p.439), como fundamento para que se acuerde la medida cautelar se encontrará con el problema de la prueba que demuestre la determinación de la obligación dineraria para su exigibilidad, además de la liquidez de la misma, ya que su exigibilidad sea inmediata o no tendrá el problema de su acreditación o determinación y la liquidez para que se acuerde una medida de embargo preventivo, en tal sentido expresa:

> "si en el proceso laboral las obligaciones dinerarias se basan normalmente en créditos salariales, no sabemos que documento podría

> exigirse como acreditativo de la obligación, a no ser que quisiera aludirse al contrato de trabajo, el cual en todo caso no acreditará el no pago de unos salarios concretos. La existencia, pues, del documento convertiría en inútil el embargo preventivo laboral." (p.440).

Montero (2000, p.439) opina en el sentido que en el crédito laboral el *fumus boni iuris* que comprende la situación jurídica cautelable normalmente se resolverá en la existencia de un derecho de crédito a una prestación dineraria.

La exigibilidad inmediata del crédito laboral, desde nuestra óptica, no puede entenderse como fundamento para el decreto inmediato de una medida cautelar o como único requisito de la presunción de buen derecho. En este sentido, es motivado por el carácter constitucional que tiene el derecho de la tutela judicial efectiva, que además es una garantía constitucional, que abarca un conjunto de derechos constitucionales sin los cuales carecería de contenido.

En el proceso laboral Montero (2000, p.440) opina en otras palabras que las obligaciones dinerarias se basan normalmente en créditos salariales, no sabemos qué documento podría exigirse como acreditativo de la obligación. Si se alude al contrato de trabajo no es prueba suficiente, motivado a que no acreditaría el no pago de unos salarios concretos lo que haría difícil la adecuación de la medida cautelar. Por ello consideramos que el contrato de trabajo no fundamentaría el embargo preventivo laboral.

Lo que García (2003) plantea atenta contra la finalidad de las medidas cautelares, el embargo preventivo originado por un crédito laboral no puede convertirse en un fin ejecutivo ni en un embargo ejecutivo.

En cuanto a la finalidad de las medidas cautelares Ortiz-Ortiz (2001, p.250) nos explica, en otras palabras, que todas las medidas cautelares tienen un fin preventivo y

nunca ejecutivo. El embargo es el caso de una misma institución que puede funcionar como preventivo o ejecutivo, (pero no ambas al mismo tiempo, por aplicación del principio de no-contradicción), pero existen diferencias entre el embargo preventivo y el embargo ejecutivo.

La petición cautelar de embargo preventivo o medida cautelar de embargo preventivo, por su naturaleza de petición, es decir, alegaciones de la parte, debe acreditarse en juicio, por lo menos sumariamente, demostrando el *fumus boni iuris* y la prueba fehaciente o como mínimo una presunción del *periculum in mora*.

El embargo ejecutivo establecido en el artículo 630 CPC, es una medida provisional de ejecución anticipada de carácter no cautelar (Ortiz-Ortiz, 2002, p.155). Por lo que, nosotros analizamos si la ejecución inmediata del crédito laboral mediante un embargo cuyo fundamento son las prestaciones sociales, se estaría efectuando un embargo no cautelar.

Para distinguir si estamos en presencia de una medida cautelar, seguimos a Ortiz-Ortiz (2002, p.155) que sostiene las medidas cautelares están dispuestas por el ordenamiento jurídico para precaver o prevenir la futura ejecución del fallo y la efectividad del proceso, por lo que esto supone la sumaria comprobación de la situación jurídica tutelable (*fumus boni iuris*) sino obligatoriamente la prueba del temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*).

Sostenemos en el mismo sentido de Ortiz-Ortiz (2002, p.156) que en los procedimientos de medida provisional de ejecución anticipada de carácter no cautelar, como es el caso del embargo ejecutivo establecido por el procedimiento de la vía ejecutiva, no es necesaria la comprobación del *periculum in mora,* es decir, la futura ejecución del fallo quedará ilusoria no es necesario demostrarla, porque la presencia del título cualificado es suficiente para adelantar algunas actuaciones tendientes a la

ejecución de la pretensión. Pero realmente, además de la existencia documentada de un crédito líquido y exigible, para la vía ejecutiva se requiere del denominado Título o Documento Guarentigio, esto es, aquel documento reconocido bajo las formas permitidas por el CPC.

La adopción de la medida de embargo ejecutivo, para Ortiz-Ortiz (2002, p.156) su causa o lo que lo sustenta como medida, no es el temor fundado de ineficacia del fallo o ineficacia del proceso sino la propia presencia de un título calificado por el legislador.

Este es el problema de la respetable posición de García (2003), ya que carece de un título calificado por el legislador y el contrato de trabajo no configura como título cualificado.

Ortiz-Ortiz (2002, p.156) explica que el embargo ejecutivo establecido en el artículo 630 CPC, constituye un caso de medidas provisionales, basta únicamente la presencia de un título o documento Guarentigio para el decreto del embargo ejecutivo, puesto que está determinada su duración por la efectiva ejecución del derecho material deducido en el proceso, atribuyéndole al carácter de 'provisionalidad' no la hace una medida preventiva, lo que hace es reafirmar su especial naturaleza de ejecución anticipada, ya que en estas medidas no se requiere la existencia de un daño sino la existencia de un título justificativo que sirve para abreviar las fases de cognición y pasar directamente a la fase de ejecución. (p.157).

La exigibilidad inmediata del crédito laboral es un derecho con rango constitucional, pero en el proceso tiene que demostrarse la deuda del crédito laboral, para esto es el proceso, siempre hay que recordar que el demandante en el juicio laboral como en cualquier juicio no siempre tiene la razón. En este sentido, Ortiz-Ortiz (2002) nos

explica “Hemos de repetir la afirmación de que no siempre el actor tiene la razón y no siempre el demandado carece de ella.” (p.284).

Para decretar una medida cautelar nos explica Rengel-Romberg (2004) que el Juez debe tener en cuenta: “el cálculo preventivo de probabilidades que toca al Juez hacer con base en la apreciación de los medios de prueba que le son presentados” (pp.153-154).

Con respecto a la vía ejecutiva establecida en el CPC, nos señala Rengel-Romberg (2004) que:

> “la Vía ejecutiva venezolana se identifica con el grupo de países que según distingue Liebman, han seguido los principios que eran característicos del derecho común, según el cual, la ejecución de la sentencia es considerada como la continuación del proceso en el cual fue pronunciada, ejecución que corresponde al juez que la pronunció, y tiene como presupuesto la propia sentencia de condena pasada en cosa juzgada; y no con el otro grupo de países que considera la ejecución de la sentencia como el *proceso ejecutivo* que tiene como presupuesto un título *que tenga aparejada ejecución*.” (p.246).

Para Rengel-Romberg (2004) la vía ejecutiva de nuestro CPC, “está muy lejos de ser un *proceso ejecutivo*” (p.246), porque, se limita a imponer el embargo de bienes suficientes para cubrir la obligación y las costas.

Para nosotros, si se practica un embargo como el establecido en la vía ejecutiva de nuestro CPC, se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva del patrono, además que se estaría excediendo el Juez en sus facultades, ya que el decretar un embargo ejecutivo sin la existencia de un título ejecutivo, no es ejercicio del poder cautelar del Juez.

LATUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PROCESO LABORAL

Nos señala Carnelutti (1982), que "el error es inseparable del juicio, y el proceso en este aspecto no es ni más ni menos que un conjunto de precauciones contra el error." (p. XVIII).

Para corregir este error, se tiene la tutela judicial efectiva, la cual dentro de su contenido implica el derecho al recurso, pero antes de ejercer el recurso, la tutela judicial efectiva velará por el buen desarrollo del proceso en concordancia con el principio y derecho al debido proceso.

La garantía fundamental en el proceso laboral es la garantía de la tutela judicial efectiva. Nos explica Ramos (2000, p.32) que el significado de la garantía es algo más amplio, porque da cobertura a todo el sistema de tutela y se habla de garantías porque están ahí para exigir su observancia, ya que su verificación es permanentemente controlable y lo que cuenta es la posibilidad de tutela efectiva.

Las garantías en cuanto tales se proyectan en bloque y repercuten en todo el sistema procesal (Ramos 2000, p.36). Para Ramos (2000) y Ortiz-Ortiz (2001) dentro del contenido de la tutela judicial efectiva se hayan concentradas todas las garantías constitucionales del proceso.

Ortiz-Ortiz (2004) acertadamente nos explica que: "La noción de 'proceso' lleva implícita la visión y la distribución de la *actividad jurisdiccional*". (p.24) posición sobre el 'proceso' que compartimos.

La tutela judicial efectiva implica dentro de su contenido además del derecho a la jurisdicción, que hemos comentado anteriormente; la prohibición de indefensión; la exigencia de motivación de la sentencia y derecho a la ejecución de la sentencia con

lo que se obtiene la efectividad de la sentencia. Contenidos que se tienen que cumplir y aplicar dentro del proceso laboral.

Se vincula la tutela judicial efectiva con el Estado de Derecho, en tal sentido Ortiz-Ortiz (2001) expresa que: "El Estado de Derecho es, ante todo, un 'estado de tutela', esto es, una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudadanos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos (individuales o colectivos)." (p.142).

