LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO*

César Augusto Carballo Mena**

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Los actos procesales previos: A) Introducción de la demanda: 1. Forma. 2. Contenido. B) Admisión (Despacho saneador de apertura). C) Notificación: 1. Del demandado. 2. ¿Del demandante? 3. ¿Notificación o citación? 4. Representación sin poder. 5. Defensor *ad litem*. 6. Reforma del libelo de demanda. 7. Reconvención. III.- La audiencia preliminar: A) Oportunidad. B) Finalidad: 1. Extinción del proceso a través de medios alternativos de composición de conflictos. 2. Depuración del proceso. 3. Ajuste de pretensiones. 4. Recepción de pruebas. 5. Garantía de las resultas del juicio. C) Duración. D) Rasgos esenciales: 1. Privacidad. 2. Oralidad. 3. Inmediación. 4. Imperatividad y carga presencial. 5. Informalidad. E) Conciliación y mediación. F) Resultados: 1. Autocomposición de la procesal (convenimiento, desistimiento o transacción). 2. Arbitraje. 3. Terminación del proceso por desistimiento tácito, confesión ficta o enervación de presupuestos procesales. 4. Extinción de la audiencia preliminar y prosecución del proceso en audiencia de juicio

I.- Introducción

El trece (13) de agosto de 2002 fue promulgada la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 37.504 de la misma fecha, mediante la cual se regula lo concerniente al procedimiento judicial que habrá de observarse para la tramitación y decisión de los conflictos *intersubjetivos* derivados de la aplicación del derecho del trabajo (tanto en su órbita individual como colectiva) y de la Seguridad Social[1]. La aludida Ley fue dictada en ejecución de lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral cuarto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), según

* Este ensayo revisa y actualiza el publicado en el libro *Ley Orgánica Procesal del Trabajo –Ensayos-*. V. I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.

** Jefe del Departamento de Derecho Social y profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). cesarcarballo2000@yahoo.com.

[1] Artículo 29 LOPT: "Los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir: 1. Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje; 2. Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con base en la estabilidad laboral consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la legislación laboral; 3. Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 4. Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social; y 5. Los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos".

la cual la Asamblea Nacional debía sancionar "[u]na ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La ley orgánica procesal del trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso". En sentido análogo, el artículo 257 *ejusdem* prevé que el proceso [el laboral incluido][2] 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".

En términos generales, el nuevo proceso laboral destaca por su doble eje a nivel de la primera instancia (artículo 15 LOPT), esto es, concebida a través de dos fases articuladas (Audiencia preliminar/Audiencia de Juicio), aunque con objetivos disímiles y bajo la dirección de distintos jueces. La primera está, básicamente, orientada hacia la concreción de la litis y, sobre todo, al impulso de los medios de autocomposición procesal, mediante las funciones de conciliación y mediación del juez (Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución). Si fracasare la aludida iniciativa, se aperturará, entonces, la audiencia de juicio donde, bajo el esquema tradicional, corresponderá al juzgador (Juez de Juicio) dirimir el conflicto intersubjetivo sometido a su escrutinio.

Los señalados roles corresponden a la regla diseñada por el legislador, aunque cabe apuntar que ello no niega, en modo alguno, que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, como resulta de ordinario para quienes cumplen funciones judiciales, se pronuncie, mediante sentencia, en torno a la controversia planteada:
[i] Confesión ficta por incomparecencia del demandado.
[ii] Desistimiento tácito del proceso por incomparecencia del demandante.
[iii] Homologación de la manifestación de voluntad unilateral [desistimiento de la acción o convenimiento] o bilateral [transacción] que pretende servir de instrumento de autocomposición procesal.
[iv] Suficiencia de las cantidades dinerarias consignadas por el empleador, en la esfera del juicio de calificación de despido, reenganche y pago de *salaros caídos*, a que se refieren los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo [LOT]; y
[v] Extinción del proceso por enervación de los presupuestos procesales[3].

De igual modo, siendo que el impulso de los llamados medios alternativos de solución de conflictos, en ejecución de lo expresado en los artículos 253, último aparte CRBV ("El sistema de justicia está constituido por […] los medios alternativos de justicia…".) y 258, único aparte *ejusdem* ("La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos"), *transversaliza* el procedimiento laboral[4], nada obsta para que el Juez de Juicio, si lo estimare conveniente, ejerza funciones de conciliación (no así de mediación pues ésta, como se verá luego[5], implica

[2] Salvo que se exprese lo contrario, las negrillas, cursivas y corchetes son míos.
[3] *Vid ut infra* F.3 (Desistimiento tácito, confesión ficta o enervación de presupuestos procesales) .
[4] *Vid* Sentencia N° 79, de 17 de octubre de 2001, proferida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, contentiva del Acta de Mediación y Conciliación celebrada por César Giral y Distribuidora Polar, S.A. (DIPOSA), a la cual se adhirieron otros demandantes y demandados.
[5] *Vid ut infra* III.E (Conciliación y mediación).

siempre adelantar criterio en torno a la controversia, comprometiéndose así su imparcialidad y dando lugar a inhibiciones o recusaciones contrarias a la *celeridad* que debe imperar en el procedimiento laboral).

No es, pues, exagerado, sostener que el éxito del nuevo modelo procesal laboral descansa, mayormente, en la audiencia preliminar. Si efectivamente se alcanza, en alto porcentaje[6], la extinción del proceso por medio de autocomposición (o sometimiento de la controversia a arbitraje), permitirá a los Jueces de Juicio satisfacer el imperativo de inmediatez y celeridad. En caso contrario, el número de causas que deberán ser resueltas en la audiencia de juicio conspirará, hasta hacer naufragar indefectiblemente el nuevo modelo, contra la celeridad y, muy seguramente, ante la frustración por el retardo procesal exorbitante, se alzarán las primeras voces que proclamen la necesidad de retornar al viejo esquema, con los cambios que fuere menester a los fines de revestirlo de mayores niveles de equidad. De allí, pues, la trascendencia de comentar los aspectos más relevantes de la audiencia preliminar, brindando respuestas, siempre tentativas, a las dudas que pudiere arrojar el régimen normativo que la regula. En este orden de ideas, para ubicar en su exacta dimensión las funciones del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución será menester afrontar, aunque sólo fuere preambularmente, los actos previos a la instalación de la audiencia preliminar, es decir, [i] la *introducción de la demanda*, [ii] su *admisión* y [iii] la *notificación* del demandado.

II. Los actos procesales previos

A. Introducción de la demanda

1. Forma: De conformidad con lo pautado en el artículo 123 LOPT, la demanda deberá presentarse por ***escrito*** ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución (según la competencia territorial prevista en el artículo 30 *ejusdem* ["...lugar donde se prestó el servicio o donde se puso fin a la relación laboral o donde se celebró el contrato de trabajo o en el domicilio del demandado, a elección del demandante..."). Por excepción, el artículo 123, Parágrafo Único *ejusdem* (reproduciendo el contenido del artículo 63 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo [LOTPT]) admite la alternativa de presentar la demanda en forma ***oral***, imponiéndole al Juez, en este supuesto, el deber de reducirla a escrito en forma de acta, "que pondrá como cabeza del proceso".

La excepción apuntada sólo resulta admisible en el supuesto de que la demanda fuere incoada por quien se adjudique la condición de trabajador[7] (independientemente del sujeto accionado [patrono, organización sindical, organismo del sistema de seguridad social, etcétera]). Siendo una obvia excepción al principio de escrituración, resulta imperativo

[6] Según lo expresan los proyectistas, se aspira que un setenta y cinco por ciento (75%) de las causas sean resueltas por autocomposición (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Edición del Tribunal del Supremo de Justicia, Caracas, 2003, p. 30). El magistrado Omar Mora en su discurso de 0rden de Apertura del año judicial, en Maracaibo, 30 de enero de 2004, anunció que el porcentaje de autocomposición alcanza el 95%.

[7] En sentido análogo, la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente prevé la opción de que la demanda, en la esfera de los procedimientos contenciosos en asuntos de familia y patrimoniales (Título IV, Capítulo IV, artículos 450-492), sea planteada oralmente ante el Tribunal, debiendo levantarse acta que la contenga, siempre que se tratare de niños y adolescentes (artículo 456 *ejusdem*).

colegir que la misma responde al principio tuitivo (artículos 1, 9 y 10 LOPT) que orienta la legislación laboral, tanto sustantiva como adjetiva.

Además, ello deriva del hecho de que es el trabajador, en la inteligencia de la LOPT, el demandante arquetípico, mientras el empleador ocupa la condición de demandado, como lo demuestran nítidamente los artículos 123.1 ("...Si el demandante fuere una organización sindical..." [es el único supuesto de persona moral que se vislumbra desde la perspectiva del accionante]), 123.2 ("Si se demandara a una persona jurídica..." [quien en ningún caso, *ex* artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo, podría ostentar la condición de trabajador]) y, sobre todo, 126 ("...se ordenará la notificación del demandado, mediante un cartel [...], el cual será fijado [...] a la puerta de la sede de la empresa, entregándole una copia del mismo al empleador...") LOPT.

En todo caso, aunque se hubiere encabezado el proceso con el Acta levantada al efecto por el Juez, el demandante deberá estar debidamente asistido o actuar mediante representante en las subsiguientes fases del proceso (el demandante tendrá derecho a la asistencia de un procurador de trabajadores, en los términos previstos en los artículos 33 al 41 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo. Dictada que fuere la ley a que refieren la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 5 CRBV y el artículo 28 LOPT, dichas funciones corresponderán a los defensores públicos de trabajadores). En consecuencia, si asistiere solo el demandante a la audiencia preliminar (sin la debida asistencia jurídica), el juez deberá declarar el desistimiento tácito de la acción, de conformidad con lo pautado en el artículo 130 LOPT[8].

[8] En contra de este criterio *vid.* sentencia de 19 de noviembre de 2003, dictada por el Tribunal Primero Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Carlos Miguel Chirinos contra C. ADC Transporte, C.A. (Asunto N° AP21-R-2003-000038): "...Una nota característica del desistimiento del procedimiento es que proviene de la voluntad del actor, a la cual se le reconocen efectos jurídicos a los fines de la extinción del procedimiento, en razón del principio dispositivo. Esta manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. En el supuesto consagrado en el artículo 130 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se considera que la incomparecencia del demandante a la audiencia preliminar equivale a una voluntad tácita de éste de desistir del procedimiento. En el presente asunto, no hubo una manifestación de voluntad tácita de desistir del procedimiento, ya que el demandante sí compareció a la audiencia preliminar y con su conducta manifestó la intención de continuar con el procedimiento. Por ende, es inaplicable la consecuencia establecida en el artículo 130 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al incumplirse el supuesto de hecho de la norma. Además, el declarar desistido el procedimiento en esta causa, sería contrario a los mandatos constitucional y legal concernientes a una justicia célere y expedita a través de trámites procesales eficaces (artículos 26 y 257 de nuestra Carta Magna y 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) (…) al permitir al demandante comparecer a la audiencia preliminar sin abogado, se contrarió el debido proceso y el artículo 4 de la Ley de Abogados, ya que las partes no actuaron en un plano de igualdad. La consecuencia a la comparecencia del demandante sin su abogado, deber ser necesariamente la anulación de la decisión del A quo de fecha 30-10-2003 y la reposición de la causa, al estado procesal que un Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo fije nueva oportunidad para celebrar la audiencia preliminar, para de esta manera garantizar el debido proceso (…) A todo evento, a los fines de precaver dilaciones intencionales de las partes, contrarias a la celeridad y lealtad procesal, el principio es que ninguna de las partes debe estar en la audiencia preliminar sin la asistencia o representación de abogado, y en caso que alguna comparezca sin asistencia de un profesional del Derecho, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo debe ser rector, y designar de manera inmediata un abogado para que la asista, de conformidad con el único aparte de artículo 4 de la Ley de Abogados y diferir por una sola vez la audiencia preliminar, para que en la nueva oportunidad asista el abogado designado por el Juez y se continúe con el proceso. A tal efecto, se tendrá la lista de Procuradores de Trabajadores y una lista sumaria de profesionales del Derecho, elaborada por el Colegio de Abogados respectivo, como colaboradores del proceso. Así se decide…" (paréntesis del Tribunal Superior Primero del

2. Contenido: Previsto igualmente en el artículo 123 LOPT, es susceptible de resumirse en los siguientes términos:
[a] Identificación de las partes (encabezamiento, numerales 1 y 2), incluyendo su dirección (encabezamiento, numeral 5).
[b] Pretensión (encabezamiento, numeral 3); y
[c] Descripción de los hechos, con mayor especificidad en el caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (encabezamiento, numeral 4 y único aparte, numerales 1 al 5).

Se excluyen, respecto del régimen previsto en la (parcialmente) abrogada Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo y en el Código de Procedimiento Civil (CPC):
[i] La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda (artículo 340, ordinal 1° CPC), y
[ii] La promoción de los instrumentos fundamentales ("aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido") junto con la demanda (artículos 340, ordinal 6° CPC y 57, ordinal 4° LOTPT).
[iii] Asimismo, en relación con los accidentes de trabajo, se excluye la obligación de identificar en el libelo de demanda a los testigos (artículo 58, numeral 10 LOTPT) y a las personas que estén bajo la "guarda y protección del accidentado" (artículo 58, numeral 11 *ejusdem*).

En todo caso, es de advertir que el contenido del libelo de demanda será objeto de revisión de oficio por parte del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, quien deberá, de estimarlo imperativo, ordenar su subsanación en ejercicio de la potestad saneadora prevista en el artículo 124 LOPT.

B. Admisión de la demanda (Despacho saneador de apertura)
De conformidad con lo pautado en el artículo 124 LOPT, "[s]i el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del trabajo, comprueba que el escrito libelar cumple con lo requisitos exigidos en el artículo anterior, procederá a la admisión de la demanda dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo. En caso contrario, ordenará al solicitante *con apercibimiento de perención*, que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación, que a tal fin se practique. *En todo caso, la demanda deberá ser admitida o declarada inadmisible dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al recibo del libelo por el Tribunal que conocerá de la misma*. La decisión sobre la inadmisibilidad de la demanda deberá ser publicada el mismo día en que se verifique...".

Al respecto, proceden los siguientes comentarios:

[i] El artículo parcialmente trascrito contempla el *despacho saneador de apertura* o *inicial* , es decir, la potestad correctora del juez tendente a garantizar que el libelo de demanda satisfaga plenamente los requisitos legalmente exigidos, enervando vicios que pudieren comprometer el desenvolvimiento del proceso. Esta *potestad* resulta particularmente relevante en el diseño de la LOPT, habida cuenta la supresión, *ex* artículo 129 LOPT, de las incidencias derivadas de la promoción de cuestiones previas (artículo 346 CPC).

Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas).

[ii] El Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá pronunciarse en torno a la admisión de la demanda dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo.
[ii.i.] En caso de admitirla, procederá a la notificación del demandado a los fines de la instalación de la audiencia preliminar (artículos 127 y 128 LOPT); y
[ii.ii] En caso negativo, podrá ora declararla inadmisible sin trámite ulterior (*v.gr.* por incompetencia territorial del Tribunal *ex* artículo 30 LOPT, por contrariar la moral o las buenas costumbres, etcétera), ora advertir los errores u omisiones detectados en el cuerpo del libelo de demanda con el objeto de que la actora proceda a subsanarlos.

[iii] En este último supuesto, que concretiza el ejercicio de la potestad saneadora del Juez, deberá notificarse al demandante para que, bajo apercibimiento de *perención de la instancia*, proceda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, a subsanar y/o corregir los errores u omisiones advertidos.

[iv] La notificación del demandado, a los fines de la subsanación de los errores u omisiones detectados, resulta comprensible por virtud del efecto que sigue a la falta de subsanación o su inoportuna presentación o insuficiencia, es decir, la perención de la instancia y, en consecuencia, la extinción del proceso y la prohibición para el actor de proponer nuevamente la demanda antes de que transcurran, por lo menos, noventa (90) días después de declarada la perención (artículos 202 y 203 LOPT).

La notificación deberá verificarse, a falta de previsión expresa, bajo una cualquiera de las modalidades previstas en la Ley (cartel [artículo 126], medios electrónicos [*idem*] o correo certificado con acuse de recibo [artículo 127], aunque esta última no pareciera viable por virtud de la brevedad del lapso previsto en el artículo124 LOPT). Incluso, nada obsta para que el Tribunal utilice, en términos similares a los observados en los juicios de amparo constitucional y en la esfera del Código Orgánico Procesal Penal[9], otros medios más expeditos e informales como la llamada telefónica al demandante.

Si entre las omisiones de que adolece el libelo de demanda se encontrara la dirección procesal, impidiéndose así la notificación a los fines de la subsanación, deberá el Tribunal consignar las observaciones, producto del *despacho saneador*, en el expediente y dejar transcurrir el lapso de dos (2) días hábiles que se le concede al demandante, a los fines indicados en el artículo 124 LOPT. Si no constare la debida subsanación o corrección, dentro del lapso indicado, será decretada la perención de la instancia.

[v] La LOPT prevé que, en todo caso, "la demanda debe ser admitida o declarada inadmisible dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del libelo por el Tribunal que conocerá de la misma" (artículo 124 LOPT), de donde se desgajan las siguientes consideraciones:

[v.i] La notificación del demandado, si el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución ha agotado los dos (2) días hábiles que le son concedidos a los fines de advertir, si fuere el

[9] Artículo 184 del Código Orgánico Procesal Penal: "…En caso de urgencia (las víctimas, expertos, intérpretes y testigos) podrán ser citados verbalmente, por teléfono, por correo electrónico, fax, telegrama o cualquier otro medio de comunicación interpersonal, lo cual se hará constar…".

caso, los errores u omisiones de que adolece el libelo de demanda, deberá verificarse en el lapso de un (1) día hábil (garantizando así el lapso de dos [2] días hábiles a los fines de que el demandante proceda a la subsanación o corrección de la demanda).