En efecto, Ortiz-Ortiz (2001, p.149) sostiene que se amplía el contenido de los derechos que integran la tutela judicial efectiva. Así, Ortiz-Ortiz sostiene que al contrario de lo que pudiera creerse, la tutela judicial efectiva no es sinónimo del derecho al debido proceso, tampoco del derecho a la defensa, no obstante que la negación de ellos vulnerarían la tutela judicial efectiva.

Para Ortiz-Ortiz (2001, p.149) el contenido de la tutela judicial efectiva lo conforman todos los 'derechos procesales constitucionales' y de ahí que toda violación de los derechos procesales constitucionales implica una violación de la tutela judicial efectiva, pero no a la inversa. Ello implica que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva en opinión de Ortiz-Ortiz (2001, p.150).

Fundamento Constitucional del Proceso Laboral

Al igual que la tutela judicial efectiva, el proceso laboral tiene su fundamento constitucional. La CRBV establece los derechos fundamentales laborales que se han de tutelar mediante el proceso laboral, cuya manifestación inmediata está en la oralidad y brevedad del procedimiento laboral. En tal sentido:

El artículo 49 CRBV, establece que:

> "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:
> 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.
> 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
> 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
> 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
> 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
> La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
> 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
> 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
> 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas."

El artículo 89 numerales 1 al 4 CRBV, establece:

> "El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:
> 1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.
> 2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.
> 3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.
> 4. Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno."

El artículo 253 CRBV, establece que:

> "La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.
> Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias."

Y el artículo 257 CRBV, establece:

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

La tutela judicial efectiva que podemos definir como garantía constitucional y como un derecho, se encuentra establecida en el artículo 26 CRBV que dispone: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer

valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente."

En España, el artículo que regula el derecho a la tutela judicial, que es un antecedente de nuestro artículo 26 CRBV, para De Esteban y González-Trevijano (2004):

> "Posee un alcance mayor y general, concibiéndose como un conjunto de garantías de orden procesal y jurisdiccional, común a todos los juicios, que se ha convertido en un auténtico derecho fundamental. Según esta orientación, se trata del derecho a la defensa judicial de todos los demás derechos.
> El reconocimiento de este derecho reafirma pues la idea-clave de todo Estado de Derecho." (p.90).

La jurisprudencia del TSJ, en SPA (TSJ, SPA N°02762), definiendo la tutela judicial efectiva, establecida en el artículo 26 CRBV, ha indicado que la misma no se agota en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y ha definido como integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva que comporta los siguientes derechos:

> "(ii) el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; (iii) derecho a asistencia jurídica (asistencia de letrados) en todo estado y grado del proceso; (iv) derecho a exponer las razones que le asistan en su descargo o para justificar su pretensión; (v) oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; (vi) obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente **y, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales, (vii) el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables.**"

En cuanto al derecho a la asistencia jurídica la palabra letrados es aplicada en España para los licenciados en derecho (abogados, en Venezuela) solamente quien tenga la cualidad de licenciado en derecho español es un Letrado, nuestra SPA del TSJ simplemente transcribió la frase, sin corregirla.

La tutela judicial efectiva se define por Puppio (2006) que expresa:

> "La *tutela judicial efectiva*. Es la llamada garantía jurisdiccional que preconiza como valor fundamental de la sociedad, impregnar de justicia al ordenamiento jurídico, de tal manera que el acceso a los órganos judiciales sea expedito para los justiciables, La constitucionalización y la internacionalización del derecho a una justicia accesible, oportuna, imparcial, eficiente y autónoma, concretan el concepto de tutela judicial efectiva en la solución de las controversias a través del proceso como instrumento fundamental de la paz social." (p.66).

La tutela judicial efectiva, para nosotros, es el derecho de todos los ciudadanos de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, para lograr la paz social y la realización de la justicia.

Para Couture (2007), la eficacia del proceso expresa la tutela jurídica (p.441) que no es otra que nuestra tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Al referirse Couture (2007) a la tutela jurídica, expresa que se entiende particularmente en el léxico de la escuela alemana, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. (p.441).

De acuerdo a nuestra opinión, la tutela judicial efectiva es una tutela jurisdiccional y garantiza para la parte actora la garantía de acceso a la justicia y a su vez, para la parte demandada la garantía del derecho a la defensa. De esta forma se puede lograr el fin del proceso de constituirse en un instrumento fundamental para la realización de la justicia tal y como lo dispone el artículo 257 CRBV.

En este orden de ideas, Puppio (2006), expresa que en nuestra CRBV están contenidas las garantías constitucionales de cualquier procedimiento; representan los principios procesales fundamentales. (p.61).

La tutela judicial efectiva es una garantía constitucional y un derecho, es la mayor y más amplia garantía ya que la misma comprende un conjunto de derechos indispensables para el desarrollo del proceso. Para Puppio (2006) hay garantías que pueden ser vistas como derechos, y hay derechos que pueden ser vistos como garantías. (p.66).

Ramos (2000), sostiene que el significado de la garantía es algo más amplio, porque da cobertura a todo el sistema de tutela. (p.32). Las manifestaciones más genuinas de la garantía de la tutela judicial efectiva para Ramos (2000) podría resumirse en:

a) La prohibición de indefensión. (p.69). Señalando que el camino seguido hasta llegar a la sentencia es lo que tiene que ver con la indefensión, no tiene nada que ver el contenido favorable o adverso de la sentencia.
b) La Eficacia del juicio. (p.70). Que el juicio debe ser eficaz es el significado de la garantía. Comportando como consecuencias que sea real y posible el libre acceso a los Tribunales de justicia; el funcionamiento con normalidad de los Tribunales como servicio público; que se extienda a todas las fases del juicio y a sus sucesivas instancias lo que incluye el derecho a ejercer los recursos establecidos en la ley; el juicio eficaz debe tener una duración razonable; aunque inexplicablemente, el Tribunal constitucional español no se ha atrevido a constitucionalizar los plazos, sino sólo ha establecido criterios flexibles de razonabilidad que no resuelven el problema de forma clara; que tenga un coste económico soportable el juicio o exista la justicia gratuita para las personas que carezcan recursos para poder litigar y en cuanto a la ejecución de la sentencia debe otorgar asimismo a la parte victoriosa la satisfacción cumplida de todo cuanto se le concedió en juicio.

Nosotros concordamos con Ramos (2000) y sostenemos que la cobertura a todo el sistema de tutela en el proceso laboral la ofrece y garantiza la tutela judicial efectiva y para ello utiliza entre sus medios de tutela al Poder Cautelar, es decir, la tutela cautelar como institución tiene por finalidad esencial el garantizar la tutela judicial efectiva.

Los contenidos de la tutela judicial efectiva se tienen que aplicar en concordancia con los principios que rigen el proceso laboral que nos lo establece el artículo 2 LOPT además de la doctrina nacional representada por González (2004, p.57) que en otras palabras opina que los principios con los cuales el proceso laboral se edificó para proteger al débil y asegurarle en un breve plazo que será su caso resuelto aplicando los principios de buena fe y la equidad, son los basamentos primordiales de la justicia social.

El artículo 2 LOPT establece:

> "El juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad."

La justicia es el fin del proceso laboral, ya que es el fin de todo proceso por disponerlo así la CRBV.

Para comentar los principios que rigen el derecho procesal González (2004, p.58) nos expresa conjuntamente con el iuslaboralista Isaías Rodríguez los principios fundamentales del derecho procesal laboral, a los cuales el juez debe orientar su actuación como obligación ineludible; estos principios son: oralidad, brevedad o celeridad procesal, uniformidad procesal, publicidad, gratuidad, inmediación, concentración, de preclusión, equidad, prioridad de la realidad de los hechos, de la conciliación, de la lealtad procesal, de impulso procesal, informalidad, de extra y

ultra petita, de la sana crítica y de humanización del proceso laboral. El artículo 3 LOPT establece el principio contradictorio o de contradicción.

El principio de oralidad:

La forma del juicio laboral se hará en forma oral. El proceso será oral lo establece el artículo 3 LOPT. La oralidad es desarrollo del artículo 257 CRBV, este principio va unido con el principio de inmediación y de concentración que siempre acompañaran a la oralidad.

Hernández (2006) comenta que el "proceso es esencialmente oral, lo que se manifiesta en la celebración de las audiencias preliminares, de juicio, de apelación y de casación". (p.470).

Nuestro proceso laboral es un proceso mixto, en el cual la oralidad tiene preeminencia en las audiencias ya sean preliminares, de juicio o la oral de la segunda instancia. Pero se mantiene la forma escrita para los actos procesales como la demanda, notificaciones, contestación de la demanda, pruebas, interposición de los recursos de apelación, de hecho, casación, incluso la publicación del fallo una vez dictada la sentencia en forma oral.

El principio de brevedad o celeridad:

Hernández (2006) comenta que:

> "El análisis de la estructura organizativa del nuevo proceso laboral venezolano evidencia el principio de celeridad en el cual se fundamenta. Basta simplemente revisar los plazos procesales impuestos por la LOPT, así como también el brevísimo plazo del cual dispone el juez para dictar la decisión, para corroborar que el legislador de la LOPT inspiró esta nueva estructura procesal en el principio de la celeridad." (p.472).