[v.ii] Si transcurre el lapso de cinco (5) días sin que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución hubiere analizado el libelo de demanda, sin perjuicio de su responsabilidad personal, deberá proceder a admitirla y los errores u omisiones que pudieren advertirse serán objeto de subsanación en la oportunidad del *despacho saneador de clausura* o *secundario* (artículo 134 LOPT: "Si no fuere posible la conciliación, el [Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución...] deberá, a través del despacho saneador, resolver en forma oral *todos* los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual se reducirá en un acta"); y

[v.iii] Idéntica conclusión habría de operar si, por cualquier circunstancia, la notificación del demandado se verifica luego de transcurridos los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recepción, por parte del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, de la demanda. Si la notificación se verificare antes del transcurso del referido lapso pero sin que fuere posible garantizar al demandante los dos (2) días hábiles para la debida subsanación de la demanda, deberá agotarse este lapso, cualquiera fuere: Si el demandante presenta la subsanación o corrección del libelo antes del transcurso del lapso de cinco (5) días hábiles (contados a partir de la recepción del libelo por parte del Tribunal) se seguirá lo dispuesto en el artículo 124 LOPT (evaluación de la modificación libelar y, con base en ello, admisión o rechazo de la demanda). Si transcurriese el lapso (5 días hábiles) sin que el demandante presentare sus correcciones (toda vez que no se ha agotado, en este supuesto, el lapso de dos [2] días hábiles que le concede la Ley), deberá el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución admitir la demanda y proceder a la subsanación del libelo mediante el *despacho saneador de clausura* (o, incluso, declarar terminado el procedimiento si la subsanación presentada por el demandante, luego de admitida la demanda, junto con los elementos adicionales incorporados durante la audiencia preliminar, no satisfacen los extremos de Ley[10]).

C. Notificación

1. Del demandado: De conformidad con los artículo 126 LOPT, admitida la demanda deberá procederse a la notificación del demandado, con el objeto de celebrar la audiencia preliminar.

[a] La LOPT prevé tres modalidades de notificación: carteles (artículo 126 LOPT), medios electrónicos (artículo 126 LOPT) y correo certificado con acuse de recibo (artículo 127 *ejusdem*).

[a.1] **Carteles:**

a.1.1. Formalidades: El Alguacil, de conformidad con lo pautado en el artículo 126 LOPT (que transcribe lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo [derogado *ex* artículo 194 LOPT]) fijará un cartel "a la puerta de la sede de la empresa" (o dirección del demandado, si se tratare de un trabajador, organización sindical u organismo del sistema de seguridad social), "entregándole una copia del mismo al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere". Como se observa, la

[10] *Idem.*

notificación de esta especie exige, para su perfeccionamiento, de una doble condición: [i] *fijación del cartel* y [ii] *entrega de una copia del mismo* al demandado o su representante, *o su mera consignación* ante su secretaría u oficina receptora de correspondencia (si se tratare de personas jurídicas).

a.1.2. Contenido: El cartel deberá indicar, *ex* artículo 126 LOPT, "el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar". Sin embargo, aun cuando nada prevé la Ley al respecto, dicho cartel ha de prever, igualmente, la identificación del demandante y una referencia lacónica del objeto de la demanda.

a.1.3. Compulsa: Del mismo modo, a pesar de la omisión en que incurre la LOPT, los Tribunales[11], con el presumible objetivo de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa, anexan a la copia del cartel de notificación (la que han de entregar al patrono o su representante, o consignar ante su secretaría u oficina receptora de correspondencia) un ejemplar del libelo de la demanda, y a tales fines, imponen al demandante, como condición para proceder a la admisión de la demanda, que presente ésta en original y copia.

a.1.4. Lapso de comparecencia: El lapso de comparecencia a la audiencia preliminar se computará a partir del día siguiente a aquel que conste en autos el cumplimiento de las formalidades correspondientes a la notificación por carteles.

a.1.5. Notificación del representante *ex lege* del patrono: De otra parte, es de advertir que el artículo 52 de la Ley Orgánica del Trabajo, derogado *ex* artículo 194 LOPT, preveía que la citación del representante del patrono "a quien no se le hubiere conferido mandato expreso para darse por citado o comparecer en juicio, se entenderá hecha directamente a éste". No obstante dicha derogatoria, por aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo ("Los directores, gerentes, administradores […] y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono aunque no tengan mandato expreso, y obligarán a su representado para todos los fines derivados de la relación de trabajo"), la notificación verificada en la persona del representante *ex lege* del patrono se entenderá hecha directamente a éste, en los términos previstos en el artículo 126 LOPT.

a.1.6. Negativa a recibir la copia del cartel de notificación: Finalmente, cabe avanzar opinión en lo concerniente a la eventual negativa del patrono o su representante, o del trabajador que atienda su secretaría u oficina receptora de correspondencia, a recibir el cartel de notificación o aportar al Alguacil sus datos personales, impidiéndole el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 126, encabezamiento LOPT ("…El Alguacil dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito en este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió la copia del cartel"). En este supuesto, el Alguacil deberá dejar constancia en el expediente de lo acontecido y, a partir de ese momento, se reputará perfeccionada la notificación, sin necesidad de trámites complementarios[12]. Esta conclusión, que pudiere percibirse, *prima facie*, como atentatoria

[11] Por lo menos en lo que respecta a la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

[12] En contra de este criterio: "…[E]l Juez, con fundamento en el artículo 11 [LOPT…] deberá por analogía aplicar las formas sustitutas de la notificación personal previstas en el artículo 233 del [Código de Procedimiento Civil], y publicar el cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, indicando al demandado que deberá concurrir dentro de los diez días hábiles siguientes a la audiencia preliminar, apercibiéndole que de no comparecer, personalmente o por medio de apoderado, en atención a lo dispuesto

de la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, se fundamenta, no obstante, en las siguientes consideraciones:

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

[ii] La opción legislativa de referir a la notificación del demandado (en lugar de la citación) tiene el objetivo explícito de flexibilizar el procedimiento de inserción del demandado al proceso ("El llamado del demandado se produce mediante su simple notificación y no a través de una citación, porque se quiere desde luego, garantizar el derecho a la defensa, pero mediante un medio flexible, sencillo y rápido […] [L]a citación [*sic*], es de carácter eminentemente procesal y debe hacerse a una persona determinada, debiendo agotarse la gestión personal, en cambio, la notificación puede o no ser personal, pero no exige el agotamiento de la vía personal, que es engorrosa y tardía. Es más expedita la notificación, con el propósito de abreviar los términos, procedimientos y lapsos...[13]").

[iii] Admitir que el demandado, por su propia voluntad, puede retardar el proceso (negándose a recibir el cartel de notificación y/o informar sobre sus datos personales al Alguacil) constituiría una severa lesión a los principios rectores del nuevo proceso (por todos, *ex* artículo 2 LOPT, brevedad, celeridad y primacía de la realidad o de los hechos); y

[iv] No se prevé en la LOPT, como sí lo indica expresamente el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil (el Secretario librará y entregará al citado boleta de notificación en la cual comunique la declaración del Alguacil) y lo expresaba igualmente el (derogado) artículo 50 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (el recibo que se exigía al citado podía suplirse con la declaración del Alguacil y de un testigo que hubiere presenciado la entrega y conociere a la persona citada), un *mecanismo sucedáneo* de notificación para el supuesto que el patrono o su representante, o los trabajadores que atiendan su secretaría u oficina receptora de correspondencia, se negaren a recibir el cartel de notificación o aportar sus datos personales.

[a.2] **Medios Electrónicos:** Asimismo, el Tribunal podrá practicar la notificación "por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan. A efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en al Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en todo cuanto le sea aplicable (…) A todo evento, el Juez dejará constancia en el expediente, que efectivamente se materializó la notificación del demandado".

---

en los artículos 129 y […] 131, eiusdem, se presumirá que admite los hechos alegados en la demanda" (Román J. Duque Corredor. "Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo", en Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro homenaje a José Román Duque Sánchez. V. I. Fernando Parra Aranguren, editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 9, Caracas, 2003, p. 432).

[13] Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. *Ob.cit*, pp. 39, 67 y 68.

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

El Tribunal deberá garantizar la preservación del mensaje de datos que sirva de notificación al demandado (o demandante), en los términos previstos en el artículo 8° de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE): "…Cuando la ley requiera que ciertos actos (…) consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado (…), estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. 2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida. 3. *Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y destino del Mensaje de Datos*, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido...".

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

[i] La constancia del origen del mensaje de datos, esto es, del emisor del mismo, operará de conformidad con lo pactado entre las partes o, en su defecto, cuando fuere posible evidenciar que el mismo fue, efectivamente, enviado por "(1) el propio emisor, (2) por persona autorizada para actuar en nombre del emisor respecto de ese mensaje o (3) por un sistema de información programado por el emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente" (artículo 9° LMDFE).

[ii] Por su parte, el artículo 11 LMDFE dispone que el momento de recepción de un mensaje de datos se producirá cuando éste hubiere ingresado al sistema de información que el destinatario hubiere designado al efecto o, en caso de que ningún sistema se hubiere designado, cuando, salvo prueba en contrario, ingrese en un "sistema de información utilizado regularmente por el destinatario".

No obstante, puede sostenerse que esta modalidad *no resulta, en la actualidad, operativa (o, por lo menos, confiable) pues se carece de la infraestructura tecnológica adecuada a los fines de certificar la recepción y origen de la información, así como la integridad del documento.* En efecto, la LMDFE, que regula –por disposición del artículo 126 LOPT- lo concerniente a la certificación de la notificación del accionado, contempla a tales fines la existencia y funcionamiento de *proveedores de servicios de certificación* (artículos 31-37), debidamente acreditados por ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (artículo 20). Hasta tanto dichos proveedores no presten sus servicios, en los términos previstos por la Ley, los medios electrónicos destinados a la notificación del demandado resultan inadecuados por la inseguridad de que revisten una formalidad esencial al ejercicio del derecho constitucional a la defensa.

Como corolario de lo antes expresado:

[i] el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá –como en la práctica lo han observado- agotar otros medios de notificación más confiables, como la fijación de carteles o el correo certificado con acuse de recibo. Sólo cuando no fuere posible perfeccionar la notificación a través de las indicadas modalidades, cabría la utilización de los medios electrónicos, *como mecanismo para provocar la incorporación del demandado al proceso*; y

[ii] Si el demandado no se diere por notificado, resulta conveniente insistir con otra modalidad de notificación antes de decretar la *confesión ficta* pues ello podría dar origen a incidencias onerosas y que, en definitiva, culminarían, muy probablemente, con la nulidad de lo actuado y la reposición al estado de nueva notificación. Así, si el demandado objetare la notificación sería menester demostrar que, efectivamente, la misma se verificó a través de medios electrónicos, requiriéndose para ello de la intervención de un perito o *forense electrónico.*

[a.3] **Correo certificado:** Corresponderá al Alguacil, *ex* artículo 127 LOPT, adelantar las gestiones pertinentes ante la oficina de correo (depósito del cartel en sobre abierto, identificación del destinatario y dirección de "su oficina o [del…] lugar donde ejerza su comercio o industria") a los fines de practicar la notificación por correo certificado. "A vuelta de correo, el administrador o director (de la oficina de correo) enviará al Tribunal remitente el aviso de recibo firmado por el receptor del sobre (…) El mencionado aviso de recibo será agregado al expediente por el Secretario del Tribunal, dejando constancia de la fecha de esta diligencia y al día siguiente comenzará a computarse el lapso de comparecencia del demandado".

2. ¿Del demandante?

Se ha planteado la duda en torno al imperativo de notificación del demandante como condición previa a la instalación de la audiencia preliminar, en términos análogos a las formalidades exigidas respecto del demandado. La raíz del debate se ubica en la norma contenida en el artículo 123, numeral 5 LOPT, en concordancia con el artículo 7 *ejusdem*.

Así, la norma referida en primer término dispone, como contenido esencial del libelo de demanda, lo referente a "[l]a dirección del *demandante* y del *demandado, para la notificación a la que se refiere el artículo 126 de esta Ley*". Por tanto, siendo que el referido artículo 126 LOPT contempla el requisito de la notificación del demandado a los fines de su comparecencia a la audiencia preliminar, se ha interpretado[14] que dicha formalidad deberá operar, igualmente, en relación con el demandante. En refuerzo del criterio expresado se advierte que el artículo 7 de la mencionada ley consagra que "[h]echa la notificación para la audiencia preliminar, *las partes* quedan a derecho y no habrá necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del proceso, salvo lo casos expresamente señalados en esta Ley".

No comparto el criterio expresado en las líneas que anteceden, toda vez que:

[14] *Vid.* Ricardo Henríquez La Roche. El Nuevo Proceso Laboral. Ed. Liber, Caracas, 2003, pp. 308-310.

[i] La duda se desprende de una ambigüedad de la norma (artículo 123.5 LOPT) por conexión sintáctica entre las palabras que integran la oración, de modo particular en lo relativo a la *frase adjetival* "para la notificación a que se refiere el artículo 126 de esta Ley". En consecuencia, la coletilla transcrita sólo alude a la dirección del *demandado*, último de los sujetos mencionados en la oración y, por ende, concernido por la frase adjetival que le sigue.

[ii] La frase adjetival remite al artículo 126 LOPT ("…para la notificación a que se refiere el artículo 126 de esta Ley"), siendo que dicho artículo sólo prevé la notificación del *demandado* como condición previa a la instalación de la audiencia preliminar no es posible deducir el imperativo de notificar al demandante.

[iii] El artículo 128 LOPT ratifica que la notificación, a los fines de la instalación de la audiencia preliminar, está dirigida a incorporar al demandado al proceso: "El demandante deberá comparecer (…) a fin de que tenga lugar la audiencia preliminar al décimo día hábil siguiente, posterior a la constancia en autos de *su notificación o a la última de ellas, en caso de que fueren varios los demandados*".

[iv] Del contenido del artículo 7 LOPT no es posible deducir la necesaria notificación del demandante, como condición previa a la instalación de la audiencia preliminar, toda vez que dicha norma transcribe lo dispuesto en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, jamás interpretado en el sentido de requerir la *citación* del demandante a los fines de proceder a la contestación a la demanda. En todo caso, la norma en comento debe entenderse en el sentido de que la notificación del demandado (requerida para la instalación de la audiencia preliminar *ex* artículo 126 LOPT) pone a derecho a las partes toda vez que el demandante ya se encontraba bajo esta circunstancia desde el momento de introducir la demanda (si ésta fuere admitida sin advertencia de errores u omisiones) o notificado que fuere de los errores u omisiones detectados en el libelo de demanda, por parte del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, a los fines de que, apercibido de perención, proceda a subsanarlos dentro del lapso de dos (2) días hábiles siguientes (artículo 124 LOPT).

[v] La notificación del demandante como condición para la celebración de la audiencia preliminar, toda vez que éste conoce de la demanda por él incoada y de su debida admisión, conspira contra los principios de brevedad y celeridad procesal (artículo 2 LOPT); y

[vi] En definitiva, la dirección procesal del demandante, cuya precisión es requerida en el libelo de demanda (artículo 123.5 LOPT) sirve a los fines de realizar cualquier notificación que el proceso requiera y, en particular, para advertirle de: [i] los eventuales errores u omisiones de que adoleciere el instrumento libelar (y así proceder éste a subsanarlos o corregirlos dentro del lapso estipulado en el artículo 124 *ejusdem*), y [ii] la reconvención que, eventualmente, incoare el demandado (artículos 365 al 369 del Código de Procedimiento Civil).

3. Notificación o citación: A pesar de la denominación que le atribuye la LOPT, estamos técnicamente en presencia de una verdadera *citación*, toda vez que su objeto es incorporar al demandado al proceso ("conminarlo a comparecer"[15]), revistiendo esta convocatoria las

[15] *Ibidem*, pp. 320 y 321.

formalidades básicas destinadas a garantizar el pleno ejercicio del derecho constitucional a la defensa.

4. Representación sin poder: Resulta pertinente, en los términos del artículo 168, único aparte del Código de Procedimiento Civil, pues ninguna norma o principio rector del nuevo proceso laboral a ello se opone: "Por la parte demandada podrá presentarse además sin poder, cualquiera que reúna las cualidades necesarias para ser apoderado judicial; pero quedará sometido a observar las disposiciones pertinentes establecidas en la Ley de Abogados".

En refuerzo de lo expresado, cabe destacar que "[e]n el Anteproyecto [de Ley] elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia se permitía expresamente la representación sin poder para la parte demandada, por quien reuniera las condiciones para ser apoderado judicial (artículo 46). Mientras que en el Proyecto aprobado en primera discusión [por la Asamblea Nacional] se prohibía explícitamente (artículo 47). No así en la propuesta para la segunda discusión, en donde se eliminó esta prohibición expresa (artículo 49). Por ello, por aplicación analógica del principio general de la representación sin poder para la ampliación de la defensa de los demandados, contemplado en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en el artículo 11, de la Ley en comentarios [LOPT] , […] el Juez laboral puede permitir la representación sin poder para el demandado…"[16].

No obstante, los Tribunales Superiores del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas sostienen un criterio disímil:
[i] "La nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo no contiene ninguna disposición expresa que permita a un abogado sin poder representar a una parte en el proceso, a diferencia del Código de Procedimiento Civil (…) Por consiguiente corresponde a la jurisprudencia ir precisando este tipo de situaciones y sus consecuencias de acuerdo con los principios que rigen el nuevo sistema. Uno de estos principios, es, el estímulo de los medios alternos de resolución de conflictos y/o los medios de autocomposición procesal –sin excluir expresamente a ninguno-, según se desprende de los artículos 6 y 133 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, respectivamente. En este sentido, se podría decir que la finalidad fundamental de la fase del proceso conocida como audiencia preliminar, es el lograr la materialización de algún medio alternativo de resolución de conflictos, sin excluir las finalidades subsidiarias de sustanciación y despacho saneador, caso de no lograrse la mediación. Por otra parte y en razón que los poderes judiciales constituyen un mandato o contrato civil mediante el cual el abogado se obliga a ejecutar uno o más negocios por cuenta de otra persona que se lo ha encargado a título gratuito u oneroso, se aplica también en materia laboral a estos contratos, las disposición contenida en el artículo 1.688 del Código Civil, según la cual el mandato debe ser expreso para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria. Por tanto, si los Jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, permitieran que un abogado sin poder representara en la audiencia preliminar a una de las partes, la finalidad fundamental de la audiencia no podría ser conseguida, pues el abogado necesariamente requeriría de mandato expreso para llegar a un arreglo amigable con la contraparte, y uno de los principios básicos de cualquier negociación es que se discuta con un interlocutor legítimo, lo cual sólo puede verificarse en estos casos a través del mandato autenticado. La

[16] Román J. Duque Corredor. *Ob.cit.* p. 426.

representación sin poder de uno de los sujetos procesales, en la audiencia preliminar no es posible, puesto que se afectarían negativamente los siguientes principios rectores del proceso laboral: Estímulo de los medios alternativos de resolución de conflictos, igualdad de las partes, celeridad y eficacia de los trámites procesales. Así se establece ..."[17]; y

[ii] "…[R]esulta inaplicable la representación sin poder en nuestro proceso, por cuanto se hace necesario la comparecencia de las partes o de sus apoderados instituidos de facultades expresas para poder llegar a un acuerdo facilitando de esa manera la mediación, lo cual se traduce en lograr una transacción, un convenimiento, un arbitraje y hasta en la entrega formal de cantidades de dinero, para que se cumpla con esta primera fase del proceso, terminando el mismo o preparando el tránsito hacia la siguiente audiencia principal o final…"[18].

Como se observa, los órganos judiciales rechazan la representación sin poder en el ámbito del proceso laboral basados, de modo preponderante, en la imposibilidad de alcanzar la autocomposición procesal, frustrándose así la finalidad primaria de la audiencia preliminar. Sin embargo, el criterio expresado desconoce, de una parte, el principio constitucional del derecho a la defensa que deviene lesionado al negarse virtualidad a la representación sin poder. Por otra parte, no es cierto que la autocomposición procesal fuere la finalidad esencial de la audiencia preliminar (hasta el grado de desvirtuarse dicha fase procesal en caso de que aquella opción estuviere negada *a priori*[19]). Siendo la autocomposición de la litis, sin duda, el objetivo más relevante de la audiencia preliminar, no debe perderse de vista que ésta sirve también para la promoción de pruebas, la depuración del proceso, el ajuste de las pretensiones del actor y el decreto de medidas cautelares[20]. Por la razón expuesta, la imposibilidad de extinguir el proceso a través de los medios alternativos de solución de conflictos no ha de privar sobre el imperativo del más amplio ejercicio del derecho a la defensa y la satisfacción de las restantes finalidades propias de la referida fase del proceso laboral.

5. Defensor *ad litem*: Si la notificación no fuere posible, agotada las diversas modalidades previstas en la LOPT (carteles, medios electrónicos y correo certificado con acuse de recibo), resultará procedente la aplicación analógica de los artículos 223 al 226 del Código de Procedimiento Civil, relativos al régimen del defensor *ad litem*.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia de 26 de enero de 2004, en el juicio de amparo constitucional incoado por el "Centro de Estudios Neurofisiológicos y Medicina Física y Rehabilitación Dr. Luis Manuel Díaz F.", en contra de

[17] Sentencia del 14 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Primero Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Germán Agustín Alcalá contra Asociación Civil INCE Distrito Federal (Asunto N° AP21-R-2003-000037).

[18] Sentencia del 14 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Segundo Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Reinaldo Salas Urbina contra Galaxy Entertainment de Venezuela, C.A. (Asunto N° AP21-R-2003-000007).

[19] En este sentido, *vid.* sentencia de 20 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Compañía Anónima Venezolana de Guías, C.A. (CAVEGUIAS) contra Sindicato de Trabajadores de la Compañía Anónima Venezolana de Guías, CAVEGUIAS (SITRACAVEG) (Asunto N° AP21-L-2003-000241)., parcialmente transcrita *ut infra* III.D.4 (Imperatividad y carga presencial).

[20] *Vid ut infra* III.B

la sentencia de 14 de marzo de 2002, pronunciada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en el procedimiento de estabilidad laboral intentado, en contra del referido "Centro", por Guillermo Antonio Martínez Socorro) precisó que a la defensoría *ad litem* ha de atribuirse un doble propósito:

> "1) Que el demandado que no puede ser citado personalmente, sea emplazado, formándose así la relación jurídica procesal que permite el proceso válido. *Desde esta vertiente, la defensa obra incluso en beneficio del actor, ya que permite que el proceso pueda avanzar y se dicte la sentencia de fondo*.
>
> 2) Que el demandado que no ha sido emplazado o citado, se defiende, así no lo haga personalmente...".
>
> "Ahora bien, la función del defensor **ad litem,** en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor **ad litem** no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor **ad litem** ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa" (negrillas y paréntesis del original. Cursivas mías).

En consecuencia, negar la opción de la defensoría *ad litem* en el seno del nuevo procedimiento laboral obraría, básicamente, en detrimento de los intereses del accionantes, arquetípicamente quien ostentó u ostenta la condición de trabajador en el ámbito del contrato o relación de trabajo, toda vez que, bajo tal premisa, resultarían de imposible tramitación aquellos procesos donde no conste la ubicación del demandado y, en este supuesto, procederse de conformidad con lo expresado en el artículo 233[21] del Código de Procedimiento Civil.

6. Reforma del libelo de demanda: El demandante podrá, por aplicación analógica del artículo 343 del Código de Procedimiento Civil (CPC)[22], reformar, por una sola vez, el libelo

[21] Se sostiene la aplicación preferente del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil (CPC), en detrimento del artículo 223 *ejusdem*, porque aquél, de un lado, refiere a la *notificación* de las partes (en términos análogos a los previstos en el artículo 126 LOPT; mientras que el artículo 223 CPC regula lo concerniente a la *citación* del accionado) y, del otro, exige la publicación del cartel de notificación en " *un* diario de los de mayor circulación en la localidad" (mientras que en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil se exige –en detrimento de los principios de gratuidad y celeridad que orientan el proceso laboral [artículo 2 LOPT] la publicación en *dos* diarios "entre los de mayor circulación en la localidad, con intervalo de tres días entre uno y otro").

[22] Art. 343 CPC: "El demandante podrá reformar la demanda, por una sola vez, antes que el demandado haya dado la contestación a la demanda, pero en este caso se concederán al demandado otros veinte días para la contestación, sin necesidad de nueva citación". Aun cuando la norma transcrita admite la reforma libelar antes de la oportunidad de la *contestación a la demanda*, habrá de entenderse que, a los fines de la LOPT, dicha opción se agota con la instalación de la audiencia preliminar (aunque la contestación a la demanda se

de demanda antes de la instalación de la audiencia preliminar. En este supuesto, deberá el Tribunal pronunciarse en torno a la admisión de la reforma libelar, ejerciéndose la potestad saneadora a que se contrae el artículo 124 LOPT. Admitida la reforma del libelo de demanda se procederá a notificar al accionado a los fines de la instalación de la audiencia preliminar.

7. Reconvención: Aunque nada advierta la LOPT, debe admitirse la opción para el demandado de reconvenir al accionante, por aplicación analógica –*ex* artículo 11 LOPT- de los artículos 365 al 369 del Código de Procedimiento Civil. Si ello se negare, se estaría conspirando contra la celeridad y economía procesal, puesto que el demandado, a quien se le rechazare la reconvención, habría entonces de introducir demanda, en sede laboral, contra el sujeto que, anteriormente, lo demandó y, muy probablemente, reproducir alegaciones e iniciativas probatorias.

En aplicación analógica del artículo 54 LOPT (único supuesto expreso de interrupción del término para comparecer a la audiencia preliminar[23]), notificado el accionado de la demanda incoada en su contra, podrá, *antes de agotarse el término de comparecencia* (al décimo [10°] día hábil siguiente, contado a partir de la notificación), presentar la reconvención ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, quien deberá pronunciarse en torno a su admisión en los términos previstos en el artículo 124 LOPT.

En todo caso, el demandante será notificado de la reconvención, con la advertencia de que, al décimo (10°) día hábil siguiente, deberá comparecer a la audiencia preliminar donde se ejercerán las funciones de conciliación y mediación en el ámbito de la demanda y la reconvención, y se procederá, igualmente, a promover las pruebas que las partes estimaren convenientes. La demanda y la reconvención continuarán en un solo procedimiento hasta la sentencia definitiva, la cual deberá comprender ambas cuestiones (artículo 369 del Código de Procedimiento Civil).

III. La audiencia preliminar

De conformidad con lo previsto en el artículo 15 LOPT, los Tribunales del Trabajo se organizarán, en cada circuito judicial, en dos instancias: Una primera instancia integrada por

verifique dentro de los cinco [5] días hábiles siguientes contados a partir de la extinción de la referida audiencia preliminar). En efecto, la estructura secuencial de la novísima LOPT no permite escindir, formalmente, la audiencia preliminar de la oportunidad de la contestación de la demanda toda vez que la eficacia de las iniciativas de conciliación y mediación en cabeza del juez (de sustanciación, mediación y ejecución), destinadas a extinguir el proceso (aún antes de que se verifique la contestación a la demanda) sólo podrán desplegarse eficazmente si las pretensiones del actor se encontraren debidamente delimitadas en la oportunidad de la instalación de dicho acto procesal. Admitir una reforma posterior a la audiencia preliminar (y antes de la contestación a al demanda) supondría incorporar nuevos contenidos a la controversia sin que sobre los mismos pueda explorarse la opción de medios alternativos de solución de conflictos.

[23] Art. 54 LOPT: "El demandado, en el lapso para comparecer a la audiencia preliminar, podrá solicitar la notificación de un tercero en garantía o de un tercero respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El notificado no podrá objetar la procedencia de su notificación y deberá comparecer, teniendo los mismos derechos, deberes y cargas procesales del demandado".

los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, y los Tribunales de Juicio del Trabajo; y una segunda instancia integrada por los Tribunales Superiores del Trabajo.

Los tribunales de primera instancia, según se prevé en el artículo 16 de la misma Ley, "… serán unipersonales, constituidos por un Juez y un Secretario, ambos profesionales del derecho". En cuanto a las funciones que se atribuyen a los referidos órganos judiciales, se establece –*ex* artículo 17 *ejusdem*- que "[l]a fase de *sustanciación*, *mediación* y *ejecución* estará a cargo (del…) Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo. (Mientras que la…) fase de juzgamiento corresponderá a los Tribunales de Juicio del Trabajo". En el ámbito del presente ensayo interesará sólo abordar lo concerniente a las funciones de sustanciación y conciliación, en los términos que se expresan de seguidas:

a) En la esfera de la *sustanciación* del procedimiento, corresponderá al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución:

(i) Recibir la demanda, presentada en forma escrita u oral (artículo 17 *ejusdem*). En este último supuesto, el Juez deberá reducirla a escrito en forma de acta, "que pondrá como cabeza del proceso".

(ii) Analizar el contenido del instrumento libelar (artículo 124 LOPT), a los fines de verificar, entre otros extremos, si éste cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 123 *ejusdem*.

(iii) En caso afirmativo, admitir la demanda (artículo 124 LOPT) y adelantar las gestiones dirigidas a la notificación del demandado (artículos 126 y 127 *ejusdem*), fijando la oportunidad para la instalación de la audiencia preliminar.

(iv) Si, por el contrario, el juez estimare que en la demanda se ha incurrido en errores u omisiones, advertir de ello al accionante, en ejercicio de la potestad saneadora (*despacho saneador de apertura ex* artículo 124 LOPT), con el objeto de que proceda éste a subsanarlas o corregirlas (en el lapso perentorio de dos [2] días hábiles contados a partir de su notificación).

(v) En caso de que se produzca la debida subsanación o corrección de la demanda, el juez procederá a admitirla y ordenará la notificación del demandado a los fines de su comparecencia en la audiencia preliminar (artículo 124 LOPT).

(vi) En la audiencia preliminar, recibir las pruebas promovidas por las partes (artículo 73 LOPT) e incorporarlas al expediente en la oportunidad en que fuere decretada la extinción de dicha fase procesal (artículo 74 *ejusdem*). Las pruebas serán admitidas y evacuadas por el juez de juicio, *ex* artículos 74–76 LOPT.

(vii) A propósito de la extinción de la audiencia preliminar, el juez deberá, en acta levantada al efecto (artículo 134 LOPT), resolver todos los *vicios procesales* que pudiere haber advertido y, dependiendo de su naturaleza, ordenar su subsanación (o proceder a ello de oficio) o declarar extinguido el proceso por enervación de los presupuestos requeridos para constituir válidamente la relación jurídica-procesal.

(viii) Si continuare la causa, recibir el escrito de contestación a la demanda, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir de la extinción de la audiencia preliminar (artículo 135 LOPT); y

(ix) Remitir el expediente al Tribunal de Juicio, "al día siguiente de transcurrido el lapso para contestar la demanda" (artículo 136 LOPT).

b) En lo relativo a las funciones de *conciliación* y *mediación*, es de advertir que éstas se ejercerán en la esfera de la Audiencia Preliminar que ha de celebrarse al décimo (10°) día hábil siguiente a aquel en que conste en el expediente la notificación del accionado, y en la cual deberán comparecer ambas partes (artículos 128 y 129 LOPT). Como antes fuere advertido, es ésta la fase del nuevo procedimiento laboral diseñada, básicamente, para propiciar la extinción de la litis mediante fórmulas alternativas de resolución de conflictos, ora a través de la autocomposición (conciliación y mediación), ora mediante la heterocomposición (arbitraje). Por tanto, el juez deberá desplegar iniciativas de conciliación y mediación con el objeto de propiciar la solución del conflicto intersubjetivo sometido a su consideración (artículo 133 LOPT: "En la audiencia preliminar el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Si esta mediación es positiva, el Juez dará por concluido el proceso, mediante sentencia en forma oral, que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada"). Si éstas fracasaren deberá, igualmente, sugerir a las partes el sometimiento de a controversia a arbitraje, regulado de conformidad con lo que, en definitiva, fuere estipulado en el compromiso arbitral y, supletoriamente, en los artículos 138-149 LOPT.

Con todo, es de recordar que la audiencia preliminar es una etapa del procedimiento contencioso laboral, por ende, de obligatoria observancia, aunque su objetivo primario fuere el estímulo de los medios alternativos de solución de conflictos. En este sentido, debe repararse en el hecho de que en dicha fase las partes han de promover pruebas y debatir -aun cuando informalmente y de manera privada- sus posiciones, en respuesta a las iniciativas de conciliación y mediación del juez, afrontando, en caso de incomparecencia, el riesgo de desistimiento tácito del procedimiento o confesión ficta, según se trate del actor o del demandado.

En este orden de ideas, dictaminó el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas[24] que "[e]l procedimiento debe inexorablemente iniciarse ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, pues es esta la primera fase del juicio, es [este…] juez, el encargado de admitir la demanda, tramitar las notificaciones a que hubiere lugar, decretar las medidas preventivas […], participar en la búsqueda de medios alternativos que solvente en forma definitiva la controversia de las partes (…)Suprimir esta fase del proceso, bajo la premisa, que la posición de las partes es inconciliable, sería violatorio de la garantía constitucional del debido proceso, ya que se le cercenaría la posibilidad a las partes de presentar sus pruebas; y que la demandada de

[24] Sentencia de 20 de octubre de 2003, en el juicio incoado por Compañía Anónima Venezolana de Guías, C.A. (CAVEGUIAS) contra Sindicato de Trabajadores de la Compañía Anónima Venezolana de Guías, C.A. CAVEGUIAS (SINTRACAVEG).

contestación a la demanda, actividades procesales que solo se pueden efectuar ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución…" (paréntesis del Tribunal).

La doctrina judicial antes transcrita pone de bulto la dual naturaleza de la audiencia preliminar, esto es, fase destinada al impulso de los medios alternativos de solución de conflictos (encarnados, principalmente, en las funciones de conciliación y mediación desplegadas por el juez) y, al mismo tiempo, a la sustanciación y depuración del procedimiento. Es por ello, precisamente, que la audiencia preliminar provoca severas hesitaciones al intérprete y requerirá, con mayor intensidad que las restantes fases del nuevo proceso laboral, de aportes jurisprudenciales que tiendan a precisar su contornos y, sobre todo, concretizar el alcance de las potestades atribuidas al juez de sustanciación, mediación y ejecución.

A. Oportunidad: El demandado y el demandante, *ex* artículo 128 LOPT, deberán comparecer a la hora fijada por el Tribunal, al décimo (10°) día hábil siguiente de que conste en autos la notificación de aquél (o la última de las notificaciones si fueren varios los demandados [litisconsorcio pasivo]).

B. Finalidad: En el ámbito de la LOPT, es posible adjudicar a la audiencia preliminar cinco (5) diversas finalidades u objetivos:

1. Extinción del proceso a través de medios alternativos de composición de conflictos: El juez deberá desplegar las funciones de conciliación y mediación que le atribuyen los artículos 6 ["El Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente…hasta su conclusión. A este efecto, será tenida en cuenta también, a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje] y 133 ["En la audiencia preliminar el Juez… deberá, personalmente, *mediar y conciliar* las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los *medios de autocomposición procesal*…") LOPT. Incluso, agotadas éstas deberá sugerir a las partes la opción de convenir que la solución del conflicto sea sometida al conocimiento de una junta arbitral, en los términos que sean previstos en el compromiso arbitral o, en su defecto, bajo el régimen consagrado en los artículos 138 al 149 LOPT.

2. Depuración del proceso a través del despacho saneador de clausura (artículo 134 LOPT), por cuya virtud deberá el juez resolver "todos los vicios procesales que pudiere detectar". Este tópico será objeto de comentarios en las próximas líneas (*vid. ut infra* F.3 y 4).

3. Ajuste de pretensiones del demandante, produciendo o provocando una reforma del libelo de demanda en ejercicio de los poderes inquisitivos reconocidos al juez laboral (artículos 5 y 6, Parágrafo Único LOPT, en concordancia con el artículo 134 *ejusdem* [oportunidad en que habría de materializarse la reforma libelar]).