Que el proceso será breve lo establece el artículo 3 LOPT. El artículo 10 CPC nos explica mejor la finalidad de este principio al establecer que: "La justicia se administrará lo más brevemente posible."

Este principio existe en toda clase de procesos, Duque (2000 p.64) en tal sentido nos explica que se le denomina celeridad procesal.

El principio de celeridad procesal, es necesaria la celeridad en un proceso en el cual el crédito laboral tiene el carácter de prestación alimentaria ya que este es el valor que tiene para el trabajador, pero también para el patrono es necesaria la celeridad para alcanzar la paz laboral que solamente se logra con la solución de los conflictos laborales.

Se establece en el artículo 257 CRBV y en la LOPT en el artículo 3, va en concordancia con los principios de oralidad y del contradictorio.

Para González (2004, p.79) opina que se consagró este principio en su desarrollo en el artículo 65 LOPT.

El principio contradictorio o de contradicción:
Establecido por el artículo 3 LOPT. Con la finalidad de proporcionarle al Juez bajo la óptica del contradictorio procesal, los elementos en que se traba la litis y le permitan posteriormente en la promoción y evacuación de las pruebas obtener los elementos de convicción necesarios para verificar los alegatos y defensas esgrimidas previamente por las partes.

Este principio les permite a las partes ejercer su derecho de defensa mediante las alegaciones que consideren necesarias y poder hacer las probanzas que consideren pertinentes.

El principio de uniformidad procesal:

Se establece en el artículo 257 CRBV una uniformidad como un todo del proceso que debe ser oral, breve, contradictorio y público. Y también se establece competencia a los tribunales del trabajo en el artículo 29 LOPT, Hernández (2006) sostiene que no son taxativas estas competencias y que la "LOPT establece un procedimiento único para las diversas pretensiones de índole laboral que se pueden presentar ante los órganos jurisdiccionales con competencia en dicha materia." (p.466).

El artículo 29 numeral 1 LOPT, en tal sentido establece: "Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;".

El principio de publicidad:

Los actos del proceso serán públicos lo establece el artículo 4 LOPT y en el artículo 257 CRBV. Todas las actuaciones procesales deben ser públicas.

No obstante lo anterior, dicho principio de publicidad puede sufrir conforme al texto de la LOPT, esto es, cuando el propio texto normativo disponga lo contrario expresamente o el tribunal así lo decida por razones de moral, seguridad o protección de la personalidad de alguna de las partes, repitiéndose en cierta forma el contenido del artículo 24 del CPC.

El principio de gratuidad:

Se establece en el artículo 254 CRBV y dentro del proceso laboral lo establecen los artículos 2, 5 y 8 LOPT en tal sentido: La justicia laboral será gratuita; en consecuencia, los Tribunales del Trabajo no podrán establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

Como parte de este principio de gratuidad se establece el derecho para los trabajadores de tener representación en juicio mediante la Procuraduría General de Trabajadores, a través de los procuradores del trabajo quienes ejercen la capacidad de postulación en juicio por los trabajadores.

El principio de inmediación o de inmediatez:
El artículo 2 LOPT se refiere a este principio como inmediatez y su manifestación se encuentra en el artículo 6 *eiusdem,* mediante el cual se puede definir la inmediación en tal sentido: "Los Jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento."

Puppio (2006), nos da una definición precisa de la inmediación entendida en el sentido que: "Todos los alegatos y pruebas se diligencian con la intervención directa del juez que debe sentenciar, de allí que no se permite comisionar." (p.150).

González (2004) la define "Se basa en el contacto permanente entre ambas partes y entre éstas y el juez." (p.63).

Mediante este principio el Juez deberá estar presente durante la realización de las audiencias procesales y presencia los actos de prueba. Se aplica este principio mediante la oralidad en el proceso laboral.

En relación con el principio de inmediación en el proceso laboral Rivera (2006) opina que "nos encontramos ante la figura del 'único juez', la sustituibilidad del juez evita la inmediación". (p.545).

Hernández, comenta que:

> "Sin embargo, este principio de inmediatez o inmediación se rompe cuando se le permite al juez comisionar a otro Tribunal de la

> jurisdicción cuando no pueda asistir a la práctica de la inspección judicial, contrariándose de manera evidente el contenido del artículo 6 de la LOPT.” (p.473).

El principio de concentración:

Es la concentración de las audiencias procesales, en una audiencia única o pocas audiencias.

Hernández (2006, p.474) comenta, en otras palabras, cuando los actos que conforman el proceso no están separados por períodos distantes se habla de concentración procesal, en la LOPT puede observarse este principio de concentración procesal, toda vez que los actos procesales están reducidos a oportunidades no distantes entre sí.

La concentración y la oralidad van unidas, para Montero (2000) opina que: “Decir oralidad es decir concentración” (p.75).

Este principio se aplica muy bien en la audiencia oral ante el Tribunal Superior del Trabajo ya que normalmente en una única audiencia se resuelve la controversia y si se dan prórrogas para continuar con el debate oral estas normalmente son una o dos.

Es un principio con estrecha vinculación con la tutela judicial efectiva y la finalidad del proceso, establecidas en los artículos 26 y 257 CRBV. Se garantiza en la Constitución una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles. Se desarrolla en los artículos 2 y 151 LOPT.

En opinión de González (2004) “este principio se inclina por unificar los actos más esenciales del proceso laboral en beneficio de una celeridad que tiene por finalidad la realización del proceso sin dilación inoficiosa”. (p.74).

El principio de de preclusión:

Se establece la preclusión de los actos procesales, estableciéndose que una vez vencido el lapso procesal no existirá prórroga salvo que sea recurrido o impugnado, la preclusión en el proceso laboral se pone de manifiesto en especial de la obligación de las partes de asistir a la audiencia preliminar o a sus prolongaciones, así como también la obligación de asistir a la audiencia de juicio.

La preclusión va unida con el principio de concentración de los actos procesales.

Para González (2004, p.73) este principio se estableció en el artículo 11 LOPT cuando establece que la realización de los actos procesales en la forma prevista en la LOPT.

El principio de equidad:

El Juez del trabajo debe buscar la equidad en cada una de sus actuaciones, también la mediación y conciliación debe tener presente la equidad para poder alcanzar mejores soluciones. Este principio se establece en el artículo 11 LOPT, que remite al artículo 12 Código de Procedimiento Civil (CPC).

Este principio es rector del proceso laboral, la S.C.S. del TSJ (TSJ, S.C.S. N°0779), con respecto a este principio se ha pronunciado en tal sentido:

> "En virtud de este apego de la ley procesal del trabajo al principio fundamental expresado en la Constitución (artículo 257), y de la especial naturaleza irrenunciable de los derechos que se tutelan en el procedimiento laboral (artículo 89, numeral 2, constitucional y artículo 3 de la ley sustantiva del trabajo), el sistema procesal establecido en la nueva ley impone al juzgador orientar su actuación en un principio de equidad (artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios que la legislación social acuerda a los trabajadores (artículo 5 *eiusdem*), por lo que consagra algunas disposiciones que modifican el régimen ordinario que tienen ciertas instituciones procesales. Específicamente, puede

> observarse que en materia de perención, la regla consagrada en el Código Civil (artículo 1972), y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 267 y siguientes), traen como consecuencia que la extinción de la instancia impide los efectos de la citación del accionado para interrumpir la prescripción, y por tanto, si el demandante quisiera reclamar su derecho en un proceso futuro, el tiempo transcurrido bajo la pendencia del juicio extinguido, debe computarse al tiempo de prescripción.
>
> Sin embargo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en aras de preservar la irrenunciabilidad de los derechos laborales, ha consagrado un régimen distinto al de Derecho común, estableciendo en su artículo 203 que la perención no impide que se vuelva a proponer la demanda –al igual que ocurre en el proceso civil-, y que además, los lapsos de prescripción no corren durante la pendencia del proceso, excluyendo expresamente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 1972 del Código Civil."

El principio de la primacía de la realidad sobre los hechos:

En nuestra opinión sostenemos lo planteado por Hernández (2006), en tal sentido:

> "que si bien estamos en presencia de un principio, el mismo no atañe directamente al proceso laboral como tal sino que más bien atiende a una cuestión de orden sustantivo del Derecho del Trabajo, razón por la cual no ahondaremos en su tratamiento. En todo caso, se trata de un principio de rango constitucional, según el cual el Juez del Trabajo debe darle primacía a los hechos no obstante las formas o apariencias que las partes hubieren creado a fin de evitar la aplicación de la legislación laboral." (p.475).

No obstante, lo anteriormente sostenido, para González (2004, p.82) se establece en el artículo 89 CRBV y en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo. Este principio se vincula con el principio de la verdad. Que busca la verdad material de los hechos, como verdad verdadera y no la verdad formal, el artículo 11 LOPT remite a la aplicación del artículo 12 CPC que establece la obligación para los jueces en sus actos tendrán por norte la verdad, procurándola conocer en los límites de su oficio.

González (2004) comenta que:

> "Los magistrados de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la exposición de motivos del anteproyecto de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, consideraron que este principio se denomina en la doctrina 'contrato realidad' y consiste en que el juez no debe atenerse a la declaración formal de las partes acerca de la naturaleza laboral o no laboral de su relación jurídica, sino que debe indagar en los hechos la verdadera naturaleza jurídica de la relación,". (p.82).