Esta reforma libelar deriva como imperativo de la norma contenida en el artículo 6, Parágrafo Único LOPT, según el cual "[e]l 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".

La norma transcrita pudiere sugerir, *prima facie*, la facultad del juez laboral para dictar sentencias en *extrapetita* y *ultrapetita*, respectivamente. Sin embargo, el requerimiento de que, en todo caso, el fallo se funde en lo alegado y probado, enerva, por definición, las circunstancias reseñadas. Si el juez, al dictar la sentencia, debe atenerse a lo alegado y probado, entonces, no se admiten los supuestos de extra y ultrapetita. Incluso, es de advertir que, de conformidad con lo previsto en el artículo 160, numeral 4 LOPT, la sentencia proferida por el juez laboral será nula cuando "contenga ultrapetita" (si la *ultrapetita* inficiona de nulidad el fallo, *a fortiori* dicha consecuencia seguirá a la *extrapetita* pues esta circunstancia involucra una mayor latitud en las facultades del juzgador y, por ende, una lesión más intensa al *principio de congruencia*).

De otra parte, el artículo 151 LOPT determina que en la audiencia de juicio "deberán concurrir las partes o sus apoderados, quienes expondrán oralmente los alegatos *contenidos en la demanda y en su contestación, y no podrá ya admitirse la alegación de nuevos hechos*". La norma transcrita advierte que la trabazón de la litis se sucede con la contestación a la demanda y que, por tal virtud, los alegatos que expongan las partes oralmente ante el juez de juicio, deberán circunscribirse a aquellos "contenidos en la demanda y en su contestación", por lo que cualquier "nuevo hecho" será desestimado por extemporáneo[25].

De la conjunción de las normas referidas en los párrafos que anteceden, contenidas en los artículos 6, Parágrafo Único y 151, encabezamiento LOPT, se desprende que:

[i] Es la audiencia preliminar el momento preclusivo para que el demandante incorpore nuevas pretensiones o altere su alcance original.

[ii] En la órbita de la audiencia preliminar, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución podría, en ejercicio de la potestad saneadora prevista en el artículo 134 LOPT, ora imponer al demandante la carga de subsanar o corregir su libelo de demanda (incluso, agregando nuevos conceptos o alterando su alcance original), ora proceder de oficio a la aludida reforma mediante acta levantada al efecto.

La reforma libelar resultaría, entonces, un imperativo dependiendo de lo debatido por las partes durante la audiencia preliminar. Por tanto, si producto de esta interacción el demandante aludiera a conceptos no reclamados pero efectivamente adeudados por el accionado, o se constatare que las sumas dinerarias pretendidas resultan inferiores a las que, legal o convencionalmente, corresponden al actor, deberá el Juez de Sustanciación,

[25] En contra de esta posición, *vid*. Ricardo Henríquez La Roche. *Ob.cit.*, p. 409: "…[E]ste artículo 151 establece un momento preclusivo en cuanto a la alegación de nuevos hechos que puedan suscitar, durante la audiencia (de juicio), un nuevo debate. De manera que la *traba de la litis* no ocurre con la contestación a la demanda -momento propio del proceso escrito dividido en compartimientos (*sic*) estancos-. Ocurre en el debate oral, y pueden ser considerados y acordados por los jueces, en las distintas instancias, siempre que se hayan hecho valer en esta primera audiencia de juicio" (cursivas del texto original).

Mediación y Ejecución, en observancia de su potestad saneadora e impulsado por los poderes inquisitivos que le asisten a los fines de aprehender la verdad (artículo 5 *ejusdem*), proceder a reformar el libelo de demanda u ordenar al actor que así lo hiciere, dentro del lapso que a este fin se le otorgue.

[iii] Si como consecuencia del despacho saneador de clausura (artículo 134 LOPT), se produce la reforma (más allá de aspectos meramente formales) del libelo de demanda, resultará forzoso, en acato al derecho a la defensa, extender la audiencia preliminar a los fines de que las partes consignen las pruebas adicionales que estimen convenientes. Nótese a este respecto que el artículo 73 LOPT prevé que "[l]a oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar…", brindando así al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución suficiente flexibilidad a los fines de admitir nuevas pruebas luego de la instalación de la audiencia, cuando ello fuere menester. Quizá el tema probatorio sirva para reforzar el rechazo a la tesis según la cual pueden traerse nuevos hechos al proceso en la oportunidad de la audiencia de juicio, pues de admitirse ello se cercenarían las facultades probatorias de las partes (precluida como ha sido la oportunidad para la promoción de pruebas *ex* artículo 73 *ejusdem*). Aun cuando el Juez de Juicio podría desplegar sus poderes inquisitivos y, en tal sentido, ejercer las iniciativas probatorias que considerare de mérito, ello no podría sustituir, en atención al derecho constitucional a la defensa, la actividad probatoria de las partes.

Por ende, como se ha sostenido, los nuevos hechos deberán incorporarse durante la audiencia preliminar y extender ésta, lo que fuere necesario, a los fines de que las partes puedan ejercer eficazmente sus iniciativas probatorias; y

[iv] La situación planteada *ex hipothesis* permite comprender en su justa dimensión la norma consagrada en el artículo 6, Parágrafo Único LOPT: "El Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos", precisamente porque éstos fueron debidamente discutidos en la audiencia de juicio y probados (mediante las pruebas promovidas por las partes en la audiencia preliminar, además de las iniciativas probatorias del Juez de Juicio). Lo mismo cabría sostener respecto de la facultad del Juez de Juicio para 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 (pues ello fue alegado en la audiencia preliminar, mediante la reforma del libelo de demanda, y probado oportunamente por iniciativa de las partes).

4. Recepción de pruebas: "La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta Ley" (artículo 73 LOPT). Los jueces han interpretado que la promoción de pruebas deberá verificarse al momento de instalación de la audiencia preliminar, no admitiéndose luego la promoción de otras. Si bien dicha interpretación no resulta *literal*, sí luce compatible con la función de mediación asignada al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución. Sin el conocimiento oportuno de las pruebas que avalan las posiciones de las partes, mal podría el mediador proponer alguna fórmula específica de arreglo, ni los apoderados de las partes ponderar las probabilidades de éxito de sus representados (aspecto esencial para determinar la mejor alternativa a una solución negociada).

Aunque nada se expresa al respecto, parece de la esencia de la mediación que las pruebas promovidas por cada una de las partes sean conocidas por la contraria, a los fines, precisamente, de facilitar la autocomposición de la litis (o, por el contrario, desechar sin mayor trámite la fase conciliatoria e iniciar la fase de juicio).

Es de advertir que la pruebas promovidas por las partes sólo se incorporan al proceso una vez agotada la audiencia preliminar y serán tramitadas por el Juez de Juicio (artículo 74 LOPT: "El Juez de sustanciación, mediación y ejecución, una vez finalizada la audiencia preliminar, en ese mismo acto, incorporará al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio").

Finalmente, cabe reiterar que, por excepción, habría de admitirse la promoción de pruebas luego de instalada la audiencia preliminar, cuando, en ejercicio de la potestad saneadora a que se contrae el artículo 134 LOPT, se produjere la reforma –no meramente formal- del libelo de demanda.

5. Garantía de las resultas del juicio, mediante eventual decreto de medidas cautelares (artículo 137 LOPT: "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…"). De un lado, pareciera ampliarse el objeto de las medidas cautelares, toda vez que la norma legal, al prever como finalidad de las mismas el evitar que se haga ilusoria la *pretensión* (en lugar de la clásica "ejecución del fallo"), "abarca un campo más amplio (… que incluye) tanto el aspecto de aseguramiento de bienes, como de los derechos y, entre ellos, el derecho a probar"[26].

De otra parte, a diferencia de lo previsto en el artículo 585 CPC, no se exige al demandante que acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de que, efectivamente, existe "riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo". Sin embargo, tratándose de medidas cautelares o preventivas, resulta de su esencia la existencia de un riesgo que se pretende sortear, es decir, que dictado el fallo resultare ilusoria su ejecución. Si tal riesgo no fuere verificable, carecerían de fundamento las eventuales medidas cautelares que pudiere decretar el juez.

Desde una perspectiva pragmática, parece evidente la tensión que se traba entre, de un lado, las funciones de conciliación y mediación, y, de otra parte, las facultades cautelares; ambas en cabeza del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución. El ejercicio de éstas lesionarían gravemente la imparcialidad y confianza que ha de merecer el juez a las partes en litigio que reclaman las primeras. Por tal virtud, muy probablemente, los Jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución se abstendrán, por regla general, de dictar medidas cautelares antes de agotar sus funciones de conciliación y mediación.

A pesar de que en la práctica pudiere ocurrir que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución a quien corresponda presidir la audiencia preliminar no sea el mismo que admitió

[26] Marjorie Acevedo Galindo. "Las medidas asegurativas con fines probatorios en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo", en Estudios sobre Derecho del Trabajo… *Ob.cit.* p. 52.

la demanda y, eventualmente, dictó las medidas cautelares[27]; ello no desdice de los argumentos antes explanados toda vez que el accionado, contra quien se hubieren dictado medidas cautelares, percibirá la parcialidad de la instancia (pues la medida cautelar entraña presunción de buen derecho y riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo) y destinará su mayor esfuerzo a ejercer el recurso de apelación contra la medida cautelar que lo afecta (artículo 137 LOPT: "…Contra dicha decisión se admitirá recurso de *apelación*[28] 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 previsión del recurso de apelación contra la medida cautelar decretada, en lugar de la oposición prevista en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil, ha de estimarse adecuada a los contenidos esenciales del derecho a la defensa (artículo 49 de la Constitución de la República) siempre que apareje para el afectado el más amplio derecho a formular los alegatos y promover –sin limitación alguna- las pruebas que estime convenientes[29]. En la esfera de la LOPT dichas opciones aparecen avaladas, no sólo por el

[27] Esta es la práctica en el Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Así, instantes previos a la instalación de la audiencia preliminar el expediente es redistribuido entre los jueces de sustanciación, mediación y ejecución que estuvieren presentes, con el presumible ánimo de garantizar la plena imparcialidad del juez (aunque en detrimento del conocimiento básico sobre el asunto debatido) y, sobre todo, para garantizar que la eventual ausencia de éste (a quien correspondió tramitar la demanda, gestionar la notificación y fijar oportunidad para la instalación de la audiencia) pudiere provocar el retardo del procedimiento.

[28] "En materia laboral la ley ha obviado la oposición, articulación probatoria y sentencia confirmatoria o infimatoria del decreto cautelar en la misma instancia. Optó, en cambio, por conceder apelación –al igual que en materia mercantil, según Art. 1.099 Cód. Com.- por ante el Tribunal Superior del Trabajo" (Ricardo Henríquez La Roche. *Ob.cit.* pp. 390 y 391). En igual sentido, ver artículo 466 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente: "...La resolución que decreta o deniega una medida cautelar será apelable en un solo efecto".

[29] [i] El artículo 1.099 del Código de Comercio fue estimado, según sentencia de 31 de julio de 1997, dictada por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el juicio incoado por Electrospace C.A. contra Banco del Orinoco S.A.C.A., inficionado de *inconstitucionalidad sobrevenida* toda vez que la sola previsión del recurso de apelación como vía primaria de impugnación de la medida cautelar decretada, con exclusión –por ende- de las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en primer grado de jurisdicción, implicaría "una restricción del contenido esencial del derecho a la defensa de los justiciables", previsto –para entonces- en el artículo 68 de la Constitución de la República. Corolario de lo expuesto, en el caso de que fuere decretada medida cautelar en aplicación del artículo 1.099 del Código de Comercio habría de observarse la incidencia contemplada en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil.

[ii] Posteriormente, en sentencia N° 322 de 20 de febrero de 2002, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se sostuvo que "cuando se prueba la urgencia, es aplicable el artículo 1.099 del Código de Comercio; en cambio, cuando la urgencia no es alegada, o no es probada, las medidas preventivas, así sea en materia mercantil, deben regirse por las normas generales previstas en el Código de Procedimiento Civil, por ser de aplicación supletoria. En esos casos, sí existiría oposición, aparte de la apertura de una articulación probatoria (…En consecuencia,) el único aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio no viola el derecho a la defensa y no es, por tanto, inconstitucional".

[iii] Finalmente, en sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de diciembre de 2003, en el juicio incoado por Aislantes Térmicos de Venezuela, C.A. (AISTER) contra HPC VENEZUELA, C.A., se adoptó la doctrina sentada por la Sala Constitucional del mismo Tribunal, expresada –de manera abreviada- en las líneas que anteceden, abonándose la idea de que el régimen previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio atendió a un doble fundamento: [i] Por razones históricas, toda vez que "al introducir en Venezuela el artículo 417 del Código francés, se vio obligado a conservar solo la

imperativo del derecho a la defensa antes destacado (ver sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 5 de octubre de 2004, en el juicio incoado por Rosa Aura Chirinos Nava contra el Municipio José Laurencia Silve del Edo. Falcón y los ciudadanos Oscar Sánchez y Carlos Segundo Valles Valles[30]) sino, además, por el hecho de que en el Tribunal Superior habrá de celebrarse, con ocasión del recurso de apelación ejercido contra la medida cautelar decretada, una audiencia oral (artículo 137 LOPT. "…la misma será decidida en forma oral e inmediata y *previa audiencia de parte*…"), oportunidad, entonces, para exponer los alegatos, así como promover y evacuar las pruebas pertinentes.

De otra parte, es de advertir que la propia redacción de la norma antes transcrita, relativa al recurso de apelación contra la medida cautelar decretada por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, pareciera sugerir, como antes apuntamos, que, por regla general, dichas medidas no serán decretadas *inaudita alteram parte* toda vez que el lapso para apelar corre a partir de la fecha del acto y no de su ejecución o de la notificación al demandado. En todo caso, ello no es óbice para que, en caso de que ello fuere menester, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución dicte las medidas cautelares que estime convenientes antes de la notificación al demandado (aunque ello pudiere suponer el sacrificio de la instancia de conciliación y mediación).

Si se ejerciere, contra la medida cautelar decretada, recurso de apelación, deberá el Juez Superior del Trabajo fijar la oportunidad para que las partes promuevan las pruebas que estimen de mérito y se celebre la audiencia oral (por aplicación analógica del artículo 163 LOPT). Las pruebas admitidas serán evacuadas en la propia audiencia oral que se celebrará en presencia del Juez Superior, una vez oídos los alegatos de las partes (por aplicación analógica del artículo 152 LOPT). A falta de precisión en torno a la oportunidad para la promoción de pruebas, las partes podrán proceder a ello en la oportunidad de la instalación

---

apelación como único recurso admisible contra el decreto de embargo o de prohibición de enajenar y gravar, pues la oposición que contemplaba la ley francesa no era semejante a la regulada en el Código de Procedimiento Civil Venezolano"; y [ii] Por virtud del principio de celeridad, "por cuanto su alegación y prueba es suficiente para que el juez dicte el decreto, perdiendo sentido la discusión sobre los motivos de procedencia o no de la medida, que es en lo que consiste el derecho de oposición".

[30] Se desaplica, en ejercicio del control difuso de la Constitución de la República, el artículo 19, aparte once de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por cuya virtud en los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia, en los asuntos ventilados en primera instancia, sólo se admitirán, como medios probatorios, [i] la experticia, [ii] la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos, [iii] las posiciones juradas y [iv] los instrumentos públicos o privados. En este sentido, el Alto Tribunal declaró que la referida limitación " *es excesiva al derecho a la defensa de los justiciables consagrado en el artículo 49 de la Constitución, la cual vacía dicho derecho de contenido, toda vez que se excluyen otros medios probatorios que en determinados casos, por estarse ventilando en primera y única instancia, resultan pertinentes e incluso los únicos para demostrar las pretensiones que se quieren hacer valer en juicio [...] [E]l legislador debió contemplar en la Ley que regula los procedimientos que se ventilan ante este Máximo Tribunal un sistema amplio de pruebas para las causas que se tramitan y sustancian en primera instancia, especialmente si se parte del hecho de que esos juicios -los que se conocen y deciden en primera instancia- no tienen alzada, surgiendo así la imperiosa necesidad de permitir que las partes, a través de los medios probatorios que dispone el ordenamiento jurídico, prueben lo que ha bien tengan, poniendo en conocimiento del juez los elementos de juicios necesarios para la mejor solución de la controversia planteada".*

de la audiencia oral a que refiere el artículo 137 LOPT. Concluido el debate oral y evacuadas las pruebas, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de sesenta (60) minutos (aplicación analógica del artículo 165 LOPT). En todo caso, la audiencia oral, por disposición del trascrito artículo 137 *ejusdem*, no podrá exceder de cinco (5) días hábiles.

Por último, debe admitirse la posibilidad para el demandado de suspender la medida cautelar mediante caución o garantía suficiente, de conformidad con lo previsto en los artículos 589 y 590 del Código de Procedimiento Civil.

C. Duración: La audiencia preliminar podrá prolongarse en el mismo día, una vez vencidas las horas de despacho, hasta que se agotare el debate e, incluso, si resultare ello insuficiente, el juez podrá suspenderla y ordenar su continuación al día hábil siguiente, y así cuantas veces fuere necesario (artículo 132 LOPT), siempre que la duración de la audiencia no exceda de cuatro (4) meses[31] (artículo 136, *in fine* LOPT). Obviamente, siendo que la audiencia preliminar está concebida como fase de estímulo a los medios alternativos de composición procesal, la norma transcrita no ha de interpretarse como negadora de la posibilidad de que el juez, de oficio o a petición de parte, *suspenda* la audiencia por un lapso prudencial, esto es, no necesariamente sólo para que se reinicie en el día hábil siguiente, con la finalidad de que las partes reflexionen sobre las propuestas formuladas o, en términos generales, adelanten las gestiones que estimen pertinentes.