El principio de de la conciliación:

Rige principalmente al proceso laboral durante la audiencia preliminar, no obstante las partes pueden conciliar siempre antes de que se dicte la sentencia. Este principio busca una solución al conflicto más justa y con mayor celeridad.

El principio de de la lealtad procesal o probidad procesal:

En el proceso laboral obliga a las partes a actuar de buena fe, alegando los hechos conforme a la verdad y a la realidad.

Con respecto a este principio, que inspira toda clase de procesos, Duque (2000, p.82) explica que este principio, rector del proceso venezolano, encuentra su manifestación en la enunciación de los deberes procesales a los sujetos procesales, es decir, las partes y sus apoderados, establecido en el artículo 170 CPC.

En efecto el Artículo 170 CPC establece:

> "Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:
> 1. Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;
> 2. No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;
> 3. No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan."

El principio de de impulso procesal:

El Juez como rector del proceso debe impulsarlo de oficio o a petición de parte lo establece el artículo 6 LOPT, también debe darle impulso en la búsqueda de la verdad, interviniendo en forma activa como establece el artículo 5 LOPT y el artículo 11 *eiusdem,* que establece la potestad de dirección procesal al Juez del Trabajo que determinará de oficio los criterios a seguir para determinar la forma para la realización de los actos procesales.

El impulso procesal a instancia de parte son las actuaciones que las partes hacen ante el tribunal.

El principio de informalidad:

El proceso laboral tiende a evitar los formalismos innecesarios, le es inherente la sencillez y simplificación de las actuaciones procesales y la concordancia con el principio de no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Este principio tiene su origen en los artículos 26 y 257 CRBV, por lo que en nuestro proceso laboral está garantizado por la tutela judicial efectiva.

El principio de extra y ultra petita:

No se incluye dentro del artículo 2 LOPT, (González, 2004, p.86), sin embargo está establecido en el parágrafo único artículo 6 LOPT en tal sentido:

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

Sobre este principio, nos comenta Alfonzo (2008, p.50), en la práctica es el ordenar la cancelación de beneficios laborales que no fueron pretendidos por el actor o el condenar al pago de cantidades mayores a las pretendidas por el actor, es una facultad atribuida al Juez de Juicio laboral. No obstante, Alfonzo (2008, p.52) la norma comentada no concede al Juez de Juicio discrecionalidad absoluta en su aplicación, sino que la limita al estricto cumplimiento de requisitos de orden procesal y de orden sustantivo, que deben necesariamente concurrir en el proceso.

No obstante, los conceptos laborales que no han sido pagados pero que están probados dentro del proceso, han de cancelarse tanto los beneficios de estos conceptos laborales que aunque no pretendidos se encuentran probados, como también sucederá igual cuando el cálculo de los conceptos laborales tenga errores materiales y no se ha pagado la diferencia.

El Juez del Trabajo únicamente está vinculado por la esencia de lo que se ha pedido y discutido en el juicio, más no está vinculado, por la literalidad de las concretas pretensiones o fundamentos jurídicos de las mismas ejercitadas formalmente por los abogados litigantes, de forma que, no existirá incongruencia extra y ultra petita, cuando el Juez del Trabajo se pronuncie sobre una pretensión que no fue formalmente solicitada o ejercida, no obstantes, estaba implícita o era consecuencia necesaria de los pedimentos articulados y del objeto del juicio.

Este principio se relaciona con el principio de congruencia, pero permite al juez laboral en su decisión ir más allá de lo que el principio de congruencia permite, ya que el juez laboral en su sentencia al ampliar o reducir los términos en que las partes alegaron no incurre en incongruencia.

El principio de la sana crítica:
Se establece en el artículo 10 LOPT en tal sentido "Los Jueces del Trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica".

Hernández (2006, p.500), en otras palabras, con respecto a este principio expresa que la LOPT, estableció un importantísimo cambio en el proceso laboral venezolano en materia de la valoración o apreciación judicial de las pruebas que se ofrecen al juez para dirimir conflictos intersubjetivos en materia laboral. Los jueces de Juicio, Apelación y la propia S.C.S. del T.S.J. deben a través de un sistema único de valoración probatorio, apreciar las pruebas y valorarlas, esto es, el sistema de la sana crítica.

El principio de humanización del proceso laboral:
González (2004, p.35) sostiene que el procesalista Héctor Fix Zamudio, una vez que analizó varios de los grandes procesalistas, consideró que la socialización del Derecho tiene en la actualidad un avance pragmático con carácter universalista y de temática muy variada dirigida a los estamentos sociales más deprimidos de nuestra sociedad, con esto se humaniza el proceso laboral.

Mediante los principios de oralidad, brevedad y contradicción (González, 2004, p.94) se humaniza el proceso laboral, para que los jueces puedan juzgar a otras personas son eminentemente humanos sus intereses jurídicos que se plantean en el proceso.

Para González (2004, p.94) la máxima humanización de la justicia está consagrada en el artículo 26 CRBV, es decir, en la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la tutela judicial efectiva en el proceso laboral nos expresa Sáez (2004) que: "Se reconoce por la Constitución un derecho de prestación, de configuración

legal, y contenido complejo; que sería al mismo tiempo un derecho de esencial configuración jurisprudencial." (p.38).

El principio *pro actione* acompañará a la tutela judicial efectiva durante el proceso, para que se alcance la satisfacción de la pretensión.

Para Sáez (2004, pp.40-66) la tutela judicial efectiva dentro del proceso laboral español tiene un contenido complejo que abarca los siguientes derechos:

1. La congruencia de la sentencia.
Se garantiza que el tribunal no se pronuncie sobre una cuestión que no forme parte del contradictorio entre las partes, o que tampoco aparezca de los hechos que rielan en autos. Ya que si el Juez laboral venezolano se percata de hechos que existen en el expediente pero las partes le dieron una apreciación distinta, el Juez tiene el deber de incluir en su sentencia estos hechos lo cual no alterará la congruencia de la sentencia.

Picó I Junoy (1997) nos define la incongruencia, en tal sentido: "Hay incongruencia cuando existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal." (p.65).

La incongruencia es contraria a la tutela judicial efectiva, no obstante, en España la incongruencia de la sentencia solamente vulnera la tutela judicial efectiva cuando provoca indefensión de alguna de las partes o deja de resolver el fondo del litigio.

Sáez (2004) refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (STC 13/1999) comenta que existe la prohibición de indefensión entendida como: "en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses". (pp.45-46).

1. La motivación de la sentencia.

Es necesaria una respuesta, más no es necesario una motivación extensa. Basta para motivar que el tribunal explique o de razón del derecho que ha interpretado en su aplicación. No se puede hacer una motivación arbitraria ya que esto atenta contra la tutela judicial efectiva.

En España, nos comenta Sáez (2004) que "la exigencia de motivación, no sólo se refiere a su existencia y suficiencia sino, en muchas ocasiones, a su propia racionalidad." (p.50).

Los principios procesales de la LOPT que rigen el proceso laboral y que tienen fundamento constitucional son los parámetros para entender si hay o no una verdadera y adecuada motivación de la sentencia, lo que no significa que se garantiza que el Juez aplique correctamente la norma para acertar.

La exigencia de la motivación de la sentencia como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, lo establece la LOPT y también la jurisprudencia de la S.C., (TSJ, S.C. N°72) estableció que:

> "Al respecto, reitera esta Sala que, ciertamente todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos."

Y (TSJ, S.C. N° 708) que establece dentro del contenido de la tutela judicial efectiva que se tiene el derecho a una decisión ajustada a derecho. Esta decisión ajustada a derecho es la motivación de la sentencia, que consiste en las razones de hecho y de derecho que el Juez expone en la justificación del fallo.

En España, nos comenta Sáez (2004) que: “La doctrina constitucional ha extendido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la exigencia constitucional de motivación de sentencias que establece el art. 120.3 CE, con fundamento en el Estado de Derecho”. (p.49).

Picó I Junoy (1997) en tal sentido: “En cualquier caso, la motivación de las sentencias debe, necesariamente, atender al sistema de fuentes normativas, esto es, tiene que fundarse en Derecho.” (p.62).

La motivación de la sentencia se rige por la exigencia de congruencia de la sentencia laboral. No comporta la motivación un derecho al acierto judicial en la sentencia, pudiendo ser la sentencia no conforme a derecho por su motivación, ya que es el Juez laboral el responsable por la interpretación y aplicación de la norma, lo único que es contrario a la inmotivación es la arbitrariedad.

Para Sáez (2004, pp.34-35), que en otras palabras, nos comenta sobre la rigidez o laxitud del principio dispositivo y la exigencia de congruencia de la sentencia, se encuentran ambos en la tutela judicial como precepto constitucional, en la medida en que el garantiza a las partes los principios procesales de igualdad, contradicción y defensa.

La contradicción va vinculada con la congruencia de la sentencia, dependiendo de esto su efectividad para garantizar la no indefensión y la tutela judicial efectiva.