En todo caso, debe señalarse con énfasis que la audiencia preliminar, no importando las sesiones que la integren, constituye una fase única e indivisa: "…[L]a audiencia preliminar se informa por el principio de concentración procesal y morfológicamente, por la noción de unidad de acto, ello, con independencia de las múltiples actuaciones que se pueden verificar en el ámbito de su escenificación o desarrollo (concurso de actos procedimentales en el marco de una construcción singular, la audiencia preliminar)"[32] (paréntesis del original). De allí que, entre otras consecuencias, la incomparecencia de las partes provocará el desistimiento tácito del procedimiento, en el caso del demandante, o la confesión ficta en el supuesto del accionado, bien aquélla se produzca en el acto de instalación de la audiencia preliminar o en cualquiera de sus prórrogas.

Por último, resultan pertinentes los siguientes comentarios en torno a la duración de la audiencia preliminar:

1. La primera regla del conciliador/mediador es no aceptar una inmediata ruptura del diálogo (incluso frente a la negativa radical de las partes). Podrá explicar los riesgos que se afrontan, la conveniencia de suprimir las incertidumbres. A cada parte por separado podrá plantearle las debilidades que observa en su posición. Es de señalar que, en la práctica, luce difícil la aludida iniciativa del juez conciliador en la oportunidad de la instalación de la audiencia

[31] Este lapso ha de computarse de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LOPT, es decir, por meses continuos, extinguiéndose el día equivalente del mes respectivo. El lapso que, según la regla expresada, debiere cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último de ese mes.

[32] Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 866 de 17 de febrero de 2004, en el juicio incoado por Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.

preliminar, puesto que los Tribunales[33] se distribuyen las causas a escasos minutos del inicio de la Audiencia. Así, en nombre de la imparcialidad y la primacía del acto oral, se restringe el conocimiento del juez sobre la causa y, por ende, sus iniciativas de conciliación y mediación.

2. Frente al riesgo de confesión ficta o desistimiento por inasistencia a la audiencia preliminar, tanto en la instalación como en sus prórrogas, no le resulta conveniente a las partes plantear opciones irreales y extender la Audiencia, sin real opción de alcanzar un acuerdo transaccional. En este sentido, la franqueza de las partes ante el Juez debe ser la opción a seguir, toda vez que nadie puede ser obligado a alcanzar acuerdos que estime contrarios a sus intereses; y

3. Cuatro (4) meses luce, *prima facie*, un lapso demasiado extenso para el desarrollo de iniciativas conciliatorias y de mediación, salvo cuando, excepcionalmente, se afronten procesos que entrañen a una multiplicidad de demandantes o demandados (litisconsorcios activos o pasivos) o revistan una extraordinaria complejidad. En el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la previsión del referido lapso (artículo 131) quizá se explicaba por el hecho de que, en dicha versión normativa, se atribuían al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución la potestad de admitir y evacuar las pruebas.

D. Rasgos:

1. Privacidad (artículo 129 LOPT):

a. Excepción al principio de publicidad de los actos procesales (artículo 4 LOPT), junto con la genérica basada en razones de seguridad, moral o protección de la personalidad de alguna de las partes.

b. Conveniente para estimular con mayor eficacia los medios de autocomposición procesal pues la presencia de terceros podría inhibir el libre desenvolvimiento de las partes y el Juez, rigidizando las posiciones originales; y

c. Aunque la LOPT no lo prevé a texto expreso, en la audiencia preliminar debe privar el principio de *confidencialidad* –emparentado, por los fines, con el de *privacidad*-, por cuya virtud no ha de hacerse constar, por medio alguno, las ofertas y contraofertas que las partes pudieren haberse dirigido, ni las fórmulas de arreglo que el juez, en ejercicio de su función mediadora, hubiere sometido a la consideración de éstas. La garantía de *confidencialidad* durante la audiencia preliminar (por contraposición al registro necesario de las incidencias durante la audiencia de juicio *ex* artículo 162 LOPT) resulta, entonces, un imperativo de la eficacia de los medios alternativos de solución de conflictos, toda vez que, en caso contrario, las partes se abstendrían de expresar cualquier oferta puesto que, no estando garantizada su aceptación por la contraparte, podría la causa proseguir y, con toda certeza, tales ofertas ejercerían influencia sobre el juez de juicio.

2. Oralidad: En acato al principio general que orienta el procedimiento laboral (artículos 3 y 129 LOPT) e, incluso, con mayor acentuación en esta etapa si se le contrasta con la

[33] Del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas.

audiencia de juicio, puesto que no queda registro fidedigno de lo expresado por las partes y el juez (confidencialidad de la audiencia preliminar), salvo lo que pudiere plasmarse en el acta que se redacte, *ex* artículo 134 LOPT, en ejecución de la potestad saneadora que a éste último se le adjudica (despacho saneador de clausura).

3. Inmediación: Dispone el artículo 129 LOPT, en consonancia con el principio general previsto en el artículo 2 *ejusdem*, que la audiencia preliminar será "presidida personalmente por el Juez…". En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 02-1809, de 22 de diciembre de 2003 (en la acción de interpretación constitucional de los artículos 49 [numerales 3 y 1], 26, 257 y 2 de la Constitución de la República, en relación con los artículos 327, 73 y 74 del Código Orgánico Procesal Penal), precisó que "[e]l principio de inmediación, reconocido como rector para diversos procesos -tales como el penal (artículos 16 y 332 del Código Orgánico Procesal Penal), el proceso oral civil (artículo 860 del Código de Procedimiento Civil), el proceso de menores (artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), el proceso laboral (artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) y para el proceso agrario (artículos 170 y 202 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario)- se caracteriza porque el Juez que ha de dictar la sentencia, debe presenciar personalmente la incorporación de las pruebas en las audiencias destinadas a ello, presencia personal y rectora que, según el tipo de procedimiento de que se trate, puede legalmente exigirse en determinados actos procesales, distintos a los probatorios, donde el juez -al finalizar los mismos- debe dictar decisión, por lo que en estos supuestos -señalados por la ley- los jueces que han de pronunciar la sentencia, deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas de las cuales obtienen su conocimiento, siendo el denominador común de los procesos reseñados, que al finalizar el debate, regido por el principio de concentración de la prueba, o en un lapso inmediato a dicha finalización -que puede variar conforme lo que señale la ley que rige el proceso- debe el juez proceder a sentenciar"[34].

4. Imperatividad y carga presencial:

a. De un lado, es de destacar que la audiencia preliminar constituye una fase necesaria del nuevo procedimiento laboral, con independencia del ánimo de autocomposición de la litis que pudieren exhibir las partes. En este sentido, "[e]l procedimiento debe inexorablemente iniciarse ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, pues es esta la primera fase del juicio, es el juez de sustanciación, mediación y ejecución, el encargado de admitir la demanda, tramitar las notificaciones a que hubiere lugar, decretar las medidas preventivas que hubieren solicitado, participar en la búsqueda de medios alternativos que solvente en forma definitiva la controversia de las partes (…) Suprimir esta fase del proceso, bajo la premisa, que la posición de las partes es inconciliable, sería violatorio de la garantía constitucional del debido proceso, ya que se le cercenaría la posibilidad a las partes de presentar sus pruebas; y que la demandada de contestación a la demanda, actividades procesales que sólo se pueden efectuar ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución…"[35].

[34] Paréntesis de la Sala Constitucional.
[35] Sentencia de 20 de octubre de 2003, dictada por el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Compañía Anónima Venezolana de

De otro lado, la presencia de las partes en la audiencia preliminar –emanación del principio de inmediación[36]- constituye –de conformidad con lo previsto en el artículo 129 LOPT[37]- una carga, cuya inobservancia acarrea drásticas consecuencias:

[i] En el caso del demandante, el desistimiento del procedimiento (artículo 130 LOPT); y
[ii] Si en ella incurriese el demandado, la confesión ficta[38] (artículo 131 LOPT).

b. Si ambas partes dejaren de comparecer a la audiencia preliminar, el juez deberá decretar la extinción del proceso pues resulta lógico sostener que ante la incomparecencia del accionante pierde relevancia la presencia (o no) del demandado toda vez que la ley exige aquella condición a los fines de la prosecución del proceso (aplicación analógica de la norma contemplada en el artículo 151 *in fine* LOPT: "Si ninguna de las partes compareciere a la audiencia [de juicio], el proceso se extinguirá y así lo hará constar el juez, en acta que inmediatamente levantará al efecto").

Guías, C.A. (CAVEGUIAS) contra Sindicato de Trabajadores de la Compañía Anónima Venezolana de Guías, CAVEGUIAS (SITRACAVEG) (Asunto N° AP21-L-2003-000241).

[36] En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia N° 02-1809 de 22 de diciembre de 2003) expresó lo siguiente: "Como un elemento de la inmediación, a los actos regidos por dicho principio deben concurrir las partes personalmente, como ocurre en el proceso penal (artículos 332 y 349 del Código Orgánico Procesal Penal), o pueden hacerlo mediante apoderados, como sucede en el proceso de amparo constitucional (artículo 18.1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), o en el proceso civil, donde se admite la representación de las partes" (paréntesis de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

[37] Art. 129 LOPT: "La audiencia preliminar será en forma oral, privada y presidida personalmente por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, *con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados*…". La norma transcrita ha de entenderse "en el sentido que obligatoriamente las partes deben comparecer a la audiencia: a) En nombre propio y asistidos por abogados; o b) Mediante la sola presencia de sus apoderados, siempre y cuando éstos estén facultados por poder autenticado, en concordancia con el artículo 47 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En consecuencia, las partes necesariamente tienen que comparecer a la audiencia preliminar, asistidas o representadas por abogado" (sentencia de 19 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Primero Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Carlos Miguel Chirinos contra C. ADC Transporte, C.A. [Asunto N° AP21-R-2003-000038]).

[38] En la literalidad del artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la confesión reviste *carácter absoluto* a los fines de la sentencia que ha de dictar el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución ("Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandate y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión [...], reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día..."). Sin embargo, ejercida la apelación contra el fallo, es posible enervar los efectos de la confesión si se demostrare que la incomparecencia del demandado se debió a caso fortuito o fuerza mayor (agregándose a dichas causales *aquellas eventualidades del quehacer humano que siendo previsibles e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares [que escapan de las previsiones ordinarias de un buen padre de familia] al deudor para cumplir con la obligación adquirida*. Ver sentencia N° 115 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de febrero de 2004, en el juicio incoado por Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.). Adicionalmente, reforzando el carácter ficto de la confesión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, implícitamente en la aludida sentencia N° 115 y a texto expreso en la N° 1.300 de 15 de octubre de 2004 (juicio incoado por Ricardo Pinto Gil contra Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.), admite que al demandante que no hubiere asistido a alguna de las prolongaciones de la audiencia preliminar se le estime, en lugar de confeso, rebelde o contumaz y que, por tanto, pueda desvirtuar la confesión mediante la prueba en contrario.

c. El Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución procederá a dictar sentencia en forma oral, que se reducirá en un acta que deberá publicarse en la misma fecha (artículos 130, encabezamiento y 131 encabezamiento LOPT). Es de advertir que según doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia N° 1300 de 15 de octubre de 2004, en el juicio incoado por Ricardo Pinto Gil contra Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.), que será objeto de comentarios en el párrafo h) del presente capítulo, si la incomparecencia se produce en alguna de las prolongaciones de la audiencia preliminar y, por tanto, cuando ya fueron promovidas las pruebas, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá incorporarlas al expediente y remitirlo al Juez de Juicio, a los fines de que éste proceda a admitir y evacuar las pruebas y, con base en ello, decida si la confesión ficta de los hechos deviene enervada por prueba en contrario.

d. En caso de que fuere declarado desistido el procedimiento, el actor podría proponer nuevamente la demanda luego de transcurrido un lapso de, por lo menos, noventa (90) días continuos contados a partir de la fecha en que quede firme la sentencia que declaró tal desistimiento (artículo 130, Parágrafo Primero LOPT).

e. En caso de confesión ficta (sólo en el supuesto de que la incomparecencia del demandado se produzca en la oportunidad de instalación de la audiencia preliminar, según la doctrina judicial antes referida), el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución procederá a dictar sentencia bajo la premisa de que han sido admitidos los hechos alegados por el actor. Obviamente, la apreciación del derecho corresponderá al Juez, toda vez que la confesión sólo se extiende sobre los hechos alegados y no sobre el derecho que ha de regularlos (artículo 131, encabezamiento LOPT). En este orden de ideas se han pronunciado nuestros órganos judiciales:

[i] "(...) El artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, prevé de manera clara que si el demandado no concurre a la audiencia preliminar se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el Tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante (…) [É]ste se encuentra obligado a analizar la pretensión y los hechos expuestos por el actor en el libelo a los fines de determinar si esos hechos acarrean las consecuencias jurídicas que atribuye el actor, en otras palabras, debe exponer el juez en su fallo los motivos de derecho que le lleven a decidir de determinada manera, ya que lo que debe tenerse por aceptado son los hechos alegados mas no el derecho incoado por la parte actora (...)"[39]; y

[ii] "…La incomparecencia a la audiencia preliminar, conlleva para el demandado la admisión de los hechos alegados por el actor en su escrito libelar, por lo que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá decidir oralmente en la misma audiencia atendiendo a la confesión del demandado, en cuanto no sea contraria a derecho a petición del accionante. Ello significa en criterio de quien decide, que el Juez tiene la obligación de revisar los conceptos reclamados y de considerar que alguno de los conceptos o cantidades no procede, no la condenará en la dispositiva del fallo…"[40].

[39] Sentencia de 26 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Segundo Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Jesús Pérez Zambrano contra Asociación Civil Propatria-Carmelita-Chacao (Asunto N° AP21-L-2003-000044).

[40] Sentencia de 14 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Willmer Antonio Sivira Castillo contra

f. En este orden de ideas, resulta pertinente destacar los aspectos esenciales de la doctrina sentada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sus sentencias Nos. 866 (en el juicio incoado por Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.) y 1.300 (en el juicio incoado por Ricardo Pinto Gil contra Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.), de 17 de febrero y 15 de octubre de 2004, respectivamente, por cuya virtud se precisa el alcance del artículo 131 LOPT en relación con los efectos de la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar:

g. En relación con el contenido de la sentencia N° 866 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de febrero de 2004, caben los siguientes comentarios:

i. Si la incomparecencia del demandado se produce en la oportunidad de la instalación de la audiencia preliminar, "se presumirá la admisión de los hechos alegados por el actor en su demanda, estando compelido el Juez (...) en (*sic*) sentenciar de manera inmediata, reduciendo en la misma oportunidad en que se materializa la referida incomparecencia, la decisión en acta".

ii. "...[A]un cuando se pueda afirmar que la presunción de admisión de los hechos antes comentada reviste carácter *absoluto*, tal admisión opera esencialmente sobre los hechos ponderados por el demandante en su demanda y no con relación a la legalidad de la acción o del petitum (rectius: pretensión)" (paréntesis del original).

iii. "...[L]a ilegalidad de la acción supone que la misma se encuentra prohibida por la ley, no tutelada por el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda proposición (contrariedad de la pretensión con el derecho) se orienta a la desestimación de la demanda por no atribuir la ley a los hechos alegados, la consecuencia jurídica peticionada..." (paréntesis del original).

iv. "...[E]l demandado rebelde podrá impugnar el fallo dictado por orden de la confesión de admisión, soportando el objeto de dicha impugnación en la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la pretensión es contraria a derecho (...) En ambos supuestos, el demandado tendrá la carga[41] de demostrar la ilegalidad de la acción o contrariedad con el ordenamiento jurídico de la pretensión, no obstante que la obligación del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en (*sic*) verificar tales extremos emerge de pleno derecho"[42].

Cadena de Tiendas Venezolanas CATIVEN, C.A. (Asunto N° AP21-R-2003-000233).

[41] Técnicamente no estamos en presencia de una carga del demandado puesto que, como la propia sentencia admite, corresponde al juez, bajo la rectoría del principio *iura novit curia,* determinar la ilegalidad de la acción o la contrariedad entre las pretensiones del accionante y el ordenamiento jurídico.

[42] Ello supone, entonces, que ante el Juez Superior que conozca de la apelación contra la sentencia que declaró la *confesión ficta* podrá, no sólo alegarse y probarse el caso fortuito o fuerza mayor que hubiere provocado la incomparecencia a la audiencia preliminar sino, también, cualquier otro elemento de juicio que evidencie los vicios de la referida sentencia por no haberse percatado la ilegalidad de la acción o la improcedencia de las consecuencias jurídicas imputadas a los hechos alegados en el libelo de demanda (sobre los cuales recayó la confesión). Expansivamente se admite, incluso, la prueba del pago, aunque, en puridad, ello no entraña que la pretensión fuere contraria a derecho. En este caso, a pesar de que en el propio texto de la sentencia ello se niega, se estaría admitiendo que el accionado, contumaz, pudiere probar lo que le favoreciere, esto es, la enervación de los hechos afirmados en el libelo de demanda. Esta criterio, velado en la sentencia que se comenta, se admitió, luego, sin reservas, en la sentencia N° 1300 de la Sala de

v. Lo afirmado en el numeral que antecede "no representa la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino en la de enervar una acción no amparada por el estamento legal patrio, o de enervar la pretensión del actor por cuanto pese a que la acción está tutelada jurídicamente, los hechos acreditados y admitidos por consecuencia de ley no guardan relación o entidad alguna con el supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica peticionada. De tal manera, que si ante la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, la ley tiene por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y, por tanto, debe decidirse conforme con dicha presunción; *el demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales, si por ejemplo, certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho*[43]".

vi. "[E]n el escenario específico de la contumacia del demandado a la prolongación de la audiencia, surten idénticas consecuencias jurídicas a la de la incomparecencia al inicio o apertura de la misma. No obstante, una relevante circunstancia de orden procedimental debe advertir esta Sala, y se constituye en el hecho formal de que las partes a priori, han aportado material o medios probatorios al proceso. *Bajo este mapa referencial, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene la inquebrantable misión de formarse convicción con relación a la legalidad de la acción y consecuencialmente la pertinencia jurídica de la pretensión, aprovechándose del cúmulo probatorio incorporado a juicio*[44]. *Asimismo, la parte demandada tiene la prerrogativa de apoyarse de los medios probatorios promovidos, siempre y cuando* (...)*, pretenda coartar la acción por ilegal o la pretensión por su contrariedad con el derecho*"; y

vii. En todo caso, en lo concerniente a la incomparecencia del demandado a alguna de las prórrogas de la audiencia preliminar, "...se considera prudente y abnegado con los fines del proceso (instrumento para la realización de la justicia), el *flexibilizar el patrón de la causa extraña no imputable no sólo a los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, sino, a aquellas eventualidades del quehacer humano que siendo previsibles e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares (que escapan de las previsiones ordinarias de un buen padre de familia) al deudor para cumplir con la obligación adquirida*[45]" (paréntesis del original); y

---

Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 15 de octubre de 2004, en el juicio incoado por Ricardo Pinto Gil contra Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.