Las finalidades de la motivación en la doctrina española representada por Picó I Junoy (1997, p.64), expresa en tal sentido que permite el control de la actividad jurisdiccional mediante el requisito de publicidad; hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley; logra que las partes se convenzan sobre la razonabilidad, la justicia y corrección de la sentencia, eliminando la sensación de arbitrariedad y por

último garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los recursos correspondientes.

2. El derecho a la ejecución de la sentencia.

Sin sentencias que se cumplan, no se logra satisfacer la pretensión y no se alcanza la efectividad de la tutela judicial efectiva.

Sáez (2004, p.56) expresa en otras palabras que es una garantía de eficacia de lo judicialmente resuelto que opera frente a la parte condenada por la sentencia y frente al órgano judicial que la dicto aplicándose los efectos de la cosa juzgada.

La ejecución de la sentencia se produce cuando se dota de efectividad material a la tutela judicial efectiva ya que se cumple con la satisfacción de la pretensión.

Este derecho a la ejecución de la sentencia además de formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva es el que garantiza la efectividad de la tutela judicial efectiva.

Sobre la importancia fundamental del derecho a la ejecución, Bello (2009, p.240), expresa que no existe la efectividad en el derecho de la tutela judicial efectiva y en la jurisdicción como noción e institución procesal, cuando sólo se prevea la posibilidad de acceso a la jurisdicción, de obtener un fallo motivado, razonado, con congruencia, justo, con posibilidad de recurrir, sin la posibilidad de ejecutar lo decidido o hacer efectiva la decisión, y que adquiera el carácter de cosa juzgada.

3. La prohibición de indefensión.

En España nos comenta Sáez (2004) que "la doctrina constitucional prefiere hablar del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión," (p.66) para los casos en que la lesión proviene del órgano judicial que impide a una parte alegar cuanto crea

oportuno para su defensa, ejercer el contradictorio en función al principio de contradicción.

La indefensión se podría plantear cuando se decretan inaudita parte medidas cautelares. Que se adopte una medida cautelar inaudita parte es para garantizar la tutela judicial efectiva del solicitante de la medida cautelar y ello en nada afecta a la garantía de tutela judicial efectiva de la parte objeto de la medida cautelar.

Esta exigibilidad inmediata del crédito laboral, tiene que exigirse dentro del proceso, el cual tiene unas garantías procesales como la tutela judicial efectiva, y el decretar medidas cautelares implica un análisis de la institución cautelar que está en función de que se alcance la justicia a través del proceso.

El proceso laboral establecido en la LOPT debe garantizar el debido proceso establecido en los artículos 49 y 257 CRBV.

La Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, define el debido proceso:

> "El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas." (TSJ, S.C. N° 05).

El debido proceso se logra cuando se establecen y respetan las garantías y derechos constitucionales dentro del proceso, permitiéndose la finalidad del proceso que es la realización de la justicia, de una justicia eficaz.

Para Bello y Dorgi (2009) "el debido proceso es la suma de las garantías constitucionales mínimas que debe reunir todo proceso, sea o no judicial, para que

pueda calificársele de justo, razonable, confiable, que garantice al ciudadano la efectividad de su derecho material." (p.342).

El proceso laboral es garantía procesal por excelencia de la tutela judicial efectiva, solamente, si en la oportunidad para decretar una medida cautelar la interpretación del Juez para su decreto no es adecuada es que se vulnera el debido proceso y la tutela judicial efectiva, esto sucedería cuando no se encuentran cumplidos los requisitos de Ley para el decreto de la medida cautelar, el decreto de medidas cautelares por el juez laboral tiene como finalidad el garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva comprende el derecho al proceso sin dilaciones indebidas lo cual se extiende hasta la ejecución. En este sentido, nuestro proceso laboral tiene como finalidad evitar las dilaciones indebidas y promover la celeridad procesal.

Para Sáez (2004): "El proceso laboral al igual que todo proceso es el instrumento a través del cual se da satisfacción a los derechos e intereses legítimos objeto del derecho a la tutela judicial." (p.36).

Si se hace exigible el crédito laboral inmediatamente, se incurriría en indefensión y con esto se vulneraría la tutela judicial efectiva.

En efecto, la indefensión vulnera la tutela judicial efectiva, Sáez (2004, p.66), refiriéndose a la sentencia del T.C. STC 107/1999, de 14 de junio, nos expresa que la prohibición de indefensión, en todo proceso debe respetarse el derecho a la defensa mediante el contradictorio, permitiéndole el tribunal a cada parte alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

Dentro del contenido del derecho al debido proceso como garantía constitucional se encuentran el derecho a un proceso con todas las garantías, a igualdad de armas procesales y a un proceso sin dilaciones indebidas.

El derecho a un proceso con todas las garantías, comprende todas las garantías constitucionales procesales, pero también en nuestra opinión comprende dentro del proceso laboral todas las garantías procesales que establece la LOPT.

El derecho a igualdad de armas procesales está en concordancia con otros derechos como la igualdad procesal entre las partes, el derecho de defensa. Este derecho le permite a cada parte alegar en su defensa lo que considere necesario y el derecho de probar cuanto considere, sin poderse limitar alegatos o pruebas a una parte y permitírselos a la otra parte, todo dentro de las normas procesales que rigen el proceso.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que consiste en que se cumplan los lapsos procesales conforme al principio de la celeridad procesal, sin reposiciones inútiles ni retardo procesal. Esto vulnera la tutela judicial efectiva al haberse vulnerado el debido proceso.

La exigibilidad inmediata del crédito laboral garantizado por la Constitución implica que su tutela judicial efectiva dentro del proceso laboral se efectúe con equilibrio, motivado a que tanta tutela judicial efectiva tiene el demandante del crédito laboral como el demandado.

En tal sentido, Ortiz-Ortiz (2001) opina que “encontrar mecanismos que, por una parte garanticen la ‘efectividad’ del proceso pero, al mismo tiempo, garanticen los derechos procesales de todos los intervinientes en el mismo;” (p.19).

En tal sentido para Ortiz-Ortiz (2001, p.135) debido proceso significa 'debido proceso legal'.

En efecto, Ortiz-Ortiz (2001) expresa que "el derecho al debido proceso implica una tutela judicial efectiva aún cuando no agote su concepto sobre la base de considerarlo como *derecho fundamental,* internacionalmente consagrado, de contenido axiológico, más allá del debido proceso legal con la que inicialmente surgió." (p.141).

IV. LA IMBRICACIÓN ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Nos planteamos la imbricación que ocurre en el proceso entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva, en el sentido que el proceso por mandato del artículo 257 CRBV tiene como fin constituirse en un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Siendo esta la finalidad constitucional del proceso y motivado a que la tutela judicial efectiva implica como garantía el respeto al derecho del debido proceso (TSJ, S.C. N°72), y por garantizarse la tutela judicial efectiva dentro del proceso es de donde se deriva el mandato de la tutela cautelar.

En tal sentido, Picó I Junoy (1997, p.73) nos comenta, en otras palabras, que el T.C. indica sobre la tutela judicial que no es tal sin medidas cautelares destinadas a asegurar el efectivo cumplimiento de la futura sentencia definitiva que recaiga en el proceso.

La tutela judicial efectiva no será efectiva si el dispositivo de la sentencia no se cumple y no se satisface la pretensión, tampoco se lograría la realización de la justicia como finalidad del proceso.

Nos comenta, González (2001, p.340), citando la sentencia del T.C. STC 4/1988, de 21 de enero, en otras palabras, que: el Tribunal reiteradamente ha declarado que la ejecución de las sentencias constituye parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino también es un principio esencial de nuestro Ordenamiento, destacando que el efectivo cumplimiento de los fallos judiciales ocupan un lugar central en un Estado de Derecho.

La eficacia de la tutela judicial efectiva se logra cuando el que ejerce su derecho de acción logra obtener del órgano jurisdiccional la respuesta adecuada conforme a derecho.

Se da también la imbricación entre la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar, porque como explica Díez-Picaso (2002) "la tutela cautelar forma parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" (p.386).

No obstante, es contrario a esta posición en Venezuela Ortiz-Ortiz (2002) que sostiene que la tutela cautelar concebida como institución procesal autónoma, no forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva y en consecuencia no hay imbricación.

En el mismo sentido que el autor español Díez-Picaso, se ha pronunciado la jurisprudencia (TSJ, S.C. N°640), en tal sentido:

> "Las medidas cautelares, instrumentos de la justicia dispuestos para que el fallo jurisdiccional sea ejecutable y eficaz, son expresión del derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, previsto en el art. 26 de la Constitución de 1999".

Nosotros, opinamos que la imbricación entre éstas ocurre para garantizar la efectividad del fallo, esta imbricación sucede en dos momentos procesales distintos, siendo un primer momento procesal en que se decreta la medida cautelar que es

durante el proceso en cualquier momento o instancia, en cambio, el segundo momento procesal en que se alcanza la tutela judicial efectiva es con la ejecución de la sentencia.

PROCESO Y TUTELA CAUTELAR

La tutela cautelar al igual que el proceso tienen su fundamento en el artículo 257 CRBV y se vinculan con el artículo 26 *eiusdem*.