[43] *Vid.* nota de pie anterior.

[44] Al afirmarse que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución debe estimar el cúmulo probatorio se admite, tácitamente, que éste debe, en el supuesto específico de que acontezca la incomparecencia del demandado durante la prórroga de la audiencia preliminar, admitir las pruebas promovidas por las partes, evacuarlas (si fuere menester) y apreciarlas a los fines de dictar sentencia. Muy probablemente, el Alto Tribunal sólo consideró, en la esfera de la sentencia que se comenta, aquellas pruebas que no requiriesen evacuación (*v.gr.* documentos). En este sentido, quizá la imposibilidad de sostener jurídicamente la apuntada restricción impulsó el cambio de criterio que cristaliza en la, tantas veces mencionada, sentencia N° 1300 de 15 de octubre de 2004.

[45] Estimo procedente, en relación con la carga presencial de las partes en la audiencia preliminar (y de juicio), la observancia de una (1) hora de espera en aplicación analógica de los artículos 412 del Código de Procedimiento Civil y 453 de la Ley Orgánica del Trabajo. En todo caso, de rechazarse esta tesis, los jueces podrían *flexibilizar* el rigor de la oportuna comparecencia a las prórrogas de la audiencia preliminar, cuando se tratare de lapsos breves y la parte afectada hubiere mostrado, hasta entonces, una conducta cónsona con la buena fe.

viii. En síntesis, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia que se comenta, flexibilizó el dispositivo contenido en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en lo concerniente a las opciones con que cuenta el demandado a los fines de desvirtuar la confesión ficta por incomparecencia a la audiencia preliminar. En este sentido, se distingue entre la oportunidad de la instalación de la audiencia preliminar y sus eventuales prolongaciones: [i] Si la incomparecencia se verifica en aquélla, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución procederá a dictar sentencia, con base en el reconocimiento de los hechos alegados por el actor en su libelo de demanda. En este supuesto, la demanda será declarada con lugar, salvo que la acción fuere considerada ilegal o la pretensión contraria a derecho. [ii] En cambio, en el supuesto de incomparecencia a alguna de las prolongaciones de la audiencia preliminar, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, adicionalmente, apreciar las pruebas promovidas para determinar si la pretensión resulta contraria a derecho (ello, en realidad, equivale a admitir, implícitamente y atentando contra la liberalidad del artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la posibilidad de enervar la confesión mediante prueba en contrario).

h. En lo concerniente a la sentencia N° 1.300 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 15 de octubre de 2004, resultan pertinentes las siguientes notas:

i. Con esta sentencia se ratifica, esta vez a texto expreso, la posibilidad del accionado de desvirtuar la presunción de admisión de los hechos alegados en el libelo de demanda, derivada de su incomparecencia a alguna de las prolongaciones de la audiencia preliminar. No obstante, a diferencia de su sentencia N° 115 de 17 de febrero de 2004, el Alto Tribunal dispone que la admisión y evaluación de las pruebas promovidas corresponderá al Juez de Juicio (en lugar del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, tal como lo impone el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

ii. Así, la sentencia que se comenta declara que se "...*considera necesario flexibilizar el carácter absoluto otorgado a la confesión ficta contenida en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, estableciendo que, cuando el demandado no comparezca a una de las sucesivas prolongaciones de la audiencia preliminar, empero, se haya promovido pruebas, la confesión que se origine por efecto de la incomparecencia a dicha audiencia (prolongación) revestirá un carácter relativo, permitiéndole por consiguiente al demandado desvirtuar dicha confesión, es decir, desvirtuar la confesión ficta que recae sobre los hechos narrados en la demanda mediante prueba en contrario (*presunción juris tantum*), siendo éste el criterio aplicable en estos casos a partir de la publicación del presente fallo" (cursivas y paréntesis del original).

iii. En otros términos, "...[s]i la incomparecencia del demandado surge en el llamado primitivo para la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia (confesión ficta), revestirá **carácter absoluto** por lo tanto no desvirtuable por prueba en contrario (*presunción juris et de jure*). Es decir, la potestad del contumaz no representará la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino la de enervar la acción por no estar ésta amparada por la ley o la de enervar la pretensión del actor bajo la afirmación de que ésta es contraria a derecho. En este caso, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución decidirá la causa conforme a lo

señalado en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es decir, sentenciará inmediatamente en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual el demandado podrá apelar, apelación que se oirá en dos efectos, dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación del fallo. El tribunal superior que conozca la apelación, sólo decidirá con respecto a los motivos que le impidieron al demandado a comparecer al llamado primitivo para la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia, y si ésta resultara improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir verificando, obviamente, que la acción no sea ilegal o que la pretensión del actor no sea contraria a derecho..." (subrayado y paréntesis del original).

iv. "Si la incomparecencia del demandado surge en una de las prolongaciones de la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia revestirá **carácter relativo**, por lo tanto desvirtuable por prueba en contrario (*presunción juris tantum*), caso en el cual, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución deberá incorporar al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio (artículo 74 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), quien es el que verificará, una vez concluido el lapso probatorio, el cumplimiento de los requisitos para que la confesión ficta sea declarada y tenga eficacia legal, es decir, verificará si la petición del demandante no es contraria a derecho y que el demandado no haya probado nada que le favorezca. En este caso, de haberse cumplido los requisitos precedentemente expuestos, la confesión ficta será declarada y el juez decidirá la causa conforme a dicha confesión. En este caso, si la sentencia de juicio es apelada, el tribunal superior que resulte competente decidirá en capítulo previo (si así fuese alegado por el demandado en la audiencia de apelación) las circunstancias que le impidieron comparecer a la prolongación de la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia del demandado y si esto resultare improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir la causa teniendo en consideración los requisitos impretermitibles para que pueda declararse la confesión ficta (que no sea contraria a derecho la petición del demandante o ilegal la acción propuesta y que el demandado nada haya probado).
Evidentemente, en ambos casos si el juez superior competente considera que el demandado logró demostrar que la causa de la incomparecencia a la audiencia preliminar (sea a la primera o las prolongaciones) se debió a un caso fortuito o a una fuerza mayor, deberá reponer la causa al estado que se celebre la audiencia preliminar de conciliación y mediación".

v. A modo de resumen, se reitera, esta vez a texto expreso, la opción de desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunta admisión de los hechos alegados en el libelo de demanda, derivada ésta de la incomparecencia del demandado a cualquiera de las prolongaciones de la audiencia preliminar. No obstante, a diferencia de la sentencia precedente (N° 115 de 17 de febrero de 2004), la admisión, evacuación y apreciación de las pruebas promovidas por las partes corresponderá al Juez de Juicio. Es de advertir que de conformidad con la sentencia comentada, la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito (así como de las otras circunstancias apuntadas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 115 de 17 de febrero de 2004), que pudieren enervar los efectos de la confesión ficta, sólo procede por ante el Juez Superior, por virtud del

recurso de apelación ejercido contra la decisión del Juez de Juicio (quien dictará sentencia con base en la presunta admisión de los hechos contenidos en el instrumento libelar y en las pruebas promovidas por las partes).

vi. Obviamente, la sentencia comentada modifica –con indudable buen propósito pero atentando contra la división de los Poderes Públicos- la norma contenida en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuya virtud opera una suerte de confesión automática en caso de incomparecencia a la audiencia preliminar, sólo desvirtuable ante el Juez Superior mediante la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito que hubiere impedido el cabal cumplimiento de la carga presencial del accionado. Sin embargo, el Alto Tribunal estima que los hechos presuntamente admitidos –por la incomparecencia a la prolongación de la audiencia preliminar- pueden ser objeto de prueba en contrario; correspondiéndole al Juez de Juicio (y no al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, como lo dispone el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) pronunciarse al respecto.

vii. Resultaría conveniente admitir la opción de que el Juez de Juicio, en la situación indicada, pudiere conocer y decidir, *previamente*, en torno a las causales de incomparecencia que pudieren haber sido alegadas. Sólo en el supuesto de desechar los alegatos del actor, procedería a admitir y evacuar las pruebas promovidas en la oportunidad de la instalación de la audiencia preliminar, a los fines de dictar sentencia con base en la confesión ficta.

De este modo, suscitada la incomparecencia del demandado a la prolongación de la audiencia preliminar, éste debería, tan pronto como le fuere posible, alegar la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito (u otras circunstancias análogas, en la inteligencia del fallo N° 866 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de febrero de 2004, en el juicio incoado por Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.) que hubiere frustrado su presencia en la audiencia preliminar, debiéndolo probar ante el Juez de Juicio. De resultar procedente la justificación alegada por el accionado, se ordenaría la reposición del procedimiento al estado de celebrar la prolongación de la audiencia preliminar, sin perjuicio del derecho del actor a recurrir del fallo y sin necesidad de comprometer a las partes y al tribunal en la fatigosa tarea que involucra el trámite probatorio (cuyos efectos quedarán siempre condicionados, como se indicó, a la decisión que se adoptare en relación con las causales de inasistencia alegadas por el demandante); y

viii. Finalmente, es de advertir que en la sentencia comentada, aun cuando desarrolla con detalle lo concerniente a la incomparecencia del accionado, sólo alude a la fuerza mayor y al caso fortuito como circunstancias enervantes de la confesión, obviando lo relativo a *aquellas eventualidades del quehacer humano que siendo previsibles e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares (que escapan de las previsiones ordinarias de un buen padre de familia) al deudor para cumplir con la obligación adquirida* (Ver sentencia N° 115 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de febrero de 2004, en el juicio incoado por Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.). Podría especularse que la mencionada omisión no resultó de un olvido sino que, más bien, obedece a un cambio de criterio por cuya virtud sólo la fuerza mayor y el caso fortuito podrán ser alegados, *ex* artículo 131, primer aparte LOPT, como circunstancias enervantes de la confesión. Este retorno al rigor de la literalidad de la norma podría obedecer, bajo la hipótesis que se desarrolla, a la notable flexibilidad que entraña la *relativización* de la

confesión por incomparecencia a la prolongación de la audiencia preliminar, esto es, el reconocimiento de la opción procesal del accionado, en las circunstancias apuntadas, de probar –ante el Juez de Juicio- lo que le favoreciere.

i. En ambos casos (confesión ficta y desistimiento del procedimiento) cabe recurso de apelación, el cual deberá ejercerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la publicación del fallo. En esta circunstancia, la parte afectada sólo podrá alegar el *caso fortuito* o la *fuerza mayor* que hubiere impedido su presencia en la audiencia preliminar[46] (artículos 130, Parágrafo Segundo y 131, primer aparte LOPT). La noción de fuerza mayor o caso fortuito atiende a aquellas "circunstancias que impiden el cumplimiento del obligado y que no son imputables al mismo"[47]. Así, "…[l]a fuerza mayor es entendida como todo acontecimiento que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido resistirse y que por lo general emana del hombre. Para algunos tratadistas como el Doctor Guillermo Cabanellas, la fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito, reservando para éste los accidentes naturales; más adelante el mismo autor, opina en relación

[46] Al respecto los órganos judiciales han negado que constituyen supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, los siguientes:
[i] **Coincidencia de diversos actos procesales**: "…[L]a recurrente justifica la inasistencia de la parte demandada por sí o por medio de apoderado a la audiencia preliminar, por encontrarse participando en otra audiencia preliminar, razones que para esta Alzada, son absolutamente insuficientes e injustificadas y que bajo ningún aspecto se subsumen dentro de los supuestos fácticos permitidos por la norma, como lo son el caso fortuito o la fuerza mayor, máxime, si cuando se lleva a cabo una audiencia preliminar se notifica de la misma a las partes con diez (10) días de anticipación, según lo establecido en el artículo 128 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y que por vía de consecuencia permite establecer que la parte demandada, ya tenía conocimiento previó de las coincidencia de las dos audiencias, por lo que en tal sentido, ésta debió tomar las previsiones necesarias en cuanto a la realización de sus actividades, para la mejor defensa de sus derechos e intereses…" (Sentencia de 18 de noviembre de 2003, dictada por el Tribunal Superior Quinto del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por José Gilberto Contreras contra C ADC Transporte C.A. [Asunto N° AP21-R-2003-000039]); y
[ii] **Congestionamiento del tránsito automotor**: "...[E]l caso fortuito o fuerza mayor presenta las siguientes características: a) Es un hecho no imputable al obligado o parte; b) Impide el cumplimiento de la obligación, deber o carga; y c) Generalmente es imprevisible. En el presente asunto […] se dio una imprevisión de la demandada, la cual debió prever una salida con la suficiente antelación a los fines de llegar puntual a la sede del Tribunal si sabía de las reparaciones en la vía escogida o llegar por otra vía en consideración del notorio congestionamiento del tránsito en nuestra ciudad capital (...) Por consiguiente, el tráfico alegado por la recurrente no constituye un caso fortuito o fuerza mayor que justifique la incomparecencia de la demandada a la audiencia preliminar, ya que era perfectamente previsible y, en consecuencia, la impuntualidad de la Gerente General de la accionada es un hecho imputable a ella..." (paréntesis del Tribunal Superior Primero del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 14 de noviembre de 2003, en el juicio incoado por Germán Agustín Alcalá contra Asociación Civil INCE Distrito Federal [Asunto N° AP21-R-2003-000037]) .
En idéntico sentido: "…[E]n nuestra ciudad capital constituye un hecho notorio el normal congestionamiento del tránsito automotor, razón ésta que obliga a los habitantes de Caracas a tomar las previsiones necesarias en cuanto al tiempo para la realización de sus actividades, pues de no ser así vivirían y serían objeto de constantes retardos, y si a dicha situación se le adiciona la ocurrencia de alguna eventualidad, como la expresada por la parte recurrente, dichas circunstancia se verían acentuadas, pues las contingencias que podrían presentarse y que sin ser de gran magnitud, afectarían de manera insoslayable el desenvolvimiento de la vida cotidiana de sus habitantes…" (sentencia proferida por el Tribunal Superior Quinto del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 17 de octubre de 2003, en el juicio incoado por Arnaldo Salazar contra Publicidad Vepaco, C.A. [Asunto N° AP21-R-2003-000011]). Los criterios antes expresados fueron ratificados por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 866 de 17 de febrero de 2004 (*vid. ut infra* notas de pie 40-45).
[47] Eloy Maduro Luyando. Curso de Obligaciones (Derecho Civil III). 10° edición, UCAB, Caracas, 1997, 189.

a la fuerza mayor, que se equipara a la necesidad, por que exime del cumplimiento de la ley (…) Por caso fortuito, podemos entender el suceso imprevisto, que no se puede prever ni resistir, y que emana de la naturaleza, tales como inundaciones, terremotos y la fuerza mayor la que proviene de una persona, por ejemplo robo (…)"[48].

j. En ambos casos (confesión ficta o desistimiento del procedimiento), la incomparecencia del apelante a la audiencia oral ante el Tribunal Superior equivaldrá a desistimiento del recurso (artículo 130, Parágrafo Tercero y 131, último aparte *ejusdem*).

k. Si fueren varios los apoderados, la circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor que se alegare como explicativa de la incomparecencia habría de afectar a la totalidad de éstos. Si tales circunstancias sólo fundamentaren la incomparecencia de algunos apoderados, aunque entre éstos se encontrare quien hasta entonces hubiere participado en la audiencia preliminar, será decretado el *desistimiento del procedimiento* o la *confesión ficta*, según se tratare de la parte actora o del demandado, respectivamente.

l. En atención a los hechos que es menester demostrar fehacientemente a los fines de justificar la incomparecencia a la audiencia preliminar, resultará imperativa la promoción y evacuación de pruebas durante la audiencia que se celebre ante el Tribunal Superior que conozca del recurso. No prevé la LOPT la apertura de un lapso probatorio, resultando aplicable, entonces, el régimen observado en la audiencia preliminar en cuanto a la promoción de pruebas, esto es, en la oportunidad de su instalación (salvo que el Juez fijare una oportunidad anterior a estos fines, reservando la audiencia oral para la evacuación de la pruebas admitidas). En lo relativo a la evacuación de las pruebas, habrá de observarse lo estipulado en el ámbito de la audiencia de juicio (artículo 152 LOPT), es decir, "[o]ídos los alegatos (…), se evacuarán las pruebas, (…) en la forma y oportunidad que determine el Tribunal…".

Ex artículo 158 LOPT, en concordancia con el artículo 165 de la misma Ley, "[c]oncluida la evacuación de pruebas, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de sesenta (60) minutos. Mientras tanto, las partes permanecerán en la Sala de Audiencias...". Como lo dispone el último de los artículos referidos, "[c]oncluido dicho lapso, el Juez Superior del Trabajo deberá pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, sin formalismos innecesarios dejando expresa constancia de su publicación. A los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debatido o por caso fortuito o de fuerza mayor, el Juez Superior del Trabajo podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles, después de concluido el debate oral. En todo caso, deberá por auto expreso determinar la fecha para la cual han diferido el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia obligatoria del apelante..." (paréntesis del texto original).