La doctrina representada por Pesci-Feltri (2007), sostiene que las normas que contienen el primer aparte del artículo 26, como las que establece el 257, ambos constitucionales, se refieren a una única categoría: "Proceso". Que la voluntad del constituyente fuera la de crear una categoría única del instituto "Proceso". (p.50).

Rengel-Romberg (2004, p.163) nos expresa que las providencias cautelares, están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia, y *'la seriedad'* de la función jurisdiccional.

La función jurisdiccional que tiene por fin la tutela judicial efectiva a partir de la entrada en vigencia de la CRBV. Por lo que, nosotros parafraseando al Dr. Rengel-Romberg que comentaba esto antes de la entrada en vigencia de la CRBV, podríamos mencionar que las providencias cautelares, están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y 'la seriedad' de la tutela judicial efectiva mediante la función jurisdiccional.

La tutela cautelar constituye una de las manifestaciones más importantes del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo tanto el proceso cautelar tiene como finalidad garantizar la tutela judicial efectiva.

Montero (2000) nos define el proceso, en tal sentido:

> "no es más que el instrumento con que los titulares de la potestad jurisdiccional cumplen la función que les viene atribuida constitucionalmente y no es más que el medio con el que se desarrolla el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva." (p.29).

El proceso entonces será el medio para desarrollar y alcanzar la tutela judicial efectiva, de allí la importancia de la tutela cautelar que va a garantizar que el proceso alcance sus fines al salvaguardar las resultas del juicio y la posible ejecución de un fallo definitivo o de las resultas de la actividad jurisdiccional que es el resultado final del proceso.

La tutela cautelar es un proceso cautelar para Montero (2000), que aparece para evitar la inoperancia de los procesos de declaración y de ejecución en lograr la tutela judicial efectiva. (p.435).

Si la tutela cautelar es un proceso, tiene que garantizar la tutela judicial efectiva, ya que esta es la finalidad de todo "proceso".

La tutela cautelar en el proceso origina el proceso cautelar, que Montero (2000) define:

> "el proceso cautelar es un *tertium genius*, no simplemente un incidente en un proceso de declaración o de ejecución, sino un verdadero proceso con sustantividad propia, para cuya regulación son precisas dos clases de normas:
> 1.ª) Aquellas que se refieren a lo que es habitual en una norma procesal, es decir, competencia, partes, actos y, en general, el procedimiento con el que se llega a la resolución que en el mismo debe dictarse.
> 2.ª) Las que atienden al propio contenido de la resolución cautelar, determinando si la pretensión debe ser estimada o no. Así como en el proceso de declaración el contenido de la sentencia lo determina el derecho material, en el proceso cautelar ese contenido lo determina una norma procesal." (p.436).

En cambio para Duque (1999), expresa que el Código de Procedimiento Civil se refiere al Procedimiento Cautelar. (p.137). Sin embargo el autor sostiene que la tutela cautelar es una función jurisdiccional. (p.140)

Apartándose de la concepción de proceso cautelar sostenida por Montero, este autor ubica las normas del Código de Procedimiento Civil sobre el Procedimiento Cautelar como facultad de los jueces. Duque (1999) sostiene en tal sentido que a esa facultad se le denomina jurisdicción cautelar, que modernamente se integra en el sistema de tutela judicial de las garantías individuales para asegurar la efectividad del derecho. (p.137).

Bello y Dorgi (2009) mencionan que:

> "la función cautelar en el proceso judicial resulta fundamental, pues mediante la garantía o aseguramiento de la efectividad y ejecución de la sentencia o acto equivalente en los casos requeridos y previo el cumplimiento de los requisitos de ley, es que se asegura el derecho de pretensión y de la tutela judicial efectiva," (p.332).

El proceso, la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva en armonía permiten la satisfacción de la pretensión en su totalidad desde que se inicia el proceso hasta el cumplimiento voluntario o la ejecución de la sentencia.

Para Bello y Dorgi (2009, p.332) la función cautelar tiene su basamento en la Constitución y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. La tutela cautelar existe durante todo el proceso, incluso en la alzada y en casación, en efecto nos comentan que:

> "Forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de garantía de impugnación contra decisiones judiciales, no solo el derecho a solicitar medidas cautelares ante el tribunal de alzada, (*omissis*), sino también el derecho a obtener una respuesta a la solicitud cautelar, que niegue o decrete la medida, debidamente motivado o razonado, a lo cual se une el derecho a ejercer recursos judiciales para

> impugnar las decisiones dictadas en sede cautelar, bien a través de la apelación ordinaria, del recurso extraordinario de casación cuando proceda". (p.235).

Mediante el análisis de los señalamientos de Couture y Niceto Alcalá Zamora, Ortiz-Ortiz (2001, p.132) señala en otras palabras que, para estos autores 'procedimiento' es el método propio para la actuación ante los tribunales, mientras que 'proceso' se define como el conjunto de relaciones jurídicas entre los agentes de la jurisdicción, los auxiliares de ésta y las partes, regulado por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión que puede adquirir carácter con autoridad de cosa juzgada.

No obstante definirse la tutela cautelar como un proceso cautelar por autores como Duque o Montero, para Ortiz-Ortiz (2001) " las medidas cautelares no constituyen un 'proceso' sino una institución autónoma con sus propios mecanismos." (p.133).

Ortiz-Ortiz llega a esta opinión sobre la naturaleza de institución de la medida cautelar que es el resultado del ejercicio de la tutela cautelar.

Para Ortiz-Ortiz (2001, p.133), en otras palabras, la medida cautelar es una institución procesal autónoma, porque la medida cautelar se puede decretar *inauditam alteram parte,* sin que exista un proceso, además que tiene mecanismos propios de impugnación y especiales lapsos.

En efecto, Ortiz-Ortiz (2002) nos define la naturaleza jurídica o categorización jurídica de la medidas cautelares, en tal sentido la define como "*institución procesal autónoma e instrumental*", (p.99). Nosotros compartimos esta posición.

En España existe la garantía y principio procesal de igualdad de armas procesales establecido en el artículo 24.2 CE, principio que se aplica al proceso laboral en conjunto con la igualdad material.

Para Sáez (2004): "El proceso laboral al igual que todo proceso es el instrumento a través del cual se da satisfacción a los derechos e intereses legítimos objeto del derecho a la tutela judicial." (p.36).

Durante el proceso se tiene que poseer el derecho a la tutela cautelar, motivado a que el proceso por sí mismo no es suficiente para garantizar la tutela judicial efectiva, ya que el proceso se encamina y dirige como su finalidad a alcanzar la tutela judicial efectiva. No obstante hay un transcurso de tiempo entre el inicio del proceso y la satisfacción de las pretensiones mediante la ejecución del fallo definitivo o de la ejecución de lo acordado mediante un medio de autocomposición procesal.

El debido proceso establecido en los artículos 49 y 253 CRBV, establece una serie de garantías que todo proceso legal debe tener.

La finalidad de la tutela cautelar en el proceso para Montero (2000, p.69) es garantizar la eficacia de las resultas del proceso que, por su propia naturaleza, precisa de un transcurso de tiempo que puede convertir en inútil la actividad jurisdiccional.

Las medidas cautelares que se decreten en el proceso laboral deben estar dirigidas a asegurar de la forma más adecuada la efectividad de la tutela judicial efectiva.

Bello (2008) nos explica que "el fin del proceso primordial e inmediato no es resolver al particular su problema y mucho menos en la forma favorable que pretende, sino por el contrario, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos." (p.157).

LA JUSTICIA MATERIAL PREVENTIVA

Desde siempre ha habido cierta preocupación sobre la Ejecución de las Sentencias Judiciales como medio específico para garantizar la eficacia y efectividad del fallo y el consecuente restablecimiento del derecho vulnerado.

Desarrollaremos la justicia material preventiva desde la perspectiva que produce la imbricación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva.

No obstante, Ortiz-Ortiz (2002, p.119), en tal sentido, nos explica que en su fase de desarrollo se encuentra aún la elaboración doctrinal sobre la 'justicia preventiva', para construirle a la cautela un concepto autónomo de su institución, que no es otra que la institución cautelar.

La justicia preventiva, (Ortiz-Ortiz, 2002, p.120), tratada magistralmente por Font Serra, estableciendo que los términos 'prevención' y 'cautelar' responden a un mismo fin ideológico, por lo que en principio 'justicia preventiva' y 'justicia cautelar' pueden ser empleados como equivalentes. Aunque para nosotros está claro que la justicia cautelar es únicamente ante los tribunales y dentro del proceso.

Para Ortiz-Ortiz (2002, p.121) el género es la justicia preventiva y la justicia cautelar es una de sus múltiples y heterogéneas manifestaciones. Nos explica Ortiz-Ortiz (2001, p.251) que ha propuesto la noción de una justicia material preventiva la cual está emparentada con la justicia cautelar española.

En tal sentido Ortiz-Ortiz (2001) define la justicia material preventiva:

> "entendido que la garantía de la justicia desde el punto de vista formal y positivo no es suficiente para garantizar los supremos fines de la jurisdicción; es necesario añadir mecanismos procesales que permitan a los sujetos de la litis *la posibilidad concreta, real o material* de que su

> derecho –una vez reconocido por el proceso cognoscitivo- sea concretado.” (p.251).

La justicia preventiva es denominada por Ortiz-Ortiz (2001) como justicia material preventiva y en España la denominan justicia cautelar.