[48] Sentencia de 17 de octubre de 2003, dictada por el Tribunal Superior Quinto del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio incoado por Arnaldo Salazar contra Publicidad Vepaco, C.A. (Asunto N° AP21-R-2003-000011). *Vid.* sentencia N° 866 de 17 de febrero de 2004, proferida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión del recurso de casación ejercido contra la sentencia del Tribunal Superior Quinto del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, antes reseñada.

m. Contra la decisión del Tribunal Superior se admitirá recurso de casación, debidamente ejercido dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados desde la fecha de publicación de la sentencia, siempre que "alcanzare la cuantía a que se refiere el artículo 167 de esta Ley" (artículos 130, Parágrafo Segundo y 131 segundo aparte LOPT).

n. Justificada la incomparecencia, se ordenará la celebración de una nueva audiencia preliminar (artículos 130, Parágrafo Segundo y 131, primer aparte LOPT). Aunque la norma, literalmente, alude a la celebración de una *nueva audiencia preliminar*, pareciera conveniente, más bien, por razones de celeridad, ordenar la prosecución de la que ya se hubiere instalado.

ñ. Tomando en cuenta que estamos en presencia de un acto (instalación de la audiencia preliminar) resulta adecuado a la efectiva tutela del derecho constitucional a la defensa y, en general, al derecho de petición, observar un lapso máximo de espera, como lo dispone el Código de Procedimiento Civil respecto de la evacuación de la prueba de posiciones juradas[49] (artículo 412.- "...Si la parte llamada a absolver las posiciones no concurre al acto, se dejarán transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia, ya se refiera ésta al primer acto de posiciones o a la continuación del mismo después de alguna suspensión de aquél o de haberse acordado proseguirlo ante un Juez comisionado al efecto..."), o la Ley Orgánica del Trabajo en el ámbito del procedimiento de calificación de falta o autorización de traslado o desmejora del trabajador en goce de inamovilidad por fuero sindical (artículo 453.- "...Si el trabajador o el patrono no comparecen a la hora fijada [para el acto de contestación a la solicitud de autorización de despido, traslado o desmejora] se les concederá una hora de espera..."). No obstante, este criterio no ha sido compartido por algunos órganos judiciales:

"…Es de observar, que la parte demandada adujo tanto en el escrito que consignó a los autos con motivo de la apelación interpuesta como en su exposición oral en la audiencia de parte, que el juez ha debido aplicar por analogía el lapso de espera de sesenta minutos previsto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo esta Superioridad encuentra que no es posible aplicar analógicamente tal normativa procesal incluida en la Ley Orgánica del Trabajo, y que es aplicable por el órgano administrativo a los casos en los cuales el trabajador esta investido de inamovilidad y se pretenda la calificación de la falta o la solicitud de traslado o desmejora, de ese tipo de trabajadores, por cuanto dicha norma es contraria a los principios que informan la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y contraria a la estructura del proceso actual, como fue explicado supra…"; y

o. En todo caso, la posibilidad de prórroga de la audiencia preliminar (hasta cuatro [4] meses, *ex* artículo 136, *in fine* LOPT), junto con la imprevisión del tiempo de espera, recomendarían que, bajo ciertas circunstancias, se flexibilizara lo concerniente a los efectos de la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar. En particular, aludo a los supuestos de incomparecencia a alguna de sus prórrogas cuando, hasta entonces, la parte

[49] "Por cierto, la [LOPT…] no contempla la posibilidad de que a ambas partes se les conceda un lapso de espera, puesto que las dos tienen que estar presentes en la audiencia preliminar, por lo que pensamos que se debe aplicar supletoriamente la norma contenida en el artículo 412 del CPC, relativo a la hora de espera para las posiciones juradas" (Héctor Armando Jaime Martínez. "La demanda y la contestación a la demanda en la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo", en Estudios sobre Derecho del Trabajo… *Ob.cit.* p. 692.

hubiere observado en todo momento una actitud de buena fe y favorable a un acuerdo negociado.

5. Informalidad (en la ordenación y secuencia de la fase preliminar) bajo la dirección del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución (artículos 5 [la verdad como norte de la actuación del juez/poderes cuasi inquisitivos del juzgador] y 6 [juez como rector del proceso] LOPT).

a. Ello resulta favorable al impulso de los medios de autocomposición procesal, por cuanto el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución puede incorporar las técnicas que estime adecuadas según las circunstancias específicas del caso (*v.gr.* reunirse separadamente con las partes; admitir la suspensión del procedimiento mientras las partes negocian directamente al margen del Tribunal; presentar fórmulas específicas de arreglo; etcétera); y

b. Colabora con ello la sana "desregulación" de esta fase procesal. Incluso, la imposición de la presentación de las pruebas en la oportunidad de la instalación responde, más que a una previsión normativa, a la necesidad de orientar la audiencia preliminar a la efectiva consecución de un arreglo entre las partes (a los fines de que éstas puedan evaluar objetivamente sus probabilidades de éxito y configurar así su mejor alternativa a un arreglo negociado [MAAN]).

E. Conciliación y mediación.

1. Refieren a dos modalidades de intervención de un tercero interesado en coadyuvar (no imponer) la (auto)composición de un conflicto. La ***conciliación***, como lo apuntala el artículo 194 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, alude al proceso "donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo", mediante el restablecimiento del diálogo y la búsqueda de la autocomposición del conflicto. Por su parte, la ***mediación*** refiere a la interacción "donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes fórmulas específicas de arreglo".

2. En definitiva ambas técnicas difieren en sus objetivos y, sobre todo, en el nivel de involucramiento del tercero coadyuvante, aún cuando estamos en presencia de roles complementarios e intercambiables sin secuencia forzosa.
Así, por ejemplo, el mediador debe, en primer lugar, conciliar para:
[i] Crear o restablecer el diálogo.
[ii] Ganar la confianza y respeto de las partes.
[iii] Conocer los aspectos esenciales de la controversia; y
[iv] De ser posible, aprehender las pretensiones reales de los adversarios, es decir, el punto de retorno en el proceso de negociación, la MAAN.

En este estadio, podrá el mediador concebir una fórmula específica de arreglo que someterá a la consideración de los oponentes. Si éstos la hicieren suya, se habría alcanzado la autocomposición de la controversia. En caso contrario, rechazada la propuesta por una o ambas partes, el mediador deberá, de preservar su participación en el proceso, adoptar el rol

de conciliador hasta que una nueva opción de arreglo fuere posible y así lo manifestare a las partes en conflicto.

Desde la perspectiva del conciliador, es posible que éste, aunque originalmente no fuere su propósito, pueda, durante el proceso de negociación, con fundamento en la experiencia adquirida y la información recabada de las partes, asumir las funciones de mediación y someter a los interlocutores alguna propuesta específica de arreglo.

3. En la esfera de la LOPT, satisfechos los extremos indicados, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución podrá someter a las partes, si lo estimare conveniente, una fórmula específica de arreglo. Siendo un mecanismo de *autocomposición*, resulta obvio que dicho formato no puede ser impuesto por el juez sino que, en todo caso, su eficacia quedará condicionada al acuerdo de voluntades entre las partes.

4. Toda vez que al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución no corresponderá dirimir el conflicto intersubjetivo, el hecho de pronunciarse mediante la expresión de una fórmula de arreglo, en modo alguno compromete su imparcialidad, ni podrá dar, por ende, lugar de inhibiciones o recusaciones.

5. Precisamente por ello, el Juez de Juicio, el Juez Superior del Trabajo y el Magistrado de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, no pueden, bajo riesgo de eventuales inhibiciones y recusaciones [y con ello, de retardo del procedimiento], ejercer funciones de mediación. Podrán sí conciliar entre las partes, propiciar un acuerdo entre ellos sin manifestarse sobre el fondo de la controversia.

6. Se me podría contra-argumentar con el ejemplo del Acta de Mediación y Conciliación, homologada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2002 (caso DIPOSA)[50]. Sin embargo, cuando se aprecia su contenido deviene imperativo admitir que, a pesar de la (impropia) denominación que se le adjudica, la función ejercida por el Alto tribunal se circunscribió a una mera conciliación (pues ninguna fórmula de arreglo específica fue formulada, o tan siquiera previsto ello como objetivo de la intervención del órgano judicial en la respectiva controversia); y

7. No se requiere, como condición para actuar en la audiencia preliminar, como representante de las partes en litigio, facultad expresa para transigir, convenir, desistir o someter el conflicto a arbitraje. Es de advertir que la *autocomposición* de la controversia es sólo una de las finalidades de la audiencia preliminar, razón por la cual la imposibilidad de que ello acontezca no ha de frustrar el resto de los objetivos que se adjudican a dicha fase procesal (recepción de pruebas, depuración del procedimiento, ajuste de pretensiones, y garantía de ejecución del fallo).

De otra parte, no contar con facultades expresas a tales fines no supone imposibilidad de alcanzar la *autocomposición* procesal, sólo que para ello se requerirá de la manifestación favorable del poderdante.

[50] *Vid.* nota de pie de página N° 4.

En todo caso, una interpretación contraria, según la cual el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución podría exigir tales facultades en cabeza de los apoderados, incluso amenazando con decretar el desistimiento del proceso o la *confesión ficta*, según fuere el caso, sólo serviría para enervar *a priori* cualquier gestión conciliatoria. Frente a la expuesta posición del juez (*ex hipothesis*) bastaría a los apoderados manifestar que, por expresas instrucciones de sus representados, se niegan a cualquier arreglo transaccional, por estimarlo contrario a los intereses tutelados. Ello evidencia, pues, la inutilidad de la tesis que pretende condicionar la actuación de los representantes judiciales, en la audiencia preliminar, al otorgamiento de facultades para desistir del proceso o convenir en la demanda, según se representaren los intereses del demandante o del accionado y, en todo caso, para celebrar transacciones.

F. Resultados.

1. **Autocomposición Procesal (Convenimiento, desistimiento o transacción)**.
El Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá homologar el instrumento de autocomposición procesal si lo estima conforme al ordenamiento jurídico (y a los hechos reconocidos en su presencia por las partes, toda vez que el Juez ha de actuar teniendo como norte la verdad [artículo 5 LOPT]). En caso de que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución se negare a homologar la fórmula de autocomposición procesal sometida a su escrutinio, las partes (o una cualquiera de ellas) podrán ejercer el recurso de apelación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir de la publicación del fallo (aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 130 encabezamiento, 131 encabezamiento, 151 primer aparte y 161 encabezamiento LOPT).

2. **Arbitraje.**

a. Medio de heterocomposición del conflicto (la fórmula específica de arreglo es impuesta por la junta arbitral).

b. Voluntario: requiere el mutuo acuerdo de las partes (artículo 138 LOPT: "El Juez, *a petición de las partes*, ordenará la realización de un arbitraje..."). No obstante, podría generar confusiones el contenido del artículo 143, único aparte: "Si el arbitraje es solicitado por el trabajador…". Supuesto inútil pues, siendo voluntario, todo arbitraje requerirá la anuencia del demandante (trabajador por antonomasia).

c. En consecuencia, ha de privar el *compromiso arbitral* como fuente de regulación del arbitraje (siendo de origen convencional). Bajo esta perspectiva, las partes podrán establecer, entre otros extremos, la designación directa de los árbitros o el modo de selección de los mismo, así como el procedimiento que han de observar. En este caso, las normas de la LOPT sólo aplicarían *supletoriamente.*

En el supuesto que el sometimiento del conflicto a arbitraje se verificare en la fase correspondiente a la audiencia preliminar, el compromiso arbitral resultará de la esencia del mismo toda vez que no podrá el Juez (o los árbitros) delimitar el *thema decidendum* siendo que la contestación a la demanda aún no ha sido presentada. Por tal virtud, en el caso que se expone, deberá el juez instar "a las partes a que, "junto con la solicitud de arbitraje,

formalicen un acuerdo o compromiso arbitral en el que expresen las cuestiones que cada uno somete al arbitraje"[51].

d. Integración Triunviral (no tripartita, pues los árbitros no representan a las partes sino que ejercen funciones jurisdiccionales *ad hoc*), esto es, ha de constituirse una junta conformada por tres (3) miembros (artículo 139 LOPT).

e. Designación de árbitros por insaculación, efectuada por el Juez de la lista confeccionada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo (artículo 139 LOPT).

f. La lista pre-elaborada tiende a garantizar la imparcialidad de los árbitros (en este sentido, debe mencionarse el antecedente del Servicio Nacional de Mediación y Arbitraje [SENAMED], previsto en el artículo 202 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en la esfera de los conflictos colectivos tramitados autónomamente, mediante el procedimiento administrativo previsto en los artículos 475 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo).

g. Los requisitos para ser árbitros (artículo 140 LOPT) se limitan a:
[i] Nacionalidad venezolana
[ii] Reconocida honorabilidad; y
[iii] Profesión abogado, de reconocida competencia en materia laboral, o profesional en otra área especialista en seguridad social.

h. Pareciera conveniente, a los fines de evitar retardos en el procedimiento, segmentar los árbitros según:
[i] Zonas del país donde estarían dispuestos a ejercer sus funciones.
[ii] Área de experticia profesional (Derecho del Trabajo y/o Seguridad Social).

i. La Junta Arbitral será presidida por quien designe el Juez de Sustanciación, Mediación y Estabilidad (artículo 144 LOPT).

j. Deberá observarse un procedimiento oral, mediante audiencias públicas y, en términos generales, someterse a los principios que orientan la LOPT (artículos 146 y 147 LOPT, en concordancia con el artículo 2 *ejusdem*), entre los que destacan[52]: [i] autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral, [ii] gratuidad, [iii] oralidad, [iv] inmediación, [v] concentración, [vi] publicidad, [vii] brevedad, [viii] dirección del juez en el proceso, [ix] sana crítica, [x] equidad, [xi] las partes están a derecho, [xii] lealtad y probidad en el proceso, y [xiii] dispositivo.

k. Deberá dictarse el laudo dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se hubiese constituido la Junta (artículo 148 LOPT). No se prevé en la ley la posibilidad de prórroga de este lapso, aunque nada obsta para que ello fuere contemplado por las partes en el compromiso arbitral.

[51] Carlos J. Sarmiento Sosa. "Reflexiones sobre el arbitraje procesal laboral en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo", en Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez. V. II. Fernando Parra Aranguren, editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 9, Caracas, p. 561.
[52] *Ibidem* pp. 570-579.

l. Las decisiones se adoptarán por mayoría (artículo 145 LOPT).

m. Finalmente, cabe referir a la naturaleza del arbitraje, es decir, *de derecho* o *de equidad*. El primero implica el deber de los árbitros de "respetar desde el punto de vista adjetivo y del sustantivo las normas de derecho aplicable; es decir, que en la sustanciación y decisión de la controversia deben atenerse al ordenamiento jurídico aplicable al caso *sub judice* (…Mientras que en el segundo) los árbitros (arbitradores), no están obligados a someterse a las normas jurídicas que ordinariamente serían aplicables sino que pueden, tanto en lo que respecta al procedimiento mismo para llegar al fallo arbitral como a la decisión contenida en este último, guiarse fundamentalmente por lo que consideren más equitativo, es decir, más justo en el caso concreto"[53]. En este orden de ideas, el artículo 618 del Código de Procedimiento Civil precisa que lo árbitros son de derecho, o arbitradores (*de equidad*). "Los primeros deben observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones de Derecho. Los segundos procederán con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad". Asimismo, se prevé que a falta de precisión en el *compromiso arbitral*, los árbitros ostentarán el carácter de arbitradores (Art. 618, *in fine*). Por tanto, nada obsta para que las partes en juicio acuerden la naturaleza del arbitraje al que recurren como medio alternativo de solución de la controversia. Si nada se pactare, resultará aplicable analógicamente lo dispuesto en el artículo 618 CPC, revistiendo el arbitraje el carácter de equidad.

n. El laudo siendo inapelable, podrá ser objeto de recurso de casación (artículo 149 LOPT), siempre que:

[i] La cuantía de la demanda excediere de 3000 Unidades Tributarias[54] (artículos 149.4 y 167 LOPT). Es de advertir que, erróneamente, este supuesto es previsto en la LOPT como causal autónoma del recurso de casación siendo, más bien, condición general de ejercicio; y

[ii] Adolezca de alguno de los siguientes vicios:
[ii.i] Violación del compromiso arbitral (ultrapetita-citrapetita-extrapetita/extemporaneidad).
[ii.ii] Inejecutable por contradictorio; y
[ii.iii] Vicios procesales de carácter sustancial.

o. El vigor de arbitraje dependerá de la preeminencia que se reconozca al compromiso arbitral, toda vez que el modelo legal brinda pocas seguridades a las partes:
[i] El listado de árbitros es confeccionada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con base en criterios excesivamente discrecionales.
[ii] La selección de los árbitros se verifica por insaculación; y
[iii] La designación del presidente de la junta arbitral la ejecuta libremente el Juez (sin atenerse a condiciones objetivas).

[53] Frank Gabaldón. El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil. Paredes Editores, Caracas, 1987, p. 59.
[54] En la actualidad, cada unidad tributaria equivale a Bs. 19.400,00.

3. Terminación del proceso por desistimiento tácito, confesión ficta o enervación de presupuestos procesales.

3.1. Desistimiento del proceso por incomparecencia del demandante a la audiencia preliminar (artículo 130 LOPT), extinguiéndose la instancia y condicionándose la presentación de una nueva demanda al transcurso de, por lo menos, noventa (90) días continuos.

3.2. Confesión ficta (artículo 131 *ejusdem*), se presume la aceptación de los hechos alegados por el actor. Se declara con lugar la demanda en cuanto no fuere contraria a derecho o, en la inteligencia del fallo N° 1300 de 15 de octubre de 2004 (Ricardo Pinto Gil vs. Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.) y en tanto la incomparecencia ocurriese en la prolongación de la audiencia preliminar, salvo que el demandado probare algo que lo favoreciere. Es de recordar que la confesión refiere a los hechos alegados por el actor y no al derecho invocado por éste, razón por la cual es al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución quien corresponde fijar las consecuencias jurídicas que siguen a los hechos admitidos (presuntamente).