En tal sentido, Ortiz-Ortiz (2002) explica que:

> “Emparentado con esta noción de justicia cautelar hemos propuesto una justicia material preventiva (jurisdicción preventiva), entendiendo que la garantía de la justicia desde el punto de vista formal y positivo no es suficiente para garantizar los supremos fines de la jurisdicción.” (p.122).

Nosotros entendemos que la tutela judicial efectiva es uno de esos supremos fines de la jurisdicción a que se refiere Ortiz-Ortiz que ha de garantizar la justicia material preventiva.

No obstante, la tutela preventiva y la tutela cautelar se relacionan. Pero la que tiene por esencia la justicia material preventiva Ortiz-Ortiz (2002, p.89) es la tutela preventiva y nos expresa que “la tutela preventiva jurisdiccional cuando es ‘cautelar’ constituye, para las partes, parte integrante del acceso a la justicia (derecho de accionar),”. (p.89). Nosotros siguiendo a este autor, somos de la opinión que si la tutela judicial efectiva dentro de su contenido tiene el derecho de accionar, es decir, que es el derecho de acceso a los tribunales y el de acceso a la justicia, entonces se demuestra la vinculación con la justicia material preventiva, demostrándose que la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva se relacionan e imbrican por la justicia material preventiva.

Acertadamente, Argüello (1989, p.41) nos comenta que la justicia preventiva, tan necesaria de elaboración doctrinal, será un tema que, con motivo del tratamiento de las medidas cautelares, saldrá a colación.

Argüello (1989, p.42) define la justicia preventiva así: "Por tutela preventiva debemos entender aquella función que pueden sumir, en ciertos casos, los órganos jurisdiccionales, para proteger el derecho a la justicia de los ciudadanos ante el peligro genérico de que pueda ocasionarse un daño jurídico. Viene a ser, como con acierto señala Calamandrei, 'una anticipación de la jurisdicción'."

La justicia material, para nosotros, es el fin perseguido por el proceso con garantía en la tutela judicial efectiva y fin garantizado por la tutela cautelar mientras se alcanza satisfacer la pretensión, mediante la realización de la justicia al caso concreto.

La tutela cautelar a través de la medida cautelar busca la eficacia y efectividad de un proceso, esto lo logra con garantizar la justicia material. De igual forma, la tutela judicial efectiva tendrá efectividad cuando logra la justicia material.

Si la tutela cautelar es ineficaz impide que el goce del derecho pueda resultar efectivo materialmente, además, de resultar eficaz en la protección de la tutela judicial efectiva.

La tutela cautelar se ejerce por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del derecho Argüello (1989, p.42), pero por la existencia de un peligro concreto y no genérico a diferencia de la tutela material preventiva

Nos explica Ortiz-Ortiz (2001, p.157) que a través de la función tutelar, se garantiza materialmente la situación jurídica deducida en el proceso y es cuando el Estado de Derecho mediante el ordenamiento jurídico ejerce el resguardo.

La futura ejecución del fallo y la efectividad del proceso, que es lo perseguido por la justicia material preventiva y también por la tutela cautelar, también le es aplicable el principio *pro actione* al derecho a la ejecución de las sentencias.

En relación a la importancia de la medida cautelar para garantizar la justicia material preventiva y la tutela judicial efectiva, González (2001) nos expresa: "Si, por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraria al Ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado el derecho a la tutela judicial." (p.369).

Nos explica Ortiz-Ortiz (2001, p.251) que la tutela judicial efectiva y la prevención están muy vinculadas, porque prevención y justicia preventiva reflejan una misma realidad y, a su vez, las medidas cautelares no son más que uno de los modos de manifestarse la justicia preventiva de carácter material, en orden a garantizar la real y efectiva satisfacción de los intereses y derechos debatidos en un proceso.

La justicia material preventiva al igual que la tutela cautelar que es la especie de este género, busca asegurar el derecho y la cosa juzgada. Couture (2007) nos explica en relación a la efectividad formal y material del derecho que en "la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin." (p.44).

La justicia material preventiva atiende al sistema cautelar que el órgano jurisdiccional ejerza como función. Nos expresa Ortiz-Ortiz (2002, p.50) que deben velar por la justicia material de los casos concretos, todos los tribunales del país, como claro mandato del artículo 257 CRBV.

Para referirse a la justicia preventiva o justicia material preventiva y la tutela cautelar o justicia cautelar, seguimos la expresión de Ortiz-Ortiz (2002) "ciertamente gozan de la misma finalidad pero en modo alguno pueden identificarse."

La tutela cautelar se diferencia de la justicia material preventiva, Ortiz-Ortiz (2002) para diferenciarlas expone que "por cuanto las medidas *cautelares están*

preordenadas a un proceso pendiente y con la finalidad de asegurar un resultado." (p.122).

Nosotros establecemos la imbricación con la tutela judicial efectiva ya que la tutela cautelar está al servicio de la tutela judicial efectiva, ya que la finalidad de la tutela cautelar de asegurar un resultado en el proceso se refiere a garantizar la futura ejecución del fallo, que es lo mismo, a garantizar o asegurar el resultado de la tutela judicial efectiva para que la misma sea eficaz.

Ahora, ponderando la posición de García (2003) de la exigibilidad inmediata del crédito laboral con la justicia material preventiva de Ortiz-Ortiz (2002), mediante la fundamentación que por justicia material preventiva de un crédito laboral que tiene constitucionalmente exigibilidad inmediata, existiría la posibilidad de acordar un embargo para el caso de los créditos laborales.

En tal sentido la exigibilidad inmediata del crédito laboral en aplicación de la justicia material preventiva, se podrá acordar un embargo, lo que Ortiz-Ortiz (2002, p.149) explica: "se trata de lo que hemos denominado justicia material en su aspecto preventivo, es decir, que antes de que el juicio de cognición finalice pueda la parte interesada y mediante comprobación *prima facie* de ese derecho, asegurar cautelarmente que la ejecución de la justicia formal y la misma justicia material se cumpla de manera efectiva, por ello existe preventivamente." (p.149).

Por lo que, nosotros opinamos que la exigibilidad inmediata del crédito laboral se podrá exigir mediante la aplicación de la justicia material preventiva, la cual va en concordancia con la tutela judicial efectiva que garantiza y comprende el derecho a la jurisdicción, ya que como bien explica Ortiz-Ortiz (2002) cuando expresa "No hay duda alguna de que al lado del *derecho a la jurisdicción* que garantiza la justicia

formal, existe paralelamente la posibilidad de asegurar preventivamente la justicia material del caso concreto sometido al conocimiento del juez." (p.150).

Para que se logre su efectividad la tutela judicial efectiva garantiza la justicia formal, pero también tiene que garantizar la justicia material para lograr la satisfacción de la pretensión deducida en juicio y lograr la realización de la justicia.

La justicia material preventiva para nosotros es el fin material perseguido por la tutela judicial efectiva y garantizada materialmente por la tutela cautelar integrante del género, cuya finalidad es la eficacia de dar satisfacción a la pretensión procesal, solamente la diferencia está en la forma y la oportunidad o momento en que cada una despliega sus efectos, ya que en la tutela cautelar su eficacia va a ser sustituida por la eficacia de la tutela judicial efectiva que se concreta con la ejecución de la sentencia o de la forma de autocomposición procesal acordada por las partes.

CONCLUSIONES

La CRBV constitucionalizó los derechos de tutela judicial efectiva, debido proceso, la exigibilidad inmediata de los créditos laborales y que el proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia.

La jurisdicción -función Estatal fundamental para la protección de nuestros derechos- fue analizada en función a la tutela judicial efectiva, se evidenció que forman parte del contenido de derechos de la tutela judicial efectiva tanto la jurisdicción en sus dos sentidos como derecho de jurisdicción y como el derecho a la jurisdicción y la tutela cautelar, para poder salvaguardar un derecho necesitamos comprender su contenido, tan extensamente desarrollado en España, mientras en Venezuela es apenas de reciente desarrollo, no obstante se ha logrado incluir todos los derechos que integran su contenido que comprende el derecho de acceso a los tribunales o a la jurisdicción; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la ejecución de la sentencia para su efectividad, el derecho al recurso legalmente previsto y el derecho a la tutela cautelar, ya que se ha logrado aclarar que la tutela cautelar forma parte del contenido de la misma.

Nos resultó de importancia analizar los requisitos esenciales para acordar las medidas cautelares en la LOPT y las características de las mismas, motivado a que la tutela cautelar como institución procesal por su finalidad está supeditada a la tutela judicial efectiva, además que existe mutua imbricación y si en ejercicio de la potestad de tutela cautelar se decretan las medidas cautelares de forma errada o es insuficiente o inadecuada quedaría ilusoria la ejecución del fallo y no se puede salvaguardar la tutela judicial efectiva vulnerándose así la misma.

Se ha evidenciado en el estudio de la LOPT, que el requisito del *periculum in mora* en la redacción del artículo 137 LOPT, el mismo es un requisito esencial para el

decreto de las medidas cautelares, y es un requisito necesario para poder ejercer la función cautelar sin vulnerarse la tutela judicial efectiva.