1.3. Con mucho, la opción de que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución se pronuncie en torno a los presupuestos procesales, es el más opinable de los supuestos que se analizan. En este sentido, se sostiene que al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, aunque ello no fuere contemplado expresamente en el texto legal, se le atribuye la potestad de declarar, incluso, la extinción del proceso por enervación de algún presupuesto procesal (artículo 134 LOPT: "…[E]l Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, a través del despacho saneador, *resolver en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar*, sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual se reducirá en un acta").

a. La apuntada potestad guarda relación con la prohibición de oponer *cuestiones previas* a que se contrae el artículo 129, encabezamiento parte *in fine* LOPT ("…[N]o se permitirá la oposición de cuestiones previas"). La norma aludida sólo proscribe la incidencia derivada de la promoción de las referidas cuestiones previas (artículos 346 y siguientes del Código de Procedimiento Civil), no así, como se deriva del derecho a la defensa, su alegación y prueba.

b. En efecto, la prohibición de *cuestiones previas* no podrá impedir que el demandado alegue, en la oportunidad de la audiencia preliminar, y pruebe (también en esta fase) la improcedencia de la acción por cualquiera de las circunstancias contenidas en el catálogo de cuestiones previas previsto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. En sentido análogo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 183 del 8 de febrero de 2000, advirtió que "[e]n ejercicio de su derecho de defensa, el citado como demandado, a fin de precisar su condición, puede controlar los errores en su identificación, mediante la oposición de la cuestión previa por defecto de forma (artículo 346, ordinal 6º del Código de Procedimiento Civil)[55], si considera que él no es el verdadero demandado, y hasta con la oposición de la falta de cualidad o interés en su persona, si fuere procedente. **Tal**

[55] Paréntesis del original.

situación, en líneas generales, no varía porque el proceso haya sido concebido sin la posibilidad de oponer cuestiones previas, como ocurre con el proceso de estabilidad laboral[56], ya que la errada citación como demandado de alguien que no tiene ese carácter, siempre podrá ser alegada dentro de cualquier contexto de la defensa, así como la oposición de la falta de cualidad procesal...". Como resulta obvio, la alegación del aludido vicio procesal (así como de cualquiera otro que pudiere comprometer la validez de una eventual decisión) deberá producirse, de conformidad con el principio de lealtad procesal, en la primera oportunidad posible, esto es, en el contexto del procedimiento laboral, al momento de instalarse la audiencia preliminar.

c. La procedencia de cuestiones previas o excepciones (no así de su tramitación incidental), resulta incontestable en el supuesto de aquellas que pudieren ser resueltas por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución sin necesidad de admitir, evacuar y apreciar pruebas, esto es, cuando su procedencia dimane del propio texto del libelo de demanda y sus anexos (*v.gr.* incompetencia del Tribunal, defectos de forma del instrumento libelar, falta de capacidad del actor para comparecer en juicio, insuficiencia del poder conferido al representante del actor, etcétera). En este caso, el Juez podrá, de oficio, advertir los errores u omisiones (si fueren subsanales) en ejercicio de la potestad saneadora prevista en el artículo 124 LOPT, o declarar inadmisible la demanda (en caso, por ejemplo, de falta de jurisdicción [se solicita el reenganche por fuero sindical, correspondiendo su conocimiento a la Inspectoría del Trabajo] o incompetencia del Tribunal [en razón del territorio, por inobservar lo dispuesto en el artículo 30 LOPT]). Igualmente, podrá pronunciarse al respecto cuando las observaciones pertinentes le fueren expresadas por el demandante durante la audiencia preliminar, resolviendo lo conducente mediante el despacho saneador de clausura (artículo 134 LOPT).

d. La posibilidad de que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución se pronuncie en torno a aquellas cuestiones previas o excepciones, cuando para ello fuere necesario apreciar el debate entre partes y valorar las pruebas aportadas al proceso, tiende a ser rechazada con base en el argumento según el cual el aludido funcionario judicial carece de facultades para tramitar pruebas y dictar sentencia que dirima la controversia (dichas facultades se atribuyen exclusivamente, bajo esta hipótesis, al Juez de Juicio), amén de que nada prevé al respecto la Ley.

e. Sin embargo, debe admitirse, en primer término, que de mediar alguna de las circunstancias apuntadas (contempladas como *cuestiones previas ex* artículo 346 CPC y 462 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, y como *excepciones* en el artículo 28 del Código Orgánica Procesal Penal), el demandado lo hará saber al Juez de Sustanciación, Medición y Ejecución, como fundamento de su

[56] Debe destacarse que para la fecha de la sentencia parcialmente trascrita (8 de febrero de 2000), no había sido dictada la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y, por tal virtud, el Alto Tribunal sólo refirió al proceso de estabilidad laboral como ejemplo de un proceso en el cual estuviere negada la opción de oponer cuestiones previas. Como es sabido, bajo el régimen jurídico vigente, en los procedimientos laborales, cualquiera fuere su objeto, se niega la opción de promover cuestiones previas (artículo 129 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

negativa a conciliar y, por vía de consecuencia, como defensa frente a la eventual pretensión de medidas cautelares.

f. En segundo término, siendo la instalación de la audiencia preliminar la oportunidad para promover pruebas (según lo han impuesto los Jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución), el demandado deberá presentar las que avalen su aserto, incluyendo aquellas que refieran a las circunstancias constitutivas de alguna cuestión previa (*v.gr.* promoción del contrato de transacción celebrado ante la Inspectoría del Trabajo, debidamente homologado por el funcionario administrativo, como aval de la cosa juzgada que se alega).

g. En tercer lugar, el obstáculo planteado (cuestión previa) será necesariamente debatido en la audiencia preliminar, en ejercicio de la función conciliadora del Juez y, sobre todo, en atención a la potestad saneadora que a éste, frente a todo vicio procesal, le adjudica el artículo 134 LOPT.

h. En cuarto lugar, no es cierto que al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución le esté negado el ejercicio de funciones dirimentes (mediante sentencia que extinga la controversia). Como antes ha sido apuntado, el referido funcionario judicial ha de dictar sentencia, como lo reconoce expresamente la LOPT, en los siguientes supuestos: [i] Confesión ficta por incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar (artículo 131, encabezamiento LOPT). [ii] Desistimiento tácito del proceso por incomparecencia del demandante a la audiencia preliminar (art. 130, encaezamiento LOPT). [iii] Autocomposición procesal (133 *ejusdem*); y [iv] Impugnación de las sumas dinerarias consignadas por el empleador, en la esfera del juicio de calificación de despido, reenganche y pago de *salarios caídos*, a que se refieren los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo (art. 190, primer aparte LOPT).

i. En quinta instancia, tampoco es cierto que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución esté impedido de admitir, evacuar y valorar pruebas, a los fines de fijar criterio en torno a la controversia y así plasmarlo en la sentencia respectiva.

En efecto, el artículo 190 LOPT prescribe que "[e]l patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador, bien en el transcurso del procedimiento (de calificación de despido, reenganche y pago de *salarios* caídos) o en la oportunidad de la ejecución del fallo, para lo cual deberá pagar al trabajador, adicionalmente a los conceptos derivados de la relación de trabajo y los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, las indemnizaciones por despido injustificado establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 125). Si el trabajador manifestare su inconformidad con el pago consignado antes de la ejecución del fallo, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución convocará a las partes a una audiencia que tendrá lugar al segundo (2°) día hábil siguiente y mediará la solución del conflicto; de no lograrse, *deberá decidir sobre la procedencia o no de lo invocado por el trabajador*...".

En este supuesto, como se desprende de la norma trascrita, el legislador admite tácitamente la facultad del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución para tramitar plenamente las pruebas promovidas por las partes y dictar fallo que dirima la controversia (si se alega la insuficiencia de las sumas dinerarias consignadas, deberá entonces fijarse posición, entre otros aspectos, en relación con: [i] la cuantía del salario que ha de servir de base para el pago de las prestaciones e indemnizaciones derivadas de la extinción del vínculo laboral, [ii] antigüedad del trabajador al servicio del patrono, [iii] anticipos percibidos por el trabajador a cuenta de su prestación de antigüedad, [iv] fecha efectiva del despido, etcétera).

Obviamente, si la Ley le impone al Juez "decidir sobre la procedencia o no" de la impugnación que el trabajador hiciere, respecto de las sumas dinerarias consignadas por el empleador con el objeto de extinguir el proceso, deberá, entonces: [i] recibir las pruebas pertinentes (en la instalación de la audiencia, por aplicación analógica del criterio imperante en la esfera del juicio ordinario laboral), [ii] escuchar, en primer término, la exposición de las partes (por aplicación analógica del artículo 151, encabezamiento LOPT), [iii] ejercer sus potestades de conciliación y mediación (artículo 190, primer aparte LOPT), y [iv] si dicha iniciativa fracasare, y sin perjuicio de que la conciliación del Juez se preserve en este estado, proceder a evacuar las pruebas promovidas (por aplicación analógica del artículo 152 *ejusdem*). Evacuadas las pruebas y extinguidas definitivamente las iniciativas conciliatorias, el Juez dictará sentencia, dentro del lapso de sesenta (60) minutos (por aplicación analógica del artículo 158, encabezamiento LOPT).

j. En todo caso, es de advertir que el criterio según el cual el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución está obligado a apreciar pruebas, en el supuesto específico de que operase la confesión ficta en alguna prórroga de la audiencia preliminar, fue compartido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, según se desprende de su –antes comentada- sentencia N° 866 de 17 de febrero de 2004, proferida en el juicio incoado por Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.; y luego desechado en su sentencia N° 1300, de 15 de octubre de 2004, en el juicio incoado por Ricardo Pinto Gil contra Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.

k. En sentido análogo, el artículo 134 LOPT impone al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución "resolver (al término de la audiencia preliminar, en ejercicio de su potestad saneadora) *todos los* ***vicios procesales*** *que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte,* todo lo cual reducirá en un acta". La expresión *vicios procesales* pareciera aludir a la inobservancia o trasgresión de los denominados *presupuestos procesales*, es decir, "los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida"[57] o, como señala Calamandrei[58], "las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito".

[57] Enrique Véscovi. Teoría General del Proceso. Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 93.
[58] Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código, t. II, *apud* P. Calamandrei, *Idem.*

Entre los presupuestos procesales encontramos los relativos al:
i. Poder de juzgar:
[i.i] Jurisdicción (frente al juez extranjero o los órganos administrativos); y
[i.ii]Competencia (por razón de la materia, el territorio o el grado) del juzgador (art. 346.1° CPC).

ii. Ejercicio de la acción:
[ii.i] Caducidad (art. 346.10° CPC).
[ii.ii] Prohibición de la Ley de admitir la acción, o condicionada su admisión a determinadas causales que no coinciden con las expresadas en el libelo de demanda (art. 346.11°).
[ii.iii] Cosa juzgada (art. 346.9° CPC).
[ii.iv] Falta de capacidad o legitimación procesal del actor, por interdicción, inhabilitación o minoridad (art. 346.2° CPC).
[ii.v] Ilegal o insuficiente apoderamiento de quien actúa en representación del actor (art. 346.3° CPC).
[ii.vi] Falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio (art. 346.5° CPC).
[ii.vii] Condición o plazo pendiente (art. 346.7° CPC); y
[ii.viii] Prejudicialidad (art. 346.8° CPC)

iii. Ejercicio de la contradicción (relación jurídica procesal desde la perspectiva pasiva): Ilegitimidad de la persona notificada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye (art. 346.4° CPC); y

iv. Trámite procesal (quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos que menoscaban el derecho a la defensa, causal de anulación de la sentencia *ex* artículo 168.1 LOPT): *v.gr.* infracción de las normas relativas a la notificación del demandado (para participar en al audiencia preliminar) o del demandante (a los fines de la subsanación de los errores u omisiones advertidos en el libelo de demanda).

k. Las *cuestiones previas* (*excepciones*, en los términos del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal [COPP]) alegadas por el demandante deberá tramitarse mediante el procedimiento –por aplicación analógica- previsto en los artículos 29, 329 ("El día señalado se realizará la audiencia en la cual las partes expondrán brevemente los fundamentos de sus peticiones [incluyendo las excepciones o cuestiones previas alegadas…]. El Juez informará a las partes sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso. En ningún caso se permitirá que en al audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público") y 330 ("…Finalizada la audiencia el Juez resolverá, en presencia de las partes, sobre las cuestiones siguientes, según corresponda […] 4. Resolver las excepciones opuestas…") COPP, en concordancia con los artículos 151 encabezamiento, 152, 158 y 190 primer aparte LOPT.

l. En síntesis, alegadas cuestiones previas o excepciones, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución habría de proceder así:

[i] Si se tratare de un asunto de mero derecho, oirá a las partes y dictará decisión dentro de lapso de sesenta (60) minutos (aplicación analógica del artículo 158 LOPT).
[ii] Si el asunto admitiere pruebas, se suspenderá la audiencia por un lapso de diez (10) días hábiles (aplicación analógica del artículo 128 LOPT), con el objeto de que las partes, transcurrido dicho lapso, manifiesten oralmente lo que estimen de mérito y, en el caso del demandante (pues el demandado debió hacerlo en la oportunidad de instalación de la audiencia preliminar), promueva las pruebas pertinentes (aplicación analógica de los artículos 29 COPP, 151 y 151 LOPT).
[iii] Oídas las partes, se procederá a evacuar las pruebas admitidas. Al término, el Juez dictará sentencia, en forma oral, en el lapso de sesenta (60) minutos. Dicha decisión será reducida, en la misma fecha, en acta (aplicación analógica de los artículos 330 COPP, 134 y 158 LOPT).
[iv] "Dentro del lapso de cinco (5) días hábiles siguientes al pronunciamiento oral de la sentencia, el Juez deberá, en su publicación, reproducir por escrito el fallo completo, el cual se agregará a las actas, dejando constancia (…) del día y hora de la consignación…" (artículo 159 LOPT); y
[v] Las partes podrán ejercer el recurso de apelación contra la sentencia que resuelva las cuestiones previas o excepciones, "dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso para publicación del fallo en forma escrita" (artículo 161 LOPT). La apelación será oída en ambos efectos, si se declarasen con lugar las cuestiones previas o excepciones y, en caso contrario, a un solo efecto.

m. Bajo esta premisa, alegada, probada y discutida, la enervación de algún presupuesto procesal, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá pronunciarse en la esfera de la potestad reseñada en el artículo 134 LOPT, es decir, como corolario del deber de "resolver todos los vicios procesales que pudiera detectar…"; y

n. Lo contrario, esto es, la continuación del proceso a pesar de la infracción a los presupuestos procesales, entrañaría la dilatación innecesaria del proceso, con el consecuente costo para las partes y el sistema judicial (conspirando contra la celeridad y, por ende, eficacia del proceso laboral). En este sentido, se expresa en la Exposición de Motivos de la LOPT[59] que el *despacho saneador* pretende, precisamente, evitar reposiciones que habrían de atentar contra el principio de *celeridad.*

4. Extinción de la audiencia preliminar y prosecución del proceso en fase de audiencia de juicio.

a. Culminada la audiencia preliminar, corresponderá al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución ejercer su potestad saneadora mediante el despacho de clausura a que se contrae el artículo 134 LOPT, cuyo contenido constará en acta levantada al efecto. Dicha acta servirá a los fines que se exponen de seguidas:

[59] *Ob.cit.* p. 30.

[i] Corregir vicios formales del libelo no advertidos originalmente o que, habiéndolo sido, no fue posible subsanarlos dentro del lapso impostergable de cinco (5) días hábiles contados a partir de la presentación del libelo de demanda (despacho saneador complementario de aquel ejercido con ocasión de la introducción de libelo de demanda, *ex* artículo 124 LOPT).

[ii] Exhortar al demandante para que proceda, en el lapso que se le confiera a tal fin, a reformar el libelo de demanda (o, incluso, si ostenta el carácter de orden público laboral, proceder de oficio a dicha reforma) para incluir o excluir pretensiones o ajustar el monto dinerario reclamado.

[iii] Declarar terminado el proceso por enervación de los presupuestos procesales.

[iv] Dejar constancia de las actitudes de las partes que pudieren constituir indicios *endoprocesales ex* artículo 122 LOPT.

[v] Describir brevemente las iniciativas adelantadas por el juez en procura de la autocomposición de la controversia (no así del contenido de la fórmula de arreglo sugerido a las partes, en ejercicio de la función de mediación, ni de aquellas ofertas y contraofertas que las partes hubieren podido dirigirse durante las negociaciones adelantadas ante el juez); y

[vi] Dejar constancia de la extinción de la audiencia preliminar (circunstancia relevante a los fines de determinar la oportunidad de contestación a la demanda, esto es, dentro de los cinco [5] días hábiles siguientes *ex* artículo 135 LOPT).

b. Se incorporan al expediente las pruebas promovidas por las partes en la audiencia preliminar (artículo 74 LOPT).

c. Se apertura el lapso para dar contestación a la demanda mediante escrito que deberá presentarse ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la culminación de la audiencia preliminar. Si no se presentare oportunamente la contestación a la demanda operaría la confesión ficta, correspondiendo sentenciar al Juez de Juicio (artículo 135 LOPT). Esta previsión luce criticable[60] puesto que habiéndose producido la confesión ficta debió asignársele la potestad decisora al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, siendo éste quien conoce los términos en que ha sido planteada la litis (y no habiéndose remitido aún el expediente al Juez de Juicio, tal como acontece en el supuesto de inasistencia del demandado a la audiencia preliminar (Art. 131 LOPT); y

d. Remisión del expediente al Tribunal de juicio (artículo 136 LOPT).

[60] "Se visualiza entonces que quien sentenciará <<atendiéndose a la confesión del demandado>> es el Juez de Juicio, después de recibir el expediente. Otra situación procesal más que incidirá en la brevedad, en la celeridad, y fundamentalmente en la concentración. (...) [D]ebió ser este mismo Juez de Sustanciación, en aras de la celeridad y brevedad de los actos, quien se pronunciara sobre dicha confesión de manera inmediata..." (Marieta C. Márquez Hostos. La doble audiencia en la primera instancia del proceso laboral y los principios que lo orientan en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo [trabajo presentado como requisito para optar al grado académico de Especialista en la Mención Derecho del Trabajo, Universidad Central de Venezuela], consultado del original [amablemente facilitado por la autora], Caracas, 2003, p. 50).