A pesar de los importantes aportes de la LOPT al nuevo proceso laboral que creó, el cual se adecúa a la finalidad constitucional del proceso, no obstante, es necesario como recomendación que se establezca una mejor redacción de sus artículos, pues, cuando se trata de otras instituciones procesales y derechos que tienen incidencia inmediata en el proceso laboral, es conveniente una revisión del articulado de la misma, con la finalidad de establecer normativamente mejor las instituciones procesales y su aplicación en especial la de medidas cautelares, tal como lo hace la LEC cuyo articulado es expreso y diáfano.

Teniendo en consideración que la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral establecido en el artículo 92 CRBV, surgió en nuestra doctrina patria la propuesta de García (2003) de decretar un embargo de bienes sobre el patrimonio del patrono, en virtud de la exigibilidad inmediata de este crédito que tiene rango constitucional, de la cual el proceso laboral debe garantizar y permitir su materialización en la práctica. Por lo que, nos inspiró desarrollar la concreción de esta exigibilidad constitucional del crédito laboral a la luz de la existencia de la tutela judicial efectiva del crédito laboral.

No obstante, nos atrevemos a expresar que, entre los dos derechos constitucionales, el más valioso es el de la tutela judicial efectiva por ser un derecho fundamental, así lo han establecido en el derecho comparado, específicamente en España en el cual la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional con el rango de derecho fundamental.

La concepción que adoptemos en relación a la exigibilidad inmediata del crédito laboral, determinará la concresión de la tutela judicial efectiva, ya que si aceptamos la

posición de García (2003) simplemente con la existencia del crédito laboral se ha de hacer el decreto de una medida cautelar de embargo preventivo. No obstante, nosotros opinamos en sentido contrario a García (2003), pues, si la concepción de exigibilidad del crédito laboral se utiliza para acordar una medida cautelar de embargo preventivo y sin estar presentes los requisitos exigidos por la legislación, se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva de la parte sobre la cual recae la medida cautelar. Tomamos la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral como un derecho constitucional que se tiene que ejercer en el proceso laboral, sin poderse decretar una medida cautelar salvo que se pruebe el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora,* ya que sólo de esta forma es que se salvaguarda la tutela judicial efectiva, pues, tanto la exigibilidad inmediata del crédito laboral como la tutela judicial efectiva, son derechos de rango constitucional.

Así mismo se logró determinar que la concepción de la exigibilidad inmediata del crédito laboral como derecho garantizado por la CRBV, solamente puede ejercerse al igual que todos los derechos constitucionales, como un crédito laboral que mediante la pretensión se plantea dentro del proceso laboral y no necesariamente por su sola existencia como crédito ha de acordarse una medida de embargo preventivo.

El analizar la imbricación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva, independientemente que la tutela cautelar forme parte del contenido de la tutela judicial efectiva, es importante su análisis, motivado a que nos condujo a la justicia material preventiva.

Pensamos que en el sentido expresado por Ortiz-Ortiz (2002) sobre el contenido de la justicia material preventiva que dentro de la misma existirá la posibilidad que sea decretado el embargo preventivo cuando estemos en presencia de un crédito laboral. Por lo que, la justicia material preventiva si podrá permitir la materialización en la

práctica de la exigibilidad inmediata del crédito laboral, sin vulnerarse la tutela judicial efectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonzo, J. (2008). ***Los poderes jurisdiccionales del juez en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.*** Ensayos sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad Social. (Colección Libros Homenaje, N° 19). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Argüello, I. (1989). ***Medidas cautelares generales en el Código de Procedimiento Civil*** [Libro en línea]. Consultado el 20 de octubre de 2010 en: http:// www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/73/rucv_1989_73_ 39-51.pdf

Bello, H. (2008). ***La actividad probatoria oficiosa en materia procesal laboral. Problemática de la insuficiencia probatoria.*** Ensayos sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad Social. (Colección Libros Homenaje, N° 19). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Bello, H. y Dorgi, D. (2009). ***Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*** (2ª. ed.). Caracas: Paredes.

Carnelutti, F. (1982). ***La prueba civil.*** Buenos Aires: Depalma.

Couture, E. (2007). ***Fundamentos del derecho procesal civil.*** Caracas: Atenea. (Colección Clásicos del Derecho).

De Esteban, J., y González-Trevijano. P. (2004). ***Tratado de derecho constitucional*** (Vol. 2). Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho Universidad Complutense Madrid.

Diez-Picaso, I. (2002). ***Las medidas cautelares.*** Derecho procesal civil. Ejecución forzosa procesos especiales (2ª. ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Duque, R. (1999). ***Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*** (2ª. ed.) (Vol. 2). Caracas: Fundación Projusticia. (Colección Manuales de Derecho).

_____ (2000). ***Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*** (2ª. ed.) (Vol. 1). Caracas: Fundación Projusticia. (Colección Manuales de Derecho).

_____ (2008) ***Los poderes del juez y el control de la actividad Judicial.*** Serie Estudios 72. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

España, Tribunal Constitucional (1986). ***Sentencia N° 149: 26 de noviembre de 1986.***

Falcón, E. (2003). ***Juicio ejecutivo y ejecuciones especiales*** (1 vol.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

García, O. (2003). ***Embargo en juicios de prestaciones sociales: (artículo 92 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela)***. Estudios sobre derecho del trabajo libro homenaje a José Román Duque Sánchez. (Colección Libros Homenaje, Nro. 9). Caracas: Fernando Parra Aranguren Editor, Tribunal Supremo de Justicia.

González, J. (2001). ***El derecho a la tutela jurisdiccional*** (3ª. ed.). Madrid: Civitas.

González, J. (2004). ***La reclamación judicial de los trabajadores.*** Caracas: Vadell hermanos.

Henríquez, R. (2004). ***Nuevo proceso laboral venezolano*** (2ª. ed.). Caracas: Liber.

Hernández, L. (2006). *Los principios generales del derecho aplicables a la actividad probatoria del proceso laboral venezolano previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y otros temas conexos.* Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social: Normas Laborales, Decisiones Judiciales y Estudios. (Serie Normativa N° 7). Caracas: Fernando Parra Aranguren Editor, Tribunal Supremo de Justicia.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003***). Metodología de la investigación*** (4ta ed.). México: McGraw-Hll.

Montero, J. (2000). ***Introducción al proceso laboral*** (5ª. ed.). Madrid: Marcial Pons.

Ortiz-Ortiz, R. (2001). ***La tutela constitucional preventiva y anticipativa. (análisis de la nueva Constitución venezolana de 1999 y la evolución jurisprudencial).*** Caracas: Frónesis.

_____ (2002). ***El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*** (2ª. ed.). Caracas: Frónesis.

_____ (2004). ***Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos.*** Caracas: Frónesis.

Pesci-Feltri, M. (2007). ***Constitución Nacional y proceso.*** Memoria de evento XXXII "Jornadas J.M. Domínguez Escovar" Derecho Procesal el C.P.C. 20 Años después. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

Picó I Junoy, J. (1997). ***Las garantías constitucionales del proceso.*** Barcelona: J.M. Bosch.

Puppio, V. (2006). ***Teoría general del proceso*** (7ª. ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Ramos, F. (2000). ***El sistema procesal español*** (5ª. ed.). Barcelona: Bosch.

Rivera, R. (2006). ***Los recursos procesales (Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y Niños y Adolescentes)*** (2ª. ed.). San Cristóbal: Santana.

Rengel-Romberg, A. (2004). ***Tratado de derecho procesal civil venezolano (según el Nuevo Código de 1987)*** (4 vol.). Caracas: Altolitho.

_____ (2004). ***Tratado de derecho procesal civil venezolano (según el nuevo Código de 1987)*** (6 vol.). Caracas: Altolitho.

Sáez, C. (2004). ***Tutela judicial efectiva y el proceso laboral.*** Madrid: Thomson Civitas.

Serra, M. y Ramos, F. (1974). ***Las medidas cautelares en el proceso civil.*** Barcelona: Gráficas Pareja.

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (1997). ***Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista***. Caracas: Autor.

Venezuela, Tribunal supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). ***Sentencia N° 05: 24 de enero de 2001.***

Venezuela, Tribunal supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). ***Sentencia N° 72: 26 de enero de 2001.***

Venezuela, Tribunal supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). ***Sentencia N° 708: 10 de mayo de 2001.***

Venezuela, Tribunal supremo de Justicia, Sala Constitucional (2003). ***Sentencia N° 640: 03 de abril de 2003.***

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (2006). ***Sentencia N° 0779: 03 de mayo de 2006.***

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (2001). ***Sentencia Nº 02762: 20 de noviembre de 2001.***

Legislación:

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 5.453 (Extraordinario), Mayo 24 de 2000.

Constitución Nacional Española. (1978). ***B.O.E. número 311-1,*** Diciembre 29 de 1978.

Código de Procedimiento Civil. (1986). ***Gaceta oficial de la República de Venezuela,*** 3.694 (Extraordinario), Enero 22 de 1986.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania), Mayo 23 de 1949.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). ***Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 37.504 (Extraordinario), Agosto 13 de 2002.

Ley 1/2000, De 7 de enero, de enjuiciamiento civil. (2000). ***B.O.E. número 7,*** Enero 8 de 2000 y corrección de errores de 14 de abril de 2000.